

TE Verg Bescheid 2010/7/19 N/0059-BVA/04/2010-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.07.2010

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 Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12.7.2010, 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 Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12.7.2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge dem AMS mittels einstweiliger Verfügung in dem - als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich geführten - Vergabeverfahren 'Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung' für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen, die

Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Arbeitsmarktservice Österreich, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23.8.2010 untersagt, das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" fortzusetzen.

Begründung

Nach erfolgtem Widerruf wurde die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 239-318276 am 9.12.2008 veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 qualifizierte Auftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde der 19.1.2009 fixiert.

Die A*** (in der Folge Antragsteller) stellte einen Teilnahmeantrag. Am 23.2.2009 wurde dem Antragsteller mitgeteilt, zur Teilnahme an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen zu werden. Dabei wurde die Möglichkeit eingeräumt, den Ist-Stand bzw. den derzeitigen Leistungsbezug des Auftraggebers näher kennen zu lernen.

Nach Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen legte der Antragsteller fristgerecht am 22.6.2009 ein Angebot. Nach Durchführung der ersten Verhandlungsrunde, Präsentation des ersten Teilkonzeptes sowie einer Möglichkeit der Vorortbesichtigung legte der Antragsteller fristgerecht am 19.11.2009 ein weiteres Angebot. Nach Durchführung einer zweiten Verhandlungsrunde wurde nach neuerlicher Möglichkeit zur Besichtigung des Datenraums zur Legung des "Last and Best Offers" bis zum 11.5.2010 aufgefordert.

In den Ausschreibungsunterlagen zum "Last and Best Offer" war unter den Punkten 1.5. (Verfahrensablauf) bzw 1.6 (Voraussichtlicher Terminplan) Nachfolgendes ausgeführt:

"1.5 Verfahrensablauf

.....

Der geplante, weitere Ablauf des Verhandlungsverfahrens stellt

sich - wie folgt - dar:

a. Die Öffnung der Letztangebote erfolgt nach Ablauf der Angebotsfrist und wird kommissionell durchgeführt.

.....

1. e.Litera e

Der Auftraggeber wird die auf Grundlage dieser Ausschreibungsunterlagen gelegten Letztangebote gemäß den festgelegten Zuschlagskriterien bewerten und dem Bieter mit dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erteilen.

2. f.Litera f

Der Auftraggeber behält sich vor, mit dem bestgereihten Bieter vor der Zuschlagserteilung noch Exklusivverhandlungen zu führen. Sollten diese Verhandlungen nicht erfolgreich abgeschlossen werden, behält sich der Auftraggeber vor, entweder Exklusivverhandlungen mit den anderen Bietern (Bieter mit dem zweitbestgereihten Angebot, Bieter mit dem drittbestgereihten Angebot etc) zu führen oder nochmals mit allen oder einzelnen verbliebenen Bietern gleichzeitig zu verhandeln.

3. g.Litera g

Der Auftraggeber gibt bekannt, dass an den vorliegenden Ausschreibungsbedingungen während des Verhandlungsverfahrens Änderungen vorgenommen werden können, da insbesondere auch die definierten MUSS-Kriterien gemäß Leistungsbeschreibung und zugehörigen SLA aufgrund von Verhandlungsergebnissen in jede Richtung geändert werden können (§ 105 Abs 5 BVergG). Der Auftraggeber gibt bekannt, dass an den vorliegenden Ausschreibungsbedingungen während des Verhandlungsverfahrens Änderungen vorgenommen werden können, da insbesondere auch die definierten MUSS-Kriterien gemäß Leistungsbeschreibung und zugehörigen SLA aufgrund von Verhandlungsergebnissen in jede Richtung geändert werden können (Paragraph 105, Absatz 5, BVergG).

1.6 Voraussichtlicher Terminplan

Der weitere, zeitliche Ablauf des Verfahrens stellt sich - wie folgt - dar:

.....

