

# TE Verg Bescheid 2006/12/11 N/0100-BVA/02/2006-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.12.2006

## Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

### Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle, Zl. 690.150/1069/II-11/2006" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Schweizerhof - Hofburg, 1010 Wien, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 4. Dezember 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle, Zl.

690.150/1069/II-11/2006" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Schweizerhof - Hofburg, 1010 Wien, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 4. Dezember 2006, wie folgt entschieden:

#### Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zu dem sich gemäß § 326 BVergG 2006 ergebenden Datum, erlassen, mit der dem Antragsgegner die Angebotsöffnung im Vergabeverfahren 'Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle' zur Zahl 690.150/1069/II-11/2006' sowie die Abhaltung des Hearings am 19. Dezember 2006 untersagt wird sowie dem Antragsgegner aufgetragen wird, die Angebotsfrist jedenfalls bis zur Zustellung der Entscheidung des Bundesvergabeamtes zu verlängern und die Ausschreibung bis zu diesem Zeitpunkt auszusetzen", wird insoweit stattgegeben, Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zu dem sich gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 ergebenden Datum, erlassen, mit der dem Antragsgegner die Angebotsöffnung im Vergabeverfahren 'Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle' zur Zahl 690.150/1069/II-11/2006' sowie die Abhaltung des Hearings am 19. Dezember 2006 untersagt wird sowie dem Antragsgegner aufgetragen wird, die Angebotsfrist jedenfalls bis zur Zustellung der Entscheidung des Bundesvergabeamtes zu verlängern und die Ausschreibung bis zu diesem Zeitpunkt auszusetzen", wird insoweit stattgegeben,

als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 15. Jänner 2007 untersagt wird, im Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle, Zahl 690.150/1069/II-11/2006" die Angebote zu öffnen und die für den 19. Dezember 2006 geplanten Hearings abzuhalten.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

#### Begründung

Die Bekanntmachung zur Ausschreibung im Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle, Zl. 690.150/1069/II-11/2006" wurde unter der Bezeichnung "1010 Wien, Himmelpfortgasse 6-8b, Winterpalais Prinz Eugen, Begleitende Kontrolle für Generalsanierung BMF" am 7. September 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung / Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger unter Zl. L 346035 veröffentlicht. Am 12. Oktober 2006 erfolgte im Amtlichen Lieferanzeiger unter Zl. L 354439 eine Änderung der vorgenannten Ausschreibung. Aus den genannten Veröffentlichungen ergibt sich, dass der gemäß Anhang III zum BVergG 2006 als Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens war der 23. Oktober 2006 vorgesehen. Der Auftraggeber beabsichtigte mindestens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens aufzufordern. Die Bekanntmachung zur Ausschreibung im Vergabeverfahren "Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle, Zl. 690.150/1069/II-11/2006" wurde unter der Bezeichnung "1010 Wien, Himmelpfortgasse 6-8b, Winterpalais Prinz Eugen, Begleitende Kontrolle für Generalsanierung BMF" am 7. September 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung / Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger unter Zl. L 346035 veröffentlicht. Am 12. Oktober 2006 erfolgte im Amtlichen Lieferanzeiger unter Zl. L 354439 eine Änderung der vorgenannten Ausschreibung. Aus den genannten Veröffentlichungen ergibt sich, dass der gemäß Anhang römisch drei zum BVergG 2006 als Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens war der 23. Oktober 2006 vorgesehen. Der Auftraggeber beabsichtigte mindestens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens aufzufordern.

