



N/0084-BVA/10/2011-EV14

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Produktion und Lieferung von Vitrinen Kunstkammer – Neuaufstellung“; **einstweilige Verfügung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Produktion und Lieferung von Vitrinen Kunstkammer – Neuaufstellung“ des Auftraggebers Kunsthistorisches Museum Wien mit MVK und ÖTM W.A.ö.R. vertreten durch die vergebende Stelle X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 5. September 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, „auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher für das nicht offene Verfahren ‚Produktion und Lieferung von Vitrinen – Kunstkammer – Neuaufstellung KHM Wien‘ zur Zahl 2010/S 214-328609 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

- „a) bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution,
- b) der Auftraggeberin untersagt wird, der Bieterin B*** den Zuschlag zu erteilen,
- c) die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bieterin B*** verfügt wird“

wird teilweise **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „Produktion und Lieferung von Vitrinen Kunstkammer – Neuaufstellung“, den **Zuschlag zu erteilen**.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird **abgewiesen**.

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

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 5. September neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Nach der Schilderung des Sachverhalts behauptet sie ein Interesse am Vertragsabschluss durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und Legung eines Angebots sowie Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Als drohenden Schaden macht sie die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren in der Höhe von rund €35.000 ohne Ust unter Berücksichtigung der Vergütung von €15.000, den entgangenen Gewinn von rund 10 % des Auftragswertes, €334.773, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren in der Höhe von rund €9.000 zum Zeitpunkt der Antragstellung und den Entgang eines wichtigen Referenzprojekts geltend. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter, insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, auf zwingenden Ausschluss der präsumtiven Bestbieterin, B***, wegen Vorliegens mehrerer Ausschluss- oder Ausscheidungsgründe, darauf, dass der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründet, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen, und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspricht, verletzt. Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der B*** im Nachprüfungsverfahren vertreten durch die Rechtsanwälte Z***, in der Folge in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannt, den Spezifikationen im Leistungsverzeichnis und der dort referenzierten Detailplanung widerspreche und ein nicht zugelassenes

Alternativ- oder Abänderungsangebot darstelle. Es wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotenen Rahmenprofile seien erheblich breiter als im Leistungsverzeichnis 1 und der Detailplanung vorgegeben. Die zulässige Breite betrage 22 mm. Die Probevitrine der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin habe einen nahezu doppelt so breiten Aluminiumrahmen gehabt. Die Ansichtsbreite des Aluminiumrahmens sei ein zentrales Design-Kriterium der Architekten und sei ein komplexer technischer Bestandteil dieser Ausschreibung gewesen. Der die Tür umschließende Aluminiumrahmen sei nicht als Vollprofil mit scharfen Kanten umgesetzt, sondern an der Sichtkante zweigeteilt, als zwei sich öffnende Profile. Diese Zweiteilung ermögliche eine andere Dichtungsführung, welche das Bewertungskriterium C, Dichtigkeit der Vitrine, nicht vergleichbar mache. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotene Vitrinenverglasung erfülle nicht die Spezifikation im Leistungsverzeichnis 1, Seite 8. Am Markt gebe es nur die PVB Folie der Marke „semaSorb-FC 400“, die die Spezifikationen der Ausschreibung erfülle. Folglich könne das geforderte Verbund-Sicherheits-Glas nur über die Firma BÜFA unter dem Produktnamen „BÜFA Protec Laminat“ bezogen werden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe erst im August 2011, also etwas zwei Wochen vor der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung um ein Angebot gebeten. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin widerspreche dem Leistungsverzeichnis 1, da nicht die genau spezifizierten Gläser angeboten worden seien. Es wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Auch das angebotene LED-Vitrinenlichtsystem widerspreche dem Leistungsverzeichnis 1. Es gebe starke Anhaltspunkte dafür, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin stattdessen das weitaus günstigere Vitrinenlichtsystem „ROBLON Classic Downlight LED Medium“, mit Farbwiedergabeindex CRI Ra=92,8, angeboten habe, bei dem es sich um einen Standardchip aus der Massenfertigung handle, welches im Vergleich zu dem von uns angebotenen LED Vitrinenlichtsystem mit dem geforderten Farbwiedergabeindex rund zwei Drittel günstiger sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Der Auftraggeber sei zum Ausscheiden verpflichtet. Angeblich seien bei der Luftmessung

