



GZ: N/0043-BVA/02/2011-EV10

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Büromöbelausstattung für die Unternehmenszentrale der Österreichischen Post AG", GZ: ZEK-BM-618220/11, des Auftraggebers Österreichische Post AG, Postgasse 8, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20. Mai 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "das BVA möge dem Antragsgegner untersagen, im Vergabeverfahren "Büromöbelausstattung für die Unternehmenszentrale der Österreichischen Post AG" die Zuschläge hinsichtlich des Loses 1 und hinsichtlich des Loses 2 bis zur Entscheidung über den in Pkt. I gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren "Büromöbelausstattung für die Unternehmenszentrale der Österreichischen Post AG ", GZ: ZEK-BM-618220/11, den **Zuschlag zu erteilen**.

B e g r ü n d u n g

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Büromöbelausstattung für die Unternehmenszentrale der Österreichischen Post AG", des Auftraggebers Österreichische Post AG, Postgasse 8, 1010 Wien, vertreten durch die Abteilung Zentraler Einkauf als vergebende Stelle, erfolgte national am

11.4.2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-488301-147 sowie europaweit am 13.4.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 72-118515. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren, der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Zur Vergabe gelangt ein Lieferauftrag, aufgeteilt in insgesamt vier verschiedene Lose (Los 1: Bezeichnung: Kästen, Regale inkl. Blenden; Kurzbeschreibung: inkl. Montage und Lieferung; CPV-Code 39130000; Los 2: Bezeichnung: Tische inkl. Zubehör; Kurzbeschreibung: inkl. Lieferung und Montage. Zubehör: Rollcontainer, Organisationspaneele, Pinwand mit Einhängeboard, Stellwand etc.; CPV-Code 39121000; Los 3: Bezeichnung: Bürosessel und Beistellstuhl; Kurzbeschreibung: inkl. Lieferung und Montage; CPV-Code 39113100; Los 4: Bezeichnung: Sitzgarnitur, Couchtisch, Bartisch und Barhocker; Kurzbeschreibung: Sofagruppen, Barhocker etc., inkl. Lieferung und Montage; CPV-Code 39156000). Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war für 2.5.2011, 12.00 Uhr, und die Angebotsöffnung für 2.5.2011, 12.10 Uhr, festgelegt.

Mit Schriftsatz vom 20.5.2011 brachte die A***, vertreten durch X***, (idF **Antragstellerin**), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für das Los 1 und der Zuschlagsentscheidung für das Los 2 und der Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass weder die vom Auftraggeber für den Zuschlag für das Los 1 in Aussicht genommene Firma, B***, (idF **präsumtive Zuschlagsempfängerin I**), noch die für den Zuschlag für das Los 2 in Aussicht genommene Firma, C***, (idF **präsumtive Zuschlagsempfängerin II**), die in der Ausschreibung unter Punkt 6.4.2, geforderte technische Leistungsfähigkeit erfülle. Keine der beiden Firmen habe innerhalb der letzten 5 Jahre 5 Referenzen für je eine Arbeitsplatzausstattung von zumindest 1000 Arbeitsplätzen innerhalb eines Zeitraums von maximal 6 Monaten ab der jeweiligen Auftragserteilung durchgeführt. Die Antragstellerin selbst zähle zu den größten Büromöbelanbietern Österreichs, sie kenne sowohl den internationalen als auch nationalen Markt und habe aus Anlass