Mit Schreiben vom 6. November 2006, eingelangt bei der A\*\*\* (idF Antragstellerin) am 8. November 2006, teilte die B\*\*\* im Namen des Auftraggebers der Antragstellerin mit, dass sie auf Grund der Bewertung der Teilnahmeanträge zur Anbotlegung ausgewählt worden sei. Auf Basis der diesem Schreiben beiliegenden Ausschreibungsunterlagen

(Angebotsunterlage, LV-Begleitende Kontrolle, Leistungsbild Begleitende Kontrolle) erhielt die Antragstellerin Gelegenheit ein Anbot für den Auftragsgegenstand bis spätestens 11. Dezember 2006, 12.00 Uhr, zu legen. Mit Schreiben vom 6. November 2006, eingelangt bei der A\*\*\* in der Fassung Antragstellerin) am 8. November 2006, teilte die B\*\*\* im Namen des Auftraggebers der Antragstellerin mit, dass sie auf Grund der Bewertung der Teilnahmeanträge zur Anbotlegung ausgewählt worden sei. Auf Basis der diesem Schreiben beiliegenden Ausschreibungsunterlagen (Angebotsunterlage, LV-Begleitende Kontrolle, Leistungsbild Begleitende Kontrolle) erhielt die Antragstellerin Gelegenheit ein Anbot für den Auftragsgegenstand bis spätestens 11. Dezember 2006, 12.00 Uhr, zu legen.

In der Angebotsunterlage "Angebot Zahl 690.150/1069-II-11/2006, Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen, Begleitende Kontrolle" heißt es unter Pkt. 6 Zuschlagskriterien, zum Zuschlagskriterium "Schlüsselpersonal" wie folgt:

"Dem Anbot ist für das Schlüsselpersonal Begleitende Kontrolle ein Lebenslauf mit den wesentlichen Berufserfahrungen beizulegen. Das Schlüsselpersonal wird auch zum Hearing geladen und neben der schriftlichen Beschreibung zu den Erfahrungen im geplanten Aufgabenbereich befragt. Thema der Befragung wird auch die Kompetenz zur Beurteilung haustechnischer Aufgabenstellungen sein.

Die Bewertung des Schlüsselpersonals erfolgt von den stimmberechtigten Mitgliedern der Jury. Es werden maximal 60 Punkte vergeben."

Unter Pkt. 7. Hearing heißt es auszugsweise wie folgt:

"Das Hearing ist als Bewertungsinstrument für jene Anbotsteile gedacht, die von der individuellen Präsentation abhängen. Die stimmberechtigte Jury wird aus Vertretern des BMWA, der BHÖ und Fachkonsulenten bestehen. Die Jury wird voraussichtlich aus 8 Mitgliedern bestehen. Die Bewertung der Jury erfolgt nach dem Schulnotenprinzip. Die gewichtete Note ergibt den Faktor für die maximal erlangbaren Punkte.

.... Für jeden qualifizierten Bieter sind 45 Minuten im Rahmen des Hearings angesetzt. Für die Präsentation zu den Zuschlagskriterien stehen jedem Bieter 10 - max. 15 Minuten zur Verfügung. Die restliche Zeit dient der Fragestellung durch die Jury. Für ihre Präsentation steht Ihnen bei Bedarf ein Beamer einschließlich PC zur Verfügung.

Die Präsentationsunterlagen sind in gebundener Form (1-fach) zum Hearing mitzunehmen und als Beilage zur Bewertung der Kommission zu übergeben."

Mit Schreiben vom 13. November 2006 richtete die Antragstellerin an den Auftraggeber nach einer ersten Durchsicht der Unterlagen wegen für sie unklarer Formulierungen ua. nachfolgende Fragen zur Angebotsunterlage, Pkt. 6, Zuschlagskriterien, Schlüsselpersonal:

"In welcher Weise werden die Punkte für das Schlüsselpersonal ermittelt? Welche Kriterien sind hier maßgeblich?

Mit Schreiben vom 20. November 2006, gerichtet an alle Bieter, nahm der Auftraggeber insbesondere zur Frage der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Schlüsselpersonal" Stellung und führte aus:

"Die Bewertung des Schlüsselpersonals erfolgt durch die Jury auf Grund der Befragungsergebnisse und der Antworten des vom Bieter genannten Schlüsselpersonals im Rahmen des Hearings. Die Jury vergibt Noten von 1 - 4. Die Note 4 ist die Bestnote. Die Benotungsergebnisse der Juroren werden gemittelt und ergeben die Durchschnittsnote, die zur Ermittlung der Punkteanzahl führt. Als Berechnungsmodus gilt:  $(\text{Note} - 1) / 3 \cdot \text{max. Punkteanzahl}$  (zB Note 2,4; Berechnung  $(2,4 - 1,05) / 3 \cdot 60 = 28,0$  Punkte)."

