

ZAHL  
20001-SVKS/67/5-2009

DATUM  
17.6.2009

CHIEMSEEHOF  
✉ POSTFACH 527, 5010 SALZBURG  
[vks@salzburg.gv.at](mailto:vks@salzburg.gv.at)  
FAX (0662) 8042 – 3111  
TEL (0662) 8042 - 2028  
Mag.Dr. Manfred Huber

BETREFF

**BESCHIED**

- Vergabesache:** Offenes Verfahren: "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem"
- Antragstellerin:** S [REDACTED] AG, [REDACTED]  
[REDACTED]
- vertreten durch:** Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Ernest-Thun-Str. 12, 5020 Salzburg  
Fax: 0662 - 87 61 57 - 22; E-Mail: [kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at](mailto:kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at)
- Antragsgegnerin:** S [REDACTED] GmbH, [REDACTED]  
[REDACTED]  
Ausschreibende Stelle:  
T [REDACTED] GmbH,  
[REDACTED]  
[REDACTED]
- (vorerst)  
mitbeteiligte Partei:** K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen,  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg erlässt durch den Vorsitzenden der Kammer A des Vergabekontrollsenates, Richter Dr. Friedrich Gruber, folgende

### **einstweilige Verfügung:**

Der Antragsgegnerin S [REDACTED] GmbH wird untersagt, im Vergabeverfahren "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem" den Zuschlag zu erteilen. Diese Maßnahme gilt für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zur Entscheidung in der Hauptsache.

Rechtsgrundlagen: §§ 29 bis 31 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 idF LGBl Nr 24/2009 iVm Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006.

### **Begründung:**

Die S [REDACTED] GmbH führt ein offenes Vergabeverfahren betreffend die "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem" durch. Die Bekanntmachung erfolgte am 24.4.2009 als Verfahren im Unterschwellenbereich "Bekanntmachung - Sektoren" unter [lieferanzeiger.at/auftrag.at](http://lieferanzeiger.at/auftrag.at).

Mit Schreiben vom 4.6.2009 gab die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "Fa K [REDACTED] GesmbH ([REDACTED])", bekannt.

Am 10.6.2009 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin erachte sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt:

- Im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG.
- Im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung.

- Im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten einschließlich Angeboten, deren Angebotspreis nicht angemessen ist oder deren Bieter nicht befugt sind, sowie von Angeboten, die nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 118 BVergG verlesen worden sind.
- Im Recht auf Zuschlagserteilung an (sie als) den richtigen Bestbieter.

Sie beantragte, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und die Antragsgegnerin zum Ersatz der Gebühren zu verpflichten.

Hinsichtlich ihres Schadens führte sie aus, dass ihr - sollte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden - ein Schaden von insgesamt zumindest € 51.600,00 an marktüblichem entgangenen Gewinn, frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung drohe. Weiters handle es sich bei diesem Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt.

Zum Sachverhalt führte die Antragstellerin aus, dass sie zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, wodurch auch ihr Interesse am Vertragsabschluss evident sei.

Am 18.05.2009 seien die Angebote eröffnet und das Angebotseröffnungsprotokoll verfasst worden. Vor Ablauf der Angebotsfrist seien zwei Angebote eingelangt, wobei eines davon das ihre gewesen sei. Es sei unklar, ob die mitbeteiligte Partei oder die S [REDACTED] GmbH das weitere Angebot gelegt habe. Verlesen worden seien gemäß Angebotseröffnungsprotokoll lediglich das Angebot der Antragstellerin sowie ein Angebot der [REDACTED]. Bei der Eröffnung der Angebote sei auf Bieterseite neben den Mitarbeitern der Antragstellerin auch Herr C [REDACTED] [REDACTED] welcher als Mitarbeiter der "S [REDACTED]" aufgetreten sei, anwesend gewesen.

