

# TE Bvwg Beschluss 2021/5/27 W139 2242607-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2021

## Entscheidungsdatum

27.05.2021

## Norm

BVergG 2018 §12 Abs1  
BVergG 2018 §151  
BVergG 2018 §2 Z15  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §350 Abs1  
BVergG 2018 §350 Abs2  
BVergG 2018 §351 Abs1  
BVergG 2018 §351 Abs3  
BVergG 2018 §351 Abs4  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
B-VG Art133 Abs4  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W139 2242607-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der XXXX , vertreten durch Frieders Tassul & Partner Rechtsanwälte, Stadiongasse 6-8, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina), Los 1“ der Auftraggeberin Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien:

A)

Dem Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht möge durch einstweilige Verfügung der Auftraggeberin Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag untersagen, das Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ über den Abschluss eines Rahmenvertrages in Los 1 über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina fortzusetzen, insbesondere den Zuschlag im Vergabeverfahren in Los 1 zu erteilen bzw. die Rahmenvereinbarung in Los 1 abzuschließen“, wird dahingehend stattgegeben, als der Auftraggeberin, der Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina (Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina), Los 1“ den Zuschlag zu erteilen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## **Text**

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Am 20.05.2021 stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit den Anträgen ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 342ff BVergG 2018 einzuleiten, Einsicht in den gesamten Vergabeakt der Auftraggeberin zu gewähren, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 11.05.2021 sowie auf Gebührenersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Das betreffende Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ habe den Abschluss von Rahmenverträgen in zwei Losen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes in der Albertina zum Gegenstand, wobei der bestehende interne Sicherheitsdienst unter anderem im Bereich der Sicherheitszentrale der Albertina sowie bei Veranstaltungen in Funktion der Oberaufsicht tätig sei. Zur Überbrückung personeller Engpässe bei der Besetzung der Sicherheitszentrale (Los 1) und zur Unterstützung bei Veranstaltungen (Los 2) werde ein externer Sicherheitsdienstleister gesucht. Die je Los zu vergebenden Rahmenverträge sollten für die Dauer von fünf Jahren mit der Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils 12 Monate abgeschlossen werden.

Die Auftraggeberin habe das Verfahren gemäß § 151 Abs 1 BVergG zur Vergabe von besonderen Dienstleistungen iSd Anhang XVI Kategorie L in Anlehnung an ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin beantrage die Einleitung und Durchführung des Nachprüfungsverfahrens bezüglich der gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin, wonach diese beabsichtige, in Los 1 des Vergabeverfahrens „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ über den Abschluss von Rahmenverträgen über die Unterstützung des Sicherheitsdienstes der Mitbieterin XXXX den Zuschlag zu erteilen.

Das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund des anzuwendenden Bestbieterprinzips an dritter Stelle gereiht. Bei gesetzes- und ausschreibungskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre sowohl das Angebot der präsumtiven Bestbieterin als auch das der zweitgereihten Bieterin auszuschneiden gewesen, sodass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag in Los 1 erteilt hätte werden müssen. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin auch als drittgereichte Bieterin ein erhebliches Interesse an der Nachprüfung der hiermit angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin und sei daher antragslegitimiert.

Die Antragstellerin bezeichnete ihr Interesse am Vertragsabschluss, den ihr drohenden Schaden und die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Zur notwendigen Ausscheidung der Angebote der präsumtiven Bestbieterin sowie der zweitgereihten Bieterin führte

die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sowohl die Bestbieterin als auch die zweitgereichte Bieterin eine Mindestanforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit und somit ein Eignungskriterium nicht erfüllen würden.

Die Bieter müssten über ein aktuelles gültiges Zertifikat der Österreichischen Zertifizierungsstelle für Sicherheitstechnik („ÖZS“) Basisausbildung oder gleichwertig verfügen. Das „ÖZS“-Zertifikat diene dem Nachweis für die Einhaltung der ÖZS Richtlinie für die Zertifizierung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen, der gültigen ÖZS BW2:2019-09-01. Gemäß der Richtlinie müssten sämtliche in den letzten drei Jahren neu eingetretenen Mitarbeiter (mit wenigen Ausnahmen) eine Basisausbildung Bewachungs-/Sicherheitsdienst absolvieren, wobei diese Basisausbildung samt Prüfung spätestens einen Monat nach Anstellung des jeweiligen Mitarbeiters absolviert werden müsse (nur in Ausnahmefällen innerhalb von zwei Monaten). Die Angebotsbestimmungen würden darüber hinaus explizit verlangen, dass diese Basisausbildung „zumindest für alle neueingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre nachgewiesen werden“ könne. Hierbei handle es sich um eine Eignungskriterium, sodass bei dessen Nichterfüllung das Angebot des jeweiligen Bieters jedenfalls auszuschneiden sei.

