

TE Verg Bescheid 2010/8/20 N/0070-BVA/04/2010-6EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.08.2010

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 Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X*** über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 13. August 2010, 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 Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X*** über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 13. August 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung auszusetzen und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" zu erteilen, wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich, im

Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 9.12.2008 durch der 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 sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die A*** (in der Folge Antragsteller) stellte einen Teilnahmeantrag und wurde in weiterer Folge mit Schreiben vom 23.2.2009 zur Abgabe eines Erstangebotes eingeladen. Im Zuge des Vergabeverfahrens gab der Antragsteller ein "Last and Best Offer" ab.

Mit Schreiben vom 4.8.2010 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) als Bestbieter ermittelt worden sei. Da die Seiten 3 bis 17 dieser Zuschlagsentscheidung fast bis zur Gänze unleserlich waren, übermittelte der Auftraggeber dem Antragsteller am 5.8.2010 eine lesbare Zuschlagsentscheidung per Boten. Gegen die Zuschlagsentscheidung richtet sich der Nachprüfungsantrag vom 13.8.2010, der mit dem gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren verbunden ist.

Der Antragsteller brachte vor, dass die Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 rechtswidrig sei, da die im lesbaren Teil dieser Zuschlagsentscheidung enthaltene, allgemein formulierte Begründung einer Nachvollziehbarkeit der Korrektheit der Zuschlagsentscheidung entgegenstehe. Eine Zuschlagsentscheidung müsste auch die inhaltlichen Parameter, die der Bewertung zu Grunde gelegt worden seien, enthalten. Der unleserliche Teil der Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 entspreche daher nicht den Anforderungen des § 131 BVergG 2006. Der Antragsteller brachte vor, dass die Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 rechtswidrig sei, da die im lesbaren Teil dieser Zuschlagsentscheidung enthaltene, allgemein formulierte Begründung einer Nachvollziehbarkeit der Korrektheit der Zuschlagsentscheidung entgegenstehe. Eine Zuschlagsentscheidung müsste auch die inhaltlichen Parameter, die der Bewertung zu Grunde gelegt worden seien, enthalten. Der unleserliche Teil der Zuschlagsentscheidung vom 4.8.2010 entspreche daher nicht den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG 2006.

Auch die lesbare, am 5.8.2010 übermittelte Zuschlagsentscheidung beinhalte keine nachvollziehbaren und substantiierten Gründe für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers. Der Antragsteller verfüge somit nicht über jene Informationen, die es ihm ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit überprüfen zu können. In der Zuschlagsentscheidung sei bloß die Bewertung des Antragstellers aufgenommen worden. Es fehlten jedoch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, sowie eine Detailbewertung jedes Zuschlagskriteriums des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar, wieso der zu bewertende Bieter einerseits als "C***", andererseits als "D***" bezeichnet werde und ob es sich dabei um denselben bewerteten Bieter handle.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger benötige zum Nachweis seiner Eignung insbesondere für die Befugnis und technische Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4 des Teilnahmeantrages Subunternehmer/verbundene Unternehmen/Unternehmen iSd § 76 BVergG 2006. Aufgrund der Dauer des Vergabeverfahrens gehe der Antragsteller davon aus, dass die für den präsumtiven Zuschlagsempfänger notwendigen Subunternehmer weggefallen seien. Diese seien ausschreibungswidrig, unter Verletzung von Formvorschriften, ersetzt worden. Die Eignung sei auch durch den geplanten Einsatz des Subunternehmers, E***, verloren gegangen, da der bisher namhaft gemachte Subunternehmer nicht mehr im geforderten Maß eingesetzt werde. Der präsumtive Zuschlagsempfänger benötige zum Nachweis seiner Eignung insbesondere für die Befugnis und technische Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4 des Teilnahmeantrages Subunternehmer/verbundene Unternehmen/Unternehmen iSd Paragraph 76, BVergG 2006. Aufgrund der Dauer des Vergabeverfahrens gehe der Antragsteller davon aus, dass die für den präsumtiven Zuschlagsempfänger notwendigen Subunternehmer weggefallen seien. Diese seien ausschreibungswidrig, unter Verletzung von Formvorschriften, ersetzt worden. Die Eignung sei auch durch den geplanten Einsatz des Subunternehmers, E***, verloren gegangen, da der bisher namhaft gemachte Subunternehmer nicht mehr im geforderten Maß eingesetzt werde.

