



GZ: N/0067-BVA/09/2011-EV6

**Betreff:** Vergabeverfahren "Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120"; **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 „Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120“, des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft mbH, Schönbrunner Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 13. Juli 2011, wie folgt entschieden:

## S p r u c h

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 329 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren - „Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120" - die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft mbH, Schönbrunner Schloßstraße 47, 1130 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „Stahlbau-, Schlosser-, Glaser- und Anstricharbeiten Schloß Schönbrunn - Palmenhaus; Projektnummer DRU 2120", den Zuschlag **zu erteilen**.

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 Y\*\*\* (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 12. Juli 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 13. Juli 2011, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom **12. Juli 2011** brachte die **Antragstellerin** im Wesentlichen vor, dass der gegenständliche Bauauftrag in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden sei. Zuschlagskriterien seien der Preis (gewichtet mit 95%) und die Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist (gewichtet mit 5%).

Die Leistung gliedere sich grob in drei Gewerke:

1. Stahlbau-/ Schlosserarbeiten
2. Glaserarbeiten
3. Korrosionsschutzarbeiten

Gemäß Pkt. 2.4, 2. Absatz, der Ausschreibung, behalte sich der Auftraggeber vor, die Leistungsgruppe 7 (Glaserarbeiten) eventuell getrennt zu vergeben. Gemäß Pkt. 2.14 der Ausschreibung seien Teilangebote für das Kapitel Glas (LV/Pos 7) erwünscht. Bei Legung eines Teilangebotes müssten allerdings auch die Positionen 1, 2 und 3 des LV angeboten werden.

Punkt 4 der Ausschreibung laute:

*[...]. Der AN ist verpflichtet, Unklarheiten bereits in der Angebotsphase (Begleitschreiben) aufzuzeigen. Reklamationen nach Erteilung des Auftrages, sowie Preiserhöhungen aus dem Titel von unklaren Angaben werden nicht akzeptiert bzw berücksichtigt.*

*Der Bieter bestätigt mit der Abgabe/Unterfertigung des Angebotes, dass die Lieferungen und Leistungen vollständig beschrieben sind und keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung des Ausschreibungstextes mehrere Möglichkeiten bzw erscheint etwas unklar, so wird der Bieter vor Abgabe des Angebotes spätestens vor Vertragsabschluss, eine Klärung herbeiführen. Nach Vertragsabschluss gilt - entgegen ÖNORM - die Art der Auslegung, welche vom Auftraggeber vorgesehen war.*

Die Angebotsöffnung habe am 25. Mai 2011 um 13.15 Uhr stattgefunden. Insgesamt seien sieben Angebote gelegt worden. Verlesen worden seien die Gesamtpreise sowie die Teilpreise für die Glaserarbeiten (LG 7 des LV). Hinsichtlich der verlesenen Gesamtpreise liege die Antragstellerin mit Euro XXXX an erster Stelle. Zweitgereiht sei das Angebot der B\*\*\* mit einem verlesenen Gesamtpreis von Euro XXXX. Zwar habe der zweitgereichte Bieter im Gegensatz zur Antragstellerin eine Gewährleistungsverlängerung angeboten, was jedoch für die Reihung der Angebote angesichts der Gewichtung mit 5% der Verlängerung der Gewährleistung irrelevant sei. Der höchste Gesamtpreis eines Bieters betrage Euro XXXX.

Hinsichtlich der verlesenen Teilpreise für Glaserarbeiten liege die Antragstellerin mit Euro XXXX an erster Stelle. Das zweitgereichte Angebot weise einen Teilpreis von Euro XXXX aus. Der teuerste Teilpreise liege bei Euro XXXX.

Am 7. Juni 2011 habe die Antragstellerin per E-Mail vom Auftraggeber ein Aufklärungsersuchen zum Angebot samt Begleitschreiben erhalten. Dieses Aufklärungsersuchen sei von der Antragstellerin am 8. Juni 2011 beantwortet worden.

Am 17. Juni 2011 habe die Antragstellerin per Fax vom Auftraggeber die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erhalten. Diese laute auf das Angebot der B\*\*\*. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 23. Juni 2011, 24.00 Uhr, angegeben worden. Laut Zuschlagsentscheidung betrage der verlesene Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin exklusive der Glaserarbeiten (LG 7) Euro XXXX

exkl. Ust. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um zwei Jahre angeboten.

Die Antragstellerin habe in der Zwischenzeit von M\*\*\*, welcher nach den Informationen der Antragstellerin die Aufgabe der örtlichen Bauaufsicht erfüllen solle und auch Aufgaben der inhaltlichen Prüfung der Angebote in der Aufklärungsphase durchführe, erfahren, dass rund eine Woche nach Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung die Glaserarbeiten - und zwar nur diese - nochmals parallel ausgeschrieben worden seien.