Die präsumtive Bestbieterin habe es zumindest im Jahr 2018 unterlassen, sämtliche ihrer neueingetretenen Mitarbeiter zur Basisausbildung anzumelden, sodass dieses für die ÖZS Zertifizierung notwendige Kriterium nicht erfüllt worden sei. Diese Versäumnis sei auch von der Bestbieterin zugestanden worden. Selbst wenn die Mitarbeiter der Bestbieterin in der Folge die Basisausbildung nachgeholt hätten, sei das Erfordernis der ÖZS Richtlinie nicht erfüllt. Eine erst später vorgenommene Schulung könne diesen Mangel nicht heilen, da die betreffenden Mitarbeiter bis zur Absolvierung der Schulung offenkundig ungeschult operativ tätig gewesen seien, wodurch die Qualität der Leistung unter dem vom ÖZS geforderten Niveau geblieben sei. Da bereits einige Mitarbeiter wieder ausgeschieden seien, sei selbst bei Annahme der Sanierbarkeit durch eine später absolvierte Basisausbildung, die Anforderung gemäß der Richtlinie hinsichtlich ungeschult wieder ausgetretener Mitarbeiter unwiederbringlich jedenfalls nicht entsprochen worden. Es bestehe Grund zur Annahme, dass auch im weiteren Zeitverlauf bis zur Angebotsabgabe im gegenständlichen Verfahren nicht sämtliche neu eingetretenen Mitarbeiter fristgerecht eine ÖZS-konforme Basisausbildung samt Prüfung absolviert hätten, wodurch sich die Bestbieterin weiterhin einen Wettbewerbsvorteil verschaffe, indem sie sich Ausbildungskosten erspart oder zumindest einen Stundungseffekt erwirkt habe.

Daher verstoße die angefochtene Entscheidung gegen den vergaberechtlichen Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes.

Ein ÖZS-Zertifikat werde infolge eines Zertifizierungsaudits ausgestellt und behalte gemäß Punkt 5. der Richtlinie seine Gültigkeit für die Dauer von drei Jahren ab Ausstellungsdatum. Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin erfolge im Rahmen eines Zertifizierungsaudits keine Prüfung der letzten drei Jahre, sondern lediglich eine Prüfung des dem Prüfzeitpunkt vorangegangenen Jahres, weswegen das vorgelegte ÖZS-Zertifikat keinen Beleg für die richtlinienkonforme und ausschreibungskonforme Durchführung der für „alle neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre“ zu absolvierenden Grundausbildung darstelle. Die Vorlage des ÖZS-Zertifikates allein reiche für den Nachweis nach Punkt 4.2.5.1 der Angebotsbestimmungen Teil A1 sohin nicht aus, werde damit doch auch nicht belegt, dass Mitarbeiter, die nach dem letzten Zertifizierungsaudit eingestellt wurden, ordnungsgemäß und fristgerecht die Basisausbildung samt Prüfung absolviert haben. Der gemäß Punkt 4.2.5.1 (b) zu betrachtende Zeitraum „der letzten drei Jahre“ sei wohl bis zum Beginn des Vergabeverfahrens zu berechnen, da gemäß Punkt 4.1. des Teils A1 der Angebotsbestimmungen sämtliche Eignungskriterien der Bieter während der gesamten Laufzeit des Vergabeverfahrens erfüllt sein müssen. Durch die Auftraggeberin wäre sohin der Nachweis hinsichtlich aller neu eingetretenen Mitarbeiter der letzten 3 Jahre zu fordern gewesen. Hierzu würde eine Abfrage der Anmeldungen zur Sozialversicherung für den betreffenden Zeitraum ein zumutbares Mittel darstellen, wodurch ein Abgleich ermöglicht würde.

Hinsichtlich des angebotenen bewertungsrelevanten Mischstundensatzes gehe die Antragstellerin davon aus, dass die präsumtive Bestbieterin angesichts des deutlich günstigeren Mischstundensatzes in ihrem Angebot nicht sämtliche Lohnkosten berücksichtigt habe. Sollte sich herausstellen, dass die präsumtive Bestbieterin den Stundenlohn beispielsweise für Nachtdienste Montag bis Sonntag, 22:00 — 06:00 Uhr mit einem geringeren Betrag als EUR XXXX kalkuliert habe, würde das Angebot der präsumtiven Bestbieterin der Ausschreibung widersprechen und wäre auch aufgrund dessen auszuschneiden gewesen.

