

# TE Verg Bescheid 2008/1/10 N/0008-BVA/06/2008-10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.01.2008

## Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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 § 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

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BVergG durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, Babenbergerstraße 5, 1010 Wien, über die Anträge der Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus 1. A\*\*\* Institut und 2. B\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\*, vom 3. Jänner 2008 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, Babenbergerstraße 5, 1010 Wien, über die Anträge der Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus 1. A\*\*\* Institut und 2. B\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\*, vom 3. Jänner 2008 wie folgt entschieden:

### Spruch

#### Dem Antrag

"auf Erlassung nachstehender Einstweiligen Verfügung:

Es wird die Bietergemeinschaft bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zum Vergabeverfahren zugelassen und diese zur Angebotslegung eingeladen bzw. dem Auftraggeber aufgetragen, die Bietergemeinschaft zur Angebotslegung unter Übersendung der erforderlichen Unterlagen und Gewährung einer angemessenen Frist zur Angebotslegung einzuladen; das Vergabeverfahren wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag unterbrochen und dem Auftraggeber verboten, einen Zuschlag zu erteilen"

wird teilweise stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, wird die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Implementierung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 14. Februar 2008, untersagt. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 2 Z 1, 328 Abs. 1, 329 Abs. 1, 2 und 3 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

### Begründung

Die Bewerbungsgemeinschaft bestehend aus 1. A\*\*\* Institut und 2.

B\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge kurz: Antragstellerin) stellte mit Antrag vom 3. Jänner 2008 – nach Aufforderung verbessert beim Bundesvergabeamt am 8. Jänner 2008 eingelangt - das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag auf Nichtigklärung der Nichtzulassung zur Angebotslegung gemäß Schreiben vom 18.12.2007. Weiters beantragte sie den Ersatz der entrichteten Gebühren.

Begründend führte die Antragstellerin im verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Wesentlichen aus:

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag betreffend das Vergabeverfahren "Unternehmensservice Großbetriebe Wien; Aktenzahl: OE/15-44120-Stab/2007" eingebracht. Den Ausschreibungsunterlagen zufolge sei die Bildung einer Bietergemeinschaft zugelassen. Daher hätten sich das A\*\*\* Institut und die B\*\*\* GmbH zusammengeschlossen.

Mit Schreiben vom 18.12.2007, welches dem A\*\*\* Institut am 21.12.2007 zugegangen sei, habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen könne.

Durch diese Entscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Gleichbehandlung bzw. Gleichheit verletzt. Es werde in unsachlicher und diskriminierender Weise mutwillig eine Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen dahingehend ausgelegt, dass auch ein gemeinnütziger Verein eine Gewerbeberechtigung nachweisen müsste, obwohl

nach dem Gesetz eine Gewerbeberechtigung für einen gemeinnützigen Verein nicht erforderlich sei. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, Bewerber von einem Vergabeverfahren dadurch auszuschließen, dass ein Kriterium gefordert werde, welches von einer bestimmten Gruppe von Bewerbern aufgrund ihrer rechtlichen Stellung nicht erbracht werden könne. Die Ausschreibungsunterlagen würden daher gegen gesetzliche und verfassungsrechtliche Bestimmungen verstoßen.

Abgesehen davon verfüge die Mitbewerberin, die B\*\*\* GmbH, über eine gewerberechtliche Befugnis im Sinne der Ausschreibungsvorgaben. Es sei daher davon auszugehen sei, dass die Bewerbergemeinschaft insgesamt befugt sei.

Darüber hinaus leide die angefochtene Auftraggeberentscheidung aber auch an einem formalrechtlichen Mangel, da diese Entscheidung nur an das A\*\*\* Institut adressiert sei. Eine Zustellbefugnis substituiere nicht das Erfordernis, die Bewerbergemeinschaft zu bezeichnen, um dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden.