Aus dem Angebot der "S [REDACTED]" sei ein Gesamtpreis von € 499.830,63 verlesen worden, darin enthalten ein Betrag aus Leistungsgruppe (LG) 19 Wartungs- und Instandhaltungskosten mit € 105.813,30.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 laute auf die "K [REDACTED] GmbH" und weise als Vergabesummen für die Errichtung netto € 394.017,33 und Wartung für 10 Jahre netto € 105.813,30 aus. Als Gesamtzahl der erreichten Punkte für Preis und Qualität gemäß Ausschreibung "Abschnitt 1" sei (offenbar für den Bestbieter) eine Punktezahl von 92,67 angegeben worden.

Auf Anfrage der Antragstellerin zu den Gründen für die Ablehnung ihres Angebots sei ihr am 5.6.2009 wie folgt geantwortet worden:

"Sehr geehrter Herr M [REDACTED]

Bezug nehmend auf Ihr Mail darf ich Ihnen im Anhang die Auswertung der Zuschlagskriterien für beide Bieter übermitteln.

Da beide Angebote in formeller wie auch in technischer Sicht dem Auftraggeberentwurf Abschnitt 1 bis Abschnitt 7 in allen Punkten entsprochen haben, war kein Angebot gemäß BVergG 2006 auszuschneiden. Aus diesem Grunde wurde der Bestbieter anhand der Zuschlagskriterien ermittelt. Für weitere Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dipl.-Ing. H [REDACTED]

Eine verbale schriftliche Begründung für die Zuschlagsentscheidung sei nicht abgegeben worden.

Daraus würden sich folgende Rechtswidrigkeiten ergeben, welche die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung zur Folge hätten:

- Unzulässige Zuschlagsentscheidung:

Die S [REDACTED] GmbH sei sowohl Auftraggeber als auch ausschreibende Stelle. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei jedoch von der T [REDACTED] [REDACTED] GmbH abgegeben worden. Sie enthalte keinen Verweis darauf, dass die T [REDACTED] im Vollmachtsverhältnis oder als ausschreibende Stelle der Auftraggeberin S [REDACTED] GmbH handle, vielmehr werde in der Zuschlagsentscheidung die S [REDACTED] GmbH mit keinem Wort erwähnt.

Überdies enthalte die Zuschlagsentscheidung keine ausreichende Begründung, warum ihr Angebot nicht zum Zug gekommen sei. Selbst über Nachfrage sei ihr lediglich eine Tabelle mit zahlenmäßiger Punktedarstellung übermittelt worden, ohne dass die einzelnen Gründe verbal dargelegt worden wären. Nach § 131 BVergG seien die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten, wobei in den schriftlichen Darlegungen des Auftraggebers im Einzelnen verbal ausgeführt werden müsse, warum eine bestimmte Bewertung vorgenommen worden sei.

Aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung aus formalen Gründen rechtswidrig.

- Beabsichtigter Zuschlag auf ein Angebot, das nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 118 BVergG verlesen worden sei:

Die K [REDACTED] GmbH sei als Rechtsobjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Kapitalgesellschaft GmbH) unter Firmenbuchnummer [REDACTED] beim Handelsgericht Wien eingetragen und nicht ident mit ihrer Gesellschafterin S [REDACTED] GmbH,

Amtsgericht

Obwohl gemäß dem Angebotseröffnungsprotokoll lediglich ein Angebot der S GmbH verlesen worden sei, sei der Zuschlag nunmehr auf ihre Tochtergesellschaft K GmbH erfolgt.

Mangels Verlesung des für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebots sei die Zuschlagsentscheidung ebenfalls rechtswidrig.

- Sonstige Mängel des Vergabeverfahrens, welche auf die Zuschlagsentscheidung zugreifen:

Der überwiegende Teil der Leistung sei die Lieferung eines Parkzugangssystems, allfällige Bauleistungen seien untergeordnet und mit weniger als 2 % des Leistungsumfanges zu bewerten, sodass in Wirklichkeit eine Lieferleistung und keine Bauleistung ausgeschrieben sei und somit die Ausschreibung einer Lieferleistung im Oberschwellenbereich notwendig gewesen wäre.

