

# TE Verg Bescheid 2007/7/12 N/0067-BVA/02/2007-018

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.07.2007

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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

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 durch den zweiten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A 9 Phyrn Autobahn, Vollausbau Lainbergtunnel, E & M - Allgemeine Elektrotechnik / Leittechnik BZ - PY66 und PY67" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. Juli 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den zweiten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A 9 Phyrn Autobahn, Vollausbau Lainbergtunnel, E & M - Allgemeine Elektrotechnik / Leittechnik BZ - PY66 und PY67" des Auftraggebers Autobahnen-

und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. Juli 2007, wie folgt entschieden:

#### Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung

1. 1.Ziffer eins  
die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2007 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und
2. 2.Ziffer 2  
dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren untersagen",

wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, untersagt, im Vergabeverfahren "A 9 Phyrn Autobahn, Vollausbau Lainbergtunnel, E & M - Allgemeine Elektrotechnik / Leittechnik BZ - PY66 und PY67", den Zuschlag zu erteilen. Die Zuschlagsentscheidung im genannten Vergabeverfahren wird bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

#### Begründung

1. 1.Ziffer eins  
Vorbringen der Parteien

Die A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH stellte am 4. Juli 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Begründend führte sie darin nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes im Wesentlichen aus, dass sie sich in ihren Rechten auf Ausscheiden von den Ausscheidungsbedingungen widersprechenden Angeboten, auf Nichtberücksichtigung von (nicht vergleichbaren) Alternativangeboten, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter und ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt erachtet. Ihr drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca Euro 450.000. Es entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von zumindest Euro 45.000. Es entgehe ihr eine für zukünftige Vergabeverfahren notwendige Referenz. Die Auftraggeberin wolle einem Angebot den Zuschlag erteilen, das in dieser Form mit diesem Angebotspreis nicht gelegt worden sei. Die von jedem Bieter selbst zu bewertenden Referenzen im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien bei der Angebotsöffnung verlesen und im Zuge der Angebotsprüfung korrigiert worden. Dies könne nur daran liegen, dass eine oder mehrere Referenzen nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprochen hätten. Diesfalls seien das Hauptangebot und alle Alternativangebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen der Festlegungen in der mittlerweile präkludierten Ausschreibung auszuschneiden gewesen, zumal in allen Angeboten der selbe Projektleiter namhaft gemacht worden sei. Die Alternativangebote seien infolge mangelnder Festlegungen von transparenten Mindestanforderungen nicht zu berücksichtigen. In der Ausschreibung seien bloß Mindestanforderungen für die Gleichwertigkeit, nicht jedoch für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten genannt. Die genannten Mindestanforderungen enthielten keine inhaltlichen, sondern lediglich formale Anforderungen an Alternativangebote. Die gelegten Alternativangebote wären auch technische nicht gleichwertig und verstießen gegen die zwingend zu beachtenden Planungshandbücher der ASFINAG. Die A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH stellte am 4. Juli 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Begründend führte sie darin nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes im Wesentlichen aus, dass sie sich in ihren Rechten auf Ausscheiden von den Ausscheidungsbedingungen widersprechenden Angeboten, auf Nichtberücksichtigung von (nicht vergleichbaren) Alternativangeboten, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter und ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und

Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt erachtet. Ihr drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca Euro 450.000. Es entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von zumindest Euro 45.000. Es entgehe ihr eine für zukünftige Vergabeverfahren notwendige Referenz. Die Auftraggeberin wolle einem Angebot den Zuschlag erteilen, das in dieser Form mit diesem Angebotspreis nicht gelegt worden sei. Die von jedem Bieter selbst zu bewertenden Referenzen im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien bei der Angebotsöffnung verlesen und im Zuge der Angebotsprüfung korrigiert worden. Dies könne nur daran liegen, dass eine oder mehrere Referenzen nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprochen hätten. Diesfalls seien das Hauptangebot und alle Alternativangebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen der Festlegungen in der mittlerweile präkludierten Ausschreibung auszuscheiden gewesen, zumal in allen Angeboten der selbe Projektleiter namhaft gemacht worden sei. Die Alternativangebote seien infolge mangelnder Festlegungen von transparenten Mindestanforderungen nicht zu berücksichtigen. In der Ausschreibung seien bloß Mindestanforderungen für die Gleichwertigkeit, nicht jedoch für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten genannt. Die genannten Mindestanforderungen enthielten keine inhaltlichen, sondern lediglich formale Anforderungen an Alternativangebote. Die gelegten Alternativangebote wären auch technische nicht gleichwertig und verstießen gegen die zwingend zu beachtenden Planungshandbücher der ASFINAG.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, allfällige Schadenersatzzahlungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könnten. Der einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwiegen Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers. Aufgrund der Wahl der Verfahrensart scheine trotz der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die bereits erfolgte Anfechtung der Ausschreibung keine besondere Dringlichkeit seitens des Auftraggebers zu bestehen. Die Interessen der Antragstellerin bestünden in der Abwehr des geltend gemachten Schadens. Die Maßnahmen seien erforderlich und stellten das gelindeste Mittel dar.