der Probevitrine der Antragstellerin Werte für Formaldehyd und Oxime oberhalb der Nachweisgrenze gemessen worden und sie habe deshalb im Zuschlagskriterium B, Schadstoffbelastung Probevitrine, keine Punkte bekommen. Die gemessenen Werte seien der Antragstellerin nicht mitgeteilt worden, sodass die Zuschlagsentscheidung nicht nachvollziehbar sei. Aufgrund der Überprüfung durch das Institut CSI könne mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass die Probevitrine der Antragstellerin überhöhte Werte für Formaldehyd und Oxime aufgewiesen habe. Im Zuschlagskriterium D, Funktionalität des Umluftsystems zur Klimatisierung und Schadstofffilterung, sei das Angebot der Antragstellerin trotz gegenteiliger verbaler Beurteilung mit 0 bewertet worden. Im Zuschlagskriterium E, Handhabbarkeit, habe das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Subkriterium „Die Vitrine ist auch im geöffneten Zustand absolut kippsicher und verzugsfrei“ die volle Punkteanzahl erhalten, obwohl zu beobachten gewesen sei, dass sie beim Schließen der Tür gewackelt habe. Im Subkriterium „Ungehindertes Zutritt auf die Tür des Klimacontainers ist gewährleistet“ habe die Antragstellerin 0 Punkte erhalten. Ihrem Ersuchen um Zurverfügungstellung eines Klimacontainers habe der Auftraggeber nicht entsprochen. Im Kriterium F, Präzision der Ausführung, sei das Angebot der Antragstellerin im Subkriterium „Homogen und fugenlos erscheinende verklebte Eckverbindungen des Mineralwerkstoffe“ mit 0 Punkten und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit dem Punktemaximum bewertet worden, obwohl die Antragstellerin ausschreibungskonforme Objektträger mit einer Stärke von 2 mm und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin solche mit einer Stärke von 3 mm angeboten habe. Schließlich sei das Angebot der Antragstellerin um rund € 736.567 billiger als jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung sei nicht ausreichend, weshalb sie auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit belastet sei.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, weil der Auftraggeber ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbar Tatsachen schaffen könnte. Das Interesse der Antragstellerin an der Zuschlagserteilung könne vor diesem Hintergrund nur durch den vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung effektiv gesichert werden. Eine

einstweilige Verfügung sei nach den Grundsätzen, die dem BVergG und den EU-Vergaberichtlinien zu entnehmen seien, in der Regel zu erlassen. Auch das Bundesvergabeamt habe diesen Vorrang des einstweiligen Rechtsschutzes bereits mehrfach betont. Es überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin deutlich die Interessen des Auftraggebers. Darüber hinaus liegen keine öffentlichen Interessen vor, die nach Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags seien als überaus gut zu bewerten. Bei Interessenabwägung sei auch der drohende Schaden zu berücksichtigen. Das Interesse der Antragstellerin an der Vermeidung des Eintritts dieser Schäden spricht deutlich für die Erlassung der einstweiligen Verfügung. Nur mit einer einstweiligen Verfügung könne verhindert werden, dass öffentliche Auftraggeber unumkehrbar Tatsachen schaffen. Dem bereits dargestellten drohenden Schaden stünden keine finanziellen (Mehr-)Kosten des Auftraggebers gegenüber, die die Nicht-Erlassung der einstweiligen Verfügung und damit die Vereitelung des Rechtsschutzes rechtfertigen könnten. Die beantragte einstweilige Verfügung wäre vorerst nur für die Dauer des Nachprüfungsantrages zu erlassen, sodass das weitere Vergabeverfahren voraussichtlich nur für sechs Wochen „blockiert“ wäre. Darüber hinaus ergäbe sich, dass die finanziellen (Mehr-)Kosten für den Auftraggeber unsere Interessen keinesfalls überwiegen könnten, zumal ihr durch das nur höchstens sechs Wochen „blockierte“ Vergabeverfahren auch keine anderen Nachteile entstünden. Weiters sei zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung erst am 25. August 2011 bekanntgegeben habe, obwohl die Angebotsfrist bereits am 19. Mai 2011 geendet habe. Der Auftraggeber habe also mehr als drei Monate für die Angebotsprüfung in Anspruch genommen. Bereits daraus ergebe sich, dass für den Auftraggeber – auch wenn sie in ihrer Stellungnahme zu unserem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung unter Umständen das Gegenteil behaupten werde – ganz offensichtlich keine besondere Eile bestanden habe und auch nach wie vor bestehe, um das Vergabeverfahren abzuwickeln. Der Auftraggeber habe nach all dem kein vergaberechtlich berücksichtigungswürdiges Interesse an der Nicht-Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen, sind nicht ersichtlich. Es sind nämlich keinerlei besonderen Risiken oder unwiederbringliche Schäden für den Fall zu erkennen, dass

das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung erlässt. Der Auftraggeber habe die Zeit eines Nachprüfungsverfahrens bei seiner Zeitplanung zu berücksichtigen. Als besonderes öffentliches Interesse sei auch zu berücksichtigen, dass dem tatsächlichen Bestbieter der Zuschlag in einem transparenten und objektiv nachvollziehbaren Vergabeverfahren zu erteilen sei. Die Interessensabwägung zeige, dass das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung bei weitem jenes Interesse des Auftraggebers überwiege. Daher habe das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 8. September 2011 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und von einer Stellungnahme zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Der Auftraggeber rügte die fehlende Befristung und verwies darauf, dass der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr noch nicht entscheidungsreif sei.