Wie unter Punkt 1.14.1 ausgeführt werde, wäre die ausgefüllte Beilage/13 der Teilnahmeunterlagen (Liste der beiden sezierten Subunternehmer) ebenso wie die rechtsgültig gefertigte Beilage/14 der Teilnahmeunterlagen (Subunternehmer bzw. Verfügbarkeitserklärungen) spätestens dem "Last and Best Offer" beizulegen gewesen. Weiters würden vom präsumtiven Zuschlagsempfänger ausschreibungswidrig Sub-Subunternehmer eingesetzt. Sein Angebot sei daher aus diesen Gründen auszuschneiden.

Zum Nachweis seiner Eignung gemäß Punkt 4.3.2. des Teilnahmeantrages benötige der präsumtive Zuschlagsempfänger Schlüsselpersonen. Gemäß § 6.6.4. des Leistungsvertrages bedürfe jeder Austausch von Schlüsselpersonal durch den Auftragnehmer der vorherigen ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe eine diesbezügliche Zustimmung des Auftraggebers nie eingeholt und sei auch keine Zustimmung erteilt worden. Darüber hinaus habe jene Person, die eine Schlüsselperson ersetzen solle, zumindest gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen aufzuweisen wie die zu ersetzende Person. Der Antragsteller gehe davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Schlüsselpersonen ausschreibungswidrig ausgetauscht habe und die nachträglich namhaft gemachten Schlüsselpersonen nicht über gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen wie die ersetzten Schlüsselpersonen verfügen würden. Auch aus diesem Grund sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe als Subunternehmer die F*** mit beschränkter Haftung (in der Folge F***) namhaft gemacht. Diese sei eine 100%ige Tochter der Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen. Durch die personelle Verknüpfung zwischen F*** und dem Auftraggeber habe der präsumtive Zuschlagsempfänger durch den Subunternehmer F*** einen Wettbewerbsvorteil in Form eines erheblichen Informationsvorsprunges erlangt. Dies widerspreche den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bieter und führe zum Ausscheiden des Angebotes. Zum Nachweis seiner Eignung gemäß Punkt 4.3.2. des Teilnahmeantrages benötige der präsumtive Zuschlagsempfänger Schlüsselpersonen. Gemäß Paragraph 6 Punkt 6 Punkt 4, des Leistungsvertrages bedürfe jeder Austausch von Schlüsselpersonal durch den Auftragnehmer der vorherigen ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe eine diesbezügliche Zustimmung des Auftraggebers nie eingeholt und sei auch keine Zustimmung erteilt worden. Darüber hinaus habe jene Person, die eine Schlüsselperson ersetzen solle, zumindest gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen aufzuweisen wie die zu ersetzende Person. Der Antragsteller gehe davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Schlüsselpersonen ausschreibungswidrig ausgetauscht habe und die nachträglich namhaft gemachten Schlüsselpersonen nicht über gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen wie die ersetzten Schlüsselpersonen verfügen würden. Auch aus diesem Grund sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe als Subunternehmer die F*** mit beschränkter Haftung (in der Folge F***) namhaft gemacht. Diese sei eine 100%ige Tochter der Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Finanzen. Durch die personelle Verknüpfung zwischen F*** und dem Auftraggeber habe der präsumtive Zuschlagsempfänger durch den Subunternehmer F*** einen Wettbewerbsvorteil in Form eines erheblichen Informationsvorsprunges erlangt. Dies widerspreche den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung der Bieter und führe zum Ausscheiden des Angebotes.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers weise darüber hinaus einen im Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen diese Leistungen zu erbringen sein würden, einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Der Gesamtpreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei wesentlich niedriger als der Gesamtpreis des Angebotes des Antragstellers. Daraus ergebe sich, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Gesamtpreis nicht angemessen sein könne. Der Auftraggeber hätte daher eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung durchführen müssen. Eine vertiefte Angebotsprüfung sei jedoch rechtswidriger Weise unterlassen worden. Auch aus diesem Grund sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig.

