



GZ: N/0110-BVA/09/2011-EV10

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 „Lieferung Schallabsorber (ZI 690.150/1119-306/2011)“ des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 28. Oktober 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "mit welcher für das offene Verfahren "Einrichtung eines Absorbers", ZI 690.150/1119-306/2011, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution der Auftraggeberin untersagt wird, der B***, in diesem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, dieser vertreten durch die Burghauptmannschaft Österreich, Hofburg, Schweizerhof, 1010 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „Lieferung Schallabsorber (ZI 690.150/1119-306/2011)“ 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 X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

Mit Schriftsatz vom **28. Oktober 2011** brachte die **Antragstellerin** im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren am 14.7.2011 europaweit bekannt gemacht worden sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag, der im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle.

In Position 001113H des Leistungsverzeichnisses habe der Auftraggeber festgelegt, dass die Bieter mit ihrem Angebot zwingend zumindest drei Referenzen nachzuweisen hätten. Konkret sei Folgendes festgelegt:

- *eine Referenz Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von EUR XXXX exkl USt, abgewickelt innerhalb der letzten 5 Jahre sowie*
- *weitere 2 Referenzen Schallabsorber in Bürogebäuden mit einem Auftragswert von je EUR XXXX exkl. USt, abgewickelt innerhalb der letzten 10 Jahre, gemäß beigefügtem Referenzblatt zu erbringen.*

Wenn die beschriebenen Mindest- Referenzen nicht nachgewiesen werden können, wird das Angebot ausgeschieden.

Der Ausschreibungsgegenstand umfasse im Wesentlichen die Lieferung von Schallabsorbern. Zusätzlich habe der Auftraggeber in Position 70 des LV den Ausschreibungsgegenstand zunächst wie folgt definiert:

Lieferung von Schallabsorbern.

Das Montieren der Absorber wird von den in den Positionen jeweils angeführten, auf der Baustelle tätigen Firmen durchgeführt.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber in Position 7000 des LV samt den darin enthaltenen Sub-Positionen detaillierte technische Spezifikationen festgelegt, die der zu liefernde Schallabsorber zu erfüllen habe. Von entscheidender Bedeutung sei folgende Festlegung (Pos 700010B):

Die Absorptionsgrade der Absorber sind mit Prüfzeugnissen eines anerkannten Prüfinstituts, verfasst in deutscher Sprache, mit der Abgabe des Angebotes nachzuweisen. Ebenso sind die Absorber selbst mit technischen Dokumentationen, Prospektmaterial und (auf Anforderung) Mustern zu dokumentieren.

Ferner habe der Auftraggeber in Position 701010 des LV weitere wesentliche Spezifikationen festgelegt:

Mit Standardverglasung (12mm ESG) haben die aufgesetzten Elemente eine Schalldämmung von 45 dB zu erreichen. Dieser Wert ist durch ein Prüfzeugnis nachzuweisen. Qualität, Lochbild, Aufbau und Absorption wie in den Vorbemerkungen beschrieben.

Mit Telefax vom 19.8.2011 habe die Antragstellerin gegenüber dem Auftraggeber in Bezug auf die technischen Spezifikationen, die der zu liefernde Schallabsorber zu erfüllen habe, einige Fragen gestellt. Unter anderem sei gefragt worden, ob der Auftraggeber ein mögliches Produkt und einen Hersteller quasi als Beispiel-Schallabsorber benennen könne, welche die geforderten technischen Spezifikationen erfüllen würden.

Die Auftraggeberin habe durch M*** vom 23.8.2011 die Fragen beantwortet. Es sei jedoch keine abschließende Klärung herbeigeführt worden. Auch die Frage nach allfälligen Beispiel-Schallabsorbern sei nicht beantwortet worden. Die Architekten hätten lediglich zwei Beispiele für Dämmstoffe wie folgt mitgeteilt:

Es gibt mehrere Anbieter, welche die beschriebenen Dämmstoffe liefern können. Die diesbezüglichen Produkte sind im Hinblick auf die ausgeschriebene Qualität zu prüfen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit geben wir ihnen beispielhaft zwei Lieferfirmen bekannt:

*L***, XXXX Deutschland*

*O***, XXXX Deutschland*

Die zu erfüllenden konkreten technischen Spezifikationen seien damit jedoch nach wie vor unklar geblieben. Daher habe die Antragstellerin in einem weiteren Telefax vom 26.8.2011 nochmals die maßgeblichen Spezifikationen hinterfragt. Die Architekten hätten mit Telefax vom 30.8.2011 eine weitere Stellungnahme übermittelt.