Hinzu komme, dass eine Bekanntmachung für Sektoren verwendet und als Haupttätigkeiten des Auftraggebers "Strom" angegeben worden sei. Die Antragsgegnerin sei aber zweifellos kein Stromproduzent, sondern Parkraumverwerter, welcher keine Sektorentätigkeit ausübe. Auch aus diesem Grund sei die Bekanntmachung unrichtig erfolgt und das Vergabeverfahren (mangels EU-weiter Bekanntmachung) intransparent und mangelhaft. Die Ausschreibung sei daher nichtig. Dieser Mangel sei zwar präkludiert, aber so gravierend und den wesentlichen Grundsätzen des Vergabeverfahrens wie Transparenz, Bietergleichbehandlung und fairem, lauterem Wettbewerb widersprechend, dass damit auch die Zuschlagsentscheidung von einem Mangel betroffen sei, der zu ihrer Nichtigkeit führen müsse.

Mangels rechtsgültiger und transparenter Ausschreibung sei daher auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

- Mangelnde technische Leitungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin K GmbH, offenbar unrichtige Referenzangaben:

Soweit der K GmbH, der Tochtergesellschaft der S GmbH Deutschland, der Zuschlag erteilt werden solle, könne diese nach Branchenkenntnis der Antragstellerin keine ausreichenden Referenzen und auch keine ausreichende Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des ausgeschriebenen Leistungsumfanges vorweisen.

Sie müsse sich daher in ihrem Angebot auf Referenzen der Muttergesellschaft S GmbH berufen bzw diese auch als Subunternehmerin genannt haben. Soweit sie sich auf Referenzen der Muttergesellschaft berufe, sei dies nur zulässig, soweit diese eine ausreichende Zurverfügungstellungserklärung abgegeben habe.

Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund habe die tatsächliche Verfügbarkeit für den Bieter zur Voraussetzung. Allein die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, reiche zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus. Schon auf Grundlage der im Eröffnungsprotokoll und der Zuschlagsentscheidung unterschiedlich angegebenen Unternehmensbezeichnungen liege eine unzulässige Vermischung der Ressourcen der Muttergesellschaft S [REDACTED] GmbH und ihrer Tochter K [REDACTED] GmbH nahe.

Eine unrichtige Zurechnung eines von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojektes oder einer sonstigen Angabe zu ihrer technischen Leistungsfähigkeit laufe aber den auf Gleichbehandlung ausgerichteten Vergabegrundsätzen zuwider. Soweit im Angebot der K [REDACTED] GmbH eine Zurverfügungstellungserklärung der S [REDACTED] GmbH nicht abgegeben oder Referenzangaben unzulässig vermischt worden seien, sei die Wertung der Referenzen unzulässig und wäre das Angebot mangels Nachweis der technischen Leitungsfähigkeit auszuscheiden.

Gemäß der Ausschreibung sei überdies eine Hotline gefordert (Ausschreibungsunterlagen Punkt 4.6.6.4 und 4.6.6.5, Abschnitt 4, Seite 109), wonach im Störfall kurzfristig reagiert werden könne. Der Antragstellerin sei bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH Österreich über keine solche Hotline verfüge, sondern ausschließlich die S [REDACTED] GmbH [REDACTED]. Soweit im Angebot die S [REDACTED] [REDACTED] GmbH bezüglich dieser Hotline nicht als Subunternehmer genannt werde, sei dies ebenfalls unzulässig und wäre das Angebot auch aus diesem Grund auszuscheiden.

Überdies sei der Antragstellerin aus der Branche bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH Österreich keine eigenen Rechner (welche Ausschreibungsgegenstand seien) herstelle oder produziere, sondern vielmehr ihre Muttergesellschaft S [REDACTED] GmbH. Soweit diese wiederum für die Ausschreibung nicht als Subunternehmer bezüglich der Rechner genannt sei, wäre das Angebot ebenfalls auszuscheiden, da der Leistungsumfang diesbezüglich jedenfalls über 2% liege und es sich bei diesem Auftrag tatsächlich um einen Lieferauftrag handle und somit die Lieferung der Rechner als wesentlicher Teil des Auftrages eine Subunternehmerleistung darstelle.

