

# TE Verg Bescheid 2011/7/8 N/0062-BVA/06/2011-10EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.07.2011

## Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 § 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 § 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 durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, vertreten durch RA Dr. X\*\*\*, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch RA Mag.Y\*\*\*, vom 4. Juli 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, vertreten durch RA Dr. X\*\*\*, aufgrund des Antrages der A\*\*\*, vertreten durch RA Mag.Y\*\*\*, vom 4. Juli 2011, wie folgt entschieden:

#### SPRUCH

Dem Antrag auf Erlassung folgender einstweiligen Verfügung, "Das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben. Dem Antrag auf Erlassung folgender einstweiligen Verfügung, "Das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, wird für die Dauer des zur Zahl N/0062-BVA/06/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1 bis 4 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins bis 4 BVergG

#### BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011 beehrte die Antragstellerin neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 22. Juni 2011 im Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien", weiters den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie aller übrigen Kosten dieses Vergabekontrollverfahrens, sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht. Zusammengefasst brachte sie hierzu im Wesentlichen Folgendes vor:

Das Arbeitsmarktservice Wien, in Vertretung der Republik Österreich und des Arbeitsmarktservice Österreich führe ein Vergabeverfahren über den Einkauf von Schulungs- und Trainerleistungen für die Geschäftsstelle Laxenburger Straße des Arbeitsmarktservice Wien durch. Gemäß den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen handle es sich um ein Standardverfahren des AMS mit Bekanntmachung zur Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, der am 18. Februar 2011 veröffentlicht worden sei. Die ausgeschriebene Leistung werde in einem Bestbieterverfahren vergeben.

Die Antragstellerin habe sich fristgerecht durch Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Telefax vom 22. Juni 2011 habe die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt sei, den Zuschlag der B\*\*\* zu erteilen. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 4. Juli 2011 angegeben worden. Gemäß Punkt 4.13. der Verdingungsunterlage sei der Tag der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung nicht in die Stillhaltefrist einzurechnen.

Auf Basis dieser Zuschlagsentscheidung sei das Ergebnis der Angebotsbewertung nicht nachvollziehbar. Eine Einsicht in die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei seitens der Auftraggeberin erst infolge Kontaktaufnahme mit der Auftraggeberin für den 4. Juli 2011, 15.30 Uhr gewährt worden. Damit wäre angesichts der Amtsstunden des

Bundesvergabebeamtes keine erfolgsversprechende Anfechtung der betreffenden Auftraggeberentscheidung mehr möglich gewesen.

Einerseits sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend begründet und damit mangelhaft bzw. vergaberechtswidrig. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung enthalte lediglich den wenig aussagekräftigen Hinweis darüber, dass das Angebot der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin "hohe Werte" aufweise, "hoch" bewertet worden sei oder dass ein "Punktemaximum" erreicht worden sei. Es könne vereinzelt nur geraten werden, welche Zuschlagskriterien damit gemeint seien. Sohin mangle es der Zuschlagsentscheidung an den Punkteangaben bezüglich der Bewertung sowie an einer vergabekonformen verbalen Begründung, insbesondere nämlich an einer inhaltlichen Begründung der Nachteile sowie der Gründe für die Bewertung. Die Antragstellerin verfüge damit nicht bereits am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen, welche sie für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Ein Abgehen von der Bekanntgabe der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der nach der Judikatur des VfGH als für den Ausgang des Vergabeverfahrens potenziell wesentlich einzustufen sei. Die Gefahr der Manipulation genüge. Obwohl die gegenständliche Ausschreibung von der Vergabe einer nicht prioritären Dienstleistung handle, treffe nach der Rechtsprechung des BVA den Auftraggeber auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen die gleiche Begründungstiefe bei der Zuschlagsentscheidung wie bei den übrigen öffentlichen Aufträgen.

Andererseits sei unter Punkt 9.11. der Verdingungsunterlage vorgesehen, dass Bieter, welche die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht einhalten, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Angesichts des deutlichen Unterschiedes der Angebotspreise (398.000,00 Euro der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu 466.039,88 Euro der Antragstellerin) müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass das Angebot nicht den geforderten arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen könne. Es sei gegenständlich nicht möglich, eine derartige Angebotssumme im den geforderten qualifizierten Trainerinnen und Trainern (Punkt 11.1.1 "Formale Qualifikation" der Leistungsbeschreibung) unter Einhaltung zumindest des Kollektivvertrages der privaten Bildungsanbieter (BABE-KV) zu legen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen. Andererseits sei unter Punkt 9.11. der Verdingungsunterlage vorgesehen, dass Bieter, welche die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nicht einhalten, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Angesichts des deutlichen Unterschiedes der Angebotspreise (398.000,00 Euro der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu 466.039,88 Euro der Antragstellerin) müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass das Angebot nicht den geforderten arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen entsprechen könne. Es sei gegenständlich nicht möglich, eine derartige Angebotssumme in Verbindung mit den geforderten qualifizierten Trainerinnen und Trainern (Punkt 11.1.1 "Formale Qualifikation" der Leistungsbeschreibung) unter Einhaltung zumindest des Kollektivvertrages der privaten Bildungsanbieter (BABE-KV) zu legen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin bekämpfe daher diese Auftraggeberentscheidung. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen sei gemäß § 141 Abs 5 BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Inhaltlich entspreche diese Entscheidung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49 BVergG. Die Antragstellerin bekämpfe daher diese Auftraggeberentscheidung. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen sei gemäß Paragraph 141, Absatz 5, BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Inhaltlich entspreche diese Entscheidung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Übersendung der umfangreichen Angebotsunterlagen dargelegt. Aufgrund der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung würde der Antragstellerin ein (finanzieller) Schaden in Höhe der Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, des entgangenen Deckungsbeitrages, der bisher angelaufenen Rechtsvertretungskosten und der entrichteten Pauschalgebühren sowie in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes drohen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Vergleichbarkeit