dieses Vergabeverfahrens die vergebenen Großaufträge recherchiert. Danach seien in Österreich innerhalb der letzten 5 Jahre nur folgende Aufträge in den von der Ausschreibung geforderten Dimensionen, also 1000 Arbeitsplätze innerhalb von 6 Monaten im Auftragswert von mindestens EUR 1 Mio. vergeben worden: der an die Firma A*** gegangene Auftrag der Kärntner Landesregierung; der Auftrag der Siemens City der sich auf mehrere Anbieter aufteile, sodass keiner die vollständigen Arbeitsplätze geliefert habe; der Auftrag der BBG, bei dem die Firma A*** von 2004 bis November 2010 durchgehend Bestbieterin gewesen sei, seit November 2010 sei dies die Firma D***; der Rahmenvertrag des Magistrats der Stadt Wien, welcher innerhalb der letzten 5 Jahre insgesamt zweimal von der Firma E*** gewonnen worden sei, wobei die einzelnen Projekte innerhalb des Rahmenvertrags jedoch nicht die geforderte Größenordnung von insbesondere 1000 Arbeitsplätzen erreichten; und auch beim Auftrag der Volksbanken AG habe die Firma D*** deutlich weniger als 1000 Arbeitsplätze auszustatten gehabt. Bei den europaweit vorgegebenen Aufträgen habe nach den Informationen der Antragstellerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin II höchstens einen Auftrag aus England und die präsumtive Zuschlagsempfängerin I möglicherweise einen Auftrag in dieser Größenordnung aus Holland erhalten. Daher hätte keine der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen 5 ausreichend große Aufträge innerhalb der letzten 5 Jahre erfüllt. Auch die übrigen 3 Firmen, die Angebote für die Lose 1 und 2 abgegeben hätten, erfüllten die an die technische Leistungsfähigkeit gestellten exorbitant hohen Anforderungen nicht.

Sollte dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben werden, werde sie in ihrem Recht, einen gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschließenden Bieter tatsächlich auszuschließen und diesem nicht den Zuschlag zu erteilen, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß dem Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 187 BVergG und unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs, und sofern alle Bieter auszuschließen seien, in ihrem Recht auf Widerruf der Ausschreibung sowie überhaupt im Recht auf Einhaltung des gesamten Vergaberegimes verletzt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss, werde aus der Tatsache, dass sie sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht für alle 4 Lose je ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe,

evident. Bei Ausschluss der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen für die Lose 1 und 2 gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG wegen Nichterfüllung der geforderten technischen Leistungsfähigkeit, wäre der Zuschlag für beide verfahrensgegenständlichen Lose der Antragstellerin als Billigstbieterin zu erteilen.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden aus 5% (2% marktüblicher entgangener Gewinn plus 3% Gemeinkostendeckungsbeitrag) der zu erwartenden Auftragssumme für das Los 1 in Höhe von EUR 30.537,53 (5% von EUR 610.750,60) und für das Los 2 in der Höhe von EUR 28.449,74 (5% von EUR 568.994,80) und aus frustrierten internen und externen Kosten, die mit dem Erwerb und dem Studium der Ausschreibungsunterlage und den bisherigen Vorbereitungskosten für ihr Angebot verbunden seien, in der Höhe von insgesamt EUR 4.580,-- sowie aus den Kosten für die anwaltliche Vertretung in diesem Nachprüfungsverfahren in der Höhe von bisher EUR 2.400,-- und aus dem Verlust dieses wichtigen Referenzprojektes.

Die Interessensabwägung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Der Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine vergleichbaren Interessen des Sektorenauftraggebers oder sonstiger Mitbewerber entgegen. Ein dem Sektorenauftraggeber entstehender Schaden sei schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil er durch seine rechtswidrige Vorgehensweise diese Situation für die Antragstellerin, nämlich die Notwendigkeit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, geschaffen habe.

Mit Schriftsatz vom 25.5.2011 gab der **Auftraggeber** zunächst allgemein zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe an, der geschätzte Auftragswert aller vier ausgeschriebenen Lose betrage EUR 2,535 Mio. und der geschätzte Auftragswert für Los 1 und 2 sei jeweils EUR 1 Mio.

Zum vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass die Behauptung der Antragstellerin tatsachenwidrig sei. Die von den Billigstbieterinnen bei den Losen 1 und 2 genannten Referenzen seien jeweils durch Bestätigungen der Kunden hinsichtlich Lieferumfang und Lieferzeitraum bestätigt. Die Antragstellerin zitiere die Ausschreibungs-

bedingungen sinnentleert und verkürzt, sie beschränke sich auf die Darlegung der ursprünglichen Anforderungen an den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Pkt. 6.4.2 AAB. Damit fehle sowohl die Berichtigung der Ausschreibungsbedingungen (vgl. Bekanntmachungen Online-Ausgabe auftrag.at und Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 2011/S 76-123593 vom 19.4.2011) als auch die Fragebeantwortung, insbesondere zu Frage 6, wo klargestellt werde, dass die Addition von zeitgleichen Lieferungen an maximal 3 Kunden zulässig sei, sofern die Lieferungen zeitlich und sachlich so übereinstimmen, dass sie der Belieferung nur eines Kunden gleichkommen. Die von den Bestbieterinnen dem Auftraggeber vorliegenden Unterlagen betreffend die Referenzen zeigten deutlich, dass entgegen der Annahme der Antragstellerin in den letzten 5 Jahren Büromöbellieferungen erfolgt seien, die den Ausschreibungsanforderungen an die Referenzen genügten.

