

# TE Verg Bescheid 2010/9/6 N/0075-BVA/14/2010-EV13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.2010

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" des Auftraggebers Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 30.8.2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Elektronisches Katalogeinkaufssystem (e-Shop)" des Auftraggebers Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 30.8.2010, wie folgt entschieden:

### Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des

Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Elektronisches Katalogeinkaufsystem (e-Shop)" den Zuschlag zu erteilen.

#### Begründung

Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge Antragsteller), stellte mit Schriftsatz vom 30.8.2010, folgenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung: "Das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlags untersagt wird, in eventuelle, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens die Abwicklung des Auftrags untersagt wird". Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge Antragsteller), stellte mit Schriftsatz vom 30.8.2010, folgenden Antrag auf Erlassung einer 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 die Erteilung des Zuschlags untersagt wird, in eventuelle, mit der der Auftraggeberin für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens die Abwicklung des Auftrags untersagt wird".

Darüber hinaus wurden Anträge auf Nichtigerklärung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung vom XXX über die beabsichtigte Vergabe eines Elektronischen Katalogeinkaufsystems (e-Shop), sowie ein Eventualantrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe des gegenständlichen Auftrags an die B\*\*\* am 19.8.2010 wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig gewesen sei, gestellt. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber gestellt. Darüber hinaus wurden Anträge auf Nichtigerklärung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung vom römisch 30 über die beabsichtigte Vergabe eines Elektronischen Katalogeinkaufsystems (e-Shop), sowie ein Eventualantrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe des gegenständlichen Auftrags an die B\*\*\* am 19.8.2010 wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig gewesen sei, gestellt. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 30.8.2010 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Am XXX habe der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zl. XXX eine Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Am römisch 30 habe der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zl. römisch 30 eine

freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung veröffentlicht und habe diese daher dem Antragsteller erstmals an diesem Tag zur Verfügung gestanden. Gemäß Punkt V.1.3. der Bekanntmachung solle der Auftrag über ein elektronisches Katalogeinkaufsystem (e-Shop) an die B\*\*\* nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der Auftragswert betrage Euro 900.000,--. Gemäß Punkt V.2. der Bekanntmachung sei nur ein Angebot abgegeben worden. freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung veröffentlicht und habe diese daher dem Antragsteller erstmals an diesem Tag zur Verfügung gestanden. Gemäß Punkt römisch fünf.1.3. der Bekanntmachung solle der Auftrag über ein elektronisches Katalogeinkaufsystem (e-Shop) an die B\*\*\* nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der Auftragswert betrage Euro 900.000,--. Gemäß Punkt römisch fünf.2. der Bekanntmachung sei nur ein Angebot abgegeben worden.

Laut telefonischer Auskunft des Auftraggebers werde der Auftrag über einen Zeitraum von fünf Jahren vergeben. Als Tag der Auftragsvergabe sei in Punkt V.1.1. der 19.8.2010 angegeben. Im Anhang D dieser Bekanntmachung werde angeführt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden könnten. Weiters heiße es: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist

Inhaber der Rechte am Source-Code für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und ist daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen". Laut telefonischer Auskunft des Auftraggebers werde der Auftrag über einen Zeitraum von fünf Jahren vergeben. Als Tag der Auftragsvergabe sei in Punkt römisch fünf.1.1. der 19.8.2010 angegeben. Im Anhang D dieser Bekanntmachung werde angeführt, dass die Dienstleistungen aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden könnten. Weiters heiße es: "Das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, ist Inhaber der Rechte am Source-Code für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem (e-Shop) und ist daher als einziger berechtigt, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen".

Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sei nur unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 BVergG zulässig. Die Ausnahmetatbestände seien nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen und habe der Auftraggeber, der ein Ausnahmeverfahren in Anspruch nehmen wolle, das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände darzulegen. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sei nur unter den Voraussetzungen des Paragraph 30, Absatz 2, BVergG zulässig. Die Ausnahmetatbestände seien nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen und habe der Auftraggeber, der ein Ausnahmeverfahren in Anspruch nehmen wolle, das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände darzulegen.

