

# TE Verg Bescheid 2006/10/24 N/0085-BVA/04/2006-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.10.2006

## Norm

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 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 gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe eines Vertrages über

Dienstleistungen der Kategorie 14 (Propertymanagement - Gebäudereinigung und Hausverwaltung) sowie der Kategorie 27 (Portfoliomanagement - sonstige Dienstleistungen)" des Auftraggebers Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Karlsplatz 9, 1040 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 17.10.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe eines Vertrages über Dienstleistungen der Kategorie 14 (Propertymanagement - Gebäudereinigung und Hausverwaltung) sowie der Kategorie 27 (Portfoliomanagement - sonstige Dienstleistungen)" des Auftraggebers Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Karlsplatz 9, 1040 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 17.10.2006, wie folgt entschieden:

#### Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 28.11.2006, untersagt, im Vergabeverfahren "Vergabe eines Vertrages über Dienstleistungen der Kategorie 14 (Propertymanagement - Gebäudereinigung und Hausverwaltung) sowie der Kategorie 27 (Portfoliomanagement - sonstige Dienstleistungen)", den Zuschlag zu erteilen.

#### Begründung:

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Vergabe eines Vertrages über Dienstleistungen der Kategorie 14 (Propertymanagement - Gebäudereinigung und Hausverwaltung) sowie der Kategorie 27 (Portfoliomanagement - sonstige Dienstleistungen)" wurde am 1.6.2006 unter 2006/S103-110369 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand der Dienstleistungskategorien 14 und 27 in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 17.7.2006, 12.00 Uhr, fixiert. In den Ausschreibungsunterlagen wurde unter Punkt A.4. festgehalten, dass die Vergabe im offenen Verfahren (§25 Abs 2 BVerG) nach Bestimmungen des BVerG für den Oberschwellenbereich erfolge. Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Vergabe eines Vertrages über Dienstleistungen der Kategorie 14 (Propertymanagement - Gebäudereinigung und Hausverwaltung) sowie der Kategorie 27 (Portfoliomanagement - sonstige Dienstleistungen)" wurde am 1.6.2006 unter 2006/S103-110369 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand der Dienstleistungskategorien 14 und 27 in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 17.7.2006, 12.00 Uhr, fixiert. In den Ausschreibungsunterlagen wurde unter Punkt A.4. festgehalten, dass die Vergabe im offenen Verfahren (§25 Absatz 2, BVerG) nach Bestimmungen des BVerG für den Oberschwellenbereich erfolge.

Neben der A\*\*\* (in der Folge Antragsteller) legten die 1. B\*\*\* und 2. C\*\*\* (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Angebot. Nach Prüfung und Bewertung der Angebote wurde dem Antragsteller mit Telefaxmitteilung vom 3.10.2006 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B\*\*\* und die C\*\*\* zu erteilen. Weiters umfasste diese Zuschlagsentscheidung eine Aufstellung über die bei der Bewertung der Angebote ergangene Punkteverteilung der beiden Bieter.

Mit Schriftsatz vom 17.10.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag, in dem die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu die Nichtigerklärung der gegenständlichen Ausschreibung, begehrt wurde, eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Gewährung der Akteneinsicht sowie die Auferlegung des Ersatzes der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVerG 2006 begehrt. Mit Schriftsatz vom 17.10.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren.

Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag, in dem die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu die Nichtigkeitsklärung der gegenständlichen Ausschreibung, begehrt wurde, eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Gewährung der Akteneinsicht sowie die Auferlegung des Ersatzes der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass in der Ausschreibung zum vorzulegenden schriftlichen Konzept und zu den Musterbeispielen der Prognoserechnung/Ertragswertsteigerung, des Entwicklungskonzeptes und der quartalsweisen und jährlichen Berichterstattung keine näheren Festlegungen getroffen worden seien. In der Ausschreibung seien weder einschlägige Daten, Fakten und Zahlen betreffend die ausschreibungsgegenständlichen Verwaltungsobjekte aufgeschienen, noch seien die verwendeten Begriffe konkretisiert oder ein Detaillierungsgrad des Konzeptes und der Musterbeispiele festgelegt worden. Auch seien in den Ausschreibungsunterlagen nicht die bisher für die Prognoserechnung, Berichterstattung oder die Festlegung eines Entwicklungskonzeptes verwendeten Formulare/ Muster offen gelegt worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger, der den gegenständlichen Auftrag schon bisher ausgeführt habe, habe über diese Informationen/ Unterlagen jedenfalls verfügt. Bei den Zuschlagskriterien Pauschalpreis (20%), Prognoserechnung/ Ertragswertsteigerung (20%), Entwicklungskonzept (20%), Berichterstattung (15%), Erreichbarkeit der 24Std.- Notrufzentrale (10%), Interventionszeit des Ansprechpartners (10%) und Erreichbarkeit des Ansprechpartners (5%) seien insgesamt 100 Punkte zu erreichen gewesen. Es hätten damit 55 Punkte nur auf Basis rein subjektiver Zuschlagskriterien und lediglich 45 Punkte auf Basis objektiver Zuschlagskriterien erzielt werden können. Bei der Angebotsöffnung, bei der die Verlesung der maßgeblichen Angebotsbestandteile erfolgt sei, habe sich ergeben, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Vergleich zum Antragsteller bei den Kriterien "Interventionszeit des Ansprechpartners", "Erreichbarkeit des Ansprechpartners" sowie "Erreichbarkeit der 24Std.- Notrufzentrale" jeweils schlechtere Werte gehabt habe. Im Zusammenhalt mit der Bekanntgabe der Punkteverteilung zu den Zuschlagskriterien könne darauf geschlossen, dass beim Zuschlagskriterium "Erreichbarkeit der 24Std.- Notrufzentrale" bei beiden Bietern die angegebenen Werte offensichtlich vertauscht worden seien.

Dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei vermutlich versehentlich die Bewertung der kürzeren (besseren) Reaktionszeit zugerechnet worden. Richtigerweise hätte aber der Antragsteller bei diesem Zuschlagskriterium zehn gewichtete Punkte erzielen müssen. Dem präsumtiven Zuschlagsempfänger hätten hingegen nur zwei gewichtete Punkte zuerkannt werden dürfen. Der Antragsteller hätte damit bereits aus diesem Grunde insgesamt zumindest 63,8 gewichtete Punkte im Vergleich zum präsumtiven Zuschlagsempfänger mit lediglich 64 gewichteten Punkten erreichen müssen. Bereits diese aufgezeigte Rechtswidrigkeit sei von wesentlichem Einfluss.

Aus den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebotsprotokoll ergebe sich, dass dem die Zuschlagskriterien "Prognoserechnung/ Ertragswertsteigerung", "Entwicklungskonzept" und die "Berichterstattung" bewertenden Ausschuss alle anderen Bewertungsergebnisse bekannt gewesen seien. Es sei nicht ausgeschlossen, dass der Ausschuss die Bewertung der subjektiven Zuschlagskriterien anders vorgenommen hätte, hätte er die oben aufgezeigte Unstimmigkeit der Punkteverteilung gewusst. Nach der ständigen Judikatur des BVA reiche aber bereits eine hypothetische Relevanz bzw. Wesentlichkeit für die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung aus.

Darüber hinaus seien die subjektiv zu bewertenden Zuschlagskriterien "Prognoserechnung/ Ertragswertsteigerung", "Entwicklungskonzept" und "Berichterstattung" falsch bewertet worden. Der Antragsteller verfüge über eine herausragende Erfahrung auf den Gebieten Immobilienverwaltung, Erstellung von Prognoserechnungen, Entwicklungskonzepten sowie Berichterstattung. Es seien daher die Entwürfe/ Musterkonzepte übersichtlich und verständlich gestaltet, laut Leistungsbeschreibung zu berücksichtigende Leistungen berücksichtigt sowie auf die äußere Form geachtet worden. Die äußerst schlechte Bewertung bei den genannten Zuschlagskriterien sei deshalb keinesfalls nachvollziehbar.

Wie sich aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung und -bewertung ergebe, sei insbesondere das Kriterium "Prognoserechnung" beim Angebot des Antragstellers kontrovers diskutiert worden. Das ursprünglich mit "befriedigend" bewertete Angebot des Antragstellers sei offenbar in einer späteren Sitzung willkürlich mit "genügend" bewertet worden, wobei die Gründe für diese Änderung aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung nicht ersichtlich seien. Bei einer Bewertung des genannten Zuschlagskriterium mit "befriedigend" wäre das Angebot des Antragstellers als das technisch und wirtschaftlich günstigste hervorgegangen. Im Übrigen werde darauf verwiesen, dass die Mitglieder der Bewertungskommission offenbar bei der Sitzung am 22.9.2006 nicht durchgängig anwesend