Mit Schriftsatz vom 8. September 2011 zeigt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die rechtsfreundliche Vertretung an und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Anträge der Antragstellerin, den Ersatz der Rechtsanwaltsvertretungskosten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin durch die Antragstellerin und Akteneinsicht. Weiters beantragte sie, die Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kostenpflichtig abzuweisen, weil ihre Interessen beeinträchtigt seien. Dazu brachte sie im Wesentlichen vor, dass eine etwaige weitere Verzögerung der Zuschlagserteilung und der damit verbundenen Produktionsabläufe im Hause der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit erheblichen wirtschaftlichen Schädigungen verbunden wäre. Eine Verzögerung wäre mit erhöhtem Personaleinsatz verbunden. Dieser würde die kalkulierten Personalkosten dieses Auftrages erhöhen. Vertragliche Preisbindungen und Sonderkonditionen ihrer Lieferanten würden nicht halten und sich die Materialpreise erhöhen.

2. Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Das Kunsthistorische Museum wurde am 11. Juni 1999 zur FN 182081 t ins Firmenbuch eingetragen. Sein Anstaltszweck ist die Bewahrung, der Ausbau, die

wissenschaftliche Erschließung, die Präsentation und Verwaltung der der Anstalt anvertrauten Zeugnisse der Geschichte und Gegenwart der Künste sowie der sie erforschenden Wissenschaften (Sammlungsgut), darüber hinaus die Bereicherung des Kulturlebens im In- und Ausland, insbesondere im Hinblick auf den großen historischen Hintergrund und seine kunst- und kulturgeschichtliche sowie kulturpolitische Bedeutung in der Gegenwart. Es handelt sich um eine Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ursprünglich wurde es durch das Bundesmuseen-Gesetz, BGBl I 115/1998, und die Museumsordnung des Kunsthistorischen Museums, BGBl II 463/1998, errichtet. (Amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Das Kunsthistorische Museum Wien mit ÖTM u. MVK, W.A.ö.R führt unter der Bezeichnung „Produktion und Lieferung von Vitrinen Kunstkammer – Neuaufstellung“ ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Schauvitrienen für die Kunstkammer. Gegenstand des Auftrages ist die Ausstattung der neu aufzustellenden Kunstkammer mit modernen Ausstellungsvitrienen zum Schutz der auszustellenden Kunstobjekte vor Klimaschwankungen, Luftschadstoffen, Staub, UV-Licht, Erschütterung sowie Diebstahl und Vandalismus. Vergeben wird die Neuanfertigung von ca 250 Vitrinen. Es handelt sich um einen öffentlichen Lieferauftrag. Der CPV-Code lautet 39171000 – Schauvitrienen. Umfang des Auftrags ist die Neuanfertigung von ca 250 Vitrinen. Der geschätzte Auftragswert beträgt €3.642.741. Das Vergabeverfahren wird als nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführt. Die europaweite Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 4. November 2010, 2010/S 214-328609, abgesandt am 2. November 2010. Die innerstaatliche Bekanntmachung erfolgte in Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-480631-0a28. Es sollten fünf Bieter zur Angebotslegung eingeladen werden. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in der Ausschreibung erteilt werden. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at; Auskünfte des Auftraggebers)

Die Teilnahmeanträge wurden am 9. Dezember 2010 kommissionell geöffnet. Insgesamt langten bei der vergebenden Stelle innerhalb der gesetzten Frist fünf Teilnahmeanträge ein. Mangels Nachweises des Vorliegens der technischen Leis-