Das Angebot der zweitgereihten Bieterin sei ebenfalls auszuschneiden gewesen, zumal sie ebenfalls den Nachweis der absolvierten Basisschulung durch alle neu eingetretenen Mitarbeiter in den letzten drei Jahren nicht erfülle. Auch hinsichtlich der zweitgereihten Bieterin wäre die Preiskalkulation betreffend die Nachtdienste einer angemessenen Prüfung zu unterziehen gewesen.

Die Entscheidung, die präsumtive Bestbieterin für die Zuschlagserteilung in Aussicht zu nehmen, sei rechtswidrig erfolgt, sodass das gegenständliche Vergabeverfahren mangelhaft und die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetz- und ausschreibungskonformen Vergabeverfahren verletzt sei.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen folgendes aus:

Dem Antrag auf Nachprüfung und Nichtigerklärung komme keine aufschiebende Wirkung zu. Da die Stillhaltefrist bereits am 21.05.2021(24 Uhr) ablaufe und damit der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der präsumtiven Bestbieterin gegebenenfalls noch vor der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag erfolge, würde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen werden, im Falle der Stattgebung der Anträge im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten bzw. die Rahmenvereinbarung in Los 1 abzuschließen, sodass ihr dadurch ein Schaden entstehen würde.

Eine lediglich ex post getroffene Feststellung über die Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen könne die Chance auf die Zuschlagserteilung bzw. den Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht ausgleichen, zumal es sich um eine entzogene Möglichkeit zur Ausführung eines Referenzprojektes handeln würde.

Die Antragstellerin beantrage daher die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung bzw. des Abschlusses der Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens seien die Interessen der Antragstellerin wesentlich bedroht. Es würden ihr die aufgezeigten Schäden, so ua der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes, drohen. Zwingende öffentliche Interessen zur Fortführung des Vergabeverfahrens und zur ehestmöglichen Zuschlagserteilung bestünden nicht. Da die Auftraggeberin die ausgeschriebene Leistung aktuell selbst erbringe und die ausgeschriebenen Dienstleistungen nur auf Abruf zu erfolgen hätten, könne die Auftraggeberin die Dienstleistungen jedenfalls für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens weiterhin selbst erbringen. Eine Gefährdung des Betriebes der Auftraggeberin sei somit nicht gegeben.

Die Antragstellerin beantrage daher, das Bundesverwaltungsgericht möge durch einstweilige Verfügung der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagen, das gegenständliche Vergabeverfahren in Los 1 fortzusetzen, insbesondere den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu Los 1 zu erteilen bzw. die Rahmenvereinbarung zu Los 1 abzuschließen.

2. Am 26.05.2021 erteilte die Auftraggeberin, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und Unterlagen des Vergabeverfahrens wird vorerst im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts. Im März 2021 schrieb sie den verfahrensgegenständlichen Auftrag, „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“, in einem Verfahren gemäß § 151 Abs 1 BVergG 2018 zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip (Gesamtpreis 70%, Qualität 30%) aus (unionsweite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 31. März 2020 zur Zahl 2021/S 063-160301; nationale Bekanntmachung im Unternehmensserviceportal am 28.03.2021).

Die Ausschreibung blieb unangefochten. Sowohl die Antragstellerin als auch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren.

Mit Schreiben vom 11.05.2021 wurde der Antragstellerin von der Auftraggeberin mit als „Bekanntgabe

Zuschlagsentscheidung Los 1“ bezeichnetem Schreiben bekannt gegeben, den Zuschlag in Los 1 im Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ der XXXX als Bestbieterin erteilen zu wollen. Begründend wurde ausgeführt, dass das Angebot der Bestbieterin im Zuschlagskriterium „Preis“ mit XXXX Punkten und im Zuschlagskriterium „Qualität“ im Subkriterium „Personalkompetenz“ mit XXXX Punkten und im Subkriterium „Unternehmenskompetenz-Konzept“ mit XXXX Punkten bewertet und daher eine Gesamtpunktezahl von XXXX Punkten erreicht worden sei. Die Antragstellerin habe im Kriterium „Preis“ XXXX Punkte, im Subkriterium „Personalkompetenz“ XXXX Punkte und im Subkriterium „Unternehmenskompetenz-Konzept“ XXXX Punkte und somit eine Gesamtpunktezahl von XXXX Punkten erreicht.