gewesen seien bzw. ihre Entscheidung überhaupt vom "Kuratorium der Wohlfahrtseinrichtung" abgeändert worden sei. Drei Personen seien als entschuldigt angeführt bzw. erst verspätet zur Sitzung erschienen oder hätten diese vor ihrem Ende verlassen. Die abschließende Bewertung am 22.9.2006 sei offenbar vom Kuratorium der Wohlfahrtseinrichtung selbst und nicht vom Ausschuss vorgenommen worden und dabei die Bewertung des eigentlich zuständigen Ausschusses abgeändert worden. Damit habe der Auftraggeber gegen seine eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen verstoßen, sodass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären wäre. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger bereits bisher die Verwaltungsobjekte des Auftraggebers mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen betreut habe, werde angenommen, dass der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger die genaue Form sowie den genauen Inhalt der subjektiven Zuschlagskriterien im Rahmen ihrer Zusammenarbeit schon in der Vergangenheit gemeinsam festgelegt hätten. Zumindest hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger genau gewusst, worauf es bei der Bewertung der Angebote ankomme und damit gegenüber dem Antragsteller über einen Wissensvorsprung verfügt. Dies ergebe sich auch aus der Niederschrift über die Angebotsbewertung vom 22.9.2006, zumal das vom Antragsteller vorgelegte Entwicklungskonzept als sehr theoretisch und allgemein bewertet worden sei.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfüge über einen massiven Wettbewerbsvorteil aufgrund seines Vorwissens. Der Auftraggeber habe nicht einmal ansatzweise versucht, den Wissensvorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszugleichen. Es liege daher ein massiver Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, den Grundsatz des freien bzw. fairen und lauterer Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes vor. Aufgrund der Schwere der Verletzung wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger von der Teilnahme am Vergabeverfahren iSv § 20 Abs. 5 BVergG 2006 auszuschließen bzw. gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Die Geltendmachung dieses Verstoßes sei auch nicht präkludiert, zumal im Rahmen der Angebotsöffnung am 17.7.2006 erstmals bekannt geworden sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger sich am Vergabeverfahren als Bieter beteiligt habe. Der Antragsteller hätte die vorliegenden Verstöße daher denklogisch zu keinem früheren Zeitpunkt geltend machen können. Auf Basis der festgelegten Zuschlagskriterien sei kein fairer und lauterer Wettbewerb möglich. Die Anfechtung der Ausschreibung erfolge auch rechtzeitig im Hinblick auf die Judikatur des EuGH, wonach eine gesetzliche Anfechtungsfrist unangewendet zu lassen sei, wenn der Auftraggeber aufgrund seines Verhaltens eine fristgerechte Anfechtung verunmöglicht habe. Da dem Antragsteller erst durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bekannt geworden sei, müsse § 321 Abs. 2 BVergG 2006 unangewendet bleiben. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfüge über einen massiven Wettbewerbsvorteil aufgrund seines Vorwissens. Der Auftraggeber habe nicht einmal ansatzweise versucht, den Wissensvorsprung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszugleichen. Es liege daher ein massiver Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, den Grundsatz des freien bzw. fairen und lauterer Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes vor. Aufgrund der Schwere der Verletzung wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger von der Teilnahme am Vergabeverfahren iSv Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 auszuschließen bzw. gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Die Geltendmachung dieses Verstoßes sei auch nicht präkludiert, zumal im Rahmen der Angebotsöffnung am 17.7.2006 erstmals bekannt geworden sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger sich am Vergabeverfahren als Bieter beteiligt habe. Der Antragsteller hätte die vorliegenden Verstöße daher denklogisch zu keinem früheren Zeitpunkt geltend machen können. Auf Basis der festgelegten Zuschlagskriterien sei kein fairer und lauterer Wettbewerb möglich. Die Anfechtung der Ausschreibung erfolge auch rechtzeitig im Hinblick auf die Judikatur des EuGH, wonach eine gesetzliche Anfechtungsfrist unangewendet zu lassen sei, wenn der Auftraggeber aufgrund seines Verhaltens eine fristgerechte Anfechtung verunmöglicht habe. Da dem Antragsteller erst durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bekannt geworden sei, müsse Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 unangewendet bleiben.

Die Zuschlagskriterien "Prognoserechnung/Ertragswertsteigerung", "Entwicklungs-konzept" und "Berichterstattung" mit den Subkriterien "äußere Form", "Übersichtlichkeit", "Verständlichkeit auch für Laien" und "Vollständigkeit nach der Leistungsbeschreibung geforderten Inhalten" würden mangels Konkretisierung, Transparenz und Gewichtung einen willkürlichen Entscheidungsraum eröffnen, sodass eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung unmöglich werde. Zuschlagskriterien hätten aber der Transparenz und der Objektivität zu dienen und müssten zur Beurteilung nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sein. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des BVA. Die Subkriterien würden ebenso wie die oben erwähnten Zuschlagskriterien jedenfalls nur Worthülsen darstellen, sodass dem Auftraggeber ein unbeschränkter Entscheidungsspielraum eingeräumt werde und die aufgrund dieser Zuschlagskriterien basierende

Zuschlagsentscheidung mangels Nachvollziehbarkeit jedenfalls rechtswidrig und damit für nichtig zu erklären sei. Die Präklusionsfristen des BVergG 2006 hätten auch nach der Spruchpraxis der Vergabebehörden dort ihre Grenze, wo die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung so gravierend sei, dass die objektive Nachvollziehbarkeit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr gewährleistet werden könnte.

Nach der Judikatur des EuGH und BVA müsse eine Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung des Auftraggebers ohne detaillierte verbale Darstellung für deren Gründe, sei mit den einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 nicht vereinbar. Sie sei vielmehr einer gerichtlichen Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht zugänglich. Auch in der Niederschrift über die Angebotsprüfung und Bewertung vom 22.9.2006 finde sich keine nachvollziehbare verbale Erläuterung zur Bewertung anhand der Zuschlagskriterien. Insbesondere werde mit keinem Wort auf die Subkriterien eingegangen.

Der Antragsteller erachte sich im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechendes Vergabeverfahren, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, in jenem auf Ausscheiden eines den Grundsätzen der Gleichbehandlung sowie des freien und lauten Wettbewerbs widersprechenden Angebotes, im Recht auf Widerruf einer die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz sowie des fairen und lauten Wettbewerbs verletzenden Ausschreibung, im Recht auf vergaberechtskonforme, insbesondere dem freien und lauten Wettbewerb, dem Transparenzgebot sowie dem Grundsatz auf Gleichbehandlung entsprechende Bestbieterermittlung, in jenem auf Durchführung einer Bestbieterermittlung auf Basis nachvollziehbarer Zuschlagskriterien, welche dem Auftraggeber keinen willkürlichen Entscheidungsspielraum überlassen, im Recht auf nachvollziehbare verbale Begründung der Bestbieterermittlung sowie im Recht auf Zuschlagserteilung auf das Angebot des Antragstellers als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot verletzt.