Die Antragstellerin habe am 1.9.2011 ein ausschreibungs- und vergaberechtskonformes Angebot gelegt. Im Begleitschreiben zu diesem Angebot sei unter anderem darauf hingewiesen worden, dass die Antragstellerin als Glaswand-Schallabsorber (GWSAbs) den "N*** und als Wand-Schallabsorber (WSAbs) den K*** angeboten habe. Ferner sei darauf hingewiesen worden, dass diese Absorber jeweils nach DIN EN ISO 354 geprüft seien. Weiters sei darauf hingewiesen worden, dass die Antragstellerin die im LV geforderten vollständigen Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstituts in deutscher Sprache angeschlossen habe. Darüber hinaus sei festgehalten worden, dass allfällige von den Mitbewerbern angebotenen Schallabsorber des Herstellers O*** nicht die im LV geforderten Spezifikationen erfüllen würden. Nach den Informationen der Antragstellerin gebe es für diese Schallabsorber nämlich insbesondere nicht die vom Auftraggeber geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstituts. Darüber hinaus würden mit diesen Schallabsorbern nach den Informationen der Antragstellerin weitere technische Spezifikationen des LV nicht erfüllt. Auf die konkreten Spezifikationen sei ausdrücklich hingewiesen worden und durch entsprechende Anlagen auch nachgewiesen worden. Nach Ansicht der Antragstellerin bestehe durch die beispielhafte Nennung der Dämmstoffe des Herstellers O*** im Schreiben der Architekten vom 23.8.2011 die Gefahr, dass bei

den Mitbewerbern Missverständnisse verursacht werden könnten. Bei einer unreflektierten Lektüre dieses Schreibens hätte ein Mitbewerber leicht annehmen können, dass der Auftraggeber auch Schallabsorber des Herstellers O*** für ausschreibungskonform erachte. Dies sei jedoch nicht der Fall, da die Architekten im Schreiben vom 23.8.2011 nur beispielhafte Dämmstoffe, jedoch nicht Schallabsorber als solche genannt habe.

Die Angebotsöffnung habe ergeben, dass das Angebot der Antragsteller preislich an dritter Stelle gereiht sei. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit Telefax vom 18.10.2011 bekanntgegeben worden. Der konkrete Inhalt dieser Zuschlagsentscheidung laute wie folgt:

Die Burghauptmannschaft Österreich teilt unter Bezugnahme auf das BVerG 2006, § 131 wie folgt mit:

- 1. Die Stillhaltefrist endet am 1.11.2011, 24.00 Uhr.*
- 2. Begründung für die Nichtannahme ihres Angebotes:
Angebotspreis*
- 3. Vergabesumme: € XXXX,-- (inkl. MWSt)*
- 4. Der Zuschlag soll an B*** erteilt werden.*
- 5. Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes:
Angebotspreis*

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Angebotslegung sowie durch die Einbringung des Nachprüfungsantrages nachgewiesen. Ihre Rechte könnten nur durch den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gewahrt werden. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise sei ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Den Informationen der Antragstellerin nach, hätten sowohl der präsumtive Zuschlagsempfänger als auch der preislich zweitgereichte Bieter kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit letztlich in der Chance auf Erlangung des Zuschlags, beeinträchtigt. Bei Verlust des Auftrages wären jene Kosten frustriert, die der Antragstellerin bis dato durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstanden seien. Darüber hinaus drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns und der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformes Vergabeverfahrens verletzt und zwar insbesondere in ihrem Recht auf:

- a) Gleichbehandlung aller Bieter insbesondere bei der Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung,
- b) Beachtung der vergaberechtlichen Selbstbindung der Auftraggeberin an ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und zwar im Hinblick auf die anzubietenden Schallabsorber,
- c) darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs. 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret - insbesondere im Hinblick auf die gesetzeskonforme Dauer des Stillhaltefrist - mitteile,
- d) Ausschluss der B*** wegen Vorliegens von Ausscheidensgründen,
- e) Ausschluss aller Mitbewerber, die nicht ausschreibungskonforme Schallabsorber angeboten oder einen sonstigen Ausscheidungsgrund erfüllt hätten
- f) darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und
- g) Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs sowie des Transparenzgebotes entspreche.