Wie aus Punkt 2.1. der Ausschreibungsunterlagen zum "Last and Best Offer" hervorgehe, hätten die Bieter selbstständig zu beurteilen, ob ein Betriebsübergang iSd AVRAG vorliege. Die Vergabe des gegenständlichen Auftrages an ein anderes Unternehmen als den bisherigen Auftragnehmer löse einen Betriebsübergang iSd AVRAG aus. Der Antragsteller habe nunmehr über 15 Jahre die 30 Fachapplikationen mit 5,5 Millionen "Lines of Code" für den Auftraggeber entwickelt. Diese Fachapplikationen sollten zukünftig vom neuen Auftragnehmer weiter verwendet werden. Neben der Übernahme dieser Fachapplikationen und der dadurch verbundenen Anwendungen der

eingesetzten Technologie (CA Gen) sei insbesondere ein umfassender Know-How-Transfer zwischen dem Antragsteller als bisheriger Vertragspartner und dem neuen Auftragnehmer festgelegt. Für die Anwendung dieser Technologie (CA Gen) sei der Einsatz von CA-Gen-Entwicklern notwendig. Hierfür sei jedenfalls die Übernahme des Teams des bisherigen Vertragspartners erforderlich. Es sei nicht auszuschließen, dass der neue Auftragnehmer vom Antragsteller Schlüsselarbeitskräfte abwerben wolle. Wäre dies in den Konzepten dargelegt worden, wäre dies planmäßig. Es wäre von einem wettbewerbswidrigen Abwerben und damit von einem Verstoß gegen die Bestimmung des § 1 UWG auszugehen. Wie aus Punkt 2.1. der Ausschreibungsunterlagen zum "Last and Best Offer" hervorgehe, hätten die Bieter selbstständig zu beurteilen, ob ein Betriebsübergang iSd AVRAG vorliege. Die Vergabe des gegenständlichen Auftrages an ein anderes Unternehmen als den bisherigen Auftragnehmer löse einen Betriebsübergang iSd AVRAG aus. Der Antragsteller habe nunmehr über 15 Jahre die 30 Fachapplikationen mit 5,5 Millionen "Lines of Code" für den Auftraggeber entwickelt. Diese Fachapplikationen sollten zukünftig vom neuen Auftragnehmer weiter verwendet werden. Neben der Übernahme dieser Fachapplikationen und der dadurch verbundenen Anwendungen der eingesetzten Technologie (CA Gen) sei insbesondere ein umfassender Know-How-Transfer zwischen dem Antragsteller als bisheriger Vertragspartner und dem neuen Auftragnehmer festgelegt. Für die Anwendung dieser Technologie (CA Gen) sei der Einsatz von CA-Gen-Entwicklern notwendig. Hierfür sei jedenfalls die Übernahme des Teams des bisherigen Vertragspartners erforderlich. Es sei nicht auszuschließen, dass der neue Auftragnehmer vom Antragsteller Schlüsselarbeitskräfte abwerben wolle. Wäre dies in den Konzepten dargelegt worden, wäre dies planmäßig. Es wäre von einem wettbewerbswidrigen Abwerben und damit von einem Verstoß gegen die Bestimmung des Paragraph eins, UWG auszugehen.

Gemäß § 3 AVRAG trete der präsumtive Zuschlagsempfänger, sofern ihm der Zuschlag erteilt werde, als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten im Zeitpunkt des Überganges in bestehende Arbeitsverhältnisse zum bisherigen Auftragnehmer und dessen Subunternehmer ein. Somit hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger die Kosten von 274 Mitarbeitern nach österreichischem Recht zu kalkulieren. Auf Grund der Verkennung dieses Umstandes sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers offenbar unter Verletzung zwingender arbeitsrechtlicher Bestimmungen kalkuliert worden und der Preis im Bezug auf die ausgeschriebene Leistung nicht angemessen. Gemäß Paragraph 3, AVRAG trete der präsumtive Zuschlagsempfänger, sofern ihm der Zuschlag erteilt werde, als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten im Zeitpunkt des Überganges in bestehende Arbeitsverhältnisse zum bisherigen Auftragnehmer und dessen Subunternehmer ein. Somit hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger die Kosten von 274 Mitarbeitern nach österreichischem Recht zu kalkulieren. Auf Grund der Verkennung dieses Umstandes sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers offenbar unter Verletzung zwingender arbeitsrechtlicher Bestimmungen kalkuliert worden und der Preis im Bezug auf die ausgeschriebene Leistung nicht angemessen.