Der gegenständliche auf unbefristete Laufzeit ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag überschreite den maßgeblichen Schwellenwert von Euro 211.000,-- und sei daher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Neben der Zuschlagsentscheidung werde auch die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, den präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht auszuschneiden und hilfsweise die Ausschreibung angefochten.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers für den Fall der Nichterlassung der einstweiligen Verfügung werde darauf verwiesen, dass bei Erteilung des Zuschlags an den präsumtiven Zuschlagsempfänger der Antragsteller keine Chance mehr hätte, den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Ihm würde dadurch ein zu lukrierender Gewinn inklusive Deckungsbeitrag im Ausmaß von jährlich Euro 3.000,-- entgehen. Weiters drohe dem Antragsteller ein Schaden aus den Kosten der Angebotslegung in der Höhe von rund Euro 2.700,--, sowie die Kosten der Rechtsvertretung in der Höhe von Euro 6.000,-- sowie der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Einer Untersagung der Zuschlagserteilung stehe kein vergleichbares Interesse des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers entgegen. Zudem sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen in seinem "Vergabezeitplan" zu berücksichtigen. Es fehle auch an der Dringlichkeit eines raschen Abschlusses des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Die Interessen des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden durch die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung nicht berührt. Eine Gefährdung von Leib und Leben und Eigentum liege nicht vor. Auch ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, sei nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 20.10.2006 legte der Auftraggeber den Vergabeakt vor und nahm zum Vorbringen des Antragstellers Stellung. Der nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfänger sei auch in der vorangegangenen Ausschreibung, in der der zu vergebende Auftrag auf 18 Monate beschränkt gewesen sei, Vertragspartner gewesen. Der Gesamtwert des damals ebenfalls in einem offenen Verfahren vergebenen Auftrags habe Euro 60.202,50 inkl. Ust. betragen.

Die zunächst befristete Ausschreibung habe dazu gedient, dem Auftraggeber einen Überblick und Kenntnisse über den Markt zu verschaffen. Im Anschluss an den befristeten Auftrag und aufgrund der gesammelten Erfahrungen und Erkenntnisse sollte dann ein unbefristeter Vertrag vergeben werden, der Gegenstand der nunmehrigen Ausschreibung sei. Ziel der neuerlichen Ausschreibung sei darüber hinaus, durch ein neuerlich offenes Verfahren den bisherigen Auftragnehmer ein weiteres Mal einem Wettbewerb auszusetzen. Zunächst habe eine große Anzahl von Bewerbern

die Ausschreibungsunterlagen angefordert. Schlussendlich seien aber nur zwei Angebote gelegt worden. Bei der Schätzung des Auftragswertes sei der Auftraggeber zunächst von den bisherigen Kosten der Dienstleistung, nämlich Euro 60.292,50 für 18 Monate, ausgegangen. Der Auftraggeber habe jedoch nicht mit Sicherheit festlegen können, ob Angebote für einen unbefristeten Vertrag tatsächlich dem Unterschwellenbereich zuzuordnen seien. Der Auftraggeber habe daher freiwillig ein offenes Verfahren im Einklang mit den Bestimmungen des Oberschwellenbereiches ausgeschrieben, um umgekehrt dem Fall zu entgehen, unrechtmäßig die Erleichterungen des Unterschwellenbereiches in Anspruch zu nehmen. Die vorliegenden Angebote würden jedoch deutlich zeigen, dass der Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Für die prioritäre Dienstleistung der Kategorie 14 beläufte sich der geschätzte Auftragswert bei monatlichen Kosten von ca. Euro 1.730,- auf ca. Euro 83.040,- und für die nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 27 sei bisher ein Betrag von Euro 583,- pro Monat aufgewendet worden, sodass der geschätzte Auftragswert sich bei dieser Dienstleistung auf ca. Euro 27.984,- beläufte. Der gesamte geschätzte Auftragswert werde daher mit rund Euro 111.100,- beziffert, sodass eine Dienstleistung im Unterschwellenbereich vorliege.

Die freiwillige Wahl des offenen Verfahrens und freiwillige Anwendung der Bestimmungen des Oberschwellenbereiches durch den Auftraggeber führe nicht zur Anwendung dieser Bestimmungen des offenen Verfahrens im Nachprüfungsverfahren. Die dort festgesetzten Fristen und Zuständigkeiten würden nicht in der Disposition des Auftraggebers liegen. Gemäß § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 betrage im Unterschwellenbereich die Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages sieben Tage. Der Antragsteller habe jedoch die am 3.10.2006 übermittelte Zuschlagsentscheidung erst am 17.10.2006 in Form eines Nachprüfungsverfahrens bekämpft, sodass der Nachprüfungsantrag verspätet sei. Die freiwillige Wahl des offenen Verfahrens und freiwillige Anwendung der Bestimmungen des Oberschwellenbereiches durch den Auftraggeber führe nicht zur Anwendung dieser Bestimmungen des offenen Verfahrens im Nachprüfungsverfahren. Die dort festgesetzten Fristen und Zuständigkeiten würden nicht in der Disposition des Auftraggebers liegen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 betrage im Unterschwellenbereich die Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages sieben Tage. Der Antragsteller habe jedoch die am 3.10.2006 übermittelte Zuschlagsentscheidung erst am 17.10.2006 in Form eines Nachprüfungsverfahrens bekämpft, sodass der Nachprüfungsantrag verspätet sei.