.KW 21 (vorauss. 27.5.2010) Präsentation der (Teil-)Konzepte

06, 3. Stufe, durch die Bieter (der genaue Ort

und Termin wird den Bietern mit gesonderten Schreiben

bekanntgegeben).

. KW 24-max.KW 29 Vorbehalt des Auftraggebers:

allfällige Exklusivverhandlungen mit dem Bestbieter

.KW 29 Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung"

Der Antragsteller legte ein "Last and Best Offer" und beantwortete die Fragen des Auftraggebers fristgerecht bis zum 28.6.2010.

Der Auftraggeber übermittelte dem Antragsteller am 2.7.2010 ein E-Mail mit nachfolgendem Inhalt:

"In der im Betreff genannten Angelegenheit teilen wir mit, dass bis 20.07.2010 für Sie als Bieter kein Handlungsbedarf besteht. Wir ersuchen um Kenntnisnahme und werden uns ab dem 20.07.2010 mit weiteren Informationen zum Verlauf des Vergabeverfahrens bei Ihnen melden."

Zum Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung den Inhalt der E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 betreffend führte der Auftraggeber im Antwortschreiben vom 8.7.2010 aus, dass es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Bundesvergabegesetzes handle. Eine solche werde in der 29. Kalenderwoche bekanntgegeben. Damit werde dem Antragsteller ermöglicht, den Bewertungs- und Prüfvorgang zu überprüfen. Eingeforderte Informationen und Protokolle würden ab diesem Zeitpunkt zur Einsicht zur Verfügung stehen bzw übermittelt werden. Im Antwortschreiben zum neuerlichen Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung verwies der Auftraggeber am 12.7.2010 auf die Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1.5. und 1.6.). Die Information vom 2.7.2010 stelle keine Ausscheidensentscheidung dar. Darüber hinaus bezog sich der Auftraggeber auf das in § 105 Abs 6 BVergG 2006 normierte Geheimhaltungsgebot. Zum Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung den Inhalt der E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 betreffend führte der Auftraggeber im Antwortschreiben vom 8.7.2010 aus, dass es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Bundesvergabegesetzes handle. Eine solche werde in der 29. Kalenderwoche bekanntgegeben. Damit werde dem Antragsteller ermöglicht, den Bewertungs- und Prüfvorgang zu überprüfen. Eingeforderte Informationen und Protokolle würden ab diesem Zeitpunkt zur Einsicht zur Verfügung stehen bzw übermittelt werden. Im Antwortschreiben zum neuerlichen Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung verwies der Auftraggeber am 12.7.2010 auf die Ausschreibungsunterlagen (Punkt 1.5. und 1.6.). Die Information vom 2.7.2010 stelle keine Ausscheidensentscheidung dar. Darüber hinaus bezog sich der Auftraggeber auf das in Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2006 normierte Geheimhaltungsgebot.

Mit Schriftsatz vom 12.7.2010 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie Eventualbegehren ein. Diese für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Woche beantragten Eventualbegehren sind 1. auf die Untersagung der Auswahl eines Bestbieters für Einzelverhandlungen, 2. auf Untersagung der Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen mit einzelnen Bietern,

3. auf Untersagung der Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen mit der "B***" und 4. auf Untersagung der Erteilung des Zuschlages gerichtet.

In Verbindung mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde ein auf Nichtigerklärung der E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 gerichteter Nachprüfungsantrag eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG gestellt. In Verbindung mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde ein auf Nichtigerklärung der E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 gerichteter Nachprüfungsantrag eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG gestellt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Zusammenhalt mit den Bestimmungen in den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 1.5 (Verfahrensablauf) kein Zweifel daran bestehe, dass die E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSv § 2 Z 16 lit.a sub.lit. ee BVergG 2006 zu werten sei. Diese sei als Bekanntgabe der Auswahl des voraussichtlichen Bestbieters, mit dem Einzelverhandlungen aufgenommen werden würden, zu verstehen. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass im Zusammenhalt mit den Bestimmungen in den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 1.5 (Verfahrensablauf) kein Zweifel daran bestehe, dass die E-Mail-Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub.lit. ee BVergG 2006 zu werten sei. Diese sei als Bekanntgabe der Auswahl des voraussichtlichen Bestbieters, mit dem Einzelverhandlungen aufgenommen werden würden, zu verstehen.

