

# TE Verg Bescheid 2006/2/10 N/0001-BVA/02/2006-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.02.2006

## Norm

BVergG 2002 §3 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 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 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

## BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat, gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend die Auftragsvergabe "Beschichtungen - ZMB-Zentrum für molekulare Biowissenschaften" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft.m.b.H., Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch BIG Services Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes m.b.H., Anzengrubergasse 6, 8010 Graz, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 3. Februar 2006, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, 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 Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend die Auftragsvergabe "Beschichtungen - ZMB-Zentrum für molekulare Biowissenschaften" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft.m.b.H., Neulinggasse 29, 1030 Wien, vertreten durch BIG Services Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes m.b.H., Anzengrubergasse 6, 8010 Graz, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 3. Februar 2006, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

### Spruch

#### 1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von 2 Monaten nach Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages untersagen", wird insoweit

stattgegeben,

als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 17. März 2006, untersagt wird, im Vergabeverfahren "Beschichtungen - ZMB-Zentrum für molekulare Biowissenschaften", den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

#### 1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Ersatz der der Antragstellerin entstandenen Verfahrens- und Vertretungskosten wird zurückgewiesen.

### Begründung:

Die Ausschreibungsbekanntmachungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren "Beschichtungen - ZMB-Zentrum für molekulare Biowissenschaften" wurden am 22.9.2005 unter 247392 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Ruprik: amtlicher Lieferungsanzeiger, am 23.9.2005 unter 1027/2005 in der Grazer Zeitung und am 24.9.2005 unter 2005/S 185-182452 im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union ergibt sich, dass der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 17.10.2005 und als Auftragsdauer bzw. Frist für die Durchführung des Auftrages waren 8 Monate ab Auftragserteilung angegeben. Die Ausschreibungsbekanntmachungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren "Beschichtungen - ZMB-Zentrum für molekulare Biowissenschaften" wurden am 22.9.2005 unter 247392 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Ruprik: amtlicher Lieferungsanzeiger, am 23.9.2005 unter 1027 aus 2005, in der Grazer Zeitung und am 24.9.2005 unter 2005/S 185-182452 im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Union ergibt sich, dass der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 17.10.2005 und als Auftragsdauer bzw. Frist für die Durchführung des Auftrages waren 8 Monate ab Auftragserteilung angegeben.

Bis zum genannten Schlusstermin für den Eingang der Angebote legte die A\*\*\* (idF Antragstellerin) und die B\*\*\* (idF präsuntive Zuschlagsempfängerin) sowie ein weiterer Bieter Angebote. Bis zum genannten Schlusstermin für den Eingang der Angebote legte die A\*\*\* in der Fassung Antragstellerin) und die B\*\*\* in der Fassung präsuntive Zuschlagsempfängerin) sowie ein weiterer Bieter Angebote.

Mit Schreiben vom 4.11.2005 forderte der Auftraggeber per email die präsuntive Zuschlagsempfängerin zur Übermittlung von Merkblättern mit den technischen Daten der von der Bieterin ausgewählten Erzeugnisse auf. Weiters verlangte er Angaben zur geplanten Art der Ausführung der Schutzabdeckung, die die Bieterin zu wählen beabsichtige. Mit Schreiben vom 7.11.2005 legte die präsuntive Zuschlagsempfängerin eine detaillierte Produktaufstellung sowie diverse technische Merkblätter und Sicherheitsdatenblätter vor.

Aufgrund des mit Schreiben vom 16.1.2006 getroffenen Vergabevorschlages der C\*\*\*, teilte der Auftraggeber den Bietern mit Telefax vom 20.1.2006 mit, den Zuschlag der B\*\*\* erteilen zu wollen.

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 2. Februar 2006, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Februar 2006, die im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge "das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeberin, der Mitbieterin B\*\*\*, den Zuschlag für ihr Angebot zu erteilen, für nichtig erklären" gestellt. Weiters wurde die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Zuerkennung des Ersatzes der der Antragstellerin entstandenen Verfahrens- und Vertretungskosten sowie der Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungsantrag begehrt.

