

# TE Verg Bescheid 2009/12/30 N/0131-BVA/14/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.12.2009

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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. 86/2007 (BVergG 2006), 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 "Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009, 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. 86 aus 2007, (BVergG 2006), 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 "Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 28.12.2009, verbessert eingebracht am 29.12.2009, wie folgt entschieden:

### Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren 'Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II - offenes Verfahren', bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung untersagen und auftragen, die durch Telefax vom 14.12.2009 der Antragstellerin bekannt gemachte Zuschlags- und Ausscheidensentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft mbH im Vergabeverfahren 'Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg Sonnenschutz II - offenes Verfahren', bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklärung der Zuschlags'erteilung' bzw. Ausscheidensentscheidung auszusetzen", wird insoweit stattgegeben als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II", zu erteilen. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin und der ausschreibenden Stelle die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren 'Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz römisch zwei - offenes Verfahren', bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung untersagen und auftragen, die durch Telefax vom 14.12.2009 der Antragstellerin bekannt gemachte Zuschlags- und Ausscheidensentscheidung der Bundesimmobiliengesellschaft mbH im Vergabeverfahren 'Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg Sonnenschutz römisch zwei - offenes Verfahren', bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklärung der Zuschlags'erteilung' bzw. Ausscheidensentscheidung auszusetzen", wird insoweit stattgegeben als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg - Sonnenschutz II", zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

#### Begründung

Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge Antragsteller), stellte mit Schriftsatz vom 28.12.2009 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Darüber hinaus wurden Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie auf Auferlegung der Verfahrenskosten einschließlich der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag an den Auftraggeber, gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 28.12.2009 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber eine Ausschreibung für die Vergabe eines Bauauftrages bezüglich des Bauvorhabens Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz II, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchführe. In seinem Schriftsatz vom 28.12.2009 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber eine Ausschreibung für die Vergabe eines Bauauftrages bezüglich des Bauvorhabens Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg, Sonnenschutz römisch zwei, als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchführe.

Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot nach den Kriterien Gesamtpreis (Gewichtung mit 98%) und angebotene Gewährleistungsfrist(en) (Gewichtung mit 2%), erteilt werden.

Der Antragsteller habe fristgerecht ein Angebot gelegt und dieses bei der entsprechenden Stelle in der vorgesehenen Form eingebracht.

Mit dem Antragsteller per Telefax am 14.12.2009 übermittelten Schreiben habe ihm der Auftraggeber unter dem Titel "Bekanntgabe der Zuschlags- und Ausscheidensentscheidung" mitgeteilt, dass das Angebot der B\*\*\*, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei und beabsichtigt sei, dieser den Zuschlag zu erteilen.

Die Begründung sei gewesen, dass die B\*\*\* entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Preis 98%, Gewährleistung 2%) als Bestbieter ermittelt worden sei.

Die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers sei mit der Begründung erfolgt, dass die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen ergeben habe, dass weder das Unternehmen des Antragstellers noch das des genannten Subunternehmers, der D\*\*\* (Angabe

des Leistungsanteiles mit 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung sei daher nicht erbracht worden.

Der Auftraggeber habe im Schreiben vom 14.12.2009 die Zuschlagsentscheidung bzw. die Ausscheidensentscheidung nicht bzw. mangelhaft begründet, sodass diese intransparent seien. Der Auftraggeber habe lediglich ausgeführt:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Es ist beabsichtigt, den Zuschlag an die B\*\*\* zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt Euro 1.230.731,21 (zuzügl. gesetzl. USt.). Die B\*\*\* wurde entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Preis 98%, Gewährleistungsfrist 2%) als Bestbieter ermittelt.

Ihr Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider aus folgenden Gründen auszuscheiden war:

Die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen hat ergeben, dass weder Ihr Unternehmen noch das der genannten Subunternehmerin, D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt haben. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung wurde daher nicht erbracht. Ihr Angebot wurde daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und Abs. 2 (mangelnde Aufklärung) BVergG 2006 ausgeschieden. Die Prüfung der - für den Subunternehmer erst nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nachgereichten - Referenzunterlagen hat ergeben, dass weder Ihr Unternehmen noch das der genannten Subunternehmerin, D\*\*\* (Angabe des Leistungsanteils 60%), vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität der vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt haben. Der erforderliche Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die vergabegegenständliche Leistung wurde daher nicht erbracht. Ihr Angebot wurde daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, (mangelnde technische Leistungsfähigkeit) und Absatz 2, (mangelnde Aufklärung) BVergG 2006 ausgeschieden.

Die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 endet am 28.12.2009. Wir bedanken uns für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben..." Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 endet am 28.12.2009. Wir bedanken uns für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren und verbleiben..."

Mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. Ausscheidensentscheidung wären gemäß § 131 iVm § 129 Abs. 3 BVergG die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes objektiv nachvollziehbar bekannt zu geben gewesen. Neben der Vergabesumme und einer lapidaren Begründung, dass weder der Antragsteller noch dessen Subunternehmer vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten, habe das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2009 jedoch keines der gesetzlich geforderten Elemente enthalten. Der Auftraggeber habe nämlich mit keinem Wort eingehend begründet, welche Merkmale und Vorteile das Angebot der B\*\*\* aufweise. Die Niederschrift der Angebotswahl habe jedoch eine detaillierte verbale Begründung oder eine Begründung mit Worten zu enthalten; eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Begründung sei vergaberechtswidrig. Mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. Ausscheidensentscheidung wären gemäß Paragraph 131, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz 3, BVergG die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes objektiv nachvollziehbar bekannt zu geben gewesen. Neben der Vergabesumme und einer lapidaren Begründung, dass weder der Antragsteller noch dessen Subunternehmer vergleichbare Anlagen in annähernder Größenordnung und Komplexität wie die vergabegegenständlichen Leistungen nachgewiesenermaßen ausgeführt hätten, habe das Schreiben des Auftraggebers vom 14.12.2009 jedoch keines der gesetzlich geforderten Elemente enthalten. Der Auftraggeber habe nämlich mit keinem Wort eingehend begründet, welche Merkmale und Vorteile das Angebot der B\*\*\* aufweise. Die Niederschrift der Angebotswahl habe jedoch eine detaillierte verbale Begründung oder eine Begründung mit Worten zu enthalten; eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung ohne detaillierte verbale Begründung sei vergaberechtswidrig.

Aus dem vorliegenden E-Mail-Verkehr mit dem C\*\*\* sei ersichtlich, dass sowohl das antragstellende Unternehmen wie

auch dessen Subunternehmer sämtliche geforderten Unterlagen nachgereicht hätten.

Insbesondere aus dem E-Mail des Subunternehmers vom 2.9.2009 sei ersichtlich, dass dieses Unternehmen bei sämtlichen größeren Projekten als Subunternehmer diverser Fassaden- und Metallbaufirmen tätig gewesen sei, was wiederum durch die vom Subunternehmer vorgelegte Referenzliste belegt werde (vgl. hierzu das E-Mail des antragstellenden Unternehmens vom 18.11.2009). Weiters sei aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, dass insbesondere aus den Referenzen des antragstellenden Unternehmens hervorgehe, dass dieses schon Bauprojekte mit einer wesentlich höheren Vergaberechtssumme erhalten und betreut habe. In diesem Zusammenhang werde insbesondere auf das Mail des antragstellenden Unternehmens vom 27.8.2009 verwiesen, worin E\*\*\* von dem oben erwähnten Architekturbüro darauf hingewiesen worden sei, dass bei einem anderen Bauvorhaben, bei welchem ebenfalls die hier tätige Gesellschaft als Auftraggeber aufscheine, ebenso ein außenliegender Sonnenschutz aus Alulamellen, vertikal angeordnet, inklusive Steuerung zur Ausführung komme. Insbesondere aus dem E-Mail des Subunternehmers vom 2.9.2009 sei ersichtlich, dass dieses Unternehmen bei sämtlichen größeren Projekten als Subunternehmer diverser Fassaden- und Metallbaufirmen tätig gewesen sei, was wiederum durch die vom Subunternehmer vorgelegte Referenzliste belegt werde vergleiche hierzu das E-Mail des antragstellenden Unternehmens vom 18.11.2009). Weiters sei aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, dass insbesondere aus den Referenzen des antragstellenden Unternehmens hervorgehe, dass dieses schon Bauprojekte mit einer wesentlich höheren Vergaberechtssumme erhalten und betreut habe. In diesem Zusammenhang werde insbesondere auf das Mail des antragstellenden Unternehmens vom 27.8.2009 verwiesen, worin E\*\*\* von dem oben erwähnten Architekturbüro darauf hingewiesen worden sei, dass bei einem anderen Bauvorhaben, bei welchem ebenfalls die hier tätige Gesellschaft als Auftraggeber aufscheine, ebenso ein außenliegender Sonnenschutz aus Alulamellen, vertikal angeordnet, inklusive Steuerung zur Ausführung komme.

Bei dem hier ausgeschriebenen Bauprojekt handle es sich um Serienanfertigungen und würde hier derselbe Motor in Verwendung gebracht werden, wie bei dem Bauvorhaben LKH Vöcklabruck, bei welchem die Auftragssumme (Euro 2.142.107,00) wesentlich über der gegenständlichen Auftragssumme gelegen sei.

Die vom Auftraggeber getroffene Ausscheidensentscheidung sei weder objektiv nachvollziehbar noch begründet und damit für nichtig zu erklären.