Da die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin II sowohl bei Los 2 (vgl. Reihung nach dem Preis bei Angebotsöffnung: C*** EUR 561.775,50; A*** 568.994,50, ...), als auch bei Los 1 (vgl. Reihung nach dem Preis bei Angebotsöffnung: B*** EUR 537.851,65; C*** EUR 562.424,30; A*** EUR 610.750,60; ...) preislich günstiger seien, als jene der Antragstellerin, komme es für die Anfechtung der Antragstellerin nicht einmal darauf an, ob auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin I über ausreichende Referenzen verfüge. Nach der für das Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geforderten "Grobprüfung" fehle es der Antragstellerin daher an der Antragslegitimation und es drohe ihr kein Schaden.

Sowohl Interessen von Seiten der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen, als auch von Seiten des Auftraggebers und ein besonderes öffentliches Interesse seien gegeben, das Vergabeverfahrens iSv § 329 Abs. 1 BVergG fortzuführen. Die Angebotsfrist sei abgelaufen und der Zuschlag sei für 6.6.2011 geplant. Die Unternehmenszentrale des Auftraggebers übersiedle von Mitte August bis Mitte Oktober 2011 mit insgesamt ca. 1.300 Mitarbeitern aus der bisherigen Unternehmenszentrale, in der Postgasse 8, und von diversen dezentralen Standorten in Wien in ein neu angemietetes Bürogebäude des sogenannten "Siemenskomplexes" an der Erdberger Lände, mit Beginn der ersten Teilflächen ab

1.8.2011. Die hierfür für alle betroffenen Mitarbeiter zur Gänze neu zu beschaffenden Büromöbel seien ab 1.8.2011 in 5 Abschnitten zu liefern und zu montieren. Da die Produktionszeit je nach Liefergegenstand für den ersten Teil dieser Möbel mit etwa 8 Wochen anzusetzen sei, müsse die Produktion beim Lieferanten bzw. Vorlieferanten schon Anfang Juni 2011 beginnen, um einen Lieferbeginn per 1.8.2011 - trotz kalkuliertem Sicherheitspuffer - zu gewährleisten. Der Auftraggeber könne daher nur bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Zuschlagsempfängern gerecht werden. Die Verzögerung der Zuschlagserteilung führe, unabhängig davon, welcher Bieter letztlich den Zuschlag erhalte, zwangsläufig zur Verzögerung der Übersiedlung der Unternehmenszentrale des Auftraggebers.

Ohne kurzfristige Zuschlagserteilung und damit ohne fristgerechte Lieferung und Montage der Büros, könne der Auftraggeber nicht nur, wie geplant, nicht termingerecht übersiedeln, sondern dies würde auch den gesamten Betrieb der Unternehmensleitung und die vom Auftraggeber im öffentlichen Interesse zu erbringenden Postdienste (Universaldienste und andere Postdienste iSd PMG) gefährden. Die gesamte IT-Infrastruktur sei neu zu errichten, weshalb die IT-Abteilung in der ersten Phase am Wochenende vom 12. bis 15.8.2011 übersiedle. Wenn die Leitungsebenen und zentralen Einheiten mangels funktionierender Büros, Arbeitsplätze und Infrastruktur nicht arbeiten könnten, wäre der Auftraggeber über Wochen führungslos. Werde die Übersiedlung nicht, wie geplant, bis Mitte Oktober 2011 abgeschlossen, laufe der Auftraggeber zudem Gefahr, aufgrund der "Umzugswirren" seinen gesetzlichen Verpflichtungen als börsennotierte Aktiengesellschaft zur Aufstellung des Jahresabschlusses 2011 nicht nachkommen zu können.