Das Interesse am Vertragsabschluss sei für die Antragstellerin, insbesondere aber für das A\*\*\* Institut, aus dem Umstand ersichtlich, dass dieses Institut bereits bislang jene Leistungen für den Auftraggeber erbracht habe, die Gegenstand des Vergabeverfahrens sind. Der Bewerbergemeinschaft drohe bei Entgang dieses Auftrages insofern ein erheblicher Schaden, als aufgrund der langjährigen fast ausschließlichen Tätigkeit in dem nunmehr dem Vergabeverfahren unterliegenden Bereich der wirtschaftliche Bestand des A\*\*\* Institut gefährdet sei. Es sei davon auszugehen, dass das Institut seine Tätigkeit einstellen werden müsse. Mit Stellungnahme vom 4. Jänner 2008 erteilte das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien. Das Bundessozialamt, Bundesstelle Wien agiere als vergebende Stelle. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 74140000) im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 591.666,67 (exkl. USt), welcher im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Auftragsgegenstand sei die Implementierung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Aufforderung zur Angebotslegung. Zum weiteren Zeitplan wurde festgehalten, dass die Zuschlagsentscheidung für den 5. Februar 2008 und der Beginn der Auftragsausführung für den 1. März 2008 vorgesehen seien.

Inhaltlich wurde weiters ausgeführt, dass gemäß Punkt 5.1. des Teilnahmeantrages natürliche und juristische Personen zur Teilnahme berechtigt seien, die nachweislich zur Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistung befugt sind. Zum Nachweis der Befugnis sei gemäß Punkt 8.1. des Teilnahmeantrages ein aktueller Auszug des Gewerberegisters und der Gewerbeschein vorzulegen. Jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft habe die Befugnis für die ihm zugeordneten Leistungsteile nachzuweisen. Die Antragstellerin habe in ihrem Teilnahmeantrag angegeben, dass das A\*\*\* Institut 55 % der Beratungsleistung erbringen werde. Dieses Institut verfüge aber nicht über die entsprechende gewerberechtliche Befugnis bzw. habe diese nicht nachweisen können. Die Bewerbergemeinschaft sei daher mangels Befugnis nicht zur Angebotslegung aufgefordert worden.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der darauf bezugnehmenden Beilagen und der vorgelegten Verfahrensunterlagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens vorläufig folgender Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Dienstleistung "Implementierung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien" wurde im November 2007 im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-374274- 7a31; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2007/S 212- 258109). Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 591.666,67 (exkl. USt). Auftraggeber ist der Bund. Als vergebende Stelle tritt das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, auf. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 7. Dezember 2007, 12.00 Uhr festgelegt.

Gegenstand ist die Errichtung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien, um – im Sinne der Vorgaben des XXIII. Regierungsprogrammes – Unternehmen bei der Beschäftigung von behinderten Menschen zu unterstützen. Der gegenständlichen Leistung der Dienstleistungskategorie 11 (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) wurde der CPV-Code 74140000 (Unternehmens- und Managementberatung und zugehörige Dienste) zugeordnet. Gegenstand ist die Errichtung eines Unternehmensservice für Großbetriebe in Wien, um – im Sinne der Vorgaben des römisch 23. Regierungsprogrammes – Unternehmen bei der Beschäftigung von behinderten Menschen

zu unterstützen. Der gegenständlichen Leistung der Dienstleistungskategorie 11 (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten) wurde der CPV-Code 74140000 (Unternehmens- und Managementberatung und zugehörige Dienste) zugeordnet.

In den Unterlagen betreffend die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages wird unter Punkt 5.1. (Befugnis) folgendes festgelegt:

"Teilnahmeberechtigt sind in den EU- bzw. EWR- Mitgliedstaaten ansässige natürliche und juristische Personen, die nachweislich gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatstaates zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sind.

#### BEWERBERGEMEINSCHAFTEN UND SUBUNTERNEHMERINNEN

... Es ist anzugeben, welche Leistungen in welchem Umfang durch welche Organisation in der Bewerbergemeinschaft erbracht werden.

...