Der Auftraggeber wähle anhand der Zuschlagskriterien den Bestbieter - führe somit ein short listing durch -, um mit dem bestgereihten Bieter exklusiv zu verhandeln. Bis zum Abschluss dieser Exklusivverhandlungen befinde sich das Vergabeverfahren in der Verhandlungsphase. Gemäß § 105 Abs. 2 BVergG 2006 müsse jedoch der Auftraggeber aus Transparenzgründen jenen Bieter, dessen Angebot nicht weiter berücksichtigt werde, unverzüglich von dieser Entscheidung verständigen. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass das "short listing" eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei. Der Auftraggeber habe bereits eine Bestbieterermittlung anhand des "Last and Best Offer" vorgenommen, um mit diesem in Exklusivverhandlungen einzutreten. Der Auftraggeber wähle anhand der Zuschlagskriterien den Bestbieter - führe somit ein short listing durch -, um mit dem bestgereihten Bieter exklusiv zu verhandeln. Bis zum Abschluss dieser Exklusivverhandlungen befinde sich das Vergabeverfahren in der Verhandlungsphase. Gemäß Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2006 müsse jedoch der Auftraggeber aus Transparenzgründen jenen Bieter, dessen Angebot nicht weiter berücksichtigt werde, unverzüglich von dieser Entscheidung verständigen. Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass das "short listing" eine gesondert anfechtbare Entscheidung sei. Der Auftraggeber habe bereits eine Bestbieterermittlung anhand des "Last and Best Offer" vorgenommen, um mit diesem in Exklusivverhandlungen einzutreten.

Mit der E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 habe der Auftraggeber bewusst eine unklare Situation geschaffen, um das Anfechtungsrisiko zu minimieren. Würde die Mitteilung vom 2.7.2010 unangefochten bleiben, könnte bei einem allfälligen gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Kontrollverfahren darauf verwiesen werden, dass das rechtswidrige "short listing" bestandsfest geworden sei. Im Fall der Bekämpfung der genannten Entscheidung vom 2.7.2010 könnte hingegen der Auftraggeber entgegenhalten, dass es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handle, würde aber in einem darauffolgenden gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsverfahren bereits die Argumente des Antragstellers kennen und entsprechend reagieren können. Der vermeintliche Bestbieter hätte durch Exklusivverhandlungen die Möglichkeit der Nachbesserung seines Angebotes.

Schon daraus ergebe sich eine Bieterdiskriminierung, zumal der aus Exklusivverhandlungen entstehende Vorteil nicht mehr egalisiert werden könne. Das Kalkül des Auftraggebers sei darauf gerichtet, dem Antragsteller den Rechtsschutz zu verkürzen und einen Bieter zu bevorzugen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers zwingt den Antragsteller zur rechtsschutzwahrenden Antragstellung. Fraglich sei, ob eine derartige Vorgangsweise dem Gebot der Transparenz und eines effektiven Rechtsschutzes genüge.

Entgegen der Bestimmung in § 105 Abs. 2 3. Satz BVergG 2006 enthalte die vom Antragsteller, mit der Zuschlagsentscheidung vergleichbare, gesondert anfechtbare Entscheidung nicht die für die Überprüfbarkeit notwendigen Mindestangaben. Vom Auftraggeber wären daher auch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie die Vergabesumme anzugeben gewesen. Abgesehen von den trotz Nachfrage fehlenden zur Überprüfung des "short listings" erforderlichen Informationen sei bereits die gewählte "schwammige" Formulierung in der angefochtenen Entscheidung als Nichtigkeitsgrund zu werten. Es liege ein Verstoß sowohl gegen das Transparenzgebot als auch gegen den effektiven Rechtsschutz vor. Entgegen der Bestimmung in Paragraph 105, Absatz 2, 3. Satz BVergG 2006 enthalte die vom Antragsteller, mit der Zuschlagsentscheidung vergleichbare, gesondert anfechtbare Entscheidung nicht die für die Überprüfbarkeit notwendigen Mindestangaben. Vom Auftraggeber wären daher auch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie die Vergabesumme anzugeben gewesen.