Mit Schreiben vom 23. November 2006 fragte die Antragstellerin beim Auftraggeber zum Thema Schlüsselpersonal nochmals nach:

"Ist es richtig, dass die Bewertung des Schlüsselpersonals ausschließlich auf Basis von subjektiven Kriterien erfolgt und keine objektiven Kriterien, wie zum Beispiel Ausbildung, berufliche Qualifikation, Erfahrung, etc. abgefragt und bewertet werden?"

Der Auftraggeber beantwortete diese Anfrage mit Schreiben vom 29. November 2006 an alle Bieter:

"Die Bewertung des Schlüsselpersonals im Rahmen des Hearings hat sich bei ähnlichen Vergabeverfahren bestens bewährt. Durch die Befragung der Personen, welche die ausgeschriebene Leistung vor Ort erbringen, im Hearing kann direkt ein Überblick über die projektspezifische Qualifikation gewonnen werden."

Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2006 stellte die Antragstellerin, vertreten durch X\*\*\*, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigklärung der Ausschreibung "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle" zur Zahl 690.150/1069/II- 11/2006" und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gestellt. Weiters beehrte die Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und den Ersatz der für das Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.200. Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2006 stellte die Antragstellerin, vertreten durch X\*\*\*, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigklärung der Ausschreibung "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, Generalsanierung Bundesministerium für Finanzen - Begleitende Kontrolle" zur Zahl 690.150/1069/II- 11/2006" und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gestellt. Weiters beehrte die Antragstellerin Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und den Ersatz der für das Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für das Nachprüfungsverfahren entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.200.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das vom Auftraggeber in der Ausschreibung unter Pkt. 6 als Zuschlagskriterium genannte Schlüsselpersonal auch unter Einbeziehung der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 20. November 2006, wo dieser lediglich ausführe, wie eine bestimmte Note zu einer bestimmten Punkteanzahl umgerechnet werde, den gesetzlichen Regelungen (insbesondere § 100 iVm § 80 Abs. 3 BVergG 2006) sowie den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter widerspreche. Aus den Antworten des Auftraggebers sei nicht ersichtlich, auf Grund welcher Kriterien welche Noten an die Bieter vergeben werden sollen. Der Auftraggeber erkläre nur mathematisch, wie, ausgehend von einer bestimmten Note, eine bestimmte Punkteanzahl berechnet werden könne. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das vom Auftraggeber in der Ausschreibung unter Pkt. 6 als Zuschlagskriterium genannte Schlüsselpersonal auch unter Einbeziehung der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 20. November 2006, wo dieser lediglich ausführe, wie eine bestimmte Note zu einer bestimmten Punkteanzahl umgerechnet werde, den gesetzlichen Regelungen (insbesondere Paragraph 100, in Verbindung mit Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006) sowie den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter widerspreche. Aus den Antworten des Auftraggebers sei nicht ersichtlich, auf Grund welcher Kriterien welche Noten an die Bieter vergeben werden sollen. Der Auftraggeber erkläre nur mathematisch, wie, ausgehend von einer bestimmten Note, eine bestimmte Punkteanzahl berechnet werden könne.

Diese Form der Benotung betreffe weiters nicht nur das Zuschlagskriterium "Schlüsselpersonal", sondern alle in Pkt. 6 angeführten Zuschlagskriterien.