In der europaweiten Bekanntmachung und am Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass die Burghauptmannschaft Österreich Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei. Als Organisation, die

dem BMWFJ zuzuordnen sei, gelte in formalrechtlicher Hinsicht die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeber.

Zur formellen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Die Zuschlagsentscheidung vom 18.10.2011 sei bereits aus formellen Gründen vergaberechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Nach Mitteilung des Auftraggebers würde die Stillhaltefrist am 1.11.2011, 24.00 Uhr, enden. Nach §132 Abs. 1 BVergG betrage die Stillhaltefrist jedoch 10 Tage. Folglich ende diese bereits am 28.10.2011, 24.00 Uhr. Diese Mitteilung des Auftraggebers widerspreche daher den gesetzlichen Vorgaben. Ein Bieter, der auf die mitgeteilte Stillhaltefrist vertrauen würde, würde seine rechtlichen Möglichkeiten auf Einbringung eines Nachprüfungsantrages aufgrund von Verfristung verlieren. Hätte die Antragstellerin tatsächlich auf die Mitteilung des Auftraggebers vertraut, wäre der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei bereits deshalb für nichtig zu erklären.

Der Auftraggeber könne die korrekte Stillhaltefrist im laufenden Nachprüfungsverfahren nicht einfach "nachreichen". Der VwGH habe nämlich erkannt, dass eine vollständige Begründung im Sinne des §131 BVergG bereits unmittelbar in der Zuschlagsentscheidung enthalten sein müsse und nicht später nachgeholt werden könne (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081). Eine solche manipulierende und irreführende Vorgehensweise dürfe nicht dadurch belohnt werden, dass die korrekte Stillhaltefrist noch im Nachprüfungsverfahren nachgereicht werden dürfe. Aus diesen Gründen müsse die Zuschlagsentscheidung bereits bei Übersendung an die Bieter vollständig und gesetzeskonform auch im Hinblick auch die Stillhaltefrist begründet seien.

Zur materiellen Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Wie bereits ausgeführt, müssten die Bieter mit dem Angebot zumindest 3 Referenzen betreffend die Abwicklung von Schallabsorbern im Bürogebäude nachweisen. Die Antragstellerin verfüge über umfassende Kenntnisse des gesamten

entsprechenden europäischen Bietermarktes. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei als Lieferant der ausgeschriebenen Schallabsorber gänzlich unbekannt. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die geforderten Referenzen nicht nachgewiesen habe und daher wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit gemäß §129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Das BVA möge prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger tatsächlich 3 Referenzen nachgewiesen habe, mit denen die Mindestanforderungen gemäß Position 001113H des Leistungsverzeichnisses erfüllt würden.

Die Antragstellerin habe in ihrem Begleitschreiben zum Angebot darauf hingewiesen, dass die vom Hersteller O*** produzierten Schallabsorber nicht die technischen Spezifikationen erfüllen würden. Dies sei auch durch entsprechende Unterlagen nachgewiesen worden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sowohl der präsumtive Zuschlagsempfänger als auch der preislich zweitgereichte Bieter jeweils Schallabsorber des Herstellers O*** angeboten hätten. Die Antragstellerin habe Schallabsorber eines anderen Herstellers angeboten. Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei der Hersteller der Antragstellerin von keinem der beteiligten Bieter im Rahmen der Angebotserstellung kontaktiert worden, um entsprechende Zulieferangebote einzuholen.