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG sei nur dann möglich, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmer ausgeführt werden könne. Wie alle Ausnahmen sei auch dieser Tatbestand eng auszulegen. Sinn und Zweck der Ausnahme sei es, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern sinnlos wäre, wenn der Auftrag tatsächlich nur von einem Unternehmen erbracht werden könnte. Die Heranziehung dieser Ausnahme sei daher nur denkbar, wenn es für den Auftraggeber unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe kein anderes Unternehmen die Möglichkeit haben, den Auftrag ebenfalls erfüllen zu können, was nur dann der Fall sei, wenn es für die Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe. Der Auftraggeber mache bei der gegenständlichen Vergabe an die B\*\*\* ein Ausschließlichkeitsrecht geltend und berufe sich darauf, dass die B\*\*\* Inhaber der Rechte am Source-Code für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem und somit als einzige berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen. Dieses Vorbringen sei jedoch aus folgenden Gründen unzureichend: Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sei nur dann möglich, wenn der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmer ausgeführt werden könne. Wie alle Ausnahmen sei auch dieser Tatbestand eng auszulegen. Sinn und Zweck der Ausnahme sei es, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern sinnlos wäre, wenn der Auftrag tatsächlich nur von einem Unternehmen erbracht werden könnte. Die Heranziehung dieser Ausnahme sei daher nur denkbar, wenn es für den Auftraggeber unbedingt erforderlich sei, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe kein anderes Unternehmen die Möglichkeit haben, den Auftrag ebenfalls erfüllen zu können, was nur dann der Fall sei, wenn es für die Leistung auf dem Markt keinen Wettbewerb gebe. Der Auftraggeber mache bei der gegenständlichen Vergabe an die B\*\*\* ein Ausschließlichkeitsrecht geltend und berufe sich darauf, dass die B\*\*\* Inhaber der Rechte am Source-Code für das beim Auftraggeber verwendete elektronische Katalogeinkaufssystem und somit als einzige berechtigt sei, die notwendigen Wartungs- und Entwicklungsarbeiten zu erbringen. Dieses Vorbringen sei jedoch aus folgenden Gründen unzureichend:

Lediglich aus Anhang D der Bekanntmachung könne geschlossen werden, dass Inhalt der Leistung Wartungs- und Entwicklungsarbeiten am bestehenden elektronischen Katalogeinkaufssystem seien. Nähere Angaben dazu würden aber an keiner Stelle getroffen. In welchem Ausmaß die beiden Leistungsbereiche Wartung und Entwicklungsleistungen jeweils anfallen würden, sei nicht ersichtlich. Ebenso bleibe offen, ob der Auftrag noch andere Dienstleistungen beinhalte. Immerhin sei das Auftragsvolumen mit Euro 900.000,- ausreichend, um nahezu zwei

