



GZ: N/0051-BVA/09/2011-EV8

**Betreff:** Vergabeverfahren "Offenes Verfahren mit elektronischer Auktion; AZ: 10-AS-H01-999999-5 Portier- und Bewachungsdienstleistungen; Teil A: Portierdienstleistungen (Rahmenvertrag); Teil B: Bewachungsdienstleistungen (Rahmenvereinbarung); Teil C: Sicherheitsteam"; **Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung**

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren „Offenes Verfahren mit elektronischer Auktion; AZ: 10-AS-H01-999999-5 Portier- und Bewachungsdienstleistungen; Teil A: Portierdienstleistungen (Rahmenvertrag); Teil B: Bewachungsdienstleistungen (Rahmenvereinbarung); Teil C: Sicherheitsteam“, des Auftraggebers Universität Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch die Universität Wien, Raum- und Ressourcenmanagement, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 17. Juni 2011, wie folgt entschieden:

## S p r u c h

Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 329 BVergG 2006 eine einstweilige Verfügung dahingehend erlassen, dass 1) das gesamte Vergabeverfahren, insbesondere aber die Zuschlagserteilung der Auftraggeberin Universität Wien betreffend Teil A, Portierdienstleistungen, der Ausschreibung Portier- und Bewachungsdienstleistungen, Aktenzahl 10-AS-H01-999999-5, bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorübergehend ausgesetzt wird bzw sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden, dass seitens der Auftraggeberin der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren vor Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht erteilt werden kann"

sowie 2) "das gesamte Vergabeverfahren, insbesondere aber die Zuschlagserteilung der Auftraggeberin Universität Wien betreffend Teil C, Sicherheitsteam, der Ausschreibung Portier- und Bewachungsdienstleistungen, Aktenzahl 10-AS-H01-999999-5, bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorübergehend ausgesetzt wird bzw sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden, dass seitens der Auftraggeberin der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren vor Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht erteilt werden kann“, wird **insofern stattgegeben**, als dem Auftraggeber Universität Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren in den Losen Teil A: Portierdienstleistung und Teil C: Sicherheitsteam, den Zuschlag zu erteilen.

Das übrige Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG

## **B e g r ü n d u n g**

Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 16. Juni 2011, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 17. Juni 2011, Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen (Lose Teil A und Teil C) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Weiters stellte die Antragstellerin Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom **16. Juni 2011**, beim BVA eingelangt am 17. Juni 2011, brachte die **Antragstellerin** im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als Dienstleistungsauftrag über die Erbringung nicht prioritärer Dienstleistungen ausgeschrieben worden sei. Der Auftrag sei in folgende Lose unterteilt: Teil A: Portierdienstleistungen, Teil B: Bewachungsdienstleistungen, Teil C: Sicherheitsteam. Die Antragstellerin bekämpfe die Zuschlagsentscheidung für den

Teil A vom 7. Juni 2011, 16:58:21 Uhr, sowie die Zuschlagsentscheidung für den Teil C vom 7. Juni 2011, 18:51:23 Uhr. Die Zuschlagsentscheidungen würden jeweils auf die B\*\*\* (idF B\*\*\* ) lauten.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren mit anschließender elektronischer Auktion europaweit über Tender Electronic Daily, der Onlineversion des Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union, sowie über das Beschaffungsportal der Universität Wien <http://univie.vemap.com> ausgeschrieben werden. Die europaweite Bekanntmachung sei am 18. März 2011 erfolgt.

Die Frist für die Abgabe von Angeboten habe am 3. Mai 2011, 10.00 Uhr, geendet. Die Antragstellerin habe am 3. Mai 2011 um 4.16 Uhr ein vollständiges, formgerecht ausgefertigtes und firmenmäßig gefertigtes Angebot in elektronischer Form am Beschaffungsportal der Auftraggeberin abgegeben.

Nach Abschluss des offenen Verfahrens sei eine elektronische Auktion zur Ermittlung des Bestbieters durchgeführt worden. Als einziges Zuschlagskriterium sei der Preis festgelegt gewesen.

In Pkt. C7 der Ausschreibungsunterlagen sei auch angeführt, dass die Stundenpreise anzugeben bzw. anzubieten seien, wobei sich dieser Preis durch den jeweiligen Stundenpreis für Portierdienstleistungen bzw. Bewachungsdienstleistungen inklusiver aller Abgaben, Reisekosten und Mehrwertsteuer errechne. Bei den Dienstleistungen betreffend das Sicherheitsteam sei die Gesamtjahrespauschale inklusive Mehrwertsteuer anzubieten gewesen.