Hinzu komme noch die Überlegung, dass der vom Antragsteller angebotene Preis von Euro 25.000,- pro Jahr der eingesetzten Sachverständigenkommission als ungewöhnlich niedrig erschienen und nicht den Marktverhältnissen angepasst sei. Es sei daher unverständlich, dass der Antragsteller von einem Angebot im Oberschwellenbereich ausgehe. Der Antragsteller habe auch den präsumtiven Zuschlagsempfänger immerhin um 48% unterboten. Auch der Bewertungskommission sei die Halbierung des Preises zunächst unplausibel erschienen. Die diesbezüglichen Bietergespräche hätten auch keine letztgültige Klarheit gebracht. Es sei daher nicht ausgeschlossen, dass das Angebot des Antragstellers als unterpreisig auszuscheiden gewesen wäre.

Nach Öffnung der Angebote habe die Bewertungskommission, die sich aus Mitgliedern des Liegenschaftsausschusses des Kuratoriums zusammensetze, insgesamt dreimal getagt. Nach der ersten Sitzung der Bewertungskommission habe diese beschlossen, mit den Bietern am 24.7.2006 technische Aufklärungsgespräche durchzuführen, um offene Fragen zu klären und die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen. Eine dritte Sitzung habe am 28.8.2006 stattgefunden, in der eine Bewertung der Angebote erfolgt und beschlossen worden sei, die Angelegenheit dem Plenum des Kuratoriums der Wohlfahrtseinrichtung als der nach dem ZTKG für die Verwaltung der Wohlfahrtseinrichtung zuständigen Behörde vorzulegen und die Entscheidung des Kuratoriums als Entscheidung der Bewertungskommission zu übernehmen. Das Kuratorium habe sodann in der Sitzung vom 22.9.2006 die Änderungen der Bewertung - wie von der Beschwerungskommission vorgeschlagen - übernommen. Aufgrund des Beschlusses des Ausschusses vom 28.8.2006 habe die Bewertungskommission nämlich die Bewertung durch das Kuratorium als seine eigene übernommen.

#### Die Zuschlagskriterien

"Prognoseentscheidung/Ertragswertsteigerung", "Berichterstattung" und "Entwicklungskonzept" seien bewusst etwas weiter gefasst worden, um das Know-how, die Erfahrung und Originalität der Darstellung durch die Bieter nicht durch enge Vorgaben zu behindern. Andernfalls wäre diese Originalität beschnitten worden und wären lediglich Vorgaben des Auftraggebers übernommen worden, ohne eine eigenständige funktional gleichwertige Lösung anzubieten.

Am 24.7.2006 hätte beim Bietergespräch mit dem präsuntiven Zuschlagsempfänger geklärt werden können, dass unter dem Begriff "unverzüglich" eine Interventionszeit von 10-15 Minuten (= 0,16 - 0,25 Stunden) zu verstehen sei. In der Nacht und am Wochenende betrage diese maximal 1 Stunde. Es sei ein konkreter Sachbearbeiter als Ansprechpartner angeboten worden, der einen Stellvertreter habe. Zwei weitere Personen seien informiert. Der präsuntive Zuschlagsempfänger könne sich durch diese Angaben auch keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen, da bei der Anbotsöffnung am 17.7.2006 kein Vertreter anwesend gewesen sei und daher keine Informationen über die Konditionen des Angebotes des Antragstellers vorliegen hätten können. Der Antragsteller gebe hingegen eine Zeitspanne von 0,3 Stunden an und biete nicht - wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert - zwei Ansprechpersonen, sondern vier konzessionierte Verwalter als Ansprechpersonen an, die auf drei Objekte aufgeteilt werden sollten.

Entgegen den Darstellungen des Antragstellers seien auch nicht die Werte für die Notrufzentrale vertauscht worden. Die Punkteverteilung entspreche den Angeboten. Selbst wenn die Argumentation des Antragstellers zutreffen würde, würde diese Punkteverteilung (63,8 Punkte für den Antragsteller; 64,0 Punkte für den präsuntiven Zuschlagsempfänger) keine Auswirkungen auf die Zuschlagsentscheidung haben.

Das Argument des Antragstellers, dass der Ausschuss in Kenntnis einer anderen Bewertung beim Kriterium "24Std.-Notrufzentrale" die Bewertung der sonstigen Zuschlagskriterien in anderer Form vorgenommen habe, unterstelle, dass der Ausschuss keine objektiven Einzelbewertungen der Zuschlagskriterien vorgenommen hätte. Es gehe nicht darum, die Bewertung und Gewichtung anderer Kriterien einzubeziehen.

Der Antragsteller verkenne, dass es sich bei den Punkten "äußere Form", "Übersichtlichkeit", "Verständlichkeit für Laien" und "Vollständigkeit der nach der Leistungsbeschreibung geforderten Inhalte" um eine Konkretisierung der Zuschlagskriterien "Prognoserechnung/Ertragswertsteigerung", "Entwicklungskonzept" und "Berichterstattung" und nicht um (formelle) Subkriterien handle. Von einem branchenerfahrenen Unternehmen werde erwartet, dass ein Grundverständnis für äußere Form, Verständlichkeit und Vollständigkeit im Berichtswesen gegeben sei und dazu originäre Vorschläge erstattet werden würden. Der vom Antragsteller behauptete Wissensvorsprung des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei völlig unerheblich und irrelevant, weil ein Wissen über die derzeitige Praxis keinen Vorteil für das gegenständliche Verfahren gebracht hätte. Der Auftraggeber hätte sich sogar eine Verbesserung des derzeitigen Berichtswesens mit der gegenständlichen Ausschreibung erhofft.