Weiters stünden die Angaben in der Ausschreibungsunterlage im Widerspruch zu den Anfragebeantwortungen des Auftraggebers. In der Ausschreibungsunterlage werde unter Pkt. 7 festgelegt, dass die Bewertung durch die Jury nach dem Schulnotenprinzip erfolge. Dies bedeute, dass das bestgereichte Angebot die Note 1, das Schlechtestgereichte die Note 5 erhalten müsse. Dem gegenüber halte der Auftraggeber in seinem Schreiben vom 20. November 2006 fest, dass die Note 4 die Bestnote sei. Schon auf Grund dieses Widerspruchs sei eine Nachvollziehbarkeit der Bewertung nicht gegeben.

Aufgrund der ausgeführten Rechtswidrigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens, insbesondere aufgrund der vergabewidrigen Ausschreibung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung, im Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung, sohin ganz allgemein im Recht auf vergaberechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens und insbesondere im Recht, an einem solchen Vergabeverfahren als Bieterin teilzunehmen, verletzt. Sie habe großes Interesse an der Nichtigklärung der Ausschreibungsunterlage, andernfalls sei es ihr nicht möglich am Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten. Bei einer vergabekonformen Ausschreibung und entsprechender Zuschlagsentscheidung habe sie eine

echte Chance den Zuschlag zu erhalten.

Durch Verletzung der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter sowie die dadurch resultierende Wettbewerbsverzerrung drohe der Antragstellerin ex ante betrachtet ein Schaden in Höhe von mindestens Euro 145.000.-. Ein weiterer Schaden erwachse ihr aus dem Umstand, dass es ihr bei Fortlauf des Vergabeverfahrens unmöglich sei, ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot zu legen, indem ihr in Folge der Zuschlag rechtswidrig nicht erteilt werden könne. Das Interesse der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechte erscheine somit jedenfalls unstrittig höher, als jenes des Auftraggebers an der Weiterführung des Vergabeverfahrens. Um diese drohenden Schädigungen zu verhindern, sei es nötig und geeignet, dass das Bundesvergabeamt die Angebotsöffnung und das Hearing am 19. Dezember 2006 untersage.

Mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2006 gab das BMWA "Namens der Auftraggeber Burghauptmannschaft Österreich (BHÖ) und Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit" in einer "akkordierten" Stellungnahme an, dass der gegenständliche, dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 gemäß Anhang III zum BVergG 2006 am 7. September 2006 sowohl national als auch EU-weit bekannt gemacht worden sei. Die 1. Stufe des zweistufigen Verhandlungsverfahrens sei abgeschlossen und die ausgewählten Bewerber seien zur Angebotslegung aufgefordert worden. Angebote seien noch nicht eingereicht. Mit Schriftsatz vom 4. Dezember 2006 gab das BMWA "Namens der Auftraggeber Burghauptmannschaft Österreich (BHÖ) und Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit" in einer "akkordierten" Stellungnahme an, dass der gegenständliche, dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 gemäß Anhang römisch drei zum BVergG 2006 am 7. September 2006 sowohl national als auch EU-weit bekannt gemacht worden sei. Die 1. Stufe des zweistufigen Verhandlungsverfahrens sei abgeschlossen und die ausgewählten Bewerber seien zur Angebotslegung aufgefordert worden. Angebote seien noch nicht eingereicht.

Weiters wurde ausgeführt, dass sowohl die Frist für die Angebotsabgabe mit Montag, 11.12.2006, 12:00 Uhr, als auch der Termin für die beabsichtigte Durchführung des Hearings aufrecht seien und die Abhaltung des Hearings beibehalten werde.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vom Auftraggeber ausgeführt, dass er unter hohem Zeitdruck stehe. Die großen Gewerke seien bereits ausgeschrieben und die 1. Stufe des zweistufigen Verfahrens stehe unmittelbar vor dem Abschluss. Am 22. Jänner 2007 seien die Leistungsverzeichnisse an die Bieter bei den Gewerken Baumeister und Heizung-Klima-Lüftung-Sanitär-Elektro (HKLSE) auszuschicken. Diese Gewerke lägen am kritischen Weg. Die Baustellenlogistik sei aufgrund der Erschließung der Baustelle vor Ort äußerst kompliziert und einmal eingetretene Zeitverluste seien nicht mehr aufholbar.