Der Auftraggeber beabsichtige, sämtliche Lose an B\*\*\* zu erteilen.

Die Preise in den Bestgeboten der B\*\*\* hätten nach Angaben des Auftraggebers für die Portierdienstleistungen Euro XXXX und für das Sicherheitsteam Euro XXXX betragen.

Die Antragstellerin, die wesentliche Teile der ausgeschriebenen Leistungen bereits seit Jahrzehnten erbringe, habe ein Interesse am Vertragsabschluss auf Grundlage

einer gesetzeskonformen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens unter Einhaltung einerseits der vergaberechtlichen und andererseits der im Vergabeverfahren als maßgeblich erklärten arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften. Das Interesse am Vertragsabschluss sei durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und Abgabe eines offensichtlich als mangelfrei empfundenen Angebotes zum Ausdruck gebracht worden.

Der Antragstellerin würden, sollte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden, wirtschaftliche Nachteile, insbesondere ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns, drohen. Weiters drohe der Verlust von Deckungsbeiträgen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Erteilung des Zuschlages im vergabegegenständlichen Vergabeverfahren verletzt, da das Angebot des in Aussicht genommenen Bestbieters infolge Verstoßes gegen die Ausschreibungsbestimmungen auszuschneiden gewesen wäre. Ebenso sei sie im Recht auf Durchführung eines dem Grundsatz des fairen und lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin sei im Recht auf Zuschlagserteilung insofern verletzt, als sie nach Ausscheiden des in Aussicht genommenen Bestangebotes bzw. allfälliger anderer Angebote, welche der Antragstellerin vorgereicht seien, infolge Verstoßes gegen die arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften als Billigstbieterin den Zuschlag hätte erhalten müssen.

Der Auftraggeber habe sich zur Durchführung eines offenen Verfahrens entschieden. Demnach sei auch § 84 BVergG anzuwenden, wonach der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen habe, dass die Erstellung des Angebotes für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen habe und dass sich der Bieter verpflichte, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Sowohl Auftraggeber als auch Bieter seien an die Ausschreibungsbestimmungen gebunden. Daraus folge, dass der Auftraggeber in nachvollziehbarer Art und Weise zu prüfen habe, ob die Bieter in ihren Angeboten alle für die Erbringung der vergabeverfahrensgegenständlichen Leistungen relevanten arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften einkalkuliert hätten.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei es, bei Einhaltung des maßgeblichen Kollektivvertrages für Bewachungsorgane im Bewachungsgewerbe mit den von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Entgelten für Portierdienstleistungen und für das Sicherheitsteam nicht möglich, die sich auch nur bei kollektivvertragsgemäßer Entlohnung ergebenden Lohnkosten und Lohnnebenkosten für das eingesetzte Personal zu decken. Nach einer von der Antragstellerin durchgeführten Plausibilitätsrechnung zum Kostendeckungsgrad des Angebotes der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich bei den von dieser angebotenen Preisen für die Portierdienstleistungen und für das Sicherheitsteam in Relation zu den kollektivvertraglichen Mindestlöhnen für das einzusetzende Personal samt Lohnnebenkosten, eine Unterdeckung von 5,86% bezüglich des Teils A und von 4,59% bezüglich des Teils C. Anders ausgedrückt, könne der angebotene Stundensatz der präsumentiven Zuschlagsempfängerin bei Einhaltung der arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften nur einen Kostendeckungsgrad von 94,14% bezüglich Teil A bzw. von 95,41% bezüglich Teil C erreichen. Dies jedoch noch ohne Berücksichtigung von jedenfalls für eine wirtschaftliche Deckungsbeitragsrechnung maßgeblichen Ausbildungskosten, Einschulungskosten, Festpreiszuschlägen, Haftpflichtversicherungskosten, Kosten für die projektspezifische Uniformierung, Mannesaurüstungskosten, Objektausrüstungskosten und Zentralregien.

Nach Kenntnis der Antragstellerin hätten sich mehrere andere Unternehmen nach Legung eines Angebotes im offenen Verfahren an der elektronischen Auktion nicht beteiligt, da deren Selbstkosten bei Auftragserteilung über den für die Teilnahme an der elektronischen Auktion maßgeblichen Ausrufungspreisen gelegen seien.