Die vom Antragsteller vorgelegte Musterprognoserechnung stelle eine Ertragsliste dar. Es handle sich nicht um eine branchenübliche Prognoserechnung. Von einem Immobilienverwalter werde jedoch die Arbeit eines Fondmanagers erwartet. Im Gegensatz dazu habe der präsuntive Zuschlagsempfänger eine genaue Beschreibung des Ist/Soll-Zustandes vorgelegt, wohingegen die Prognoserechnung des Antragstellers lediglich eine Aufrechnung mit wenig Aussagekraft darstelle. Das vom Antragsteller vorgelegte Mieterprofil zum Entwicklungskonzept gebe keinerlei Aufschluss über die Ziele und Auswirkungen möglicher Konzepte.

Dagegen habe das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers vertiefte Angaben über Entwicklungsmöglichkeiten enthalten. Es seien ein Objektbericht sowie mögliche Geschäftsberichte vorgelegt worden, die den klaren Willen zur Übernahme von Verantwortung signalisiert hätten. Die vorgeschlagene Berichtsform des Antragstellers sei jedoch schlagwortartig und substanzlos ausgefallen und lasse keine aussagekräftigen Rückschlüsse zu. Der Antragsteller habe es verabsäumt, zu einem früheren Zeitpunkt Fragen zur Konkretisierung der von ihm als unzureichend kritisierten Zuschlagskriterien zu stellen. Die vorgebrachten Kritikpunkte seien daher verfristet und präkludiert.

Zum Vorbringen des Antragstellers, dass die Bewertung der eingesetzten Bewertungskommission durch das Kuratorium der Wohlfahrtseinrichtung abgeändert worden sei, werde auf die Bestimmung des § 30 ZTG verwiesen, wonach die Verwaltung der Wohlfahrtseinrichtung dem Kuratorium obliege. Das Kollegialorgan sei auch berechtigt, zur Behandlung bestimmter Fragen fallweise und dauernd Ausschüsse aus ihren Mitgliedern zu bilden. Die Ausschussberichte seien als Anträge an jenes Organ und Gremium zu werten, welches den Ausschuss eingesetzt habe. Es liege kein Verstoß gegen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Vorgangsweise vor. Der Liegenschaftsausschuss habe drei Mal in voller Besetzung getagt und einen Entscheidungsvorschlag ausgearbeitet. In der dritten Sitzung sei der Beschluss gefasst worden, die Angelegenheit dem Plenum des Kuratoriums der Wohlfahrtseinrichtung als der nach dem ZTKG für die Verwaltung der Wohlfahrtseinrichtungen zuständigen Behörde vorzulegen und die Entscheidung des Kuratoriums als Entscheidung der Bewertungskommission zu übernehmen. Dies

sei auch in der Folge erfolgt und sei auch angesichts der Befugnisse von Ausschüssen nach § 38 der Geschäftsordnung der Kammer notwendig. Auch die Behauptung des Antragstellers, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Partei gemäß § 20 Abs. 5 BVergG 2006 wegen Einräumung eines Wettbewerbsvorteils auszuschneiden gewesen sei, gehe ins Leere. Die §§ 20 Abs. 5 und 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 würden primär darauf abstellen, dass ein Bieter an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt gewesen sei. Dies treffe jedoch auf den präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht zu. Zudem wäre ein Wissensvorsprung für die Gestaltung des Angebotes nicht relevant. Es wären gerade Vorschläge für eine Änderung/Verbesserung der bestehenden Praxis von Interesse gewesen. Ein Wettbewerbsvorteil, der entweder in einem Wissensvorsprung oder in einem Zeitvorsprung bestehe, könne nicht zu einem sofortigen Ausschließen des Teilnehmers vom Verfahren bzw. Ausscheiden dessen Angebots führen. Zum Vorbringen des Antragstellers, dass die Bewertung der eingesetzten Bewertungskommission durch das Kuratorium der Wohlfahrtseinrichtung abgeändert worden sei, werde auf die Bestimmung des Paragraph 30, ZTG verwiesen, wonach die Verwaltung der Wohlfahrtseinrichtung dem Kuratorium obliege. Das Kollegialorgan sei auch berechtigt, zur Behandlung bestimmter Fragen fallweise und dauernd Ausschüsse aus ihren Mitgliedern zu bilden. Die Ausschussberichte seien als Anträge an jenes Organ und Gremium zu werten, welches den Ausschuss eingesetzt habe. Es liege kein Verstoß gegen die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Vorgangsweise vor. Der Liegenschaftsausschuss habe drei Mal in voller Besetzung getagt und einen Entscheidungsvorschlag ausgearbeitet. In der dritten Sitzung sei der Beschluss gefasst worden, die Angelegenheit dem Plenum des Kuratoriums der Wohlfahrtseinrichtung als der nach dem ZTKG für die Verwaltung der Wohlfahrtseinrichtungen zuständigen Behörde vorzulegen und die Entscheidung des Kuratoriums als Entscheidung der Bewertungskommission zu übernehmen. Dies sei auch in der Folge erfolgt und sei auch angesichts der Befugnisse von Ausschüssen nach Paragraph 38, der Geschäftsordnung der Kammer notwendig. Auch die Behauptung des Antragstellers, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Partei gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG 2006 wegen Einräumung eines Wettbewerbsvorteils auszuschneiden gewesen sei, gehe ins Leere. Die Paragraphen 20, Absatz 5 und 129 Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 würden primär darauf abstellen, dass ein Bieter an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt gewesen sei. Dies treffe jedoch auf den präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht zu. Zudem wäre ein Wissensvorsprung für die Gestaltung des Angebotes nicht relevant. Es wären gerade Vorschläge für eine Änderung/Verbesserung der bestehenden Praxis von Interesse gewesen. Ein Wettbewerbsvorteil, der entweder in einem Wissensvorsprung oder in einem Zeitvorsprung bestehe, könne nicht zu einem sofortigen Ausschließen des Teilnehmers vom Verfahren bzw. Ausscheiden dessen Angebots führen.