#### ÖSTERREICHISCHE UND AUSLÄNDISCHE BEWERBERINNEN

Österreichische BewerberInnen müssen zum Zeitpunkt der Aufforderung über alle für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen. ...

Folgende Befugnisse sind jedenfalls nachzuweisen:

Gewerberechtliche Befugnis als Unternehmensberatung. ..."

Punkt 8.1. der Teilnahmeantragsunterlagen legt hinsichtlich der beizuschließenden Unterlagen u.a. fest:

"Nachweis der Befugnis - auch von jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbergemeinschaft, Auszug des Gewerberegisters (max. 3 Monate) und des Gewerbescheines (Unternehmensberatung)"

Die antragstellende Bewerbergemeinschaft besteht aus dem A\*\*\* Institut, einem Verein, und der B\*\*\* GmbH. Die Antragstellerin gibt in den Beilagen zu ihrem Teilnahmeantrag den Leistungsanteil des A\*\*\* Institut mit 55% und jenen der B\*\*\* GmbH mit 20% an. Die verbleibenden 25% sollen durch Subunternehmerinnen abgedeckt werden. Weiters ist dem Teilnahmeantrag ein Auszug aus dem zentralen Gewerberegister vom 30. November 2007 für die Gewerbeinhaberin B\*\*\* GmbH betreffend das reglementierte Gewerbe Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation, eingeschränkt auf die Personalberatung angeschlossen.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 an das A\*\*\* Institut wurde vom Auftraggeber mitgeteilt, dass gegenständlich keine Einladung zur Angebotslegung erfolgen kann. Als Grund für die Nichtzulassung zur weiteren Teilnahme wurde unter Hinweis auf die Punkte 5.1. und 8.1. des Teilnahmeantrages angegeben, dass das A\*\*\* Institut nicht über die gewerberechtliche Befugnis, Unternehmensberatung durchzuführen, verfügt.

Entsprechend den bisherigen Informationen wurde weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

#### I. Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26. November 2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1. Jänner 2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26. November 2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1. Jänner 2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle sind im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG

in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 zu Grunde zu legen hat. Ebenso stellen für das Bundesvergabeamt die Regelungen des BVergG in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 den Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit dar. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVergG in der Fassung der zitierten Novelle sind im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVergG in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso stellen für das Bundesvergabeamt die Regelungen des BVergG in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, den Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit dar.

Demgegenüber sind für das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für das Nachprüfungsverfahren, welche nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht wurden, die betreffenden Bestimmungen in der Fassung der zitierten Novelle maßgeblich (§ 345 Abs. 13 Z 2 BVergG). Demgegenüber sind für das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für das Nachprüfungsverfahren, welche nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht wurden, die betreffenden Bestimmungen in der Fassung der zitierten Novelle maßgeblich (Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, BVergG).

Bei den Paragraphenangaben wird unterschiedslos auf das BVergG Bezug genommen. Darunter ist jeweils die im Sinne der obigen Ausführungen geltende Fassung zu verstehen.

## II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, ist Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG iVm Anhang III, Kategorie 11, zu qualifizieren, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung maßgeblichen Schwellenwert, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der Bund, vertreten durch das Bundessozialamt, Landesstelle Wien, ist Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch drei, Kategorie 11, zu qualifizieren, der in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung maßgeblichen Schwellenwert, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des BVergG. Gemäß den Informationen des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend § 291 Abs. 2 iVm § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG gegeben ist. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des BVergG. Gemäß den Informationen des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend Paragraph 291, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG gegeben ist.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind als erfüllt anzusehen. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Das Schreiben, mit welchem die Nichtzulassung zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren mitgeteilt wird, datiert vom 18. Dezember 2007. Die Antragstellerin führt, vom Auftraggeber unbestritten, aus, dass dieses Schreiben dem A\*\*\* Institut erst am 21. Dezember 2007 zugegangen ist. Es ist daher vorläufig davon auszugehen, dass die Anfechtungsfrist mit diesem Datum zu laufen beginnt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG verbunden und am 3. Jänner 2007 innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz

eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind als erfüllt anzusehen. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung "Nicht-Zulassung zur Teilnahme" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Das Schreiben, mit welchem die Nichtzulassung zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren mitgeteilt wird, datiert vom 18. Dezember 2007. Die Antragstellerin führt, vom Auftraggeber unbestritten, aus, dass dieses Schreiben dem A\*\*\* Institut erst am 21. Dezember 2007 zugegangen ist. Es ist daher vorläufig davon auszugehen, dass die Anfechtungsfrist mit diesem Datum zu laufen beginnt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und am 3. Jänner 2007 innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Die Höhe der Pauschalgebühr ist gemäß § 318 Abs. 1 Z 1 BVergG entsprechend den in Anhang XIX festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß § 318 Abs. 1 Z 4 BVergG ist für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gebühr in Höhe von 50 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Die Antragstellerin hat bei Antragstellung vorerst Euro 1.600,- Die Höhe der Pauschalgebühr ist gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG entsprechend den in Anhang römisch neunzehn festgesetzten Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG ist für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gebühr in Höhe von 50 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Die Antragstellerin hat bei Antragstellung vorerst Euro 1.600,-

entrichtet. Dieser Betrag entspricht der für den vorliegenden Antrag auf Nichtigerklärung gemäß Anhang XIX des BVergG zu entrichtenden Pauschalgebühr (Dienstleistungsauftrag, sonstige Verfahren im Oberschwellenbereich). Die Antragstellerin wurde aufgefordert, die für die beantragten Sicherungsmaßnahmen ausständige Gebühr in der Höhe von Euro 800,- bei sonstiger Zurückweisung des Anbringens zu entrichten. Diesem Mängelbehebungsauftrag ist die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen. entrichtet. Dieser Betrag entspricht der für den vorliegenden Antrag auf Nichtigerklärung gemäß Anhang römisch neunzehn des BVergG zu entrichtenden Pauschalgebühr (Dienstleistungsauftrag, sonstige Verfahren im Oberschwellenbereich). Die Antragstellerin wurde aufgefordert, die für die beantragten Sicherungsmaßnahmen ausständige Gebühr in der Höhe von Euro 800,- bei sonstiger Zurückweisung des Anbringens zu entrichten. Diesem Mängelbehebungsauftrag ist die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen.

### III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 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. 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 § 329 Abs. 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf

Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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 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 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur Angebotslegung aufzufordern und damit nicht zur Teilnahme zuzulassen, behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann (BVA vom 30. Oktober 2001, N-106/01-8; BVA vom 15. März 2006, 6N- 116/05-23). Dies ist gegenständlich nicht der Fall. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Rahmen des Provisorialverfahrens allerdings nicht abzusprechen. Diese wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen sein.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2007 wurde der Antragstellerin vom Auftraggeber mitgeteilt, dass diese nicht zur Angebotslegung aufgefordert werden kann. Da diese Entscheidung aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Die Sicherung des möglicherweise bestehenden Anspruchs auf Zuschlagserteilung erfordert, dass das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der diese Entscheidung nicht ins Leere laufen lässt und die Möglichkeit der Zuschlagserteilung im Rahmen eines den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens an die Antragstellerin weiterhin gewährleistet.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf die durch den Entgang dieses Auftrages möglicherweise notwendige Einstellung der Tätigkeit des A\*\*\* Institut und den damit einhergehenden Verlust von Arbeitsplätzen verweist. Das Bundesvergabeamt sieht keinen Grund, diese Ausführungen in Zweifel zu ziehen. Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf die durch den Entgang dieses Auftrages möglicherweise notwendige Einstellung der Tätigkeit des A\*\*\* Institut und den damit einhergehenden Verlust von Arbeitsplätzen verweist. Das Bundesvergabeamt sieht keinen Grund, diese Ausführungen in Zweifel zu ziehen.