Das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin könne nicht einmal kostendeckend im Hinblick auf die strikt auftragsbezogenen Lohn- und Lohnnebenkosten sein. Aus der Zusammenfassung der Lohn- und Lohnnebenkostenpositionen laut Ausschreibung Teil A, würde sich ein Mindestangebotspreis für den Teil A von Euro XXXX ergeben. Unter Berücksichtigung der auftragsbezogenen direkten Lohn- und Lohnnebenkosten ergebe sich sohin für Teil A bei Beachtung der lohn-, arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften und bei Mindestzahlung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne ein

Mindestpreis von Euro XXXX inklusive Mehrwertsteuer pro Jahr. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für Teil A belaufe sich auf Euro XXXX. Der Angebotspreis unterschreite den dargestellten Mindestpreis erheblich und betrage nur 94,14% der auftragsbezogenen Lohn- und Lohnnebenkosten. Die Unterdeckung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betrage also für den Bereich Teil A zumindest 5,86%. Nach Ansicht der Antragstellerin sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels Ausschreibungskonformität sohin auszuscheiden.

Bei Zusammenfassung der Lohn- und Lohnnebenkostenpositionen laut Ausschreibung Teil C ergebe sich ein Mindestangebotspreis für den Teil C von Euro XXXX. Der Angebotspreis der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin betrage Euro XXXX. Er unterschreite damit den sich unter Beachtung der arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften ergebenden Mindestangebotspreis von Euro XXXX erheblich und betrage nur 95,41% der auftragsbezogenen Lohn- und Lohnnebenkosten. Die Unterdeckung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betrage als im Bereich C zumindest 4,59%. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels Ausschreibungskonformität auszuscheiden.

Die vorstehenden Berechnungen würden zweifelsfrei ergeben, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Teilen A und C unter Verstoß gegen geltende arbeits-, lohn- und sozialrechtliche Vorschriften, wie auch gegen die Regelungen der Ausschreibung erfolgt sei. Die vorgegebene Abdeckung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne an das eingesetzte Personal sei nicht gegeben. Über gesetzliche/kollektivvertraglich Mindestlöhne dürfe in einer elektronischen Auktion nicht disponiert werden.

Aus dem vorgenannten Vorbringen sei der Schluss zu ziehen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine Einhaltung der arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht gewährleiste und daher infolge Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen und gesetzlichen Vorschriften auszuscheiden sei.

Gleiches gelte für allfällige der Antragstellerin vorgereichte andere Angebote, sofern deren Preise die oben dargestellten Grenzen unterschreiten würden.

Bei Einbeziehung weiterer auftragsbezogener Kosten, wie etwa Ausbildungskosten, Einschulungskosten, Festpreiszuschläge, Haftpflichtversicherungskosten etc. würde das eine weitere "Vergrößerung" der ermittelten Unterdeckung bewirken.

Darüberhinaus könne nach Einschätzung und Marktkenntnis der Antragstellerin der Nachweis der technischen sowie wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin bezüglich Teil C der Ausschreibung nicht erbracht worden sein.

Nach der Vermutung der Antragstellerin erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Zahl der beschäftigten entsprechend qualifizierten Mitarbeiter gemäß Pkt. A 11.3. der Ausschreibung nicht. Es sei äußerst unwahrscheinlich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl 5 vollbeschäftigte Wachorgane im Bereich des Arbeitsbildes gemäß der Verwendungsgruppen C - Sonderdienst, Dienstart C1: Kontrolldienst gemäß § 6 Abs. 3 Z 1 des Kollektivvertrages für Wachorgane im Bewachungsgewerbe, als auch 30 Wachorgane im Bereich der Arbeitsbilder gemäß den Verwendungsgruppen A- Wachdienst (gemäß § 6 Abs. 1 KV) und/oder B-Service und Sicherheitsdienst gemäß § 6 Abs. 2 KV, die einen Erste Hilfe - Grundkurs mit einer Mindestdauer von 16 Stunden ebenso wie eine Ausbildung zum Brandschutzwart absolviert hätten und ein Mindestalter von 22 Jahren und Höchstalter von 60 Jahren aufweisen würden, beschäftige. Ebenso sei es für die Antragstellerin nicht realistisch, dass von den letztgenannten Wachorganen zumindest 10 Personen neben den Anforderungen der Absolvierung eines Erste Hilfe- Grundkurses mit einer Mindestdauer von 16 Stunden und einer Ausbildung zum Brandschutzwart, auch eine für die meisten Aufzugstypen universell gültige Ausbildung für Notbefreiungen aufweisen würden.