Das Argument des Antragstellers zur fehlenden verbalen Bewertung der Angebote sei nicht nachvollziehbar. Eine solche verbale Begründung sei sowohl in der Tischvorlage als auch im Protokoll über die Sitzung des Kuratoriums vom 22.9.2006 enthalten. Es werde daher die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages als unzulässig sowie die Auferlegung der Gebühren zur Gänze an den Antragsteller, in eventu die Abweisung des Nachprüfungsantrages begehrt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei aufgrund des verfristeten Nachprüfungsantrages unzulässig und schon aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen wäre dieser auch inhaltlich nicht berechtigt. Die Miete des Schuhfachgeschäftes "M\*\*\*\*" in einem Objekt des Auftraggebers in der Kärntnerstraße sei gemäß § 12a MRG von rund Euro 10.000,-- pro Monat auf Euro 80.000,-- monatlich angehoben worden. Seither würden intensive Verhandlungen über die Miethöhe stattfinden. Ebenso sei ein Dachbodenausbau des Objektes in der Kärntnerstraße geplant, der zeitlich mit dem Umbau des Schuhfachgeschäftes "M\*\*\*\*" koordiniert werden müsse, um eine drohende Mietzinsminderung sowie Schadenersatzforderung hintan zu halten. Ein Ausfall der Immobilienverwaltung als Verhandlungs- und Koordinationsstelle durch ein Auslaufen des Vertrages gefährde massiv den Vertragsabschluss über den höheren Mietzins mit dem Schuhfachgeschäft sowie die Koordinierung des Umbaues zwischen Dachgeschoß und Schuhfachgeschäft. Die Verhandlungen über den Mietzins würden sich in einem Stadium befinden, in dem die Angebotsfrist des Auftraggebers mit Beschluss des Kuratoriums bis zum 31.10.2006 verlängert worden sei. Das Nachprüfungsverfahren falle daher genau in den für den Mietzins entscheidungsrelevanten Zeitraum. Es bestehe daher ein wirtschaftlich bedeutendes Interesse des Auftraggebers an einer raschen Zurückweisung des Nachprüfungsantrages. Das Argument des Antragstellers zur fehlenden verbalen Bewertung der Angebote sei nicht nachvollziehbar. Eine solche verbale Begründung sei sowohl in der Tischvorlage als auch im Protokoll über die Sitzung des Kuratoriums vom 22.9.2006 enthalten. Es werde daher die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages als unzulässig sowie die Auferlegung der Gebühren zur Gänze an den Antragsteller, in eventu die Abweisung des Nachprüfungsantrages begehrt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei aufgrund des verfristeten

Nachprüfungsantrages unzulässig und schon aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen wäre dieser auch inhaltlich nicht berechtigt. Die Miete des Schuhfachgeschäftes "M\*\*\*" in einem Objekt des Auftraggebers in der Kärntnerstraße sei gemäß Paragraph 12 a, MRG von rund Euro 10.000,-- pro Monat auf Euro 80.000,-- monatlich angehoben worden. Seither würden intensive Verhandlungen über die Miethöhe stattfinden. Ebenso sei ein Dachbodenausbau des Objektes in der Kärntnerstraße geplant, der zeitlich mit dem Umbau des Schuhfachgeschäftes "M\*\*\*" koordiniert werden müsse, um eine drohende Mietzinsminderung sowie Schadenersatzforderung hintan zu halten. Ein Ausfall der Immobilienverwaltung als Verhandlungs- und Koordinationsstelle durch ein Auslaufen des Vertrages gefährde massiv den Vertragsabschluss über den höheren Mietzins mit dem Schuhfachgeschäft sowie die Koordinierung des Umbaus zwischen Dachgeschoß und Schuhfachgeschäft. Die Verhandlungen über den Mietzins würden sich in einem Stadium befinden, in dem die Angebotsfrist des Auftraggebers mit Beschluss des Kuratoriums bis zum 31.10.2006 verlängert worden sei. Das Nachprüfungsverfahren falle daher genau in den für den Mietzins entscheidungsrelevanten Zeitraum. Es bestehe daher ein wirtschaftlich bedeutendes Interesse des Auftraggebers an einer raschen Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Würde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben, könnte dies zu einem bedeutenden wirtschaftlichen Schaden für den Auftraggeber führen. Durch die ungeklärte Vertragssituation der Immobilienverwaltung könnte der Abschluss eines neuen Mietvertrages vereitelt werden und der koordinierte Umbau des Dachgeschoßes und des Geschäftes nicht stattfinden. Damit drohe dem Auftraggeber ein finanzieller Schaden von etwa Euro 70.000,-- pro Monat. Demgegenüber stehe ein wirtschaftlicher Schaden von rund Euro 3.000,-- bzw. Euro 2.700,-- sowie Euro 6.000,-- des Antragstellers. Der drohende Schaden des Auftraggebers sei damit um vielfaches höher, sodass dem Auftraggeber nicht zugemutet werden könne, dass die Zuschlagserteilung durch eine einstweilige Verfügung verzögert werde. Es werde daher die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in eventu Abweisung und Kostentragung der entrichteten Pauschalgebühr durch den Antragsteller begehrt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Diese wurde gemäß § 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Kammern der Architekten und Ingenieurkonsulenten, BGBl 157/1994 idFBGBl I Nr. 164/2005 (in der Folge ZTKG) zu einem besonderen Zweck gegründet, um in Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Als Körperschaft öffentlichen Rechtes gemäß § 1 Abs. 3 ZTKG erfüllt auch die Bundes- Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer die in § 3 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2006 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Da die Bundes- Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer gemäß § 54 ZTKG der Aufsicht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit unterliegt, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 lit. c BVergG 2006 erfüllt (vgl. BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 22.11.2003, 05N-36/03- 11).Die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Diese wurde gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Bundesgesetz über die Kammern der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Bundesgesetzblatt 157 aus 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 164 aus 2005, (in der Folge ZTKG) zu einem besonderen Zweck gegründet, um in Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Als Körperschaft öffentlichen Rechtes gemäß Paragraph eins, Absatz 3, ZTKG erfüllt auch die Bundes- Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG 2006 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Da die Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer gemäß Paragraph 54, ZTKG der Aufsicht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit unterliegt, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, BVergG 2006 erfüllt vergleiche BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 22.11.2003, 05N-36/03- 11).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Vergeben werden sollen prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 14 (Gebäudereinigung und Hausverwaltung) iSv Anhang III BVergG 2006 sowie nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 27 (sonstige Dienstleistungen) des Anhangs IV BVergG 2006.Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren. Vergeben werden sollen prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 14 (Gebäudereinigung und Hausverwaltung) iSv