Begründend führte die Antragstellerin aus, dass das Angebot der B\*\*\* auf Grund des Vorliegens von einem oder mehreren zwingenden Ausscheidensgründen gemäß § 98 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens, insbesondere bei rechtskonformer Zuschlagsentscheidung, wäre dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Zur näheren Begründung führte die Antragstellerin aus, bei der gegenständlichen Ausschreibung handle es sich um eine so genannte konstruktive Ausschreibung, bei der die zu erbringenden Bauleistungen sowie die zu verwendenden Materialien detailliert vorgegeben seien. Wenn auch die Ausschreibung festlege, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei, seien jedoch bei der vorliegenden Auswahl nach den in der Ausschreibung vorgegebenen Gewichtungen lediglich der Preis und eine allfällige Verlängerung der Gewährleistungsfrist ausschlaggebend. Demgemäß bestehe faktisch im Umfang sowie in der Art und Weise der zu erbringenden Bauleistung kein Spielraum, lediglich bei der Materialwahl bestünden teilweise Bieterlücken. Die Ausschreibungsunterlage halte ausdrücklich fest, dass die in den Leistungsverzeichnissen namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen), über die Leistungsbeschreibung hinausgehend den gewünschten Standard festlegen sollen und der Bieter Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen könne, sofern der Positionstext den Verweis "oder gleichwertiger Art" enthalte. Weiters hält die Ausschreibung fest, dass für den Fall, dass die vom Bieter selbständig genannten Erzeugnisse nicht den in der Ausschreibung angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit entsprächen, das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten gelte, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Sämtliche Erzeugnisse, die tatsächlich "Gleichwertigkeit" aufwiesen, seien jedoch am Markt preislich nicht wesentlich günstiger als die in der Ausschreibungsunterlage genannten Referenzprodukte. Ausgehend von einem Materialanteil am Gesamtangebot von 60% sei es daher nach Ansicht der Antragstellerin nicht möglich, zu angemessenen Preisen ein tatsächlich gleichwertiges Angebot zu einer Gesamtangebotssumme von rund Euro 379.000,- netto zu legen. Daraus resultiere der Schluss, dass das Angebot der B\*\*\* bereits im Materialkostenbereich entweder einen erheblichen Rechenfehler aufweise, oder aber unterpreisig bzw. in der Preisgestaltung absolut unangemessen sei. Alternativ wäre nur denkbar, dass jedes Angebot anstelle der angegebenen Referenzmaterialien andere Materialien aufweise, die zwar allenfalls wesentlich kostengünstiger beziehbar seien, aber keinesfalls die gesetzliche und auf Basis der Ausschreibungsunterlage geforderte Gleichwertigkeit aufweisen könnten. Beide dargestellten Möglichkeiten seien im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung, die im Hinblick auf die auffälligen Preisabstände jedenfalls gesetzlich und gemäß Ausschreibungsunterlage geboten sei, zu bemerken und hätten bei ordnungsgemäßer Abführung des Vergabeverfahrens zwingend zu einem Ausscheiden des Angebotes der B\*\*\* führen müssen. Begründend führte die Antragstellerin aus, dass das Angebot der B\*\*\* auf Grund des Vorliegens von einem oder mehreren zwingenden Ausscheidensgründen gemäß Paragraph 98, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen wäre. Bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens, insbesondere bei rechtskonformer Zuschlagsentscheidung, wäre dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Zur näheren Begründung führte die Antragstellerin aus, bei der gegenständlichen Ausschreibung handle es sich um eine so genannte konstruktive Ausschreibung, bei der die zu erbringenden Bauleistungen sowie die zu verwendenden Materialien detailliert vorgegeben seien. Wenn auch die Ausschreibung festlege, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei, seien