Die Zuschlagsentscheidung sei - wie schon erwähnt - intransparent und werde aus den oben angeführten Gründen ebenfalls für nichtig zu erklären sein.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss, welches er dadurch dokumentiert habe, dass er am Vergabeverfahren teilgenommen habe und auch weiterhin daran teilnehmen wolle. Durch den Auftrag hätte er einen Gewinn von Euro 134.595,00 erwirtschaften können.

Mindestens ebenso groß sei sein Interesse an der Auftragserteilung, da durch die erfolgreiche Ausführung des Werkes der gegenständliche Auftrag als Referenzprojekt in weiteren Vergabeverfahren angeführt bzw. auch privaten Interessenten genannt werden könnte.

Im Entgang dieser Vorteile bestehe auch der Schaden, welche dem Antragsteller durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung an die B\*\*\* erwachsen würde.

Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung erachte sich der Antragsteller in nachgenannten subjektiven Rechten verletzt: In seinem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, in seinem Recht auf Zuschlagserteilung, in seinem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung, in der er selbst als beabsichtigter Zuschlagsempfänger genannt werde, in seinem Recht, dass kein anderes Unternehmen in der Zuschlagsentscheidung vorläufig für den Zuschlag ausgewählt werde, in seinem Recht auf Nichtausscheiden aus dem Verfahren, in seinem Recht auf ein faires und transparentes Verfahren, in seinem Recht auf eine transparente Begründung der Zuschlagsentscheidung und in seinem Recht auf Gleichbehandlung.

Hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung genau und detailliert verbal begründet, wäre der Antragsteller Bestbieter gewesen und seinem Angebot der Zuschlag erteilt worden. Hätte der Auftraggeber die Zuschlagskriterien genau geprüft, wäre der Antragsteller Bestbieter gewesen und ihm auch aus diesem Grund der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2009 erstatte der Auftraggeber allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und teilte

ausdrücklich mit, dass zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme abgegeben werde, da aufgrund der vorliegenden Situation keinerlei Gründe vorliegen würden, die allgemeinen Interessen höher zu bewerten als die Interessen des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen.

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sonnenschutz II" wurde vom Auftraggeber mit Euro 1.317.060, 00 netto angegeben. Weiters gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert ohne Ust. aller Lose mit Euro XXX an. Das Bundesvergabeamt geht daher - unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren - im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um ein Los eines Gesamtbauvorhabens, Bauauftrag im Oberschwellenbereich, handelt (vgl. § 12 Abs. 1 Z 3 iVm § 14 Abs. 3 BVergG). Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sonnenschutz II" wurde vom Auftraggeber mit Euro 1.317.060, 00 netto angegeben. Weiters gab der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert ohne Ust. aller Lose mit Euro römisch 30 an. Das Bundesvergabeamt geht daher - unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren - im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um ein Los eines Gesamtbauvorhabens, Bauauftrag im Oberschwellenbereich, handelt vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 14, Absatz 3, BVergG).

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. 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, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. 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 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt.

Die Pauschalgebühr wurde entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 6 BVergG) Die Pauschalgebühr wurde entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG).

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 BVergG 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, BVergG 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 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 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 2, 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 von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B\*\*\*, zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben, sondern vielmehr mitgeteilt, dass die allgemeinen Interessen an der Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung nicht höher zu bewerten wären als das Interesse des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der erkennenden Senatsvorsitzenden sind auch keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B\*\*\*, zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG. Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben, sondern vielmehr mitgeteilt, dass die allgemeinen Interessen an der Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung nicht höher zu bewerten wären als das Interesse des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der erkennenden Senatsvorsitzenden sind auch keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar.

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 Entscheidungen 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 Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens war ausschließlich gegenüber dem Auftraggeber - als jenem Rechtsträger, der gemäß § 2 Z 8 BVergG vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt - und nicht auch gegenüber der ausschreibenden Stelle, wie vom Antragsteller zusätzlich beantragt wurde, auszusprechen. Die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens war ausschließlich gegenüber dem Auftraggeber - als jenem Rechtsträger, der gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt - und nicht auch gegenüber der ausschreibenden Stelle, wie vom Antragsteller zusätzlich beantragt wurde, auszusprechen.

Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung wird auf § 329 Abs. 2 letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Davon abgesehen, sind die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung als bereits abgeschlossene Handlungen einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich (vgl. BVA vom 27.10.2008, N/0133-BVA/14/2008-EV7 u.a.). Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Davon abgesehen, sind die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung als bereits abgeschlossene Handlungen einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich (vergleiche BVA vom 27.10.2008, N/0133-BVA/14/2008-EV7 u.a.).

**Zuletzt aktualisiert am**

10.05.2010

**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)