Mit Schriftsatz vom 20.05.2021, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am selben Tag, brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zu Los 1 ein und beantragte hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu Los 1 die Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, insbesondere die Untersagung der Zuschlagserteilung bzw. des Abschlusses der Rahmenvereinbarung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin entrichtete die Pauschalgebühr in entsprechender Höhe.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

## 2. Rechtliche Beurteilung:

### Zu A) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

#### 1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und zur Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verahreinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Albertina Wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 (BVwG 11.02.2015, W114 2012725-1, § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 7 BVergG 2018 um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG 2018, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und damit zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 350 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG 2018 iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit ii BVergG 2018.

## 2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 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 § 351 Abs 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht 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 § 351 Abs 3 BVergG 2018 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes 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.

Gemäß § 351 Abs 4 BVergG 2018 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 Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Auftraggeberin, der Bieterin XXXX den Zuschlag in Los 1 im Vergabeverfahren „Sicherheitsdienstleistungen Albertina“ erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren schon angesichts der kurzen Entscheidungsfrist nicht abzusprechen (siehe etwa VwGH 04.11.2013, AW 2013/04/0045). Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da bei Zutreffen der Behauptung der Antragstellerin die Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängern rechtswidrig sein könnte und der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 69 BlgNr XXVI. GP 203).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf finanzielle Einbußen, nämlich ua den Gewinnentgang und die frustrierten Kosten der Rechtsvertretung, sowie auf den Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes verweist. Am Vorliegen dieses drohenden Schadens besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung ist plausibel. Ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (siehe VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127). Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären – durch Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt

(VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm).

Die Auftraggeberin hat sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Sie hat keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt und keine besondere Dringlichkeit der Vergabe ins Treffen geführt. Dem Bundesverwaltungsgericht sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt und wurden solche auch nicht von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bezeichnet.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 16.11.2018, W139 2209121-1/9E; BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 351 Abs 1 BVergG 2018 nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs 3 BVergG 2018 auszusprechen war, als damit die Schaffung von unumkehrbaren Tatsachen zum Nachteil der Wettbewerbsposition der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vermieden wird. Im Rahmen des Provisorialverfahrens ist nicht hervorgekommen, dass es sich vorliegend um die Entscheidung über die Auswahl der Rahmenvereinbarungspartnerin handeln würde. Die Auftraggeberin selbst bezeichnet die angefochtene Entscheidung als Zuschlagsentscheidung, weswegen der Auftraggeberin auch die Erteilung des Zuschlages – nämlich basierend auf der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin vom 11.05.2021 – untersagt wurde.

Soweit sich das Begehren der Antragstellerin auf das Untersagen jeglicher Fortführung des Vergabeverfahrens in Los 1 richtet, ist dieses als überschießend abzuweisen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist kein Grund bekannt und ist das Vorliegen eines solchen seitens der Antragstellerin auch nicht entsprechend vorgebracht worden, welcher es erfordern würde, der Auftraggeberin jedes weitere Tätigwerden im Vergabeverfahren zu untersagen. Die beantragte Maßnahme stellt im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrolle nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß §§ 350 Abs 1 und 351 Abs 3 BVergG 2018 dar. Die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin wäre über Gebühr eingeschränkt. Denn dies würde im Ergebnis bedeuten, dass der Auftraggeberin jede Disposition im vorliegenden Vergabeverfahren, und damit auch eine Rücknahme der angefochtenen Ausscheidensentscheidung, unmöglich wäre (ua BVwG 21.02.2019, W139 2214380-1/2E mwN).

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass nach nunmehr ständiger Rechtsprechung eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 351 Abs 4 BVergG 2018 als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VfGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>3</sup> [2015], § 391 Rz 2).

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl dazu VfGH 06.11.2002, 2002/04/0138; 30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 24.02.2006, 2004/04/0127; 01.03.2007, 2005/04/0239; 27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 22.06.2011, 2009/04/0128; 29.09.2011, 2011/04/0153; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) ab, noch fehlt es an einer

Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Angebot ausschreibungswidrig Dauer der Maßnahme Dienstleistungsauftrag einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist Interessenabwägung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen Provisorialverfahren Rahmenvertrag Schaden Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren wirtschaftliche Interessen Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W139.2242607.1.00

### **Im RIS seit**

13.09.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

13.09.2021

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)