jedoch bei der vorliegenden Auswahl nach den in der Ausschreibung vorgegebenen Gewichtungen lediglich der Preis und eine allfällige Verlängerung der Gewährleistungsfrist ausschlaggebend. Demgemäß bestehe faktisch im Umfang sowie in der Art und Weise der zu erbringenden Bauleistung kein Spielraum, lediglich bei der Materialwahl bestünden teilweise Bieterlücken. Die Ausschreibungsunterlage halte ausdrücklich fest, dass die in den Leistungsverzeichnissen namentlich angeführten bestimmten Erzeugnisse (Referenzfabrikate und Typen), über die Leistungsbeschreibung hinausgehend den gewünschten Standard festlegen sollen und der Bieter Fabrikat und Type seiner Wahl einsetzen könne, sofern der Positionstext den Verweis "oder gleichwertiger Art" enthalte. Weiters hält die Ausschreibung fest, dass für den Fall, dass die vom Bieter selbständig genannten Erzeugnisse nicht den in der Ausschreibung angeführten Kriterien der Gleichwertigkeit entsprächen, das ausgeschriebene Erzeugnis nur dann als angeboten gelte, wenn der Bieter dies in einem Begleitschreiben zum Angebot erklärt habe. Sämtliche Erzeugnisse, die tatsächlich "Gleichwertigkeit" aufwiesen, seien jedoch am Markt preislich nicht wesentlich günstiger als die in der Ausschreibungsunterlage genannten Referenzprodukte. Ausgehend von einem Materialanteil am Gesamtangebot von 60% sei es daher nach Ansicht der Antragstellerin nicht möglich, zu angemessenen Preisen ein tatsächlich gleichwertiges Angebot zu einer Gesamtangebotssumme von rund Euro 379.000,- netto zu legen. Daraus resultiere der Schluss, dass das Angebot der B\*\*\* bereits im Materialkostenbereich entweder einen erheblichen Rechenfehler aufweise, oder aber unterpreisig bzw. in der Preisgestaltung absolut unangemessen sei. Alternativ wäre nur denkbar, dass jedes Angebot anstelle der angegebenen Referenzmaterialien andere Materialien aufweise, die zwar allenfalls wesentlich kostengünstiger beziehbar seien, aber keinesfalls die gesetzliche und auf Basis der Ausschreibungsunterlage geforderte Gleichwertigkeit aufweisen könnten. Beide dargestellten Möglichkeiten seien im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung, die im Hinblick auf die auffälligen Preisabstände jedenfalls gesetzlich und gemäß Ausschreibungsunterlage geboten sei, zu bemerken und hätten bei ordnungsgemäßer Abführung des Vergabeverfahrens zwingend zu einem Ausscheiden des Angebotes der B\*\*\* führen müssen.

Auch aus dem Blickwinkel des Lohnkostenanteils sei der angebotene Gesamtpreis nicht nachvollziehbar. Ausgehend von den konkreten Leistungsvorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, einem Lohnkostenanteil an den Gesamtkosten von rund 40% und einem üblichen Kalkulationsschema, wie es die Antragstellerin hinsichtlich ihres eigenen Angebotes dargestellt habe, sei der angebotene Gesamtpreis der B\*\*\* nicht nachvollziehbar. Sowohl die B\*\*\* selbst, als auch allenfalls von dieser beigezogene Subunternehmer hätten bei dem gegenständlichen Bauvorhaben arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, Kollektivverträge, Regelungen zur Ausländerbeschäftigung, usw. einzuhalten sowie jeweils für die anzubietenden Leistungen qualifizierte Kräfte zu beschäftigen. Demgemäß sei auch unter dem Blickwinkel der aus der Ausschreibung resultierenden, erforderlichen Arbeitsleistungen und (Mindest-) Lohnkosten die Gesamtpreisumme der B\*\*\* keinesfalls erklärbar. Dies auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die B\*\*\* aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung mit derartigen Bauvorhaben Spielräume haben sollte, etwas günstiger als z.B. die Antragstellerin zu kalkulieren. Es sei daher davon auszugehen, dass das Angebot der B\*\*\* keinen angemessenen Gesamtpreis aufweise.

