

# TE Verg Bescheid 2012/9/6 N/0080-BVA/13/2012-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.2012

## Norm

BVergG 2006 §328

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

## Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 30. August 2012, wie folgt entschieden:

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 329 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit welcher der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA“ die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird gemäß § 328 BVergG 2006 stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit welcher der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA“ die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 30. August 2012 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz, Akteneinsicht sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Darüber hinaus stellte sie folgenden Antrag auf Nichtigerklärung:

"Das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 24.8.2012 im Vergabeverfahren „S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA“ für nichtig erklären;"

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen folgendes aus: Die Auftraggeberin habe die

örtliche Bauaufsicht betreffend die Anpassung der S 36 Murtal Schnellstraße, Projektteilabschnitt 2, St. Georgen o. Judenburg bis Scheifflinger Ofen, ausgeschrieben. In der EUweiten Bekanntmachung GZ 2012/S 79-129940 werde das Verfahren als offenes Verfahren bezeichnet, dagegen werde in der Angebotsunterlage bzw im Angebotsdeckblatt die Verfahrensart "Offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung" festgelegt. Während in der EU-weiten Bekanntmachung sowie in der Bekanntmachung einer Berichtigung als Auftraggeberin die ASFINAG Bau Management GmbH genannt werde, werde in den Angebotsunterlagen die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) als Auftraggeberin und die ASFINAG Bau Management GmbH als vergebende Stelle bezeichnet. Somit habe ein Auftraggeberwechsel stattgefunden, gegen den kein Einwand erhoben worden sei (BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41). Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, welcher nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Sowohl der Preis als auch die Qualität werde mit jeweils 50% gewichtet. Das Zuschlagskriterium "Qualität" werde in die drei Subqualitätskriterien Referenzen, Personalentwicklung und Mindestpersonaleinsatz aufgeteilt, wobei für die beiden erstgenannten Subkriterien wiederum eine Vielzahl von Untergliederungen mit entsprechender Bepunktung vorgesehen werde. Hinsichtlich der "Erstellung der Preise" sei unter Punkt 1.1.14.D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen festgelegt worden, dass bei der Kalkulation der Positionspreise zu berücksichtigen sei, dass im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbaren Kosten enthalten sein müssten.

Mit elektronischer Mitteilung vom 25.7.2012 habe die Auftraggeberin die Absicht mitgeteilt, den genannten Dienstleistungsauftrag der "B\*\*\*" zu erteilen. Die Auftraggeberin habe in Folge des Nichtigkeitsantrages vorn 3.8.2012 die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 25.7.2012 mit Schreiben vom 22.8.2012, eingelangt am 22.8.2012, widerrufen und mitgeteilt, dass sie neuerlich in das Stadium der Angebotsprüfung eintrete.

Angefochten werde die per Fax bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung vom 24.8.2012 zugunsten der "B\*\*\*".

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und insbesondere in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf vertiefte Angebotsprüfung, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf ihr Angebot und auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zu den Rechtswidrigkeiten führte die Antragstellerin konkretisierend aus:

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 24.8.2012 entspreche nicht den zwingenden Erfordernissen des § 131 BVergG, da das Ende der Stillhaltefrist gesetzswidrig ermittelt und bekanntgegeben worden sei. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 24.8.2012 entspreche nicht den zwingenden Erfordernissen des Paragraph 131, BVergG, da das Ende der Stillhaltefrist gesetzswidrig ermittelt und bekanntgegeben worden sei.

Es liege die Vermutung nahe, dass der Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wie auch der zweitgereihten Bieter betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei. Die Antragstellerin habe ein äußerst knapp kalkuliertes Angebot gelegt. Dennoch liege der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um rund 39% und jener der zweitgereihten Bieterin um rund 20% unter dem Angebotspreis der Antragstellerin. Der geschätzte Auftragswert von € 2.097.800,-

liege deutlich über den Angebotspreisen der erstgereihten Bieter. Zusammenfassend liege die Vermutung nahe, dass seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest ein Positionspreis bzw der Gesamtangebotspreis in nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbarer Weise angeboten worden sei. Gleiches gelte für die zweitgereichte Bieterin. Auch würden unzulässige Preisverschiebungen oder Spekulationen geeignet erscheinen, Unterpreise zu erklären. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei unvollständig, weil sie selbst in ihren begründeten Einwendungen im ersten Vergabekontrollverfahren unter Punkt 6 vorgebracht habe, dass sie die ausdrücklich geforderten Mannmonate nicht durchgängig kalkuliert habe.

Berichtigungen der Ausschreibung und Kennzeichnungen darin durch die Auftraggeberin seien rechtswidrig erfolgt. Die Ausschreibung sei zwingend zu widerrufen, da eine Unbestimmtheit des Leistungsumfanges gegeben sei.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme unumkehrbare Tatsachen geschaffen würden, welche mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Antragstellerin wäre im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen, was dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits widerstreite. Es seien keine besonderen Interessen (des Auftraggebers) gegeben, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Im Rahmen der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren wurde als Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) und als vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH bezeichnet. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 71520000). Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG sei ein offenes Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 24. August 2012 per Telefax an alle Bieter versendet worden. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet. Im Rahmen der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren wurde als Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) und als vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH bezeichnet. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 71520000). Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG sei ein offenes Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 24. August 2012 per Telefax an alle Bieter versendet worden. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Leistung wurde im April 2012 in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-506330-2419; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 79-129940; Angaben der Auftraggeberin OZ 5). Leistungsgegenstand ist die Durchführung der örtlichen Bauaufsicht betreffend den 2. Teilabschnitt der S 36 - Murtal Schnellstraße zwischen St. Georgen o. Judenburg und dem Scheiflinger Ofen (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert beträgt den Angaben der Auftraggeberin zufolge € 2.097.880,00. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 6. Juni 2012.

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der "B\*\*\*" ist am 24. August 2012 per Telefax versendet worden.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

#### I. Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) wurde mit Bundesgesetz BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 2012 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. April 2012, in Kraft getreten (§ 345 Abs 15 BVergG). Für das vorliegend im April 2012 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVergG zur Anwendung. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) wurde mit Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 2012 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. April 2012, in Kraft getreten (Paragraph 345, Absatz 15, BVergG). Für das vorliegend im April 2012 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVergG zur Anwendung.

#### II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - angenommen, dass Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um

einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist. Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - angenommen, dass Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. 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 c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. 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 c, B-VG ist sohin gegeben.

Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Demnach wurde bislang weder der Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist. Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Demnach wurde bislang weder der Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin am 24. August 2012 per Telefax bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs 1 BVA-GebV 2012). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin am 24. August 2012 per Telefax bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz eins, BVA-GebV 2012).

### III. Inhaltliche Beurteilung

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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 24. August 2012 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen

lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den entgangenen Gewinn und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 21. Februar 2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA vom 9. Juni 2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Im Übrigen sind dem Bundesvergabeamt keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN).

**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)