Die Antragstellerin habe den Auftraggeber mit E-Mail vom 20. Juni 2011 davon informiert, dass die Vergabe von Teilleistungen unzulässig sei, die Antragstellerin das beste Gesamtangebot gelegt habe und dass die parallele Doppelausschreibung der Glaserarbeiten unzulässig sei. In diesem Schreiben habe die Antragstellerin angekündigt, die Zuschlagsentscheidung, sofern diese nicht zurückgenommen oder abgeändert würde, anzufechten.

Mit Fax vom 21. Juni 2011 habe der Auftraggeber die Antragstellerin darüber informiert, dass die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen worden sei. Dies ohne Angabe von Gründen.

Am 6. Juli 2011 habe die Antragstellerin vom Auftraggeber per Fax die nunmehr bekämpfte Ausscheidensentscheidung erhalten.

Die ausgeschriebene Leistung stelle einen wesentlichen Geschäftszweig der Antragstellerin dar, woraus sich bereits ihr Interesse am Auftragserhalt ergebe. Weiters drohe ihr durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden zu entstehen. Es seien bereits erhebliche Kosten für die Angebotserstellung aufgelaufen. Weiters drohe ein Gewinnentgang. Zudem drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei die Antragstellerin verletzt in ihrem Recht auf:

- Nichtausscheiden eines dem BVergG und der Ausschreibung entsprechenden Angebots und auf weitere Einbeziehung im Vergabeverfahren
- Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Verfahrens und Wettbewerbs
- Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen durch den Auftraggeber
- Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere der Verpflichtung, ausgeschriebene Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen
- Auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und letztlich auch auf Zuschlagserteilung lautend auf ihr Angebot

Die Ausscheidensentscheidung sei nicht gesetzmäßig, da der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt habe, Unklarheiten und ein differierendes Verständnis der Ausschreibung auch noch im Begleitschreiben zum Angebot aufzuzeigen. Weiters sei in der Ausschreibung festgelegt, dass diese Punkte nachfolgend bis zur Erteilung des Auftrages bzw. spätestens vor Vertragsabschluss geklärt würden. Die in dieser Bestimmung vorgezeichnete Möglichkeit könne bzw. habe evidenten Maßen dazu geführt, dass ein Bieter im Begleitschreiben Auslegungen und Inhalte der Ausschreibungsunterlagen seinem Angebot zugrunde lege, die in der nachfolgend (also nach Angebotsöffnung) vorgesehen Klärungsphase geändert werden sollten oder müssten. Mit anderen Worten könne es bzw. habe es zu einer nachträglichen Änderung von Angeboten kommen können.

Diese den Bietern eingeräumte Möglichkeit sei im offenen Verfahren äußerst problematisch, da ein solches Vorgehen auf eine Art "Mittelösung" zwischen einem offenen und einem Verhandlungsverfahren hinauslaufe. Eine vom BVergG nicht vorgesehene Verfahrensart bzw eine Mischform wäre aufgrund des Typenzwanges der vorgegebenen Verfahrensarten grundsätzlich gesetzwidrig.

Die Ausschreibung sei jedoch nicht bekämpft worden und daher bestandsfest. Dies gelte grundsätzlich auch für Rechtswidrigkeiten. Der Antragstellerin könne daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, sich an die bestandsfeste, wenn auch eventuell rechtswidrige, Ausschreibungsunterlage gehalten zu haben. Dementsprechend habe

der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin zunächst - trotz der nunmehr behaupteten unbehebaren Mängel - auch nicht ausgeschieden, sondern lediglich um Aufklärung zu einigen Punkten des Begleitschreibens ersucht, sowie ein mögliches nachfolgendes Vergabegespräch avisiert. Offenbar habe der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt keinen Grund für ein Ausscheiden bzw. kein Vorliegen nicht behebbarer Mängel gesehen. Im gegenteiligen Fall wäre dieses Aufklärungsersuchen nicht nur irreführend, sondern auch völlig überflüssig gewesen.

Die Antragstellerin habe das Aufklärungsersuchen vollständig und auch iSd Pkt. 4 der Ausschreibung rechtzeitig (also vor Vertragsabschluss) beantwortet. Die nunmehrige Ausscheidung ihres Angebotes stehe im Widerspruch zu den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen. Sollte man der Rechtsansicht sein, dass Pkt. 4 der Ausschreibungsbedingungen trotz Nichtanfechtung nicht bestandsfest geworden seien, da eine derartige Mischform der Verfahrensarten der Präklusion nicht zugänglich sei, wäre die Konsequenz daraus nicht das Ausscheiden eines Angebotes, sondern der zwingende Widerruf des Vergabeverfahrens.

