

TE Verg Bescheid 2011/4/15 N/0028-BVA/04/2011-9EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.04.2011

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers AMS Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 4, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers AMS Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Ausscheidensentscheidung vom 31.3.2011 ausgesetzt, die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung untersagt wird und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren 'Neuausschreibung AMS-IT-

Unterstützung' den Zuschlag zu erteilen, wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber, AMS Österreich, im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben und den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 9.12.2008 durch den Auftraggeber im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften (ABl 2008/S 239-318276) bekanntgemacht. Der als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 qualifizierte Auftrag umfasst die Steuerung, Koordination und Erbringung von IT Dienstleistungen und soll in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 9.12.2008 durch den Auftraggeber im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften Amtsblatt 2008/S 239-318276) bekanntgemacht. Der als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 qualifizierte Auftrag umfasst die Steuerung, Koordination und Erbringung von IT Dienstleistungen und soll in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** (in der Folge Antragsteller) hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ein "Last and Best Offer" abgegeben.

Mit Schreiben vom 31.3.2011 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Last and Best Offer gemäß § 129 Abs. 1 Z 1, 2 und 7 BVergG ausgeschieden worden sei. In diesem Schreiben ist auszugsweise Folgendes festgehalten: Mit Schreiben vom 31.3.2011 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Last and Best Offer gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 BVergG ausgeschieden worden sei. In diesem Schreiben ist auszugsweise Folgendes festgehalten:

1. "1. Ziffer eins

Ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die B***, hat mit Schreiben vom 17.9.2010 mit C***, Mitglied des Verwaltungsrates des Arbeitsmarktservice Österreich, Kontakt aufgenommen. In diesem Schreiben wendet sich die amsbg auf ihrem Briefpapier an C*** ausdrücklich 'als Mitglied des Verwaltungsrates' und warnt vor einer Zuschlagserteilung an den 'potenzielle[n] Bestbieter', der die Leistungen 'ohne Einbindung der amsbg-Mitarbeiter' erbringen wolle. Laut diesem Schreiben ist ein 'Verzicht auf diese spezielle Expertise ein ökonomischer Verlust' und 'sollte die Gefahr, dass Aufgabenstellungen des AMS künftig nicht optimal bewältigt werden können und damit das in jahrelanger Arbeit aufgebaute positive Image des AMS mit einem Schlag zunichte gemacht wird, ernst genommen werden'.

Dem genannten Schreiben lag weiters eine 'Information' bei, für die laut Kopfzeile ebenfalls die B*** verantwortlich zeichnet, in der insbesondere die Risiken der 'sehr kurz angesetzt[en]' Transitionsphase, die 'ernsthaft in Frage zu stellen' sei sowie die Stärken des Mitgliedes der Bietergemeinschaft amsbg ausgeführt werden.

Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer vom 30.3.2010 legt unter anderem fest, dass eine direkte Kontaktaufnahme mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht gestattet ist und zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen kann.

(...)

Aufgrund der Verpflichtung des Auftraggebers zur sachgerechten Ausübung seines gebundenen Ermessens war das Last and Best Offer der A***/ B*** wegen des Verstoßes gegen Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Aufgrund der Verpflichtung des Auftraggebers zur sachgerechten Ausübung seines gebundenen Ermessens war das Last and Best Offer der A***/ B*** wegen des Verstoßes gegen Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

(...)

1. 2. Ziffer 2

1. a. Litera a

Mit Schreiben vom 4.10.2010 hat die vergebende Stelle die Bietergemeinschaft um Aufklärung darüber, ob mit D*** ein aufrechtes Dienstverhältnis besteht, ersucht und aufgefordert, eine Erklärung von D*** vorzulegen, dass dieser nach wie vor für die Leistungserbringung zu Verfügung steht, bzw. anderenfalls entsprechenden Ersatz zu nominieren.