Sollte dieser ausgewiesene Gesamtpreis nicht ohnehin bereits auf einem Rechenfehler beruhen, sei der Preis bzw. die allenfalls zu Grunde liegende Kalkulation betriebswirtschaftlich jedenfalls nicht erklärbar und nachvollziehbar. Es sei davon auszugehen, dass der angebotene Gesamtpreis nicht einmal dazu geeignet sei, alle ausgabenwirksamen primären Kosten inkl. Bauzinsen zu decken, der angebotene Gesamtpreis sei dafür im Verhältnis zur geschuldeten Leistung viel zu gering.

Aus technischer Sicht sei auf die Besonderheiten der gegenständlichen ausgeschriebenen Leistung zu verweisen. Es handle sich keinesfalls um bloß durchgängige, großflächige Beschichtungen, die als relativ regelmäßige, einfache Arbeitsgänge zu bewältigen seien. Vielmehr weise das hier gegenständliche Bauvorhaben bzw. die durchzuführenden Beschichtungen eine Vielzahl von Anschlüssen, Gewebeeinlagen zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit der Beschichtungen, Trennschienen, Erfordernisse zum Ausgleich von Unebenheiten, usw. auf, was jeweils den gleichmäßigen, einheitlichen Arbeitsfluss unterbreche und einen über die normale, großflächige Bearbeitung hinausgehenden Personaleinsatz sowie eine individuelle Bearbeitung erforderlich mache. Dies alles führe zu einer tendenziellen Erhöhung der Herstellungskosten/m<sup>2</sup> der Beschichtung und begründe umso mehr den Umstand, dass das Angebot der B\*\*\* betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nicht nachvollziehbar sei.

Zum Interesse und zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass nach dem zwangsläufig zu erfolgendem Ausscheiden des Angebotes der B\*\*\* das Angebot der Antragstellerin jedenfalls unter

den zu berücksichtigenden Angeboten unstrittig den niedrigsten Preis aufweise und auch das technisch und wirtschaftlich beste Angebot darstelle.

Der Antragstellerin entginge im Falle der Nichtdurchführung dieses Auftrages ein Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. 10% des Nettoauftragswertes, sohin gemäß Angebot der Antragstellerin ein Betrag von rund Euro 65.000,-. Darüber hinaus erwachse der Antragstellerin durch die frustrierten Kosten der Angebotslegung ein Schaden von weiteren Euro 1.500,-. Da sie beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen, liege die Durchführung des Auftrages auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand bzw. dieser zuzurechnenden Unternehmer beauftragt worden seien, vorweisen müsse. Dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

Die Antragstellerin erachte sich durch die nichtobjektive und diskriminierende Angebotsprüfung und das offensichtlich daraus resultierende unterlassene Ausscheiden des Angebotes der B\*\*\* und durch die weitere Berücksichtigung dieses Angebotes im Zuge des Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf objektive, nicht diskriminierende Abwicklung des Vergabeverfahrens, insbesondere der Angebotsprüfung, verletzt. Überdies sei sie in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes auf Grund der Zuschlagsentscheidung und Mitteilung vom 20.10.2005 verletzt.

Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die "Sperrfrist" gemäß § 100 Abs. 2 BVergG 2002 bereits am 3.2.2006 ende, habe der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, den Zuschlag zu erteilen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung (ex post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Einer allfälligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen fände sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Insbesondere habe der Auftraggeber durch die Wahl des Vergabeverfahrens (offenes Verfahren ohne Dringlichkeit) hinreichend zu erkennen gegeben, dass mit dem Vorhaben durchaus bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Eine einstweilige Aussetzung stelle daher für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die "Sperrfrist" gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 bereits am 3.2.2006 ende, habe der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, den Zuschlag zu erteilen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung (ex post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Einer allfälligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen fände sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Insbesondere habe der Auftraggeber durch die Wahl des Vergabeverfahrens (offenes Verfahren ohne Dringlichkeit) hinreichend zu erkennen gegeben, dass mit dem Vorhaben durchaus bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Eine einstweilige Aussetzung stelle daher für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar.