komplett neue Katalogeinkaufssysteme von Grund auf zu entwickeln, umzusetzen und fünf Jahre zu warten und nicht nur ein bestehendes System fortzuentwickeln und zu warten. Aufgrund dieser völlig unklaren und undefinierten Auftragsbeschreibung könne daher keineswegs ausreichend nachvollzogen werden, dass die gesamte Leistung nur von jenem Unternehmen erbracht werden könne, das Inhaber des Source-Codes sei. Selbst wenn einzelne Entwicklungsarbeiten an der bestehenden Software den Source-Code erfordern sollten, könne dies keinesfalls rechtfertigen, dass ein Folgeauftrag über Leistungen im Wert von geschätzten Euro 900.000,-- für fünf Jahre unter dem Vorwand der Ausschließlichkeit freihändig vergeben werde. Der Auftraggeber hätte - ausgehend von einer konkreten Leistungsbeschreibung - nachweisen und beweisen müssen, dass kein anderes Unternehmen die Möglichkeit habe, den Auftrag ebenfalls zu erfüllen. Die pauschal getroffene Behauptung des Auftraggebers, dass die Wartungs- und Entwicklungsarbeiten nur vom Inhaber des Source-Codes erbracht werden könnten, sei schlichtweg falsch. Die Wartungsarbeiten am elektronischen Katalogeinkaufssystem könnten vielmehr von jedem darauf spezialisierten Unternehmen durchgeführt werden. Die Verfügung über den Source-Code sei für die Systemwartung nicht erforderlich. Weiters sei die Ausschließlichkeit nicht gegeben. Das Ausschließlichkeitsrecht, etwa den Source-Code, zu besitzen, sei nicht ausreichend, um von einem Vergabeverfahren abzusehen. Es müsse der Auftraggeber nachweisen, dass die Leistung tatsächlich von keinem anderen Unternehmer erbracht werden könne und eine Ausschreibung daher sinnlos sei. Diese Voraussetzung sei weder behauptet noch bewiesen worden und sei definitiv nicht gegeben. Der Antragsteller sei in der Lage, das vorhandene Katalogsystem mit dem individuellen Berechtigungssystem innerhalb von zwei Monaten unter aufrechter Betrieb des bisherigen Systems inklusive 5-jähriger Wartung zu einem deutlich niedrigeren Gesamtpreis als Euro 900.000,-- zu ersetzen. Der Antragsteller gehe davon aus, dass alle einschlägigen Marktteilnehmer ebenso in der Lage wären, diese Leistungen zu einem deutlich niedrigeren - als vom Auftraggeber geschätzten - Gesamtpreis zu erbringen. Die Investition in die Fortentwicklung eines Altsystems, die doppelt so viel kosten würde, wie die Anschaffung eines neuen Systems, das sich auf dem aktuellen Stand der Technik befinde, sei abwegig und extrem unwirtschaftlich. Es sei hinlänglich bekannt, dass sich der Hard- und Softwaremarkt in den letzten Jahren sehr stark weiterentwickelt habe, dass das Leistungsangebot umfangreicher geworden sei und dass sich die Kosten laufend reduziert hätten. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hätte der Auftraggeber das elektronische Katalogeinkaufssystem nicht nur neu ausschreiben können, sondern vielmehr neu ausschreiben müssen. Es habe daher keine Notwendigkeit bestanden, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben. Der Auftraggeber könne auch nicht einwenden, dass es sich um einen Folgeauftrag handle, der vom ursprünglich öffentlich ausgeschriebenen Auftrag aus dem Jahre 2004 gedeckt wäre, da die B\*\*\* weder Auftragnehmer noch Subunternehmer des im Jahr 2004 durchgeführten Verfahrens sei.

Der Antragsteller sei einer der führenden Dienstleister im Bereich ganzheitliche Softwarelösungen in Österreich. Die Erstellung, Wartung und Entwicklung elektronischer Einkaufssysteme (e-Shop) stelle eines seiner Hauptgeschäftsfelder dar. Der Antragsteller habe daher ein massives Interesse an der Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten entgehe dem Antragsteller die Möglichkeit einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns. Zudem entgehe dem Antragsteller durch den Fortbestand der rechtswidrigen Ausschreibung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Bei vergabekonformer Vorgangsweise des Auftraggebers wäre der Antragsteller in die Lage versetzt, ein kompetitives Angebot abzugeben, das nach den vergaberechtlichen Grundsätzen des fairen und lauterer Wettbewerbs und insbesondere dem Anspruch auf Vergleichbarkeit der Angebote, vom Auftraggeber nicht übergangen werden könnte. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei notwendig, um dem Antragsteller die Chance, den Auftrag zu erhalten, zu wahren. Es seien weder besondere Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, noch besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVA sprechen könnten.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Angefochten werde die rechtswidrige freiwillige ex-ante Transparenz bekanntmachung, die gemäß § 49 Abs. 2 iVm § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG eine gesonderte anfechtbare Entscheidung sei. Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Festlegung vergabekonformer Zuschlagskriterien,

auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Angefochten werde die rechtswidrige freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung, die gemäß Paragraph 49, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG eine gesonderte anfechtbare Entscheidung sei.

Wie die EBRV 2009 zu § 49 Abs 2 BVergG ausführen würden, werde dem Auftraggeber durch § 49 Abs 2 BVergG die Möglichkeit eingeräumt, "seine 'Zuschlagsentscheidung' in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. Diese Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 lit. a (das Gesetz dies in differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)." Wie die EBRV 2009 zu Paragraph 49, Absatz 2, BVergG ausführen würden, werde dem Auftraggeber durch Paragraph 49, Absatz 2, BVergG die Möglichkeit eingeräumt, "seine 'Zuschlagsentscheidung' in einem Verfahren, das ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, (freiwillig) bekanntzumachen. Diese Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung der 'Zuschlagsentscheidung' ist - obwohl sie im vorliegenden Kontext freiwillig erfolgt - jedenfalls eine gesonderte anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Litera a, (das Gesetz dies in differenziert nicht, aus welcher Motivation die Bekanntgabe oder Bekanntmachung erfolgt)."