- Offenbar mangelnde Befugnis der S [REDACTED] GmbH als Subunternehmerin (oder Bieterin?):

Soweit die K [REDACTED] GmbH ihre Muttergesellschaft als Subunternehmerin genannt habe, sei es fraglich, ob diese die ausreichende Befugnis in Österreich aufweisen könne. S [REDACTED] GmbH sei unter [REDACTED] beim Amtsgericht [REDACTED] [REDACTED] eingetragen, wobei der Antragstellerin nicht bekannt sei, welche Gewerbeberech-

tigungen diese aufweise.

Wenn eine grenzüberschreitende Tätigkeit, wie hier der Fall, ein im § 94 GewO angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen seien, zum Gegenstand habe, so habe der Dienstleister gemäß § 373 a Abs 4 GewO dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen. Dabei habe er diesen über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren sowie umfangreiche Urkunden nachzuweisen. Erst wenn bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit keine Reaktion des Bundesministers erfolge, dürfe die grenzüberschreitende Tätigkeit erbracht werden (§ 373a Abs 5 Z 3 GewO).

Für die S [REDACTED] GmbH bestehe als allfällige präsumtive Zuschlagsempfängerin, jedenfalls aber als allenfalls benannte Subunternehmerin mit Sitz in Deutschland für das Anbieten von grenzüberschreitenden Tätigkeiten gemäß § 94 GewO das Erfordernis der Anzeige gemäß § 373a Abs 4 GewO, und zwar auch dann, wenn es sich bei der K [REDACTED] GmbH und der S [REDACTED] GmbH um konzernverbundene Unternehmen handle.

Auch wenn die §§ 20 Abs 1 bzw 129 Abs 1 Z 11 BVergG lediglich auf das Erfordernis der Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß § 373c GewO, aber nicht auf das Erfordernis einer Anzeige und der damit verbundenen Entscheidung des Bundesministers gemäß § 373a Abs 5 Z 2 GewO verweisen würden, sei in Hinblick darauf, dass die Ausübung einer reglementierten Tätigkeit durch einen in § 373a GewO genannten Dienstleister erst nach einer vom Bundesminister durchzuführenden Überprüfung auf Grundlage der vorzulegenden Urkunden gemäß § 373 Abs 4 iVm Abs 5 Z 2 GewO und der darauf basierenden behördlichen Entscheidung zulässig sei. Das Angebot eines Bieters sei in analoger Anwendung des § 129 Abs 1 Z 11 BVergG auszuschneiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderliche Anzeige gemäß § 373a Abs 4 GewO erstattet habe.

Soweit der Antragstellerin bekannt sei, habe die S [REDACTED] GmbH eine solche Dienstleistungsanzeige nicht abgegeben, weshalb das Angebot auszuschneiden sei, wenn S [REDACTED] GmbH als maßgeblicher Subunternehmer genannt worden sei bzw ein Zuschlag auf die S [REDACTED] GmbH erfolgen solle.

- Spekulative/unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises:

Wie der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen sei, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die LG 19 Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten mit einem Betrag von lediglich € 105.813,30 angeboten. Die Antragstellerin habe dagegen einen Betrag

von € 205.648,00 angeboten, sohin fast 100 % über dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die Antragstellerin habe hinsichtlich Wartung und Instandhaltungsarbeiten beim ausgeschriebenen Leistungsgegenstand jahrzehntelange Erfahrung und äußerst knapp kalkuliert. Es sei in der Branche bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH üblicherweise in der Position Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten nicht günstiger kalkulieren könne als die Antragstellerin. Daher sei ein Unterschreiten des von der Antragstellerin angebotenen Preises in LG 19 nur durch wegspekulieren einzelner Positionen oder Anwendung eines unrichtigen Indexschlüssels oder durch nicht kaufmännische Kalkulation denkbar. Es liege somit nahe, dass die Antragsgegnerin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, wozu sie aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Preises in LG 19 verpflichtet gewesen wäre.

