

# TE Verg Bescheid 2012/6/14 N/0060-BVA/12/2012-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.06.2012

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
- 
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „IKT Verkabelung RL 3, Aktenzahl: 10-96-60- 999999-3“ des Auftraggebers Universität Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch X\*\*\*, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 5. Juni 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „IKT Verkabelung RL 3, Aktenzahl: 10-96-60- 999999-3“ des Auftraggebers Universität Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch X\*\*\*, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 5. Juni 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, „das BVA möge der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagen“, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren „IKT Verkabelung RL 3, Aktenzahl: 10-96-60-999999-3“ zu erteilen.

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 5. Juni 2012, beim BVA am 8. Juni 2012 eingelangt, das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers.

Der Antragstellerin sei mit 16.5.2012 die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers (zu ihren Gunsten) mitgeteilt worden. Per 23.5.2012 sei die Antragstellerin gemäß § 323 Abs 4 BVergG davon verständigt worden, dass die B\*\*\* einen Antrag auf Nichtigerklärung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim BVA (N/0057-BVA/12/2012) eingebracht habe. Im Weiteren sei die Antragstellerin mit Mail vom 1.6.2012 davon verständigt worden, dass deren (ursprünglich für den Zuschlag vorgesehenes) Angebot im Vergabeverfahren ausgeschieden werden müsse. Die am 16.5.2012 übermittelte Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung sei damit gegenstandslos und der Auftraggeber beabsichtige nunmehr, der B\*\*\* den Zuschlag zu erteilen. Der Antragstellerin sei mit 16.5.2012 die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers (zu ihren Gunsten) mitgeteilt worden. Per 23.5.2012 sei die Antragstellerin gemäß Paragraph 323, Absatz 4, BVergG davon verständigt worden, dass die B\*\*\* einen Antrag auf Nichtigerklärung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim BVA (N/0057-BVA/12/2012) eingebracht habe. Im Weiteren sei die Antragstellerin mit Mail vom 1.6.2012 davon verständigt worden, dass deren (ursprünglich für den Zuschlag vorgesehenes) Angebot im Vergabeverfahren ausgeschieden werden müsse. Die am 16.5.2012 übermittelte Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung sei damit gegenstandslos und der Auftraggeber beabsichtige nunmehr, der B\*\*\* den Zuschlag zu erteilen.

Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei auf zwei Gründe gestützt worden:

##### 1. 1.Ziffer eins

Das von der Antragstellerin in der Position 190313C angebotene Produkt weise zwar Kabelabgänge von 90° auf, diese würden jedoch nicht seitlich, sondern - aus der Steckrichtung gesehen - oberhalb und unterhalb des Moduls liegen. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt entspreche daher nicht den Ausschreibungsbestimmungen.

##### 2. 2.Ziffer 2

Für die Positionen 190313C LV sowie 190314C LV sei als Kriterium für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des angebotenen (vom Referenzprodukt abweichenden) Produkts mit dem angegebenen Referenzprodukt eine Einbautiefe von maximal 40 mm gefordert worden. Das von der Antragstellerin angebotene Produkt habe jedoch eine Einbautiefe von 41,4 mm ausgewiesen. Zum ersten Ausscheidenstatbestand brachte die Antragstellerin vor, dass aus ihrer Sicht - rein technisch - ein Kabelabgang auch nach unten aus der Steckrichtung möglich sei. Es gehe - vom Zweck der Ausschreibung - ausschließlich um die Erreichung der vom Kabelhersteller vorausgesetzten Biegeradien. Der Biegeradius im vorliegenden Fall könne sowohl durch einen Kabelabgang nach links und/oder rechts in der Steckrichtung als auch nach unten erfolgen. Die Antragstellerin könne aber in all diesen Fällen den Biegeradius des Kabels im eingebauten Zustand erreichen. Zum zweiten Ausscheidenstatbestand wurde ausgeführt, dass die Angabe der Einbautiefe mit 41,4 mm und der Eintrag des Buchstabens „N“ irrtümlich erfolgt seien. Es sei eine technische Zeichnung der C\*\*\* zur Bestätigung dahingehend vorgelegt worden, wonach die Einbautiefe des sogenannten C\*\*\*-Jacks 36 mm betrage und daher das Gleichwertigkeitskriterium bei weitem erfüllt sei. Nach Ansicht der Antragstellerin handle es sich hier um einen bloßen Schreibfehler, dessen Behebung auch nicht zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters sowie zu einer materiellen Verbesserung der Position der Antragstellerin gegenüber ihren Mitbieterinnen führen würde. Es sei ja keine Änderung des Produkts vorgenommen, sondern lediglich dargelegt worden, dass die Einbautiefe tatsächlich 36 mm betrage. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin vor, dass bestritten werde, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die verlangten Referenzlisten ordnungsgemäß ausfüllen habe können. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nach Kenntnis der Antragstellerin erst seit einem Jahr sogenannter „TYCO-

Partner“ und habe die erforderlichen Referenzprojekte nicht realisiert. Ebenso seien die geforderten Großprojekte mit 25 Jahre Garantie nicht verwirklicht worden. Daher sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, insbesondere mangels technischer Leistungsfähigkeit sowie mangels Vorliegen von Referenzen auszuscheiden.