Die Bietergemeinschaft hat darauf mit E-Mail vom 5.10.2010 geantwortet und mitgeteilt, dass D*** weiterhin als Schlüsselperson zur Verfügung stehe und die zum 30.9.2010 ausgesprochene Kündigung nicht mehr aufrecht sei. Mit Schreiben vom 10.10.2010 hat D*** der vergebenden Stelle jedoch mitgeteilt, dass sein Dienstverhältnis am 30.6.2010 per 30.9.2010 gekündigt wurde, dass er dienstfrei gestellt wurde und ihm sämtliche Zutritts- und Zugriffsrechte entzogen wurden. Zwar sei ihm am 29.9.2010 von der B*** eine neuerliche Kündigung per 31.12.2010 übermittelt worden, diese enthalte jedoch den Hinweis, dass die ursprüngliche Kündigung per 30.9.2010 gleichzeitig aufrecht bleibe. Weiter habe er am 30.9.2010 eine Arbeitsbescheinigung sowie eine Abmeldung von der Wiener Gebietskrankenkasse erhalten, und zwar jeweils mit dem 30.9.2010 als Ende des Dienstverhältnisses.

Die Information im E-Mail der Bietergemeinschaft vom 5.10.2010 war somit sowohl im Hinblick auf die Kündigung als auch im Hinblick auf die Verfügbarkeit von D*** unrichtig, da die Kündigung am 30.9.2010 zu diesem Zeitpunkt noch aufrecht war und er als dienstfrei gestellter Mitarbeiter ohne Zugriffsrechte nicht als Schlüsselperson zur Verfügung stehen kann. Die Bietergemeinschaft hat zudem verschwiegen, dass eine zweite Kündigung zum 31.12.2010 ausgesprochen wurde.

Durch die falsche und unvollständige Erklärung vom 5.10.2010 hat die Bietergemeinschaft im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit schuldhaft unrichtige Angaben gemacht und in so gravierenden Maße gegen Treu und Glauben verstoßen, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten ist und ist daher gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Durch die falsche und unvollständige Erklärung vom 5.10.2010 hat die Bietergemeinschaft im Hinblick auf ihre technische Leistungsfähigkeit schuldhaft unrichtige Angaben gemacht und in so gravierenden Maße gegen Treu und Glauben verstoßen, dass eine ernste Störung des Vertrauensverhältnisses eingetreten ist und ist daher gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.

Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher gemäß § 68 Abs. 1 Z 7 iVm § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG auszuscheiden. Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuscheiden.

1. 2. Ziffer 2

b Mit E-Mail vom 6.12.2010 hat die Bietergemeinschaft mitgeteilt, dass D*** mit 1.1.2011 nicht mehr zur Verfügung stehen wird und E*** als Ersatzschlüsselperson für den Bereich D.3 Projektmanagement sowie den Transitionsmanager namhaft gemacht.

Mittels Schreiben vom 21.12.2010 hat die vergebende Stelle darauf hingewiesen, dass für die Schlüsselperson im Bereich D.3 Projektmanagement gemäß Punkt D.3.5 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer der Nachweis zu erbringen ist, dass diese 'über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA bzw. gleichwertig)' verfügt und dass für E*** keine derartige Zertifizierung und auch nicht die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung (F*** vom 27.4.2004) nachgewiesen wurde. Als Frist für den Nachweis wurde von der vergebenden Stelle der 30.12.2010 gesetzt.

Mit E-Mail vom 29.12.2010 hat die Bietergemeinschaft zum Nachweis der Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung eine Bestätigung der G*** vorgelegt.

Auf dieses Schreiben hat die vergebende Stelle nach entsprechender Prüfung mit Fax vom 17.1.2011 reagiert und um Beantwortung einiger, im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Zertifizierung nicht beantworteter Fragen ersucht.

Die Bietergemeinschaft hat zur Beantwortung dieser Fragen eine Erklärung von H*** (I*** vom 26.1.2011) nachgereicht. Gemäß Punkt D.3.5 der Leistungsbeschreibung Last and Best Offer ist für die Schlüsselperson im Bereich D.3 Projektmanagement der Nachweis zu erbringen, dass diese 'über die notwendigen Zertifizierungen für Projektmanagement (PMI, IPMA bzw. gleichwertig)' verfügt. Nach Punkt F.12 der Leistungsbeschreibung ist auch beim Transitionsmanager 'eine Zertifizierung nach PMI/IPMA (zumindest Level C) oder gleichwertig' Voraussetzung.