Für die Schallabsorber des Hersteller O*** gebe es nicht die in den Positionen 700010B und 701010 des LV geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes. Mit einem angebotenen Schallabsorber des Herstellers O*** könnte bereits die Anforderung in Position 700010B und 701010 des LV dem Grunde nach nicht erfüllt werden. Zusätzlich würden die Schallabsorber von O*** auch die folgenden inhaltlichen Spezifikationen des LV nicht erfüllen:

- Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO 354 für den prüfnormkonformen Aufbau des Glaswand-Schallabsorbers GwSAbs (Lochblechabsorber) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes

- Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO 354 für den prüfnormkonformen Aufbau des Wand - Schallabsorbers WSAbs (textilbespannter Lochblechabsorber) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes
- Kein prüfnormkonformes vollständiges Prüfzeugnis nach DIN EN ISO10140-2: 2010-12 für den Schalldämmwert von 45 dB des Wandaufbaus (GwSAbs/ESG 12mm/GwSAbs) eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes
- Keine prüfnormkonformen vollständigen Prüfzeugnisse nach DIN EN ISO 354 für die hohen Absorptionsgrade von 63 Hz bis 2000 Hz für die GwSAbs und WSAbs eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes

Die Antragstellerin habe das Fehlen dieser Prüfzeugnisse und das Nichterfüllen dieser technischen Spezifikationen des LV durch Schallabsorber des Herstellers O*** gegenüber dem Auftraggeber nachgewiesen. Dennoch habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Bieters bekanntgegeben, der offensichtlich Schallabsorber des Herstellers O*** angeboten habe. Das BVA möge prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger tatsächlich Schallabsorber des Herstellers O*** angeboten habe. Weiters sei zu prüfen, ob die in den Positionen 700010B und 701010 des LV geforderten Prüfzeugnisse eines unabhängigen akkreditierten Prüfinstitutes tatsächlich vorliegen würden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich gezwungen sehe, die Chance auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und insbesondere auf Zuschlagserteilung, durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu sichern. Die Interessen der Antragstellerin würden die Interessen des Auftraggebers deutlich überwiegen. Darüberhinaus würden keine öffentlichen Interessen vorliegen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden. Allein durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung könne verhindert werden, dass der öffentliche Auftraggeber unumkehrbare Tatsachen schaffe. Es seien auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu berücksichtigen. Dem der Antragstellerin drohenden Schaden stünden keine

finanziellen Mehrkosten des Auftraggebers gegenüber, welche die Nichterlassung der einstweiligen Verfügung rechtfertigen könnten. Eine einstweilige Verfügung sei vorerst nur für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu erlassen, sodass das weitere Vergabeverfahren voraussichtlich nur für 6 Wochen "blockiert" wäre. Auch eine besondere Dringlichkeit des Vergabeverfahrens sei nicht zu erkennen. Dies insbesondere, da der Auftraggeber für die Angebotsprüfung mehr als eineinhalb Monate gebraucht habe. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, seien nicht ersichtlich. Vielmehr spreche ein besonderes öffentliches Interesse dafür, die einstweilige Verfügung zu erlassen. Ein solches besonderes öffentliches Interesse sei darin zu erblicken, dem tatsächlichen Best- bzw. Billigstbieter den Zuschlag in einem transparenten und objektiv nachvollziehbaren Vergabeverfahren zu ermöglichen.

Mit Schriftsatz vom **2. November 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber des Beschaffungsvorhabens "Lieferung Schallabsorber" sei die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend. Vergebende Stelle sei die Burghauptmannschaft Österreich.

Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX,-- exkl USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei österreichweit und EU-weit am 11.7.2011 bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote habe am 2.9.2011 stattgefunden. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers B*** belaufe sich auf netto Euro XXXX,--, jener der Antragstellerin auf Euro XXXX netto. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 18.10.2011 per E-Mail an alle im Verfahren verbliebenen Bieter erfolgt.

Das Verfahren befinde sich derzeit im Stadium der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag nicht erteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Vergebende Stelle ist die Burghauptmannschaft Österreich.

Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung 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 Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 18.10.2011 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 28.10.2011 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 Angebot der Antragstellerin wurde auch nicht ausgeschieden. 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 Nichtigkeitsklärung 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 Bundesvergabebeamten 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 der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der 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 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 dann frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, aus entgangenem Gewinn und aus den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung entstünde. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise dargetan. Der drohende Schaden ist glaubhaft zu

machen. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden droht.

Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 18.7.2011, N/0067-BVA/09/2011-EV6 uva).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabebeamten 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. Eine solche wurde auch vom Auftraggeber nicht vorgebracht.

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 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 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.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Wien, am 8. November 2011

Der Vorsitzende des Senates 9:

Mag. Gerhard Prünster