Im Folgenden erstattete die Antragstellerin ein detailliertes Vorbringen zu den vom Auftraggeber herangezogenen folgenden Ausscheidensgründen:

Engineeringkosten, statische Berechnungen, Baustelleneinrichtung/  
 Baustellenräumung, Gerüstbauarbeiten, Stahlbau- Schlosserarbeiten,  
 Korrosionsschutzarbeiten, Bauzeitplan, Baubeginn und Bauende, Baustrom/ Abfall-  
 und Müllentsorgung/ Baukoordination/ Sicherheitsgründe/ Bauschäden, Arbeitszeit/  
 Mehraufwand, Genehmigungen, Gesamtvergabe, Preisbasis, Lieferbedingungen/  
 Regiepreisliste sowie Zahlungsbedingungen.

Zum weiteren Ausscheidensgrund der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bei Los 7 "Glaserarbeiten", brachte die Antragstellerin vor, dass dieser Ausscheidensgrund aus zwei Gründen nicht zutreffend sei: Einerseits habe der Auftraggeber keine - in der vom Gesetz zwingend verlangten kontradiktorischen Art und Weise - vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Die Antragstellerin sei niemals gemäß § 125 Abs 5 BVergG um Aufklärung zu bestimmten Preisen ersucht worden; dies mit Ausnahme der Frage 16 im Aufklärungsersuchen. Diese Frage sei im Aufklärungsschreiben von der Antragstellerin jedoch vollständig und korrekt beantwortet worden. Andererseits seien die Preise der Antragstellerin zu LG 7

"Glaserarbeiten" gesetz- und ausschreibungsgemäß kalkuliert. Die Antragstellerin könne dies jederzeit nachweisen.

Weiters sei die Ausscheidensentscheidung nicht gesetzmäßig, da sie rechtsmissbräuchlich ergangen sei. Aus dem geschilderten Ablauf der Ereignisse werde deutlich, dass der Auftraggeber die Strategie verfolge, durch das unerwartete Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin dieser die Antragslegitimation gegen eine offensichtlich rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu nehmen. Durch das Aufklärungsersuchen habe der Auftraggeber nämlich eine ins Gegenteil gerichtete Absicht suggeriert. Selbst für den Fall, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für sich gesehen gesetzmäßig gewesen sein sollte, wäre aufgrund des anhand des Ereignisablaufs naheliegenden Rechtsmissbrauchs zu prüfen, ob die zuvor vorgesehene Zuschlagsentscheidung - oder überhaupt eine Zuschlagsentscheidung zu einem anderen Angebot - rechtmäßig möglich wäre. Dies widerspreche auch nicht der Judikatur des VwGH, wonach ein ausschreibungsgemäßes Angebot Voraussetzung für die Antragslegitimation sei, denn der hier relevierte Umstand, dass der Auftraggeber die Möglichkeit des Ausscheidens eines Angebotes erst zu einem Zeitpunkt in Anspruch nehmen wolle, zu welchem deutlich sei, dass dadurch lediglich eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung gestützt werden solle, sohin der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, sei vom VwGH in diesem Zusammenhang noch nicht geprüft und entschieden worden.

Die am 17. Juni 2011 ergangene und nach "Beschwerde" durch die Antragstellerin wieder zurückgezogene Zuschlagsentscheidung, sei aus folgenden Gründen offensichtlich rechtswidrig gewesen:

Die Zuschlagsentscheidung sei zu einem nicht verlesenen Preis bzw. Angebot ergangen. Verlesen worden seien lediglich die Gesamtpreise sowie die Teilpreise der LG 7 (Glaserarbeiten), nicht jedoch die Preise der restlichen Leistungen. Gemäß § 118 Abs 5 Z 2 BVergG seien zwingend sämtliche Teilgesamt- oder Teilangebotspreise zu verlesen. Ein Zuschlag zu einem nicht verlesenen Preis sei nach der eindeutigen Judikatur nicht zulässig. Die Ausschreibung habe zugelassen, auch nur ein Gesamtangebot abzugeben. Gemäß Pkt. 2.14 der Ausschreibung seien

Teilangebote bloß "erwünscht", jedoch nicht zwingend gewesen. Die Antragstellerin habe dementsprechend in zulässiger Weise in ihrem Begleitschreiben festgehalten, dass die Preise ihres Angebotes nur bei einer Gesamtvergabe gültig seien. Die Antragstellerin habe also kein Teilangebot gelegt.