Könnte der Auftraggeber den Terminplan für die Übersiedlung der Unternehmenszentrale nicht einhalten, wäre er erheblichen Schäden ausgesetzt, die deutlich über jenen Schäden lägen, die auf Seiten der Antragstellerin denkbar seien. Die externen Schäden des Auftraggebers aus frustrierten Mietzahlungen für die neue Unternehmenszentrale, aus doppelten Mietzahlungen für andere angemietete Büroräume sowie aus Mehransprüchen externer Dienstleister (Berater, Übersiedlungsunternehmen, sonstiger Dienstleister), würden sich jedenfalls im

hohen sechsstelligen Bereich bewegen. Allein für die über das Vertragsende zum 30.9.2011 hinausgehende Weiternutzung der Büroräume in der Unteren Donaustraße 13-15 hätte der Auftraggeber, neben der Miete für die neue Unternehmenszentrale, einen Mehraufwand von Euro 44.472,38 monatlich. Hinzu kämen interne Mehraufwände für die gänzliche Neuplanung der Übersiedlung. Zu dem, dem Auftraggeber im Ergebnis damit drohenden Gesamtschaden jenseits der Summe von 1 Mio EUR, kämen noch um ein Vielfaches höhere Schäden hinzu, die dem Auftraggeber durch Ansprüche seiner Kunden wegen nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäßer Erbringung von Postdienstleistungen drohten.

Demgegenüber behaupte die Antragstellerin geringere wirtschaftliche Schäden, in Summe von rein rechnerisch ca Euro 60.000,-- (vgl. 2% entgangener Gewinn plus 3% entgangener Gemeinkostendeckungsbeitrag, gemessen an den Angebotssummen der Lose 1 und 2 samt den Schaden von etwa EUR 4.500,-- für den Angebotsaufwand), welche hinter diesen Schäden des Auftraggebers zurückstehen müssten. Für die Interessensabwägung sei der Angebotsaufwand der Antragstellerin, da es sich um "Sowieso-Kosten" handle, unerheblich. Die wirtschaftlichen Schäden in Höhe von angeblich 5% der Auftragssumme seien nicht ausschlaggebend. Der Maximalschaden der Antragstellerin erreiche gerade eine Monatsmiete für die Büroräume der Unternehmenszentrale des Auftraggebers in der Untere Donaustraße 13-15.

Da es der Antragstellerin entgegen § 328 Abs. 1 BVergG bereits infolge mangelnden Rechtsschutzinteresses offensichtlich an den Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs. 1 BVergG für das Nachprüfungsverfahren fehle, sei dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung schon deshalb nicht zu entsprechen. Nach ständiger Rechtssprechung müsse die bei der Prüfung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorzunehmende Interessensabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gegen die Antragstellerin ausfallen (vgl. BVA, 18.9.2009, N/0098-BVA/13/2009-9 und zuletzt 4.1.2011, N/0109-BVA/12/2010-EV11 mit Verweis auf EUGH 9.4.2003, C-421/01, *CS Communications*). Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung sei daher ab- bzw zurückzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit und Zulässigkeit des Antrages:

Die Österreichische Post AG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG, sie ist ein im Sektorenbereich gemäß § 170 leg cit tätiges Unternehmen. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut Angaben des Auftraggebers liegen die geschätzten Auftragswerte der verfahrensgegenständlichen Lose 1 und 2 bei jeweils EUR 1 Mio ohne USt., der geschätzte Wert des gesamten, insgesamt vier Lose umfassenden Lieferauftrages beträgt EUR 2,535 Mio; der Auftrag ist somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Dem Vorbringen des Auftraggebers, die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderliche Rechtswidrigkeit und damit das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nicht gegeben, ist entgegen zu halten, dass die Behauptungen der Antragstellerin im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können derzeit angesichts der kurzen Entscheidungsfrist gemäß § 330 Abs 3 BVergG und bei der für das Provisorialverfahren vorgesehenen Grobprüfung der Antragslegitimation (vgl. BVA 18.9.2009, N/0098-BVA/13/2009-9) nicht abschließend geklärt werden. Sie werden vielmehr vom im Hauptverfahren zuständigen Senat zu beurteilen sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes, insbesondere im Zusammenhang mit der jedenfalls vom Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren vorzunehmenden Überprüfung der technischen Leistungsfähigkeit der für die Lose 1 und 2 in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen, können die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium nicht abgeschätzt werden. Auch das von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang benannte Judikat (vgl. BVA 4.11.2011, N/0109-BVA71272010-EV11, wonach es der Antragstellerin einerseits schon an einem "einer Verbesserung nicht zugänglichen wesentlichen Mindestanforderung für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG" mangelte und sich ihr Begehren andererseits "in Wahrheit gegen die bereits bestandfeste Ausschreibung"