Die von der Bietergemeinschaft nachgereichte Erklärung von H*** vom 26.1.2011 wurde im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung geprüft. Die Gleichwertigkeit der vorgelegten Zertifizierung ist aus folgenden Gründen nicht gegeben:

Die Frage 1 aus dem Fax vom 17.1.2011 wurde nicht beantwortet, da nicht darauf eingegangen wurde, ob die im Schreiben der G*** getroffenen Aussagen bereits zum Zeitpunkt der Ausstellung des Assessment-Dokuments (2004) gültig waren oder nur aktuell gelten.

Bei den Zertifizierungen nach IPMA und PMI sind in einem Zeitrahmen von drei bis fünf Jahren Rezertifizierungen vorgesehen, bei denen Nachweise von Projektleitungen und Weiterbildungen zu erbringen sind. Derartige

Rezertifizierungen sind laut der Antwort auf die Frage 3 bei J*** nicht vorgesehen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Zertifizierung von E*** aus dem Jahre 2004 stammt und auch die angeführten Aus- und Weiterbildungen nicht unmittelbar Projektmanagementthemen betreffen, ist die vorgelegte Zertifizierung infolge der nicht erfolgten Rezertifizierung als nicht gleichwertig mit IPMS bzw. PMI zu qualifizieren.

Die Bietergemeinschaft konnte daher trotz zweimaliger Nachfrage nicht nachweisen, dass sie über eine den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Schlüsselperson für den Bereich D.3 Projektmanagement sowie den Transitionsmanager verfügt. Somit ist die technische Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft nicht mehr gegeben. Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden. Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden.

1. 3. Ziffer 3

Die Bietergemeinschaft hat die vergebende Stelle mit E-Mails vom 31.1.2011 und 1.2.2011 von der Eintragung der Abspaltung des Bereiches K*** von der A*** in das Firmenbuch informiert und (auch per Post)

Unterstützungserklärungen der neu gegründeten N*** übermittelt.

Die Eignung muss im Verhandlungsverfahren nach § 69 Z 3 BVergG grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen und darf in der Folge nicht mehr verloren gehen. Mit Eintragung der Abspaltung ist die der gesamte Geschäftseinheit der A***, welche der Bietergemeinschaft die technische Leistungsfähigkeit vermittelt hat, ex lege im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 14 Abs. 2 SpaltG auf die N*** übergegangen. A*** - und damit die Bietergemeinschaft insgesamt - hat damit die Eignung zur Vertragserfüllung verloren. Die N***, welche über die erforderliche Sach- und Personalausstattung verfügt, ist nicht Mitglied der Bietergemeinschaft. Die Eignung muss im Verhandlungsverfahren nach Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen und darf in der Folge nicht mehr verloren gehen. Mit Eintragung der Abspaltung ist die der gesamte Geschäftseinheit der A***, welche der Bietergemeinschaft die technische Leistungsfähigkeit vermittelt hat, ex lege im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß Paragraph 14, Absatz 2, SpaltG auf die N*** übergegangen. A*** - und damit die Bietergemeinschaft insgesamt - hat damit die Eignung zur Vertragserfüllung verloren. Die N***, welche über die erforderliche Sach- und Personalausstattung verfügt, ist nicht Mitglied der Bietergemeinschaft.