Der Vergabekontrollsenat werde ersucht, die Position LG 19 Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten im Angebot der K [REDACTED] GmbH zu prüfen, insbesondere, ob die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, sowie weiters eine Prüfung der Kalkulation und die Preisangemessenheit in Form einer Plausibilitätsprüfung durchzuführen.

§ 19 Abs 1 letzter Satz BVergG normiere den Grundsatz der Preisangemessenheit.

Demnach dürften Aufträge nur zu angemessenen Preisen vergeben werden. Angebote, deren Preise in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stünden, seien auszuschneiden (§ 129 Abs 1 Z 3 BVergG). Der Preis für die LG 19 Wartungs- und Installationsarbeiten stehe in auffallendem Missverhältnis zu den in LG 19 tatsächlich geforderten Positionen (Ausschreibungsunterlagen Abschnitt 6, Punkt 7.2., Seiten 99 ff). Wären alle diese Positionen tatsächlich und kaufmännisch erklärbar richtig ausgepreist worden, hätte sich in dieser Position ein wesentlich höherer Preis ergeben müssen.

Allein aus der Verwendung eines anderen Indexschlüssels würden sich solche Unterschiede nicht ohne weiteres erklären lassen, da es sich bei dieser Position vor allem um "Man-Power" Leistungen handle, welche ausschließlich durch Angestellte oder sonst beauftragte Personen durchgeführt werden könnten und wiederum unter arbeitsrechtlichen Vorgaben gewisse Mindestkosten verursachen würden. Derartige Preisunterschiede würden sich nur durch unzulässige Nachlässe oder Auslassen einzelner Positionen oder kaufmännisch nicht nachvollziehbarer Einzelpositionen erklären lassen.

Dazu sei auch der in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Leistungsgruppe 19 umfangreich umschriebene Leistungsumfang zu berücksichtigen. Für Branchenkenner sei nicht denkbar, dass die umfangreichen Leistungen auf 10 Jahre mit einem Wartungs- und Instandhaltungsaufwand von lediglich € 105.813,30 abgewickelt werden



könnten.

Offenbar seien auch die unter Punkt 4.6.6.13 angeführten Garantieverfüllungen der spezifizierten Verfügbarkeitskriterien nicht entsprechend bewertet und die diesbezüglichen Kosten einfach wegspekuliert worden. Hier sei offenbar die unter Punkt 4.6.6.13 angeführte Verfügbarkeitsformel mit angeknüpften Vertragsstrafen kaufmännisch nicht ausreichend berücksichtigt und auch nicht berücksichtigt worden, dass die tatsächliche Verfügbarkeit und damit auch die Bereitstellungskosten in der Ausschreibung mit 8.760 Stunden angegeben seien (Abschnitt 4, Seite 112).

Sollten seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, welche die Parkanlagen schon seit mehreren Jahren betreue, Berechnungsgrundlagen herangezogen worden sein, welche nicht in der Ausschreibung bekannt gemacht worden seien und ihr ausschließlich aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit im Objekt der Ausschreibung bekannt sein, ohne dass diese Umstände den anderen Bietern zur Kenntnis gebracht worden seien, so sei dies ebenfalls unzulässig und das Angebot auch aus diesem Grund auszuschließen, da damit eine Wettbewerbsverzerrung und Wettbewerbswidrigkeit (unzulässige Bieterbevorzugung wider den Grundsatz der Bietergleichbehandlung) vorliege.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin sofort den Zuschlag erteilen könne, woraus sich eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe, da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung für das Vergabeverfahren zukomme.

Bei Abwägung der Interessen müsse diese zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Ohne einstweilige Verfügung könne die Antragsgegnerin den Zuschlag erteilen. Nach Zuschlagserteilung könne die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nur mehr zu Schadenersatzansprüchen führen, eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin sei jedoch ausgeschlossen.