Bei Stattgabe des verfahrensgegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei das Leistungsbild dieser Ausschreibung abzuändern, da die Prüfung der Leistungsverzeichnisse der Hauptgewerke wesentlicher Bestandteil des Leistungsbildes der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung sei.

Die Bausaison 2007 müsse voll ausgenützt werden, eine allfällige Verzögerung beeinflusse zwangsläufig die Endtermine für den Bau Ende 2010 und die Einrichtung Mitte 2011. Für jeden begonnen Tag der Einmietung bei der BIG nach dem 1.7.2011 habe das BMF ca. Euro 10.000.- (oder eher mehr) zu bezahlen. Im Hinblick auf die zu erwartenden volkswirtschaftlichen Schäden und die berührten Interessen der Mitbewerber lehne der Auftraggeber die Erlassung einer einstweiligen Verfügung kategorisch ab.

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:

Sowohl der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit als auch die Burghauptmannschaft Österreich sind öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006. Die Ausschreibung sowie die weiteren dem Bundesvergabeamt derzeit vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens enthalten zur Frage, wer bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe tatsächlich Auftraggeber bzw. vergebende Stelle ist, widersprüchliche Angaben. Diese Frage konnte auch durch die - vom BVA aufgetragen - Stellungnahme des Auftraggebers (Eingangs wird die Stellungnahme "Namens

der Auftraggeber Burghauptmannschaft Österreich (BHÖ) und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit" abgegeben, während in weiterer Folge die "Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg-Schweizerhof,..." sowohl als Auftraggeber als auch als vergebende Stelle bezeichnet wird) nicht aufgeklärt werden. Für das Provisorialverfahren geht das Bundesvergabeamt vorerst davon aus, dass die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich die Position des öffentlichen Auftraggebers wahrnimmt. Diese Frage, wird im Hauptverfahren noch einer Klärung zuzuführen sein. Sowohl der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit als auch die Burghauptmannschaft Österreich sind öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Ausschreibung sowie die weiteren dem Bundesvergabeamt derzeit vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens enthalten zur Frage, wer bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe tatsächlich Auftraggeber bzw. vergebende Stelle ist, widersprüchliche Angaben. Diese Frage konnte auch durch die - vom BVA aufgetragen - Stellungnahme des Auftraggebers (Eingangs wird die Stellungnahme "Namens der Auftraggeber Burghauptmannschaft Österreich (BHÖ) und Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit" abgegeben, während in weiterer Folge die "Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg-Schweizerhof,..." sowohl als Auftraggeber als auch als vergebende Stelle bezeichnet wird) nicht aufgeklärt werden. Für das Provisorialverfahren geht das Bundesvergabeamt vorerst davon aus, dass die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich die Position des öffentlichen Auftraggebers wahrnimmt. Diese Frage, wird im Hauptverfahren noch einer Klärung zuzuführen sein.

Zur Vergabe gelangt eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 gemäß Anhang III zum BVergG 2006 in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG 2006. Zur Vergabe gelangt eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie Nr. 12, CPV-Referenz-Nr. 74000000-9 gemäß Anhang römisch drei zum BVergG 2006 in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG 2006.

Vorbehaltlich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren - die Stellungnahme des Auftraggebers enthält keine ziffernmäßigen Angaben zum Auftragswert - wird im Provisorialverfahren von einem Auftrag im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 BVergG 2006 ausgegangen. Vorbehaltlich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren - die Stellungnahme des Auftraggebers enthält keine ziffernmäßigen Angaben zum Auftragswert - wird im Provisorialverfahren von einem Auftrag im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG 2006 ausgegangen.