Am 9. Juli 2007 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung. Eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag oder zur einstweiligen Verfügung gab sie nicht ab.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens festgestellt und erwogen.

#### 1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Vergabende Stelle ist die ASFINAG Baumanagement GmbH. Die ASFINAG baut den Laimbergtunnel, einen Tunnel im Zuge der A 9 aus. Dazu hat sie ua die allgemeine Elektrotechnik und Leittechnik ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt. Euro 8.621.765. Die Ausschreibung erfolgt im offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich. Es erfolgte keine Unterteilung in Lose. (Angaben der Auftraggeberin)

Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 15. November 2006, 2006/S 217-232786, abgesandt am 13. November 2007, und im amtlichen Lieferungsanzeiger vom 14. November 2007, EU232786-2006. Die Angebotsfrist und die Frist zur Einsichtnahme in Unterlagen Endeten am 16. Jänner 2007. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Angebotsöffnung stattfinden. Der Auftrag wurde als Bauauftrag mit den CPV-Codes 31527220 - Tunnelbeleuchtung, 31720000 – Elektromechanische Ausrüstung, 45316213 - Installation von Verkehrsleiteinrichtungen und 45331210 - Installation von Lüftungsanlagen ausgeschrieben. Der Auftrag sollte dem wirtschaftlichsten Angebot erteilt werden. Mit der ersten Berichtigung, bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 9. Dezember 2006, 2006/S 235-250730, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 8. Dezember 2006, L-316718-6c7, wurden die Angebotsfrist, die Frist zur Einsichtnahme in Unterlagen und der Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf 13. Februar 2007, 11.00 Uhr verschoben. Mit der zweiten Berichtigung, bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 9. Februar 2007, 2007/S 28-032984, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 7. Februar 2007, L-319736-726, wurden die Angebotsfrist, die Frist zur Einsichtnahme in Unterlagen und der Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf 20. Februar 2007, 11.00 Uhr verschoben. Mit der dritten Berichtigung, bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 21. Februar 2007, 2007/S 28-032984, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 19. Februar 2007, L-320438-7216, wurde Lauf der Angebotsfrist wird auf Grund eines anhängigen BVA-Nachprüfungsverfahrens bis zum Ende des Verfahrens ausgesetzt. Mit der

vierten Berichtigung, bekanntgemacht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 16. März 2007, 2007/S 53-064816, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 15. März 2007, L-321991-7314, wurden die Angebotsfrist, die Frist zur Einsichtnahme in Unterlagen und der Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf 3. April 2007, 11.00 Uhr verschoben. (Amtliche Einschau unter [ted.europa.eu](http://ted.europa.eu) und [www.auftrag.at](http://www.auftrag.at))

Mit Nachprüfungsantrag vom 12. Februar 2007 bekämpfte die jetzige Antragstellerin Bestimmungen der Ausschreibung. Nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 19. Februar 2007 zog sie am 7. März 2007 wegen einer gütlichen Einigung den Nachprüfungsantrag zurück. (Verfahrensakt des BVA zu N/0010-BVA/02/2007)

Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot erteilt werden. Der Preis war mit 93 %, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um maximal fünf Jahre mit 5 % und die Qualität des Projektleiters mit 2 % gewichtet. Bei der Qualität des Projektleiters war eine Erfahrung mit gleichartigen Projekten im gefordert. Die Bewertung sollte durch den Bieter erfolgen. Das Ende der Zuschlagsfrist war der 3. Juli 2007. Die Ausführungsfrist sollte von 15. August 2007 bis 16. Juli 2008 laufen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung fand am 4. März 2007, 11.00 Uhr statt. Neun Bieter gaben Angebote ab. Drei Bieter gaben Alternativangebote ab. Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot ab. Es war mit einem Angebotspreis von Euro 7.414.158,93 ohne USt das billigste. Sie gab zur Qualität des Projektleiters einen Prozentsatz von 0,416 an. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab ein Hauptangebot mit

einem Angebotspreis von Euro 7.541.534,50, das Alternativangebot 1 mit

einem Angebotspreis von Euro 7.430.702,68 und das Alternativangebot 2 mit einem Angebotspreis von Euro 7.434.262,02 ab. Sie gab zur Qualität des Projektleiters einen Prozentsatz von 2 an. Nach Durchführung der Angebotsprüfung waren das Alternativangebot 1 der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an erster Stelle, ihr Alternativangebot 2 an zweiter Stelle und das Hauptangebot der Antragstellerin an dritter Stelle gereiht. ergab sich die Reihung