Auch habe die Antragsgegnerin bei der Wahl des Vergabeverfahrens die Mindestangebotsfrist aus Gründen der Dringlichkeit nicht verkürzt, sodass auch daraus kein besonderes öffentliches Interesse einer raschen Auftragserteilung erkannt werden könne.

Seitens der Antragsgegnerin wurden zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Einwände erhoben.

**Dazu ist rechtlich auszuführen:**

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist rechtzeitig und zulässig.

Gemäß § 22 Abs 1 Z 7 S.VKG 2007 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (in einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich), wenn nicht die Voraussetzungen der Z 1 bis 6 leg.cit. vorliegen, binnen 14 Tagen einzubringen. Die Frist läuft ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Gemäß § 29 S.VKG 2007 hat der Vergabekontrollsenat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 21 Abs 1 S.VKG 2007 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 bzw zu verhindern.

Gemäß § 30 Abs 1 S.VKG 2007 sind 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.

Die Antragsgegnerin hat die Zuschlagsentscheidung am 4.6.2009 bekannt gegeben, die Antragstellerin hat am 10.6.2009 ihre Anträge auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Seitens der Antragsgegnerin wurden keine Einwände gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages dargelegt. Im öffentlichen Interesse liegt bezüglich des effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel die Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztlich dienen soll (VfGH 15.10.2001, B 1369/01).

Der Inhalt des Antrages lässt nicht eindeutig erkennen, dass die behaupteten Rechtsverletzungen keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren haben. Ob die Behauptungen der Antragstellerin zutreffen, ist jedoch nicht im Rahmen des Provisorialverfahrens zu klären.

Zweck des Provisorialverfahrens ist zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch

faktische Geschehnisse ins Leere geht. Zudem ist die Frage zu prüfen, welche nachteiligen Folgen mit der einstweiligen Verfügung verbunden sind und ob diese die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen (BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34, Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002, § 171 E.3).

Bei Gegenüberstellung der Interessen ergibt sich kein Überwiegen jener Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen. Eine vorläufige und kurzzeitige Unterbrechung des Vergabeverfahrens ist von der Antragsgegnerin in Kauf zu nehmen. Ein öffentlicher Auftraggeber hat mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu rechnen und dies in seine zeitliche Planung einzubeziehen (BVA 5.3.2001, N-32/01-6, BVA 19.03.2001, N-38/01-8; Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002, § 171 E.29).

Die Antragsgegnerin ist durch die Maßnahme lediglich dahingehend belastet, als ihr die Erteilung des Zuschlages zunächst verwehrt ist. Darüber hinaus ist die Handlungsfähigkeit der Antragsgegnerin nicht eingeschränkt.

Gemäß § 30 Abs 2 S.VKG 2007 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Vergabekontrollsenats 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.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung stellt das gelindeste geeignete, noch zum Ziel führende Mittel dar. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Für den Vergabekontrollsenat:

Dr. Friedrich Gruber

Vorsitzender

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Bescheid ist eine weitere Berufung unzulässig (§ 2 Abs 2 S.VKG 2002).

### **Hinweis:**

Im Sinne des § 61 a AVG wird auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof hingewiesen. Solche Beschwerden sind innerhalb einer Frist von 6 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides einzubringen. Für solche Beschwerden besteht das Formerfordernis der Unterschrift eines Rechtsanwaltes (siehe § 24 Abs. 2 VwGG 1985 und § 17 Abs. 2 VfGG 1953). Auf die sich aus diesen beiden Gesetzen ergebende Verpflichtung, bei Erhebung von solchen Beschwerden eine Gebühr von € 180 zu entrichten, wird hingewiesen.

### **Zustellverfügung (per E-Mail):**

**Dieser Bescheid wird per E-Mail mit dem Auftrag zugestellt, den Empfang umgehend zu bestätigen.**

#### **1. Antragstellerin:**

[REDACTED]

per Adresse Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Ernest-Thun-Str. 12, 5020 Salzburg

E-Mail: [kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at](mailto:kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at)

#### **2. Antragsgegnerin:**

[REDACTED]

[REDACTED] sowie

#### **Ausschreibende Stelle:**

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]