

# TE Verg Bescheid 2012/3/1 N/0021-BVA/13/2012-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.03.2012

## 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 Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden Zutrittskontrollsystem" der Auftraggeberin Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch X\*\*\*, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 23. Februar 2012 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Zutrittskontrollsystem, Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird" gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden Zutrittskontrollsystem" der Auftraggeberin Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, vertreten durch X\*\*\*, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 23. Februar 2012 "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Zutrittskontrollsystem, Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird" gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

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

### Begründung

1. 1.Ziffer eins  
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 23. Februar 2012, beim BVA am gleichen Tag eingelangt, begehrte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und Ausscheidensentscheidung vom 14. Februar 2012, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der

entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin ein Angebot (exkl. USt) in der Höhe von € 217.711,03 abgegeben habe. Die nunmehr in Aussicht genommene Bestbieterin habe ein Angebot in der Höhe von EUR 229.944,00 abgegeben. Die Ermittlung des Bestangebots erfolge nach dem Bestbieterprinzip, der Zuschlag solle nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erfolgen. In einer ersten Zuschlagsentscheidung vom 11.01.2012 sei bekannt gegeben worden, dass der Zuschlag an die B\*\*\* erteilt werden solle. Als Gründe für die Ausscheidung sei die Nichterfüllung der geforderten Referenzprojekte gemäß der Allgemeinen Vorbemerkungen Pos. 00.14.07 A, sowie das Fehlen der Bestätigung der geforderten Reaktionszeit gemäß LV Pos. 8101150 Z (Vergabekriterium Störfall) genannt worden. Diese Ausscheidensgründe seien erfolgreich widerlegt worden, die Auftraggeberin habe mit Schreiben vom 17.01.2012 daher die Ausscheidung und die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen. Mit Schreiben vom 17.01.2012 habe die Antragstellerin vom Generalplaner ein Schreiben erhalten, dass sämtliche Unterlagen gemäß LV 00.14.07.A und Position 00.14.10.A binnen einer Frist von drei Tagen nachzureichen seien. Sämtliche Unterlagen seien am 19.01.2012 persönlich übergeben worden. Der Antragstellerin sei mit Schreiben vom 31.01.2012 mitgeteilt worden, dass sich bei Prüfung des Angebotes sowie der am 19.01.2012 übergebenen Verbesserungen einige Mängel und Unklarheiten ergeben hätten. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 31.01.2012 aufgefordert worden, innerhalb einer Frist von 3 Tagen die genannten Unklarheiten aufzuklären und die Mängel zu beheben. Innerhalb dieser Frist seien die Unklarheiten aufgeklärt und die Mängel behoben worden. Sämtliche nachzureichenden Unterlagen seien fristgerecht am 03.02.2012 übergeben worden. Mit Fax vom 14.02.2012 sei die Ausscheidensentscheidung übermittelt und neuerlich bekanntgegeben worden, dass nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt sei, der B\*\*\* den Zuschlag zu erteilen. Die Ausscheidensentscheidung habe die Auftraggeberin darauf gestützt, dass es der Antragstellerin an der Befugnis, der Zuverlässigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit mangeln würde. Diese Behauptungen seien falsch, vielmehr sei die Antragstellerin befugt zuverlässig und technisch leistungsfähig. Weiters bringe die Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung unzutreffender Weise vor, dass das Angebot der Antragstellerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und daher spekulative Preisgestaltung vorliege und dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Da die Antragstellerin und nicht die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Billigstbieterin sei, sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Interessenabwägung gern § 329 Abs 1 BVergG zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen habe, weil ausschließlich ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien. Durch eine vorläufige Maßnahme würde hingegen keinerlei (berücksichtigungswürdige) Interessen der Auftraggeberin geschädigt. Es bestehe daher auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Interessenabwägung gern Paragraph 329, Absatz eins, BVergG zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen habe, weil ausschließlich ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien. Durch eine vorläufige Maßnahme würde hingegen keinerlei (berücksichtigungswürdige) Interessen der Auftraggeberin geschädigt. Es bestehe daher auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 28.02.2012 sowie vom 29.2.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von €

22.000.000,-- exklusive USt bzw bei dem gegenständlichen Gewerks-Los von € 215.310 exklusive USt der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* sei am 14.02.2012 erfolgt. Die Auftraggeberin sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft hat zur Beschaffung "Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden Zutrittskontrollsystem " einen Bauauftrag im Wege eines Bauauftrages mit einem geschätzten

Auftragswert des Gewerkes Zutrittskontrollsystem von € 215.310,-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 14.02.2012 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der B\*\*\* getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 28.02.2012; Akt des Vergabeverfahrens)

#### 1. 3.Ziffer 3

##### Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 14. Februar 2012 per Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 23. Februar 2012 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ausreichend vergewährt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der ihr am 14. Februar 2012 per Telefax übermittelten Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 23. Februar 2012 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ausreichend vergewährt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

#### 1. 4.Ziffer 4

##### Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Zutrittskontrollsystem, Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird". Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Zutrittskontrollsystem, Um- und Ausbau Klinikum Malcherhof Baden" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 14. Februar 2012 die Vergabe an die B\*\*\* beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, 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.

Die Auftraggeberin hat sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat sich dazu nicht geäußert.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

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 Exekutionsordnung<sup>2</sup> [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. Die Auftraggeberin 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 (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). 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 Exekutionsordnung<sup>2</sup> [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. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamten 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 vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

**Zuletzt aktualisiert am**

11.04.2012

**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)