Anhang römisch drei BVergG 2006 sowie nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 27 (sonstige Dienstleistungen) des Anhangs römisch vier BVergG 2006.

Obwohl sich aus den oben zitierten Ausschreibungsunterlagen ergibt, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, gibt der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 20.10.2006 an, dass der gesamte geschätzte Auftragswert sich auf rund Euro 111.100,-- belaufe und daher gemäß § 12 BVergG 2006 iVm Anhang V BVergG 2006 dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, sodass der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als verspätet zurückzuweisen seien. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage des Vorliegens eines Vergabeverfahrens im Unterschwellen- oder Oberschwellenbereiches sowie die damit in Verbindung stehende Frage der Rechtzeitigkeit der Anträge des Antragstellers nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen (vgl. dazu BVA 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026- BVA/05/2006-8; 29.5.2006, 15N-20/05-10). Obwohl sich aus den oben zitierten Ausschreibungsunterlagen ergibt, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist, gibt der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 20.10.2006 an, dass der gesamte geschätzte Auftragswert sich auf rund Euro 111.100,-- belaufe und daher gemäß Paragraph 12, BVergG 2006 in Verbindung mit Anhang römisch fünf BVergG 2006 dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei, sodass der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als verspätet zurückzuweisen seien. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage des Vorliegens eines Vergabeverfahrens im Unterschwellen- oder Oberschwellenbereiches sowie die damit in Verbindung stehende Frage der Rechtzeitigkeit der Anträge des Antragstellers nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen vergleiche dazu BVA 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026- BVA/05/2006-8; 29.5.2006, 15N-20/05-10).

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt. Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg. cit. ist nicht auszugehen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen. Der Antragsteller hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist nicht auszugehen.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die 1. B\*\*\* und 2. C\*\*\* geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, 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 § 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 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 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 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 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige 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 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 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 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.

Der Auftraggeber bringt gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vor, dass ein Ausfall der Immobilienverwaltung als Verhandlungs- und Koordinationsstelle massiv den Vertragsabschluss über den höheren Mietzins mit dem Schuhfachgeschäft "M\*\*\*" sowie den koordinierten Umbau zwischen Dachgeschoß und Schuhfachgeschäft gefährde. Das Nachprüfungsverfahren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden genau in den für den Mietzins entscheidungsrelevanten Zeitraum fallen. Durch eine ungeklärte Vergabesituation werde der Abschluss eines neuen Mietvertrages vereitelt und der koordinierte Umbau könne nicht stattfinden, sodass dem Antragsteller ein finanzieller Schaden von Euro 70.000,-- pro Monat drohe. Der drohende Schaden des Auftraggebers sei damit im Verhältnis zu dem vom Antragsteller geltend gemachten drohenden Schaden um ein Vielfaches höher. Auf Grund der unverhältnismäßig hohen Belastung sei es dem Auftraggeber nicht zumutbar, dass die Zuschlagserteilung durch eine einstweilige Verfügung verzögert werde.

Diesem Vorbringen des Auftraggebers ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 10.11.2004, 07N-95/04/10; 12.10.2004, 04N- 96/04-16). Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7). Diesem Vorbringen des Auftraggebers ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen

Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 10.11.2004, 07N-95/04/10; 12.10.2004, 04N- 96/04-16). Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist auch im Hinblick auf die sechswöchige Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge gemäß § 326 BVergG 2006 das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist auch im Hinblick auf die sechswöchige Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

**Dokumentnummer**

VERGT\_20061024\_N\_0085\_BVA\_04\_2006\_EV8\_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)