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch kein Zuschlag erteilt und das Verfahren nicht widerrufen.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle eines Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, insbesondere der Öffnung der Angebote und Erteilung des Zuschlags - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren teilnehmen und für einen Zuschlag in Betracht kommen kann, wenn dem Auftraggeber nicht die Öffnung der Angebote untersagt wird. Die Möglichkeit der Legung eines Angebotes aufgrund einer vergaberechtskonformen Ausschreibung und damit der Erlangung des Zuschlages kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Der Antragstellerin droht somit durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Angebote abgewendet werden kann.

Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 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 2006 eingebracht und ist daher e contrario gemäß § 328 Abs. 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig (vgl.

auch BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006- EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist daher e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig vergleiche auch BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006- EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander 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 2006 hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander 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 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg.cit 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 der 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 329, Absatz 3, leg.cit 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 der 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.

Der Auftraggeber bringt gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vor, dass er unter hohem Zeitdruck stehe und einmal eingetretene Zeitverluste - die Baustellenlogistik sei aufgrund der Erschließung der Baustelle vor Ort äußerst kompliziert - nicht mehr aufholbar seien. Zwei große Gewerke, welche bereits ausgeschrieben seien und wo der Abschluss der 1. Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens unmittelbar bevorstehe, lägen am kritischen Weg und die Leistungsverzeichnisse bei den Gewerken Baumeister und Heizung-Klima-Lüftung-Sanitär-Elektro (HKLSE) seien am 22. Jänner 2007 an die Bieter auszusenden.

Nach ständiger Rechtssprechung hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und darauf folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/2; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006- EV8; 17.3.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV55 u.v.a). Beim gegenständlichen Vorbringen handelt es sich lediglich um Behauptungen, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, diese zu konkretisieren und - entgegen der Aufforderung des BVA vom 4. Dezember 2006, GZ N/0100-BVA/02/2006-3, wonach alle Angaben durch geeignete Nachweise zu belegen sind - durch geeignete Nachweise unter Beweis zu stellen. Das Vorbringen kann daher nicht entsprechend nachvollzogen werden und somit Grundlage einer Abwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 sein (vgl. BVA 9.3.2006, N/0010-BVA/07/2006-EV10; 1.12.2006, N/0096-BVA/13/2006-15). Nach ständiger Rechtssprechung hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und darauf folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/2; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006- EV8; 17.3.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV55 u.v.a). Beim gegenständlichen Vorbringen handelt es sich lediglich um Behauptungen, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, diese zu konkretisieren und - entgegen der Aufforderung des BVA vom 4. Dezember 2006, GZ N/0100-BVA/02/2006-3, wonach alle Angaben durch geeignete Nachweise zu belegen sind - durch geeignete Nachweise unter Beweis zu stellen. Das Vorbringen kann daher nicht entsprechend nachvollzogen werden und somit Grundlage einer Abwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 sein vergleiche BVA 9.3.2006, N/0010-BVA/07/2006-EV10; 1.12.2006, N/0096-BVA/13/2006-15).

Der ins Treffen geführte Zeitdruck ist für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar. Die Erfüllung des Auftrages erstreckt sich über mehr als 3 Kalenderjahre, sodass im Rahmen der Bauplanung von jedem durchschnittlichen Auftraggeber das Eintreten von zB wetterbedingten Verzögerungen vor allem in den Wintermonaten mit zu berücksichtigen sind. Dem Auftraggeber wäre es auch möglich gewesen eine eventuell prekäre Terminsituation durch die Durchführung eines beschleunigten Vergabeverfahrens zu entschärfen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei Großprojekten mit entsprechenden Abhängigkeiten der zugehörigen Auftragsvergaben nicht nur mit einer Verfahrensverzögerung von im Hinblick auf die gesetzlich festgelegte Höchstdauer des Nachprüfungsverfahrens von bis zu 6 Wochen bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe zu rechnen hat, sondern vielmehr auch die zeitlichen bzw. inhaltlichen Auswirkungen auf weitere zum selben Projekt zählende Vergabeverfahren zu berücksichtigen hat. Es liegt in der Natur von Großprojekten, wo verschiedenste Aufträge zur Vergabe gelangen, dass mit entsprechenden Wechselwirkungen gerechnet werden muss. In diesem Sinne sind wohl auch die Angaben des Auftraggebers zur notwendigen Veränderung des Leistungsbildes der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe im Falle der Stattgabe des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verstehen.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, er lehne die Erlassung der einstweiligen Verfügung kategorisch ab, denn die zeitliche Verzögerung beeinflusse zwangsläufig nicht nur die Endtermine des Vorhabens, sondern bedinge volkswirtschaftliche Schäden durch vermehrte Mietzahlungen für die Einmietung des BMF bei der BIG ab 1.7.2011 von täglich ca. Euro 10.000,- ist entgegen zu halten, dass die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung des durch sie in der Regel bedingten finanziellen Mehraufwands, im Ergebnis zu einer völligen Ausschaltung des Rechtsschutzinstrumentariums führen würde (vgl. BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-