Die Vergabe von Teilleistungen - insbesondere die offenbar hier vorliegende Vergabe nicht einmal aller Teilleistungen, sondern bloß eines Teiles der Gesamtleistung - stelle eine unzulässige Diskriminierung und somit einen Verstoß gegen § 19 Abs 1 BVergG dar. Ein Bieter, der zulässiger Weise ein Gesamtangebot abgegeben habe, habe auf diese Weise keine oder nur eine wesentlich verminderte Chance auf Erhalt des Zuschlags.

Die Vermeidung einer solchen Diskriminierung bzw willkürlichen Vergabe durch den Auftraggeber, sei der Zweck des Verbotes des bloßen Teilvergabevorbehalts gemäß § 22 Abs 2 BVergG, das hier vom Auftraggeber verletzt worden sei. Ein derart krasser Verstoß gegen zentrale gesetzliche Verbote könne trotz Ablauf der Anfechtungsfrist gegen die Ausschreibung nicht präkludieren, denn sonst hätte der Auftraggeber durch die Formulierung von "eventuellen Vorbehalten" im Falle der Nichtanfechtung der Ausschreibung fast schrankenlose Möglichkeit zu Vergabewillkür. Das System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen solle nicht dazu dienen, dem Auftraggeber willkürliche und intransparente Chancen zur Auftragsvergabe zu eröffnen. Die Zulässigkeit von Präklusionsfristen sei nicht als schrankenlos anzusehen. Hier sei auf die Entscheidung des EuGH vom 16.10.2003, Rs C-421/01 verwiesen, nach der die mangelnde Festlegung von Mindestanforderungen für Alternativangebote solche Angebote nicht zuschlagsfähig machen würden. Dies eindeutig auch dann, wenn die Ausschreibung nicht angefochten worden sei. Daraus folge, dass der Auftraggeber keinen bloß eventuell vorbehaltenen Zuschlag zu Teilangeboten erteilen dürfe. Der Auftraggeber dürfe sich nicht erst nach Angebotsöffnung aussuchen, welchen Leistungsumfang er an wen beauftragen möchte. Dieses Verbot könne nicht präkludieren.

Wie bereits erwähnt, habe die Antragstellerin erfahren, dass rund eine Woche nach Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung die Glaserarbeiten nochmals parallel ausgeschrieben worden seien. Ob in diesem Parallelverfahren bereits ein

Zuschlag erteilt worden sei, sei der Antragstellerin nicht bekannt. Diese Parallelausschreibung erkläre erstens, warum der Auftraggeber mit der zurückgezogenen Zuschlagsentscheidung nur die Restleistungen exklusive der Glaserarbeiten vergeben habe wollen und bedeute zweitens einen evidenten Verstoß gegen § 19 Abs 4 BVergG, nämlich der Verpflichtung, ein Vergabeverfahren nur dann durchzuführen, wenn die Absicht bestehe, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Ganz offensichtlich habe dies der Auftraggeber hinsichtlich der LG 7 "Glaserarbeiten" nicht vorgehabt, was die gesamte Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belaste. Dieser Verstoß könne bereits deshalb nicht mangels Anfechtung präkludieren, da dieser Umstand der Doppelausschreibung von Leistungen den Bietern vor Angebotsabgabe gar nicht bekannt gewesen sei. Was den Bietern nicht bekannt gewesen sei, könne keinesfalls Gegenstand der Präklusion sein (EuGH 11.10.2007, Rs C-241/06).

Weiters seien die eingelangten Angebote auch nicht vergleichbar. Es bestünden eklatante Differenzen von mehreren 100% bei den Angebotssummen, sodass offenbar die Leistungsbeschreibung derart missverständlich gewesen sei, dass die Bieter nicht annähernd von ähnlichen Vorstellungen über den Leistungsumfang ausgegangen seien. Dem Auftraggeber dürfte eine gewisse Unklarheit der Leistungsbeschreibung auch selbst bewusst gewesen sein, da er gemäß Pkt. 4 den Bietern die Möglichkeit eingeräumt habe, auch noch im Begleitschreiben die Leistungsbeschreibung betreffende Einwände anzumerken, die dann spätestens vor Vertragsabschluss zu klären wären. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die eingelangten Angebote nicht vergleichbar seien.