Es müsse überdies angenommen werden, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unter anderen, als den der Ausschreibung zugrunde liegenden rechtlichen Prämissen abgegeben worden sei, da ansonsten die

vorliegende Unterdeckung des Angebotspreises in Relation zu den kollektivvertraglich vorgegebenen Mindestlohnkosten nicht erklärt werden könnte.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Mit Schriftsatz vom **20. Juni 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Universität Wien, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien. Vergebende Stelle sei die Universität Wien, Raum- und Ressourcenmanagement, Dr. Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien. Es handle sich um eine nicht-prioritäre Dienstleistung gemäß Kategorie 23 des Anhanges IV BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf Euro XXXX zzgl USt.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren mit anschließender elektronischer Auktion vergeben werden. Die Vergabe erfolge nach dem Billigstbieterprinzip.

Das Verfahren sei am 18.3.2011 EU-weit, am 21.3.2011 in der Online-Ausgabe des Lieferungsanzeigers und am 24.3.2011 in der Druckausgabe des Lieferungsanzeigers bekannt gemacht worden.

Die Angebotsöffnung habe am 3.5.2011 zwischen 10.30 Uhr und 10.57 Uhr stattgefunden.

Die elektronischen Auktionen der Teillose hätten am 7.6.2011 stattgefunden. Nach Durchführung der elektronischen Auktionen seien am elektronischen Beschaffungsportal des Auftraggebers die Bekanntgaben der Zuschlagsentscheidungen versandt worden. Die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Teil A sei am 7.6.2011 um 16.58:21 versandt worden, die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Teil C am 7.6.2011 um 18.51:23.

Name und Angebotssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach der elektronischen Auktion:

Teil A:

B\*\*\*: Euro XXXX  
[...]

Teil C

B\*\*\*\*: Euro XXXX  
[....]

Die Angebote der Antragstellerin für die Teile A und C seien an dritter Stelle gereiht. Die Angebote der Antragstellerin seien nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht erfolgt, ein Zuschlag nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung selbst nahm der Auftraggeber nicht Stellung.

### **Rechtliche Würdigung:**

#### **I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:**

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Universität Wien. Sie unterliegt gemäß § 6 Z 1 Universitätsgesetz 2002, BGBl I Nr. 120/2002 (UG) idF BGBl I Nr. 111/2010 dem UG. Die Universität Wien wurde gemäß § 1 iVm § 3 UG zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Nach § 4 leg cit ist die Universität Wien eine juristische Person öffentlichen Rechts; somit erfüllt die Universität Wien auch die in § 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit. Da sie gemäß § 12 Abs 1 UG vom Bund finanziert wird und ihre Gebarung gemäß § 15 Abs 6 leg cit der Prüfung durch den Rechnungshof unterliegt, ist auch die dritte kumulative Voraussetzung des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG erfüllt. Die Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (für Universitäten siehe etwa BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10-34 u.a).

Es handelt sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag (Kategorie 23 des Anhangs IV) iSd § 6 BVergG, der in einem offenen Verfahren mit anschließender elektronischer Auktion vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose

des Vorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro XXXX. Auch die geschätzten Auftragswerte der verfahrensgegenständlichen Lose Teil A und Teil C liegen nach Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 141 Abs 5 BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung zu Los Teil A wurde am 7.6.2011, 16.58:21 Uhr und zu Los Teil C am 7.6.2001 um 18.51:23 Uhr auf <http://univie.vemap.com> bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 16.6.2011 gleichzeitig mit Nachprüfungsanträgen gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

## **II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:**

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B\*\*\*, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der

Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden aus entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag drohe.

Der Auftraggeber gab zur beantragten einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung dient dazu, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen.

Der drohende Schaden ist glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang bzw Verlust des Deckungsbeitrags droht.

Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria AG*; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die

Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs wurde weder behauptet, noch kann der Senatsvorsitzende eine solche erkennen. Auch ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist im derzeitigen Stadium des Vergabeverfahrens (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Die begehrte "vorübergehende Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens" ist als überschießend zu werten, da damit dem Auftraggeber jeglicher Handlungsspielraum, etwa auch eine allfällige Rücknahme der Zuschlagsentscheidung, genommen würde, was auch nicht im Interesse der Antragstellerin gelegen wäre. Die Verfügung der (vorübergehenden) Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens wäre nicht als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG zu qualifizieren.

Der weitere im "Hauptantrag" enthaltene Antrag auf vorübergehende Aussetzung "insbesondere der Zuschlagserteilung" (Anm: gemeint wohl der Zuschlagsentscheidung) ist nicht erforderlich, da bereits die vorläufige Untersagung der Erteilung des Zuschlages verfügt wurde.

Wien, am 22.Juni 2011  
Der Vorsitzende des Senats 9:  
Mag. Gerhard Prünster