tungsfähigkeit wurde ein Teilnahmeantrag ausgeschieden. Die übrigen vier Teilnehmer wurden mit Schreiben vom 28. Februar 2011 zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Die Angebotsfrist lief am 19. Mai 2011, 17.00 Uhr, ab. Bei der vergebenden Stelle langten vier Angebote ein. Diese wurden am 19. Mai 2011 von 17.05 Uhr bis 17.32 Uhr öffentlich in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle kommissionell geöffnet. Sämtliche Bieter waren bei der Angebotsöffnung vertreten. Die Angebotssumme des Angebots der Antragstellerin beträgt €3.347.726. Die Angebotssumme des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin B*** beträgt €4.084.273. Das Angebot der Bieterin C*** enthielt eine Angebotssumme in Höhe von €4.552.709,40; das Angebot der Bieterin D*** wies eine Angebotssumme von €5.180.509,25 auf. Es wurde kein Angebot ausgeschieden. Am 25. August 2011 wurde den Bietern mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, dem Bieter B*** den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. (Auskünfte des Auftraggebers)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft des Auftraggebers)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €2.627. (Gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist das Kunsthistorische Museum Wien mit MVK und ÖTM W.A.ö.R. Es ist gemäß § 1 Z 2 iVm § 2 Abs 1 Bundesmuseengesetz 2002, BGBl I 14/2002 idF BGBl I 111/2010, und der derzeit geltenden Museumsordnung BGBl II 395/2009 eine wissenschaftliche Anstalt öffentlichen

Rechts des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die gemäß § 2 Abs 1 festgelegten Aufgaben von Bundesmuseen, die in §§ 2 bis 7 Museumsordnung näher ausgeführt sind, bestehen im Wesentlichen aus Vermitteln, Sammeln, Bewahren, Dokumentieren, Forschen und Ausstellen. Damit handelt es sich um Aufgaben im öffentlichen Interesse, die nichtgewerblicher Art sind. Dem Kunsthistorische Museum Wien mit MVK und ÖTM W.A.ö.R. kommt nach den zitierten Rechtsgrundlagen Rechtspersönlichkeit zu. Es steht unter der Aufsicht der Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur, die ihrerseits öffentliche Auftraggeberin ist. Das Kunsthistorische Museum Wien mit MVK und ÖTM W.A.ö.R. ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 13. 8. 2002, N-33/02-21; 2. 5. 2005, 04N-17/05-37). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 25. August 2011 bekannt gegeben. Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags gemäß § 321 Abs 1 BVergG endete daher am 4. September 2011. Da es sich bei diesem Tag um einen Sonntag handelt, ist der am 5. September 2011 eingebrachte Nachprüfungsantrag und damit der

zusammen eingebrachte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 33 Abs 2 AVG 1991 rechtzeitig.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Festzuhalten ist, dass gemäß § 330 Abs 2 BVergG ausschließlich die Antragstellerin und der Auftraggeber Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind. die Interessen anderer am Vergabeverfahren beteiligter Bewerber oder Bieter sind zwar zu hören und im Rahmen der Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG zu berücksichtigen. Ihnen kommt aber keine Parteistellung zu.

3.2 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 Bundesvergabebeamtes 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 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 Bundesvergabebeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen zusammengefasst im Erhalt des Auftrags und der Hintanhaltung des Eintritts des drohenden Schadens.

Der Auftraggeber macht keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin macht zu erwartenden höhere Kosten bei der Auftragsdurchführung wegen einer Verzögerung durch das Nachprüfungsverfahren als Interessen geltend, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen.

Dem Bundesvergabeamt sind keine besonderen öffentlichen Interessen bekannt geworden, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens 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), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sind zwar nachvollziehbar. Aus dem vorgelegten Zeitplan für die Auftragsdurchführung ergibt sich, dass ein plangemäßer Auftragsbeginn schon jetzt nicht mehr möglich ist, weil der Zeitpunkt schon in der Vergangenheit liegt. Eine Berücksichtigung der von der in Aussicht genommenen

Zuschlagsempfängerin geltend gemachten Interessen, die in jedem Vergabeverfahren betroffen sind, sobald ein Zuschlagsempfänger in Aussicht genommen ist, würde den Rechtsschutz gegen eine Zuschlagsentscheidung generell verhindern. Es ist daher vom Überwiegen der Interessen der Antragstellerin auszugehen.

Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten. Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird. Es handelt sich daher um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung auf ihrer Grundlage zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit für derart abgeschlossene Verträge vorsah (zB BVA 10. 6. 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10; 10. 8. 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17). § 329 Abs 2 BVergG sieht nunmehr die Unwirksamkeit eines gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrags vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich. (BVA 29. 3. 2011, N/0021-BVA/10/2011-EV11)

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers hat die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens beantragt, obwohl ein solcher Antrag nach § 328 Abs 12 BVergG nicht erforderlich ist. Durch die

Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (*Kodek in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden, da die Tatbestandselemente des § 319 Abs 2 BVergG derzeit noch nicht beurteilt werden können. Dieser Antrag ist daher derzeit noch nicht entscheidungsreif.

Wien, am 9. September 2011
Der Vorsitzende des Senates 10

Mag. Hubert Reisner