Die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht nur zwingend vorgeschrieben bzw. vom Auftraggeber durch entsprechende Leistungsbeschreibung herbeizuführen, sondern könne eine mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote auch nicht präkludieren. Die Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren und transparenten Bestbieterermittlung präkludiere nicht (z.B. BVA 31.8.2006, N/0062-BVA/12/2006-22). Eine solche Unmöglichkeit der Bestbieterermittlung trete auch ein, wenn die Angebote selbst inhaltlich nicht vergleichbar seien. Eine mangelnde Festlegung der Leistungsumfanges, die vergleichbare Angebote nicht zulasse, präkludiere nicht.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie ihre gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber. Der Antragstellerin drohe bei Nichterhalt des Auftrags der Entgang des Gewinnes bzw. drohe die Frustration der Kosten für die Angebotserstellung und der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVA sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom **15. Juli 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX zzgl USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren iSd § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei am 4.5.2011 in der Wiener Zeitung bekannt gemacht worden. Eine EU-weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt.

Die Angebotsöffnung habe am 25.5.2011, 13.15 Uhr, stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin habe einen Angebotspreis von Euro XXXX exkl USt aufgewiesen. Es sei damit das preislich günstigste Angebot gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung sei am 17.6.2011 per Telefax übermittelt worden. In weiterer Folge sei die Zuschlagsentscheidung mit Telefax vom 21.6.2011 zurückgezogen worden. Eine neue Zuschlagsentscheidung sei nicht bekannt gegeben worden.

Am 6.7.2011 sei das Angebot der Antragstellerin per Telefax ausgeschieden worden.

Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium der vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber.

Das Verfahren sei nicht widerrufen, ein Zuschlag nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass ihm durch einen Vergabestopp erhebliche Nachteile erwachsen würden. Einerseits dadurch, dass mit den beabsichtigten Bauarbeiten erst im Jahr 2012 begonnen werden könnte, was aufgrund der Vertrags- und Gesetzeslage zu großen finanziellen Verlusten des Auftraggebers führen würde. Andererseits käme es dadurch zu Bauverzögerungen bei den übrigen Gewerken, was wiederum Zusatzkosten verursachen würde. Diesem Schaden des Auftraggebers stünde kein vergleichbarer nachgewiesener Schaden der Antragstellerin gegenüber.

Derzeit bestünden keine zwingenden öffentlichen Interessen, die eine sofortige Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung zwingend erforderlich machen würde.

Durch eine Fülle unzulässiger "Klarstellungen" in ihrem Begleitschreiben, habe die Antragstellerin ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt. Einem Bieter, der ein ausschreibungswidriges Angebot lege, könne niemals ein Schaden entstehen. Der Antrag sei daher als unzulässig zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Beantragt werde aber zumindest, die Geltungsdauer einer allfälligen einstweiligen Verfügung auf maximal sechs Wochen zu begrenzen.

### **Rechtliche Würdigung:**

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

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft mbH. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136 u.a).

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa 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 Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 6.7.2011 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 12.7.2011 gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag 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 das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde und der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren ohne Einbeziehung der Antragstellerin weiter zu führen, eine (neue) Zuschlagsentscheidung zu treffen und in der Folge den Zuschlag 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 auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, 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 den frustrierten Kosten der Angebotserstellung, aus entgangenem Gewinn sowie aus dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, drohe.

Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise dargetan. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers, dass der Schaden der Antragstellerin nicht "nachgewiesen" sei, ist festzuhalten, dass der drohende Schaden (lediglich) glaubhaft zu machen ist. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form der Frustration der Kosten der Angebotserstellung sowie aus Gewinnentgang droht. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 uva).

Der Auftraggeber brachte vor, dass ihm durch einen Vergabestopp erhebliche Nachteile erwachsen würden. Einerseits könne mit den beabsichtigten Bauarbeiten erst im Jahr 2012 begonnen werden, was zu großen finanziellen Verlusten des Auftraggebers führen würde. Andererseits käme es dadurch zu Bauverzögerungen bei den übrigen Gewerken.

Derzeit bestünden keine zwingenden öffentlichen Interessen, die eine sofortige Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung zwingend erforderlich machen würde.

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 ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar. Nach den Ausführungen des Auftraggebers besteht derzeit auch kein zwingendes öffentliches Interesse an einer sofortigen Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung.

Der Eintritt eines Vermögensschadens auf Seite des Auftraggebers durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist eine mögliche Folge eines Vergabestopps, die der Auftraggeber zu gewärtigen hat.

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.).

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.

Da nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die (neue) Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin nicht bekanntgegeben wird und die Antragstellerin in der Folge die Zuschlagsentscheidung nicht bekämpfen könnte, ist die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung in der vorliegenden

die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen. Die Befristung der vorläufigen Sicherungsmaßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens steht einer möglichst raschen Durchführung desselben nicht entgegen.

Wien, am 18. Juli 2011

Der Vorsitzende des Senats 9:

Mag. Gerhard Prünster