Die vorgelegten Unterstützungserklärungen der N*** sind nicht geeignet, die fehlende Eignung der Bietergemeinschaft zu substituieren, da der relevante Stichtag, zu dem die Leistungsfähigkeit jedenfalls vorliegen muss, nach den Ausschreibungsunterlagen das Ende der Angebotsfrist für das Last and Best Offer war. Zu diesem Zeitpunkt hätte die Bietergemeinschaft dem Auftraggeber eine vergaberechtskonforme Lösung für die Kompensation des spaltungsrechtlich bedingten Wegfalles der Leistungsfähigkeit bieten müssen. Das hat die Bietergemeinschaft nicht getan, zumal die vorgeschlagene Lösung eines Beitritts der N*** zur Bietergemeinschaft eine vergaberechtlich unzulässige Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft bedeutet hätte.

Die Bietergemeinschaft hätte mit dem Angebot eine verbindliche Erklärung des Mutterunternehmens der zu gründenden Gesellschaft, also der L***, vorlegen müssen, dass diese dafür Sorge tragen wird, dass die A*** bzw. die Bietergemeinschaft von der N*** technisch so ausgestattet werden wird, dass sie vertragsgemäß leisten kann. Eine solche Unterstützungszusage hätte die L*** auch über das Weisungsrecht der Generalversammlung gemäß § 20 GmbHG nach Errichtung der N*** umsetzen können. Die Bietergemeinschaft hätte mit dem Angebot eine verbindliche Erklärung des Mutterunternehmens der zu gründenden Gesellschaft, also der L***, vorlegen müssen, dass diese dafür Sorge tragen wird, dass die A*** bzw. die Bietergemeinschaft von der N*** technisch so ausgestattet werden wird, dass sie vertragsgemäß leisten kann. Eine solche Unterstützungszusage hätte die L*** auch über das Weisungsrecht der Generalversammlung gemäß Paragraph 20, GmbHG nach Errichtung der N*** umsetzen können.

Zum relevanten Zeitpunkt der Abgabe des Last and Best Offers war der Bietergemeinschaft erkennbar, dass sie die Eignung durch die geplante Spaltung verlieren wird. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, bereits mit dem Last and Best Offer eine entsprechende Unterstützungserklärung der L*** vorzulegen. Die nunmehr vorgelegten Unterstützungserklärungen der neu gegründeten N*** sind verspätet.

Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher auch aus diesem Grund gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden. (...)"Das Last and Best Offer der A*** / B*** war daher auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden. (...)"

Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der Nachprüfungsantrag vom 8.4.2011, der mit dem gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren verbunden ist.

Der Antragsteller brachte vor, dass die Ausscheidensentscheidung vom 31.3.2011 im Wesentlichen aus folgenden Gründen rechtswidrig sei:

Sämtliche der vom Auftraggeber in der Ausscheidensentscheidung genannten Ausscheidensgründe seien bereits in den mündlichen Verhandlungen im Oktober 2010 vor dem Bundesvergabeamt (idF BVA) zu den Verfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 thematisiert, erörtert und rechtlich beurteilt worden. Mit Bescheid vom 2.12.2010, GZ N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, habe das BVA dem Antrag der M*** auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben und diese für nichtig erklärt. Da somit der auch vom Antragsteller bekämpfte Anfechtungsgegenstand nicht mehr existierte, sei der Antrag des Antragstellers aus diesem Grund zurückgewiesen, dem Antrag auf Ersatz der zu entrichtenden Pauschalgebühr aber stattgegeben worden. Daraus ergebe sich, dass das BVA davon überzeugt gewesen sei, dass die damals schon in den Raum gestellten Ausscheidenstatbestände nicht verwirklicht worden seien und dem Antragsteller auch im damaligen Nachprüfungsverfahren die Antragslegitimation zuzuerkennen gewesen sei. Sämtliche der vom Auftraggeber in der Ausscheidensentscheidung genannten Ausscheidensgründe seien bereits in den mündlichen Verhandlungen im Oktober 2010 vor dem Bundesvergabeamt in der Fassung BVA) zu den Verfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 thematisiert, erörtert und rechtlich beurteilt worden. Mit Bescheid vom 2.12.2010, GZ N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, habe das BVA dem Antrag der M*** auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben und diese für nichtig erklärt. Da somit der auch vom Antragsteller bekämpfte Anfechtungsgegenstand nicht mehr existierte, sei der Antrag des Antragstellers aus diesem Grund zurückgewiesen, dem Antrag auf Ersatz der zu entrichtenden Pauschalgebühr aber stattgegeben worden. Daraus ergebe sich, dass das BVA davon überzeugt gewesen sei, dass die damals schon in den Raum gestellten Ausscheidenstatbestände nicht verwirklicht worden seien und dem Antragsteller auch im damaligen Nachprüfungsverfahren die Antragslegitimation zuzuerkennen gewesen sei.