Ein mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger verbundenes Unternehmen sei ein führender Softwarehersteller auch für Rechenzentrum-Software. Sowohl der präsumtive Zuschlagsempfänger als auch der Antragsteller würden Software des verbundenen Unternehmens des präsumtiven Zuschlagsempfängers einsetzen. Aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtangebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers gehe der Antragsteller davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger seinen Preis in sachlich nicht gerechtfertigter Weise kalkuliert und angeboten habe. Der Antragsteller gehe davon aus, zu deutlich schlechteren Konditionen Software von dem mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger verbundenen Unternehmer beziehen zu müssen als dieser selbst. Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger namhaft gemachte Subunternehmer F*** erbringe bereits Leistungen für den Auftraggeber aufgrund der gesetzlichen Verpflichtungen. Der Antragsteller gehe aufgrund des großen Preisunterschiedes zwischen dem Angebot des Antragstellers und dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers davon aus, dass das F*** zur Erfüllung seiner gegenständlichen Leistungen unterpreisig kalkuliert habe und seine Verluste durch die bestehende Leistungserbringung im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgabenerfüllung ausgeglichen werde.

Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen, habe der Auftraggeber festgelegt, dass die Bieter keinerlei Annahmen und/oder Abgrenzungen in das "Last and Best Offer" aufnehmen dürften (Punkte 1.3. und 4.1. des "Last and Best Offer"). Die große Preisdifferenz sei nur damit erklärbar, dass entgegen dieser bestandfesten Festlegungen der präsumtive Zuschlagsempfänger Annahmen und Abgrenzungen im "Last and Best Offer" aufgenommen habe. Dies betreffe insbesondere die Transition. Hier habe der präsumtive Zuschlagsempfänger offensichtlich eine über die

zwingenden Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen hinausgehende Mitwirkungspflicht des Auftraggebers festgelegt. Weiters sei davon auszugehen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger ausschreibungswidrig den Karfreitag als Leistungstag ausgenommen habe.

Weiters sei davon auszugehen, dass das Preisblatt (3.Fragenbeantwortung zum "Last and Best Offer") nicht ausschreibungskonform durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger ausgefüllt worden sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe zwingende Formvorschriften zum vollständigen Literatur- und Quellenverzeichnis nach anerkannten Standards sowie zur vollständigen Beschriftung der Abbildung und deren Erläuterungen im Text verletzt.

Hinsichtlich der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger eingesetzten Subunternehmer gehe der Antragsteller aufgrund des großen Preisunterschiedes davon aus, dass diese aus Mitgliedsstaaten der EU bzw. aus Drittstaaten mit einem niedrigeren Lohnniveau kämen. Darüber hinaus habe der präsumtive Zuschlagsempfänger die Subunternehmer ausschreibungswidrig unter Verletzung von Formvorschriften ersetzt bzw. ausschreibungswidrig namhaft gemacht und Sub-Subunternehmer eingesetzt.

Die große Preisdifferenz zwischen den Angeboten sei nur damit erklärbar, dass entgegen den bestandfesten Festlegungen der präsumtive Zuschlagsempfänger die Muss-Kriterien nicht erfüllt habe. Dazu werde auf die Punkte D2, E3, E4 und F1 des Kriterienkatalogs vom 26.4.2010 verwiesen.