EV8). Dem Vorbringen des Auftraggebers, er lehne die Erlassung der einstweiligen Verfügung kategorisch ab, denn die zeitliche Verzögerung beeinflusse zwangsläufig nicht nur die Endtermine des Vorhabens, sondern bedinge volkswirtschaftliche Schäden durch vermehrte Mietzahlungen für die Einmietung des BMF bei der BIG ab 1.7.2011 von täglich ca. Euro 10.000,- ist entgegen zu halten, dass die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung des durch sie in der Regel bedingten finanziellen Mehraufwands, im Ergebnis zu einer völligen Ausschaltung des Rechtsschutzinstrumentariums führen würde (vergleiche BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8).

Nach der Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes ist auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 2.8.2003, 07N-73/03-12 uva.).

Im Sinne des Gemeinschaftsrechtes ist im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen. Eine einstweilige Verfügung ist demnach nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorranges des vergaberechtlichen Rechtsschutzes es erfordern. Der Auftraggeber hat solche besonderen Gründe nicht dargetan, der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens erkennbar.

Unter Zugrundelegung obiger Erwägungen ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht gegeben, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Fall zu erlassen. Unter Zugrundelegung obiger Erwägungen ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht gegeben, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Fall zu erlassen.

Hinsichtlich der Abweisung des darüber hinausgehenden Begehrens wird auf den zitierten § 329 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des darüber hinausgehenden Begehrens wird auf den zitierten Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Im vorliegenden Fall sind keine Gründe hervorgekommen und wurden auch von der Antragstellerin nicht vorgebracht, die es erfordern würden, mittels Erlassung der einstweiligen Verfügung dem Auftraggeber aufzutragen, die Angebotsfrist bis zur Entscheidung des BVA zu verlängern oder die Ausschreibung bis zu diesem Zeitpunkt auszusetzen. Es ist vielmehr darauf zu achten, dass die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch das Nachprüfungsverfahren so gering wie möglich gehalten wird. Die Untersagung der Öffnung der Angebote entspricht diesen Anforderungen.

Da der Auftraggeber in seiner Stellungnahme ausdrücklich darauf hingewiesen hat, den Termin für die Hearings am 19. Dezember 2006 beizubehalten und seine Absicht, diese auch durchzuführen, aufrecht hält, war auch die Untersagung dieser Hearings durch das BVA geboten, obwohl nicht nachvollziehbar ist, inwieweit die Durchführung eines Hearings ohne vorhergehende Angebotsöffnung überhaupt sinnvoll sein kann. Dies umso mehr, als in der Angebotsunterlage unter Pkt. 7 ausgeführt wird, dass das Hearing als Bewertungsinstrument für jene Angebotsteile gedacht sei, die von der individuellen Präsentation abhängen.

### **Schlagworte**

Einstweilige Verfügung

### **Dokumentnummer**

VERGT\_20061211\_N\_0100\_BVA\_02\_2006\_EV10\_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)