Der Auftraggeber erstattete am 13. Juni 2012 eine Stellungnahme und führte unter der Überschrift „A limine Zurückweisung des Antrages wegen Widerspruchs des Angebots zu Ausschreibungsbestimmungen“ insbesondere nachfolgendes aus:

Sowohl für die Pos 190313C des Leistungsverzeichnisses als auch die Pos 190314C des Leistungsverzeichnisses werde als Mindest-Kriterium für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des angebotenen (vom Referenzprodukt abweichenden) Produktes mit dem angegebenen Referenzprodukt eine Einbautiefe von maximal 40 mm gefordert. Die Antragsstellerin habe aber im von ihr übermittelten Angebot samt Leistungsverzeichnis vom 26.3.2012 in der Pos 190313C LNr. 03 betreffend die Einbautiefe ausdrücklich „N [Nein] (41,4 mm)“ angegeben. Ebenso sei in der Pos 190314C LNr. 03 betreffend die Einbautiefe ausdrücklich „N [Nein] (41,4 mm)“ angegeben worden. Die Antragstellerin habe somit bei Angebotslegung selbst erklärt, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Ein anderer objektiver Erklärungswert könne dem Angebot nicht beigemessen werden. Die Erklärung eines Bieters, ein den Vorgaben der Ausschreibung widersprechendes Angebot abzugeben, sei auch nicht aufklärbar. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen auszuscheiden gewesen. Der Antragstellerin komme daher jedenfalls keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Da die Anträge somit ohnehin zurückzuweisen seien, könne eine mündliche Verhandlung vor dem BVA gemäß § 316 Abs 2 Z 1 BVergG entfallen. Sowohl für die Pos 190313C des Leistungsverzeichnisses als auch die Pos 190314C des Leistungsverzeichnisses werde als Mindest-Kriterium für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des angebotenen (vom Referenzprodukt abweichenden) Produktes mit dem angegebenen Referenzprodukt eine Einbautiefe von maximal 40 mm gefordert. Die Antragsstellerin habe aber im von ihr übermittelten Angebot samt Leistungsverzeichnis vom 26.3.2012 in der Pos 190313C LNr. 03 betreffend die Einbautiefe ausdrücklich „N [Nein] (41,4 mm)“ angegeben. Ebenso sei in der Pos 190314C LNr. 03 betreffend die Einbautiefe ausdrücklich „N [Nein] (41,4 mm)“ angegeben worden. Die Antragstellerin habe somit bei Angebotslegung selbst erklärt, dass ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche. Ein anderer objektiver Erklärungswert könne dem Angebot nicht beigemessen werden. Die Erklärung eines Bieters, ein den Vorgaben der Ausschreibung widersprechendes Angebot abzugeben, sei auch nicht aufklärbar. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen auszuscheiden gewesen. Der Antragstellerin komme daher jedenfalls keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Da die Anträge somit ohnehin zurückzuweisen seien, könne eine mündliche Verhandlung vor dem BVA gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG entfallen.

Doch selbst wenn man davon ausginge, dass die Anträge nicht zurückzuweisen seien, stehe aufgrund der Aktenlage und des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin selbst fest, dass die Anträge abzuweisen seien. Es sei daher bereits Entscheidungsreife gegeben. Zudem sei über keine komplexe Rechtsfrage zu entscheiden und der klare Sachverhalt erfordere keine weiteren Ermittlungen. Weiters sei der Anspruch der Parteien auf rasche Erledigung des anhängigen Verfahrens in Betracht zu ziehen. Aus all diesen Gründen könne daher gemäß § 316 Abs 1 Z 3 BVergG eine mündliche Verhandlung entfallen. Da die Anträge zurück- bzw. abzuweisen seien, bedürfe es auch keiner einstweiligen Verfügung, um eine - tatsächlich nicht mögliche - (drohende) Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu verhindern. Doch selbst wenn man davon ausginge, dass die Anträge nicht zurückzuweisen seien, stehe aufgrund der Aktenlage und des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin selbst fest, dass die Anträge abzuweisen seien. Es sei daher bereits Entscheidungsreife gegeben. Zudem sei über keine komplexe Rechtsfrage zu entscheiden und der klare Sachverhalt erfordere keine weiteren Ermittlungen. Weiters sei der Anspruch der Parteien auf rasche Erledigung des anhängigen Verfahrens in Betracht zu ziehen. Aus all diesen Gründen könne daher gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG eine mündliche Verhandlung entfallen. Da die Anträge zurück- bzw. abzuweisen seien, bedürfe es auch keiner einstweiligen Verfügung, um eine - tatsächlich nicht mögliche - (drohende) Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu verhindern.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG 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 (siehe bereits BVA 15.3.2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.100.000,-- (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 gemäß § 12 Abs 3 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 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 (siehe bereits BVA 15.3.2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.100.000,-- (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 gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG.