Darüber hinaus beruhe die Zuschlagsentscheidung auf einer vergaberechtswidrigen Angebotsbewertung. Ein öffentlicher Auftraggeber, der den Auftrag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen beabsichtige, habe spätestens in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, die er anzuwenden beabsichtige, anzugeben. Der Auftraggeber sei verpflichtet, die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen so bekannt zu geben, dass für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter eindeutig ersichtlich sei, wie die Angebote bewertet würden und was zu einer besseren und was zu einer schlechteren Bewertung führe. Die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, müsse objektiv nachvollziehbar sein. Eine Anwendung von Zuschlagskriterien in einer Art, die dem Auftraggeber ein willkürliches Ermessen einräumen würden, wäre vergaberechtswidrig. Eine ziffernmäßige Bewertung von Angeboten erfordere darüber hinaus eine detaillierte verbale Begründung. Diese Anforderungen seien durch den Auftraggeber verletzt worden.

Beim Zuschlagskriterium "Qualität des Vorgehens/Umfang der Markt- und Branchenbeobachtung" hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers weniger Punkte erhalten müssen. Bei einer rechtskonformen Bewertung des Zuschlagskriteriums "Qualität des Vorgehens/Tiefe der Markt- und Branchenbeobachtung" hätte das Angebot des Antragstellers die volle Punktzahl erreichen und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers weniger Punkte erhalten müssen. Der Antragsteller habe die für dieses Subkriterium erforderliche Aufgabenstellung zur Gänze erfüllt. So hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger auch bei den Zuschlagskriterien "Qualität des Vorgehens/Qualität der zur Erstellung des Pflichtenheftes angewandten Methoden" sowie "Qualität des Vorgehens/Qualität der erarbeiteten Entscheidungsgrundlagen" mit weniger Punkten bewertet werden müssen. Dies gelte auch für die Kriterien "Qualität des Vorgehens/Qualität des konkreten Umsetzungskonzeptes" sowie "Qualität des Vorgehens/Wertbeitrag des evaluierten Lösungsvorschlages im Pflichtenheft".

Auch die Beurteilung der Präsentationen sei in keiner Weise nachvollziehbar, sondern vielmehr subjektiv, willkürlich, unvollständig und widersprüchlich erfolgt. Bei objektiver Bewertung hätte der Antragsteller in jeder Stufe für die Subkriterien "Auftreten/Zusammenspiel der Schlüsselpersonen" und "Schlüssigkeit der Ausführungen (Fähigkeit der Problemerkennung; Fähigkeit, komplexe Sachverhalte strukturiert darzustellen und Kompetenz/Beantwortung von Rückfragen des Auftraggebers)" jeweils die volle Punktezahl erreichen müssen. Die Präsentation des präsumtiven Zuschlagsempfängers hätte mit weniger Punkte bewertet werden müssen.

Weiters sei die rechtswidrige Festlegung des Auftraggebers, mit dem bestgereihten Bieter vor der Zuschlagsentscheidung noch Exklusivverhandlungen zu führen, aufgrund der durchgeführten und mit dem Bestbieter verhandelten Punkte rechtswidrig. Die Ausschreibungsunterlagen würden weder den konkreten Ablauf noch den Umfang der Exklusivverhandlungen festlegen. Diese Festlegung sei rechtswidrig derart exzessiv angewendet worden, dass dies zu einer fundamentalen Rechtsverletzung geführt habe.

Darüber hinaus seien die Angebote, insbesondere das "Last and Best Offer" des zweitgereihten Bieters auszuschneiden. Der zweitgereichte Bieter habe notwenige bzw. zweckmäßige Subunternehmer/verbundene Unternehmen iSd §76