richtete) vermag schon aufgrund des gänzlich anders gelagerten Sachverhaltes nicht zu überzeugen und führt zu keinem anderen Ergebnis. Demzufolge kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle eines Obsiegens im Nachprüfungsverfahren für einen Zuschlag in Betracht kommt. Die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eben diese Zuschlagserteilung ermöglicht. Der Antragstellerin droht somit durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario gemäß § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. auch BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 ua.). Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist somit nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr für eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg.cit. erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen

Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Zum Vorbringen, eine kurzfristige Zuschlagserteilung, spätestens am 6.6.2011, sei für den Auftraggeber zwingend, um einen sechsstelligen Schaden abzuwenden, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer allfälliger Rechtsschutzverfahren und in der Folge die Notwendigkeit einer weiteren, rechtskonformen Zuschlagsentscheidung und sogar den Widerruf der Ausschreibung mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19). Der vom Auftraggeber vorgesehene "Zeitpuffer" reicht offenbar nicht einmal für dieses Rechtsschutzverfahren zur Überprüfung der Zuschlagsentscheidung aus,

wenn die Zuschlagserteilung am 6.6.2011, lediglich 24 Tage, also etwas mehr als 3 Kalenderwochen nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 13.5.2011 stattfinden muss, um Schaden vom Auftraggeber abzuhalten. Obwohl es sich bei dem zu erstellenden Jahresabschluss 2011, um ein, jedes Geschäftsjahr wiederkehrendes Ereignis handelt, hat es der Auftraggeber weiters verabsäumt, das damit verbundene enge Zeitkorsett bei der Terminplanung des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch eine entsprechende zeitliche Einordnung im Geschäftsjahr oder eine genügende Vorlaufzeit zu berücksichtigen. Trotz der von ihm behaupteten großen unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen auf die Geschäftsbesorgung des Unternehmens, die mit der diesem Auftrag zugrunde liegenden Umsiedlung der Unternehmenszentrale verbunden sind, hat der Auftraggeber auch auf die Möglichkeit der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens verzichtet.

Zu den vom Auftraggeber vorgebrachten großen, den der Antragstellerin drohenden Schaden bei weiten überwiegenden, finanziellen Mehraufwendungen, die bei einem nicht, wie geplanten Ablauf der Übersiedlung zu erwarten seien, ist darauf aufmerksam zu machen, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung infolge der Natur der Sache ein finanzieller Mehraufwand für die Auftraggeber ergeben kann. Dies ist als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde (vgl. BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007- EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04- 10 u.v.a.).

Betreffend das besondere öffentliche Interesse an den vom Auftraggeber zu besorgenden und im Falle der verzögerten Zuschlagserteilung möglicherweise gefährdeten Universalpostdienste und andere Postdienste iSd PMG ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Bei diesem Vorbringen des Auftraggebers handelt es sich um eine pauschale Darlegung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre,

es in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Solche unsubstantiierten Äußerungen können nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd § 329 Abs 1 BVergG sein (vgl. BVA 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.).

Soweit der Auftraggeber auf die bei weiteren Bietern, insbesondere bei den für die Lose 1 und 2 in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen vorliegenden, gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen, Bezug nimmt, ist auf den zu berücksichtigenden Aspekt im Gemeinschaftsrecht, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen der Vorrang einzuräumen ist, hinzuweisen (vgl. EUGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria AG*; 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*; BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 u.a.).

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme, sie war gemäß § 329 Abs 3 erster Satz BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Wien, am 27. Mai 2011
Die Vorsitzende des Senates 2
Mag. Viktoria Mugli-Maschek