Der Auftraggeber hat zwar den Zeitplan für das Vergabeverfahren bekannt gegeben, welcher einen Beginn der Auftragsausführung für den 1. März 2008 vorsieht. Im Übrigen hat der Auftraggeber aber keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen ins Treffen geführt. Der erkennenden Senatsvorsitzenden liegen auch keine sonstigen Informationen über Interessen sonstiger Bewerber und des Auftraggebers sowie über ein

allfälliges besonderes öffentliches Interesse vor, die ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung begründen könnten. Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren (siehe ua BVA vom 20. Juli 2007, N/0071- BVA/06/2007-8; BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; BVA vom 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10, mwN).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist überdies auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), 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 des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. 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 des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Die Antragstellerin beantragte die Verfügung verschiedener einstweiliger Maßnahmen. Die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung erscheint im vorliegenden Fall nötig und geeignet, um von der Antragstellerin den aus der allenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeit entstandenen bzw. unmittelbar drohenden Schaden zu beseitigen oder abzuwehren. Mit der Verfügung dieser Maßnahme bleibt der Antragstellerin die Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren und auf allfällige Zuschlagserteilung erhalten. Es handelt sich bei dieser Maßnahme auch um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin beantragte die Verfügung verschiedener einstweiliger Maßnahmen. Die begehrte Untersagung der Zuschlagserteilung erscheint im vorliegenden Fall nötig und geeignet, um von der Antragstellerin den aus der allenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeit entstandenen bzw. unmittelbar drohenden Schaden zu beseitigen oder abzuwehren. Mit der Verfügung dieser Maßnahme bleibt der Antragstellerin die Chance auf Teilnahme am Vergabeverfahren und auf allfällige Zuschlagserteilung erhalten. Es handelt sich bei dieser Maßnahme auch um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Dagegen stellt die begehrte Unterbrechung des Vergabeverfahrens im Hinblick auf den in der Ermöglichung der Verfahrensteilnahme liegenden Sicherungszweck nicht das gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs. 2 BVergG dar. Vielmehr ist darauf Bedacht zu nehmen, die Verzögerung des Vergabeverfahrens so gering wie möglich zu halten und den Auftraggeber in seiner Handlungsfreiheit nicht über Gebühr einzuschränken. Daher war der betreffende Antrag als überschießend abzuweisen (siehe dazu bereits BVA vom 11. November 1998, N-35/98- 12, zitiert in Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner, Bundesvergabegesetz [BVergG] 12 1999 E 6. zu § 116). Dagegen stellt die begehrte Unterbrechung des Vergabeverfahrens im Hinblick auf den in der Ermöglichung der Verfahrensteilnahme liegenden Sicherungszweck nicht das gelindeste Mittel gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG dar. Vielmehr ist darauf Bedacht zu nehmen, die Verzögerung des Vergabeverfahrens so gering wie möglich zu halten und den Auftraggeber in seiner Handlungsfreiheit nicht über Gebühr einzuschränken. Daher war der betreffende Antrag als überschießend abzuweisen (siehe dazu bereits BVA vom 11. November 1998, N-35/98- 12, zitiert in Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner, Bundesvergabegesetz [BVergG] 12 1999 E 6. zu Paragraph 116.).

Die Verfügung einer Sicherungsmaßnahme soll gewährleisten, dass die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht durch Entscheidungen des Auftraggebers "überholt" wird, sie darf aber nicht die Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache vorweg nehmen. Da die Frage, ob die Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens rechtswidrig war und ob die Antragstellerin zur Angebotslegung aufzufordern gewesen wäre, im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu beurteilen ist, nicht aber im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, war den auf die Zulassung zur Teilnahme und Einladung zur Angebotslegung gerichteten Anträgen nicht statt zu geben (siehe auch BVA vom 2. Juni 2006, N/0039-BVA/05/BVA/16).

Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG 2006 bis 14. Februar 2008 zu befristen war (siehe etwa auch BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16). Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 bis 14. Februar 2008 zu befristen war (siehe etwa auch BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16).

**Dokumentnummer**

VERGT\_20080110\_N\_0008\_BVA\_06\_2008\_10\_00

**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)