Öffentliche Interessen, etwa die Gefahr für Leib und Leben oder Eigentum in Folge einer möglichen Verzögerung von Arbeiten vermögen in diesem Fall nicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern. Die mögliche, durch das Nachprüfungsverfahren bewirkte Verzögerung der Auftragsdurchführung von maximal 2 Monaten sei so gering, dass die beantragte einstweilige Verfügung bei der Interessensabwägung zu erlassen sei. Eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultiere, stelle keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, wolle man die Wirksamkeit des Rechtsinstituts nicht völlig aushöhlen. Da nur Interessen der Antragstellerin bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keinerlei (berücksichtigungswürdige) Interessen des Auftraggebers schädige und auch sonst keine öffentlichen Interessen der Fortführung des Vergabeverfahrens entgegenstünden, habe die Interessensabwägung zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Mit Schriftsatz vom 7.2.2006 führte der Auftraggeber aus, bei der gemäß § 329 Abs.1 BVergG 2006 vorzunehmenden Interessenabwägung würden sowohl die öffentlichen als auch die Interessen des Auftraggebers an der Fortführung des Verfahrens die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung bei weitem

überwiegen. Das verfahrensgegenständliche Bauvorhaben unterliege einem straffen Bauzeitplan. Eine mehrmonatige Verzögerung würde dazu führen, dass die für die Folgegewerke festgelegten Zwischentermine nicht eingehalten werden könnten. Zur Einhaltung des Endfertigstellungstermins (31.12.2006) sei mit hohen Forcierungskosten zu rechnen, die erfahrungsgemäß bei der Größe dieses Bauvorhabens mehrere hunderttausend Euro betragen werden. Im Falle der Verzögerung des Endfertigstellungstermins entstünden für den Auftraggeber darüber hinaus auch noch Mietausfälle von zumindest Euro 164.515,- netto pro Monat. Die bereits ab 1.1.2007 abgeschlossenen Mietverträge könnten bei einer Verzögerung des Bauvorhabens nicht erfüllt werden. Daraus resultierend wäre mit Schadenersatzansprüchen der Mieterin gegenüber dem Auftraggeber zu rechnen. Hinzu kämen noch Mietausfälle in derzeit noch nicht bezifferbarer Höhe. Mit Schriftsatz vom 7.2.2006 führte der Auftraggeber aus, bei der gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 vorzunehmenden Interessenabwägung würden sowohl die öffentlichen als auch die Interessen des Auftraggebers an der Fortführung des Verfahrens die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung bei weitem überwiegen. Das verfahrensgegenständliche Bauvorhaben unterliege einem straffen Bauzeitplan. Eine mehrmonatige Verzögerung würde dazu führen, dass die für die Folgegewerke festgelegten Zwischentermine nicht eingehalten werden könnten. Zur Einhaltung des Endfertigstellungstermins (31.12.2006) sei mit hohen Forcierungskosten zu rechnen, die erfahrungsgemäß bei der Größe dieses Bauvorhabens mehrere hunderttausend Euro betragen werden. Im Falle der Verzögerung des Endfertigstellungstermins entstünden für den Auftraggeber darüber hinaus auch noch Mietausfälle von zumindest Euro 164.515,- netto pro Monat. Die bereits ab 1.1.2007 abgeschlossenen Mietverträge könnten bei einer Verzögerung des Bauvorhabens nicht erfüllt werden. Daraus resultierend wäre mit Schadenersatzansprüchen der Mieterin gegenüber dem Auftraggeber zu rechnen. Hinzu kämen noch Mietausfälle in derzeit noch nicht bezifferbarer Höhe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr. 17/2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der erste bis dritte Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen sind dabei für die Beurteilung des gegenständlichen Vergabeverfahrens die materiellrechtlichen Regelungen des BVergG 2002 heranzuziehen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten bereits die Bestimmungen des BVergG 2006, das gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten ist. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der erste bis dritte Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen sind dabei für die Beurteilung des gegenständlichen Vergabeverfahrens die materiellrechtlichen Regelungen des BVergG 2002 heranzuziehen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten bereits die Bestimmungen des BVergG 2006, das gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten ist.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Bundesimmobiliengesellschaft.m.bH. ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 3 Abs. 1 BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Nettoauftragswert des Vorhabens beträgt Euro 35.841.142,51. Das Verfahren ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Bundesimmobiliengesellschaft.m.bH. ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Nettoauftragswert des Vorhabens beträgt Euro 35.841.142,51. Das Verfahren ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch kein Zuschlag erteilt und das Verfahren auch nicht widerrufen. Der am 3. Februar 2006 eingelangte Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung wurde rechtzeitig, unter Einhaltung der Fristen des § 321 BVergG 2006 beim Bundesvergabeamt eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs. 1 und 2 BVergG 2006, sodass das Bundesvergabeamt zur Durchführung des

Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig ist. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch kein Zuschlag erteilt und das Verfahren auch nicht widerrufen. Der am 3. Februar 2006 eingelangte Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung wurde rechtzeitig, unter Einhaltung der Fristen des Paragraph 321, BVergG 2006 beim Bundesvergabeamt eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und 2 BVergG 2006, sodass das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig ist.

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

#### 1. 1. Ziffer eins

Zu Spruchpunkt 1:

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung an die B\*\*\*. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin, dass das Angebot der B\*\*\* wegen eines Rechenfehlers, eines unverhältnismäßigen Unterpreises etc. auszuschneiden wäre, nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese Frage wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen sein.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die B\*\*\* geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende 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 die Antragstellerin ermöglicht.

#### 1. 2. Ziffer 2

Zur Interessensabwägung ist folgendes festzuhalten:

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 einer 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 einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Wenn der Auftraggeber ausführt, die Verzögerung der Fertigstellung des gegenständlichen Bauvorhabens wäre für ihn mit unverhältnismäßigen Kosten, resultierend einerseits aus enormen Forcierungskosten andererseits aus Schadenersatzansprüchen sowie Mietausfällen, verbunden, so ist auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hinzuweisen, wonach eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung des Auftraggebers zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10 uva.).

Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach Sichtweise des VfGH auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (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 vor einer Zuschlagserteilung einzuräumen. Eine einstweilige Verfügung ist demnach nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorranges des vergaberechtlichen Rechtsschutzes dies erfordern. Der Auftraggeber hat solche besonderen Gründe mit dem Hinweis auf die Dringlichkeit des

verfahrensgegenständlichen Projektes nicht dargetan. Auch im Falle der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens ist nämlich, da die Geltungsdauer der einstweiligen Verfügung mit 17. März 2006 begrenzt ist, die Vollendung des gegenständlichen Bauvorhabens mit Ende 2006 realistisch.

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.

Gemäß § 329 Abs. BVergG 2006 können mit einstweiliger 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 vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Abs. BVergG 2006 können mit einstweiliger 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 vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Hinsichtlich der Abweisung des darüber hinausgehenden Begehrens wird auf den oben 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. Da gemäß § 326 leg.cit über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers unverzüglich, spätestens 6 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden ist, - sohin im vorliegenden Fall bis 17.3.2006 - und auch sonst keine Gründe hervor gekommen sind, die eine Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von 2 Monaten rechtfertigen würde, war das Mehrbegehren abzuweisen. Hinsichtlich der Abweisung des darüber hinausgehenden Begehrens wird auf den oben 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. Da gemäß Paragraph 326, leg.cit über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers unverzüglich, spätestens 6 Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden ist, - sohin im vorliegenden Fall bis 17.3.2006 - und auch sonst keine Gründe hervor gekommen sind, die eine Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von 2 Monaten rechtfertigen würde, war das Mehrbegehren abzuweisen.

#### 1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber. Das Bundesvergabegesetz kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten zuständig wäre. Der entsprechende Antrag war daher zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber. Das Bundesvergabegesetz kennt jedoch keine Regelung, wonach das Bundesvergabeamt zum Abspruch über Verfahrens- und Vertretungskosten zuständig wäre. Der entsprechende Antrag war daher zurückzuweisen.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird in einem Bescheid gesondert abgesprochen werden.

#### **Schlagworte**

Einstweilige Verfügung, Verfahrenskosten, Vertretungskosten;

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20060210\_N\_0001\_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)