Eine Kontaktaufnahme mit Mitgliedern des Verwaltungsrates sei weder durch die antragstellende Bietergemeinschaft noch durch eines ihrer Mitglieder erfolgt. Die Mitglieder des Betriebsrates würden im gegenständlichen Zusammenhang ihre Aufgaben absolut weisungsfrei wahrnehmen und seien in keinsten Weise dem Antragsteller zuzuordnen. Die Versendung der Schreiben sei nicht durch den Antragsteller, sondern von einer juristischen Teilperson (Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat) im Rahmen der Erfüllung arbeitsverfassungsgesetzlicher Aufträge erfolgt. Der Betriebsrat habe bei Betriebsübergängen umfangreiche Informations-, Vorschlags-, Interventions- und Beratungsrechte und sei gemäß § 53 ASGG parteifähig. Eine Kontaktaufnahme mit Mitgliedern des Verwaltungsrates sei weder durch die antragstellende Bietergemeinschaft noch durch eines ihrer Mitglieder erfolgt. Die Mitglieder des Betriebsrates würden im gegenständlichen Zusammenhang ihre Aufgaben absolut weisungsfrei wahrnehmen und seien in keinsten Weise dem Antragsteller zuzuordnen. Die Versendung der Schreiben sei nicht durch den Antragsteller, sondern von einer juristischen Teilperson (Belegschaft, vertreten durch den Betriebsrat) im Rahmen der Erfüllung arbeitsverfassungsgesetzlicher Aufträge erfolgt. Der Betriebsrat habe bei Betriebsübergängen umfangreiche Informations-, Vorschlags-, Interventions- und Beratungsrechte und sei gemäß Paragraph 53, ASGG parteifähig.

Weiters seien die vom Auftraggeber genannten Ausscheidenstatbestände in den Ausschreibungsunterlagen lediglich als "KANN"-Bestimmung formuliert. So habe das BVA in seinem obzitierten Bescheid vom 2.12.2010 ausdrücklich festgehalten, dass der Auftraggeber von dieser "KANN"-Bestimmung "in Übereinstimmung mit dem Ausschreibungstext keinen Gebrauch gemacht hat". Daraus ergebe sich unzweifelhaft, dass ein Ausscheiden wegen der genannten Kontaktaufnahmen dem Ausschreibungstext widersprochen hätte. Ungeachtet dessen zeige sich aus der bestandfest gewordenen Festlegung des Auftraggebers in seinem Schreiben vom 4.10.2010 unmissverständlich, dass gerade keine Kontaktaufnahme vorgelegen sei, die ein Ausscheiden des Antragstellers zur Folge haben hätte dürfen. Dementsprechend habe der Auftraggeber mit seinem Schreiben bestandfest festgelegt, "dass das Angebot Ihrer Bietergemeinschaft im Wiederholungsfall ausgeschieden" werden würde. Völlig unverständlich bleibe schlussendlich, weshalb der Auftraggeber - vergaberechtswidrig - das Ausscheiden wegen der Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG stütze. Weiters seien die vom Auftraggeber genannten