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

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

Schließlich ist festzuhalten, dass 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.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach der Antragstellerin keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zukomme und daher die Anträge zurückzuweisen seien, ist anzumerken, dass die Antragstellerin als erste gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG die Entscheidung des Auftraggebers vom 1. Juni 2012, ihr Angebot auszuschneiden, bekämpft und der Antragstellerin diesbezüglich jedenfalls Antragslegitimation zukommt. Erst im Stadium nach der Prüfung durch das BVA, ob die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers rechtmäßig erfolgte oder nicht, ist die Rechtsfrage, ob die Antragstellerin zur Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung antragslegitimiert ist, zu entscheiden. Zudem ist nach Ansicht des erkennenden Senatsvorsitzenden - entgegen den Ausführungen des Auftraggebers - auch noch nicht „Entscheidungsreife“ gegeben. Wenngleich die bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen Mindestkriterien vorsehen und diese – ungeachtet der Frage, ob die Vorgaben in der Ausschreibung als solche rechtswidrig sind - jedenfalls einzuhalten sind, erscheint der Sachverhalt nicht derart (klar) unbestritten, dass von weiteren Ermittlungen gänzlich abgesehen werden könnte. Der entscheidungsbefugte Senat wird, insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung, noch offene Fragen zu den Ausscheidenstatbeständen mit den Parteien zu erörtern haben (vgl. dazu auch § 45 Abs 3 AVG). Zum Vorbringen des Auftraggebers, wonach der Antragstellerin keine Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zukomme und daher die Anträge zurückzuweisen seien, ist anzumerken, dass die Antragstellerin als erste gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG die Entscheidung des Auftraggebers vom 1. Juni 2012, ihr Angebot auszuschneiden, bekämpft und der Antragstellerin diesbezüglich jedenfalls Antragslegitimation zukommt. Erst im Stadium nach der Prüfung durch das BVA, ob die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers rechtmäßig erfolgte oder nicht, ist die Rechtsfrage, ob die Antragstellerin zur Nichtigerklärung der

angefochtenen Zuschlagsentscheidung antragslegitimiert ist, zu entscheiden. Zudem ist nach Ansicht des erkennenden Senatsvorsitzenden - entgegen den Ausführungen des Auftraggebers - auch noch nicht „Entscheidungsreife“ gegeben. Wenngleich die bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen Mindestkriterien vorsehen und diese – ungeachtet der Frage, ob die Vorgaben in der Ausschreibung als solche rechtswidrig sind - jedenfalls einzuhalten sind, erscheint der Sachverhalt nicht derart (klar) unbestritten, dass von weiteren Ermittlungen gänzlich abgesehen werden könnte. Der entscheidungsbefugte Senat wird, insbesondere im Rahmen der mündlichen Verhandlung, noch offene Fragen zu den Ausscheidenstatbeständen mit den Parteien zu erörtern haben vergleiche dazu auch Paragraph 45, Absatz 3, AVG).

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.

#### 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.

Nach § 329 Abs 2 BVergG ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erfolgter Zuschlag, Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam. Nach Paragraph 329, Absatz 2, BVergG ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erfolgter Zuschlag, Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam.

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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

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

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich, dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Ein solches Überwiegen ist für das Bundesvergabeamt jedoch nicht erkennbar, zumal der Auftraggeber auch kein besonderes öffentliches Interesse zur unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens erstattet hat. Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Ein solches Überwiegen ist für das Bundesvergabeamt jedoch nicht erkennbar, zumal der Auftraggeber auch kein besonderes öffentliches Interesse zur unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens erstattet hat.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des

einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

**Schlagworte**

Antragslegitimation, Schaden, Provisorialverfahren;

**Zuletzt aktualisiert am**

24.08.2012

**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)