Die freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung sei am XXX im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden. Unter Punkt V.1 dieser Bekanntmachung, "Tag der Auftragsvergabe", habe der Auftraggeber den 19.8.2010 angegeben, somit ein Datum, das vor der Veröffentlichung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung liege. Da das Wesen der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung jedoch darin liege, dass die Bekanntmachung vor Auftragsvergabe erfolge, gehe der Antragsteller davon aus, dass am 19.8.2010 lediglich die Zuschlagsentscheidung getroffen worden, der Zuschlag jedoch noch nicht erteilt worden sei. Die freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung sei am römisch 30 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden. Unter Punkt römisch fünf.1 dieser Bekanntmachung, "Tag der Auftragsvergabe", habe der Auftraggeber den 19.8.2010 angegeben, somit ein Datum, das vor der Veröffentlichung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung liege. Da das Wesen der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung jedoch darin liege, dass die Bekanntmachung vor Auftragsvergabe erfolge, gehe der Antragsteller davon aus, dass am 19.8.2010 lediglich die Zuschlagsentscheidung getroffen worden, der Zuschlag jedoch noch nicht erteilt worden sei.

Mit Schriftsatz vom 31.8.2010 gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert des Vergabeverfahrens mit Euro 900.000,-- (exkl. USt.) bekannt. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß § 30 Abs 2 Z 2 BVergG, mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages gemäß § 6 BVergG, wobei der Kommission unter Verwendung des von dieser zur Verfügung gestellten Standardformulars die Entscheidung bekannt gegeben worden sei, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Die Bekanntmachung sei am 19.8.2010 an das Amtsblatt der Europäischen Union abgesandt, bis dato der Zuschlag noch nicht erteilt worden, sodass sich das Verfahren im Stadium vor Zuschlagserteilung befinde. Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilte der Auftraggeber mit, dass seinerseits kein besonderes Interesse an der Fortführung des Verfahrens iSd gesetzlichen Bestimmungen bestehe. Mit Schriftsatz vom 31.8.2010 gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert des Vergabeverfahrens mit Euro 900.000,-- (exkl. USt.) bekannt. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages gemäß Paragraph 6, BVergG, wobei der Kommission unter Verwendung des von dieser zur Verfügung gestellten Standardformulars die Entscheidung bekannt gegeben worden sei, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle. Die Bekanntmachung sei am 19.8.2010 an das Amtsblatt der Europäischen Union abgesandt, bis dato der Zuschlag noch nicht erteilt worden, sodass sich das Verfahren im Stadium vor Zuschlagserteilung befinde. Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilte der Auftraggeber mit, dass seinerseits kein besonderes Interesse an der Fortführung des Verfahrens iSd gesetzlichen Bestimmungen bestehe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

#### Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH ist als zentrale Beschaffungsstelle gemäß § 2 Z 48 BVerG öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVerG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 900.000,-- (exkl. USt.) angegeben. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVerG) im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVerG vergeben werden soll. Die Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH ist als zentrale Beschaffungsstelle gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVerG öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Der geschätzte Auftragswert der Vergabe wurde vom Auftraggeber mit Euro 900.000,-- (exkl. USt.) angegeben. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (Paragraph 6, BVerG) im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG vergeben werden soll.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVerG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Im Provisorialverfahren wird davon ausgegangen, dass im Rahmen des Nachprüfungsantrages die Nichtigserklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung (iSd "ex-ante Transparenzbekanntmachung"), begehrt wird. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg.cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVerG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Im Provisorialverfahren wird davon ausgegangen, dass im Rahmen des Nachprüfungsantrages die Nichtigserklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung (iSd "ex-ante Transparenzbekanntmachung"), begehrt wird. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg.cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVerG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVerG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVerG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVerG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt.

Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

#### II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVerG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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, BVerG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. 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 BVerG 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, BVerG 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Verfahren weiter zu führen und den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Verfahren weiter zu führen und den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben, sondern vielmehr ausdrücklich mitgeteilt, dass seinerseits ein besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens nicht bestehe. Auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem

provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7

u. a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

**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)