Die vergebende Stelle gab am 20. Juni 2007 allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Alternativangebots 1 der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einer Vergabesumme von netto Euro 7.366.748,68 bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Angaben der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 10.000 an Pauschalgebühren. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, Verfahrensakte des Bundesvergabeamtes sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, der gegenständliche Verfahrensakt, schließlich Aussagen in der mündlichen Verhandlung am 6. Juni 2007. Diese wurden nur dann herangezogen, wenn sie unbestritten blieben, sodass ihre Aussagekraft nicht in Zweifel steht. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

#### 1. 3.Ziffer 3

##### Rechtliche Beurteilung

#### 3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv § 4 BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur elektrotechnischen Ausstattung und zur Errichtung der Leitechnik zum Vollausbau des Lainbergtunnels im Zuge der A9 Phyrn Autobahn, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.31 in Anhang I zum BVergG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur elektrotechnischen Ausstattung und zur Errichtung der Leitechnik zum Vollausbau des Lainbergtunnels im Zuge der A9 Phyrn Autobahn, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.31 in Anhang römisch eins zum BVergG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idFBGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau Und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und

Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art II § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art 14b Abs 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau Und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben.

Vergebende Stelle ist die ASFINAG Baumanagement GmbH.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

### 3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete

Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 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.

Nach § 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Im Rahmen der Interessensabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessensabwägung nach

Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Erhalt des Auftrags sowie in der Abwendung des geltend gemachten Schadens.

Die Auftraggeberin machte ebenso wie die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend. Allgemeine öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen, traten nicht zutage.

Bei der Interessensabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessensabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin wäre ihr der Zuschlag zu erteilen. Ihr Interesse an dem Vertragsabschluss hat sie durch Legung eines Angebotes und die Erhebung der nötigen rechtlichen Schritte unter Beweis gestellt. Der Auftraggeber hingegen hat keine gegen die einstweilige Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht. Auch im Sinne des öffentlichen Interesses an der Ermittlung des tatsächlichen Bestbieters überwiegen daher die Interessen an der Erlassung der einstweiligen Verfügung jene an deren Unterbleiben.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Diese Maßnahme ist auch nicht überschießend, da einerseits die Interessen der Antragstellerin ausschließlich durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden können und andererseits die Auftraggeberin die volle Dispositionsmöglichkeit über alle übrigen Entscheidungen des Vergabeverfahrens behält. Allerdings ist diese Maßnahme alleine nicht der Vollstreckung zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrags bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist. Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 132 Abs 1 BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre der Auftraggeberin daher nicht möglich. Darüber hinaus wäre jedoch die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin in keiner Weise eingeschränkt. Um sicher zu stellen, dass eine Schädigung der Interessen der Antragsstellerin verhindert wird, ist diese Maßnahme neben dem Verbot der Erteilung des Zuschlages geeignet (so Mecenovic/Ozimid, Praxiskommentar zu Neuerungen des BVergG 2002, RPA 2003, 183 (188)). Die Summe beider Maßnahmen ist daher auch das gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel. Es soll somit lediglich der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigserklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird. Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller

bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Diese Maßnahme ist auch nicht überschießend, da einerseits die Interessen der Antragstellerin ausschließlich durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden können und andererseits die Auftraggeberin die volle Dispositionsmöglichkeit über alle übrigen Entscheidungen des Vergabeverfahrens behält. Allerdings ist diese Maßnahme alleine nicht der Vollstreckung zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrags bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist. Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in Paragraph 132, Absatz eins, BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre der Auftraggeberin daher nicht möglich. Darüber hinaus wäre jedoch die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin in keiner Weise eingeschränkt. Um sicher zu stellen, dass eine Schädigung der Interessen der Antragsstellerin verhindert wird, ist diese Maßnahme neben dem Verbot der Erteilung des Zuschlages geeignet (so Mecenovic/Ozimic, Praxiskommentar zu Neuerungen des BVergG 2002, RPA 2003, 183 (188)). Die Summe beider Maßnahmen ist daher auch das gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel. Es soll somit lediglich der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung soll bewirken, dass sie vorläufig unwirksam ist, eine Zuschlagsentscheidung daher unmöglich ist.

§ 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020). Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020).

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20070712\_N\_0067\_BVA\_02\_2007\_018\_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)