der Angebote, auf Nichtberücksichtigung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sowie auf Ausscheidung und Nichtberücksichtigung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebotes verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte und der Entgang des Auftrages mit den aufgezeigten nachteiligen Folgen drohe. Die Antragstellerin könne mit dem Rechtsschutzinstrumentarium des BVergG nicht mehr in das Vertragsverhältnis zwischen der Auftraggeberin und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin eingreifen. Berücksichtigungswürdige Interessen der Auftraggeberin sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden nicht. Vielmehr liege die Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse, was für die Erlassung der einstweiligen Verfügung spreche. Bei der begehrten Sicherungsmaßnahme handle es sich um die einzige und gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Die Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, vertreten durch RA Dr. X\*\*\* übermittelte am 7. Juli 2011 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren "ACE-Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle Laxenburger Straße (964) des AMS Wien". Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen (nicht prioritären) Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 80400000), welcher nach Durchführung eines sogenannten "Standardverfahrens des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 645.000,- (exkl. USt) bzw. Euro 1.935.000,- (exkl. USt) einschließlich der Option der zweimaligen Wiederbeauftragung. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 22. Juni 2011 per Telefax mitgeteilt worden. Von einer umfassenden inhaltlichen Stellungnahme zu der beantragten einstweiligen Verfügung wurde abgesehen. Auf das besondere öffentliche Interesse an der raschen Durchführung der diesem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Maßnahmen wurde angesichts der Notwendigkeit, die Zielgruppe entsprechend zu fördern und zu betreuen, verwiesen.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen sowie der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Provisorialverfahren folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, hat die gegenständliche Leistung in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-485696- 1222 sowie Verdingungsunterlage). Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 645.000,- (exkl. USt) bzw. Euro 1.935.000,- (exkl. USt) einschließlich der Option der zweimaligen Wiederbeauftragung. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 25. März 2011, 09.59 Uhr, vorgesehen. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wurde für den 20. Juni 2011 in Aussicht genommen (AV der Auftraggeberin). Als voraussichtlicher Termin für die Zuschlagserteilung wird der 1. Juli 2011 genannt (Punkt 4.14 der Verdingungsunterlagen). Als Gesamt-Projektdauer bzw. Durchführungszeitraum wird der Zeitraum von 11. Juli 2011 bis 6. Juli 2012 angegeben (Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger; Punkt 5 der Leistungsbeschreibung). Die Öffnung der Angebote erfolgte am 23. März 2011. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot gelegt. Am 22. Juni 2011 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung lautend auf die B\*\*\* mittels Telefax bekannt gegeben.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 16. März 2011, N/0011- BVA/10/2011-40 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Ausgeschrieben ist eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 80400000), welche in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 16. März 2011, N/0011- BVA/10/2011-40 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Ausgeschrieben ist eine nicht

prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 80400000), welche in einem sogenannten "Standardverfahren des AMS" nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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.

Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVA-GebV 2010). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVA-GebV 2010).

## II. 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 § 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 § 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 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 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 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 22. Juni 2011 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 die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin 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 späteren 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 die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin 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 späteren 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 drohenden Gewinnentgang 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; 9. Juni 2010, N/0008- BVA/02/2010-7 uva).

Demgegenüber hat die Auftraggeberin bloß allgemein auf die Dringlichkeit der Durchführung der betreffenden Bildungsmaßnahme verwiesen, was im Hinblick auf die bisherige Dauer des Vergabeverfahrens nicht restlos zu überzeugen vermag. Im Übrigen wurden angesichts des von der Auftraggeberin geplanten zeitlichen Ablaufs, nämlich der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung am 20. Juni 2011 und dem Beginn des Projektes bereits mit 11. Juli 2011, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung offenbar nicht entsprechend einkalkuliert. Im Sinne ständiger Rechtsprechung kann aber von einem gewissenhaften Auftraggeber eine entsprechende Zeitplanung erwartet werden (siehe etwa bereits BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10; 14. Juni 2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Übrigen sind der Senatsvorsitzenden keine möglicherweise geschädigten Interessen 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 Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital

Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie 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; siehe insb bereits BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45 uvm), 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 antragsgemäß die Erteilung des Zuschlages als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG zu untersagen 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 antragsgemäß die Erteilung des Zuschlages als gelindeste noch zum Ziel führende Sicherungsmaßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG zu untersagen 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**

17.08.2011

**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)