Ausscheidenstatbestände in den Ausschreibungsunterlagen lediglich als "KANN"-Bestimmung formuliert. So habe das BVA in seinem obzitierten Bescheid vom 2.12.2010 ausdrücklich festgehalten, dass der Auftraggeber von dieser "KANN"-Bestimmung "in Übereinstimmung mit dem Ausschreibungstext keinen Gebrauch gemacht hat". Daraus ergebe sich unzweifelhaft, dass ein Ausscheiden wegen der genannten Kontaktaufnahmen dem Ausschreibungstext widersprochen hätte. Ungeachtet dessen zeige sich aus der bestandfest gewordenen Festlegung des Auftraggebers in seinem Schreiben vom 4.10.2010 unmissverständlich, dass gerade keine Kontaktaufnahme vorgelegen sei, die ein Ausscheiden des Antragstellers zur Folge haben hätte dürfen. Dementsprechend habe der Auftraggeber mit seinem Schreiben bestandfest festgelegt, "dass das Angebot Ihrer Bietergemeinschaft im Wiederholungsfall ausgeschieden" werden würde. Völlig unverständlich bleibe schlussendlich, weshalb der Auftraggeber - vergaberechtswidrig - das Ausscheiden wegen der Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG stütze.

Der Antragsteller habe sich keiner falschen und unvollständigen Erklärung im Hinblick auf seine technische Leistungsfähigkeit schuldig gemacht. Wie sich aus den Auszügen aus den elektronischen Datensammelsystemen der Wiener Gebietskrankenkasse ergebe, sei D*** bis 3.1.2011 unzweifelhaft Arbeitnehmer des Antragstellers gewesen. Dies ergebe sich auch aus den in den Verhandlungsschriften zu N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 festgehaltenen Zeugenaussagen. Selbst wenn man - völlig verfehlt - davon ausginge, der Antragsteller habe sich unrichtiger Erklärungen schuldig gemacht, hätte der Auftraggeber dem Antragsteller die Möglichkeit einräumen müssen, sich zu diesen unrichtigen Vorwürfen der falschen Auskunftserteilung zu äußern. Die Beweislast zum Vorliegen dieses Ausschlusstatbestandes trage der Auftraggeber, diesem sei der Beweis jedoch nicht gelungen. Im Übrigen habe der Auftraggeber den Antragsteller zu keinem Zeitpunkt im Vergabeverfahren aufgefordert, entsprechende Nachweise hinsichtlich der Schlüsselperson D*** vorzulegen. In seiner Ausscheidensentscheidung behaupte der Auftraggeber weiters, der Antragsteller habe den Nachweis nicht erbracht, dass die Zertifizierung des "neuen" Schlüsselpersonals E*** gleichwertig mit jener des D*** sei. Hierbei sei hervorzuheben, dass der Auftraggeber es unterlassen habe, auf die Fragen des Auftragnehmers betreffend den Austausch des Schlüsselpersonals zu antworten. Gemäß § 6 des Leistungsvertrages gelte der Austausch des Schlüsselpersonals und sohin die neue Schlüsselperson E*** bereits seit spätestens 29.12.2010 als genehmigt. Nach dieser Vertragsbestimmung, die gemäß Fragebeantwortung 129 auch auf das Vergabeverfahren analog anzuwenden sei, habe sich der Auftraggeber binnen 14 Tagen ab schriftlicher Verständigung durch den Auftragnehmer über den beabsichtigten Austausch von Schlüsselpersonal schriftlich zu äußern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Vertragskonform habe der Antragsteller dem Auftraggeber dementsprechend am 20.12.2010 eine Nachfrist von acht Tagen gesetzt. Da binnen dieser Frist keine entsprechende Ablehnung beim Antragsteller eingelangt sei, sei der Austausch des Schlüsselpersonals genehmigt. Darüber hinaus habe der Antragsteller die Gleichwertigkeit der Zertifizierung hinsichtlich der neuen Schlüsselperson E*** durch Vorlage der Bestätigung der G*** erbracht. Weiters habe der Antragsteller in seiner Urgenz vom 22.3.2011 darauf hingewiesen, über weitere gleichwertige Schlüsselpersonen zu verfügen und diese unmittelbar benennen zu können. Der Antragsteller habe sich keiner falschen und unvollständigen Erklärung im Hinblick auf seine technische Leistungsfähigkeit schuldig gemacht. Wie sich aus den Auszügen aus den elektronischen Datensammelsystemen der Wiener Gebietskrankenkasse ergebe, sei D*** bis 3.1.2011 unzweifelhaft Arbeitnehmer des Antragstellers gewesen. Dies ergebe sich auch aus den in den Verhandlungsschriften zu N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 festgehaltenen Zeugenaussagen. Selbst wenn man - völlig verfehlt - davon ausginge, der Antragsteller habe sich unrichtiger Erklärungen schuldig gemacht, hätte der Auftraggeber dem Antragsteller die Möglichkeit einräumen müssen, sich zu diesen unrichtigen Vorwürfen der falschen Auskunftserteilung zu äußern. Die Beweislast zum Vorliegen dieses Ausschlusstatbestandes trage der Auftraggeber, diesem sei der Beweis jedoch nicht gelungen. Im Übrigen habe der Auftraggeber den Antragsteller zu keinem Zeitpunkt im Vergabeverfahren aufgefordert, entsprechende Nachweise hinsichtlich der Schlüsselperson D*** vorzulegen. In seiner Ausscheidensentscheidung behaupte der Auftraggeber weiters, der Antragsteller habe den Nachweis nicht erbracht, dass die Zertifizierung des "neuen" Schlüsselpersonals E*** gleichwertig mit jener des D*** sei. Hierbei sei hervorzuheben, dass der Auftraggeber es unterlassen habe, auf die Fragen des Auftragnehmers betreffend den Austausch des Schlüsselpersonals zu antworten. Gemäß Paragraph 6, des Leistungsvertrages gelte der Austausch des Schlüsselpersonals und sohin die neue Schlüsselperson E*** bereits seit spätestens 29.12.2010 als genehmigt. Nach dieser Vertragsbestimmung, die gemäß Fragebeantwortung 129 auch auf das Vergabeverfahren analog anzuwenden sei, habe sich der Auftraggeber binnen 14 Tagen ab schriftlicher Verständigung durch den

