



GZ: N/0089-BVA/12/2011-EV5

**Betreff:** Vergabeverfahren „SKA-RZ Bad Tatzmannsdorf - Generalbauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG“; **einstweilige Verfügung**

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „SKA-RZ Bad Tatzmannsdorf - Teilneubau - Generalbauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG“, des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 12. September 2011, wie folgt entschieden:

## S p r u c h

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der PVA im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "*Teilneubau - General-Bauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG*" die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", wird **s t a t t g e g e b e n**.

Dem Auftraggeber ist für die **Dauer des Nachprüfungsverfahrens u n t e r s a g t**, den **Z u s c h l a g** im Vergabeverfahren „SKA-RZ Bad Tatzmannsdorf - Generalbauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG, Hü/11/0061“ **z u e r t e i l e n**.

**Rechtsgrundlage:** §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006

## B e g r ü n d u n g

Die **Antragstellerin** stellte am 12. September 2011 das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung.

Am 2.9.2011 habe die Antragstellerin ein Telefax des Auftraggebers erhalten, da ihr Angebot nicht die Mindestanforderungen an Referenzen der Ausschreibung erfüllen würde. Ferner sei die Absicht bekannt gegeben worden, den Zuschlag der B\*\*\* zu erteilen. Diese setze sich aus der C\*\*\*, der D\*\*\* und der E\*\*\* Architekten zusammen. Beim letzteren Bietergemeinschaftsmitglied sei unklar, um welche Rechtsform es sich handle.

Die Antragstellerin habe ihre Bedenken zur Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung gegenüber dem Auftraggeber mit einem E-Mail vom 9. September 2011 kundgetan und angeregt, diese Entscheidungen zurückzunehmen. Der Auftraggeber habe auf die Bedenken der Antragstellerin per E-Mail vom 12. September 2011 derart geantwortet, dass zwei weitere Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nachgereicht worden seien. Einerseits sei behauptet worden, dass die Antragstellerin entgegen den Ausschreibungsbedingungen dieselbe Schlüsselperson für die ÖBA-Bautechnik (Schlüsselperson 1) und für die Leistungen BauKG angeboten hätte. Eine solche Mehrfachnennung sei gemäß Punkt 2.9 der Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen. Andererseits würde das Referenzprojekt 2 für die Leistungen BauKG inhaltlich nicht den Vorgaben gemäß Punkt 2.9 der Ausschreibungsunterlagen entsprechen.

Die Antragstellerin machte nachfolgende Vergabeverstöße geltend:

- rechtswidrige Verwendung der Verfahrensart
- Ausscheidung wegen angeblich fehlender Eignung (ohne Verbesserungsauftrag)
- Nichteinladung der Antragstellerin zur Präsentation
- Formwidrige Zuschlagsentscheidung
- Ausscheidenstatbestand "Verstoß gegen das Koalitionsverbot"

Mit Schriftsatz vom 19. September 2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden keine Einwendungen erhoben.

Der vorliegende Antrag ist **rechtlich** wie folgt zu beurteilen:

### **Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages**

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Pensionsversicherungsanstalt (PVA). Die PVA ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Gesamtauftragswert beläuft sich auf € 1.100.000,-- (ohne USt), sodass es sich um eine Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG handelt.

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 d B-VG ist sohin gegeben.

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

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

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.

### **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.

Nach § 329 Abs 2 BVergG ist ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erfolgter Zuschlag, Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens absolut nichtig bzw. unwirksam.

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 Nichtigklärung 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 Bundesvergabeamtes 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 B\*\*\* 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

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, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist 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 (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Ein solches Überwiegen ist für das Bundesvergabeamt jedoch nicht erkennbar, zumal der Auftraggeber gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausdrücklich keine Einwendungen erhoben hat.

Wien, am 20. September 2011  
Der Vorsitzende des Senates 12  
Dr. Michael Etlinger