BVergG 2006 ausschreibungswidrig, unter Verletzung von Formvorschriften ersetzt. Weiters würden auch vom zweitgereihten Bieter ausschreibungswidrig Subsubunternehmer eingesetzt. Auch der zweitgereichte Bieter habe ausschreibungswidrig Schlüsselpersonen ausgetauscht. Das Angebot des zweitgereihten Bieters weise einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf und seien die angebotenen Preise nicht angemessen. Auch der zweitgereichte Bieter habe ausschreibungswidrig Annahmen und Abgrenzungen im "Last and Best Offer" aufgenommen und zwingende Formvorschriften hinsichtlich der Konzepterstellung verletzt. Das Preisblatt des zweitgereihten Bieters sei nicht ausschreibungskonform ausgefüllt. Von ihm seien die Muss-Kriterien nicht erfüllt worden. Behebbarer Mängel seien weder ordnungsgemäß noch fristgerecht behoben worden. Das den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Angebot des zweitgereihten Bieters wäre daher auszuschließen gewesen. Vielmehr wäre das Angebot des Antragstellers als bestes Angebot zu bewerten gewesen. Aus diesem Grund beantrage der Antragsteller die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung. Dem Antragsteller drohe im Falle der Nichterteilung des Auftrages ein Schaden. Zu den frustrierten Aufwendungen würden die bisherigen Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren kommen. Darüber hinaus drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinnes sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im 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 Vorgangsweise des Auftraggebers in seinem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens 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. 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 17.8.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG 2006 nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Der Antragsteller sei nicht ausgeschieden worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen oder ein Zuschlag erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 17.8.2010 teilte der Auftraggeber mit, dass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG 2006 nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Der Antragsteller sei nicht ausgeschieden worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen oder ein Zuschlag erteilt worden.

Mit Telefaxmitteilung vom 4.8.2010 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben worden. Als präsumtiver Bestbieter sei die B*** ermittelt worden.

Der Auftraggeber benötige für die Wahrnehmung seiner Aufgaben eine funktionierende und effiziente "IT-Umgebung". Die derzeitigen monatlichen EDV-Kosten würden bei rund € 3,3 Millionen liegen. Im Gegensatz dazu würden die monatlichen EDV-Kosten bei Leistungserbringung durch den Bestbieter lediglich € 1,8 Millionen betragen. Mit jedem Monat, mit dem sich der Vertragsabschluss mit dem Bestbieter verzögere, entstehe daher ein Schaden in der Höhe von zumindest € 1,5 Millionen. Mit einem sechswöchigen Vergabekontrollverfahren würde der Vertragsabschluss mit dem Bestbieter um weitere "2 Monate" verzögert werden, sodass mit einem Schaden in der Höhe von mindestens € 3 Millionen zu rechnen sei. Der Antragsteller mache hingegen lediglich frustrierte Kosten in der Höhe von €

2 Millionen sowie einen entgangenen Gewinn geltend, der weder nachvollziehbar aufgeschlüsselt noch bescheinigt sei. Da die behaupteten Kosten nicht entsprechend belegt seien, würden sie auch nicht einer Prüfung standhalten.

Nach Judikatur des BVA würden Mehrkosten des Auftraggebers in dieser Größenordnung ein Überwiegen der öffentlichen Interessen darstellen und daher zur Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen. Es werde daher die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslagerörmisch eins. 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 13.8.2010 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 13.8.2010 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 römisch zwei. 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 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 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 BVerG. 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, BVerG.

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 hervorgehe, 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

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.

Der Auftraggeber bringt vor, dass eine drohende Schädigung der Interessen des Antragstellers nicht gegeben sei, die Erlassung der einstweiligen Verfügung und die damit verbundene Verfahrensverzögerung jedoch einen Schaden in der Höhe von mindestens Euro 3 Mio für die öffentliche Hand bedeute. Dem ist zu entgegnen, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, was in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies jedoch eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.). Der Auftraggeber bringt vor, dass eine drohende Schädigung der Interessen des Antragstellers nicht gegeben

sei, die Erlassung der einstweiligen Verfügung und die damit verbundene Verfahrensverzögerung jedoch einen Schaden in der Höhe von mindestens Euro 3 Mio für die öffentliche Hand bedeute. Dem ist zu entgegnen, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, was in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies jedoch eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch 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. Darüber hinaus besteht auch 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.

Bei der beantragten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs 3 BVergG. Im Gegensatz dazu ist die Untersagung der Zuschlagserteilung als die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme im Sinne der oben genannten Bestimmung zu beurteilen. Die Dauer dieser vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen. Bei der beantragten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Im Gegensatz dazu ist die Untersagung der Zuschlagserteilung als die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme im Sinne der oben genannten Bestimmung zu beurteilen. Die Dauer dieser vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

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