Auftragnehmer über den beabsichtigten Austausch von Schlüsselpersonal schriftlich zu äußern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Vertragskonform habe der Antragsteller dem Auftraggeber dementsprechend am 20.12.2010 eine Nachfrist von acht Tagen gesetzt. Da binnen dieser Frist keine entsprechende Ablehnung beim Antragsteller eingelangt sei, sei der Austausch des Schlüsselpersonals genehmigt. Darüber hinaus habe der Antragsteller die Gleichwertigkeit der Zertifizierung hinsichtlich der neuen Schlüsselperson E*** durch Vorlage der Bestätigung der G*** erbracht. Weiters habe der Antragsteller in seiner Urgenz vom 22.3.2011 darauf hingewiesen, über weitere gleichwertige Schlüsselpersonen zu verfügen und diese unmittelbar benennen zu können.

Letztendlich behaupte der Auftraggeber in seiner Ausscheidensentscheidung vom 31.3.2011, dass die Bietergemeinschaft ihre technische Leistungsfähigkeit zur Vertragserfüllung verloren habe. In diesem Zusammenhang werde festgehalten, dass die Zusammensetzung der antragstellenden Bietergemeinschaft unverändert geblieben sei. Nach wie vor seien die Mitglieder dieser Bietergemeinschaft ident mit jenen zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Hätte der Auftraggeber tatsächlich Zweifel an der Eignung des Antragstellers aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung gehabt, wäre er verpflichtet gewesen, eine neuerliche Eignungsprüfung durchzuführen. Aufgrund der nunmehrigen Behauptung des Auftraggebers gehe der Antragsteller davon aus, dass der Auftraggeber vergaberechtswidrig keine verpflichtende Eignungsprüfung durchgeführt habe. Wäre er nämlich dieser Verpflichtung nachgekommen, hätte er den Antragsteller aufgefordert, sich hinsichtlich seiner Eignung zu äußern. In einem weiteren Schritt wäre der Auftraggeber zu dem Ergebnis gelangt, dass der Antragsteller selbstverständlich nach wie vor für den gegenständlichen Auftrag geeignet sei. Ein Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers ohne erneute Durchführung der Eignungsprüfung sei jedenfalls mit massiver Rechtswidrigkeit behaftet. Ungeachtet dessen habe die N*** eine Verfügbarkeitserklärung abgegeben. Der Antragsteller könne sohin jederzeit und bedingungslos sowohl auf die finanziellen als auch die technischen Kapazitäten dieses Unternehmens zurückgreifen. Durch die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung sei es zu keiner Änderung der Bietergemeinschaft gekommen und die Verfügbarkeitserklärung in Entsprechung der vergaberechtlichen Verpflichtungen abgegeben worden. Dem Antragsteller fehle es dementsprechend nicht an der Eignung.

Dem Antragsteller drohe im Falle der Nichterteilung des Auftrages ein Schaden. Zu den frustrierten Aufwendungen würden neben den bisherigen Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren die Kosten für ein bereits durchgeführtes Nachprüfungsverfahren sowie die Kosten für Verfahren vor dem Verfassungs- und dem Verwaltungsgerichtshof kommen. Darüber hinaus drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinnes sowie in Form der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren. Weiters entgehe dem Antragsteller die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Der Antragsteller habe als Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss, das er durch die rechtzeitige Legung eines Angebotes im vorliegenden Verfahren bewiesen habe. Der Antragsteller werde durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Nichtausscheiden seines Angebotes und in der Folge in seinem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffe, die vom Antragsteller mit den Mitteln des Vergabegesetzes nicht mehr beseitigt werden könnten. Ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre der Antragsteller nicht mehr als verbliebener Bieter im Verfahren zu qualifizieren und würde die Zuschlagsentscheidung nicht mehr dem Antragsteller zugestellt werden. Es seien auch keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Andere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 13.4.2011 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Nach Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 durch das BVA sei bis dato keine neue Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt worden. Mit Telefax vom 31.3.2011 sei dem Antragsteller die Ausscheidensentscheidung bekanntgegeben worden. Mit Schriftsatz vom 13.4.2011 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG nach dem

Bestbieterprinzip vergeben werde. Nach Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 durch das BVA sei bis dato keine neue Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt worden. Mit Telefax vom 31.3.2011 sei dem Antragsteller die Ausscheidensentscheidung bekanntgegeben worden.

Es werde die Abweisung des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung mangels drohender Schädigung von Interessen beantragt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVerG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVerG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 8.4.2011 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden (vgl. BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37; 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35 u.a.). Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 8.4.2011 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden vergleiche BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37; 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35 u.a.).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVerG 2006 (vgl BVA 30.7.2010, N/0059-BVA/04/2010-26; 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008- 28 u.a.). Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 vergleiche BVA 30.7.2010, N/0059-BVA/04/2010-26; 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008- 28 u.a.).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6, Anhang III, Kategorie 7 BVerG 2006 (prioritäre Dienstleistung) einzustufen. Es handelt sich laut Auskunft des Auftraggebers um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens abgewickelt wird. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, Anhang römisch drei, Kategorie 7 BVerG 2006 (prioritäre Dienstleistung) einzustufen. Es handelt sich laut Auskunft des Auftraggebers um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens abgewickelt wird. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da der Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller als Bestbieter aus dem Vergabeverfahren hervorginge, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch des Antragstellers als Bestbieter kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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.

Gemäß § 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Wenngleich der Auftraggeber vorbringt, dass eine drohende Schädigung der Interessen des Antragstellers durch die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung nicht gegeben sei, so ist doch nicht auszuschließen, dass dem Antragsteller, zumal er ausgeschieden wurde, die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben wird und seine Teilnahme am weiteren Verfahren somit nur durch die von ihm beantragte Sicherungsmaßnahme gesichert werden kann.

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Was die begehrte Aussetzung der Ausscheidensentscheidung betrifft, so war dieses Mehrbegehren deshalb abzuweisen, weil die Ausscheidensentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist.

Die Dauer dieser vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

27.07.2011

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at