Abgesehen von den trotz Nachfrage fehlenden zur Überprüfung des "short listings" erforderlichen Informationen sei bereits die gewählte "schwammige" Formulierung in der angefochtenen Entscheidung als Nichtigkeitsgrund zu werten. Es liege ein Verstoß sowohl gegen das Transparenzgebot als auch gegen den effektiven Rechtsschutz vor.

Der Antragsteller habe dem Bieter "B****" als Bestbieter ermittelt, obwohl dessen Angebot aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Zum einen fehle es an der Eignung gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Zum anderen sei eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gegeben. Hinsichtlich des Subunternehmers des Bieters "B****", dem "C****", bestehe der Verdacht der Quersubventionierung. Durch den Subunternehmer "C****" nutze der Bund jenen Kostenvorteil, den er dem "C****" durch Gesetz eingeräumt habe. Der Kostenvorteil des Bieters "B****" beruhe damit zum Teil auf einer Quersubventionierung, die nicht am Markt zustande gekommen sei. Die Eignung des Bieters "B****" und dessen Subunternehmers sei damit nicht ausreichend geprüft worden. Eine Reduktion des Angebotspreises im Vergleich zum zweiten Angeboten um mehr als 50 % durch den Bieter "B****" sei nicht plausibel. Der Antragsteller habe dem Bieter "B****" als Bestbieter ermittelt, obwohl dessen Angebot aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Zum einen fehle es an der Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Zum anderen sei eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gegeben. Hinsichtlich des Subunternehmers des Bieters "B****", dem "C****", bestehe der Verdacht der Quersubventionierung. Durch den Subunternehmer "C****" nutze der Bund jenen Kostenvorteil, den er dem "C****" durch Gesetz eingeräumt habe. Der Kostenvorteil des Bieters "B****" beruhe damit zum Teil auf einer Quersubventionierung, die nicht am Markt zustande gekommen sei. Die Eignung des Bieters "B****" und dessen Subunternehmers sei damit nicht ausreichend geprüft worden. Eine Reduktion des Angebotspreises im Vergleich zum zweiten Angeboten um mehr als 50 % durch den Bieter "B****" sei nicht plausibel.

Wie sich auch aus dem eingeholten Rechtsgutachten zu § 3 AVRAG betreffend den Betriebsübergang ergebe, lasse sich die Anwendbarkeit der genannten Bestimmung für einen neuen Dienstgeber nicht verhindern, sodass der Auftragnehmer zwingend auf Ressourcen des bisherigen Dienstleisters zurückgreifen müsse. Die Kosten für einen Betriebsübergang gemäß § 3 AVRAG seien vom Bieter "B****" nicht berücksichtigt worden. Wie sich auch aus dem eingeholten Rechtsgutachten zu Paragraph 3, AVRAG betreffend den Betriebsübergang ergebe, lasse sich die Anwendbarkeit der genannten Bestimmung für einen neuen Dienstgeber nicht verhindern, sodass der Auftragnehmer zwingend auf Ressourcen des bisherigen Dienstleisters zurückgreifen müsse. Die Kosten für einen Betriebsübergang gemäß Paragraph 3, AVRAG seien vom Bieter "B****" nicht berücksichtigt worden.

Einen wesentlichen Preisfaktor für den neuen Dienstleister stelle auch der Kauf von umfassenden "Client-Lizenzen" zur Programmentwicklung ("Gen-Lizenzen") dar. Während dem Antragsteller der Erwerb der "Gen-Lizenzen" rund € 8 Mio kosten würde, hätte der Bieter "B****" dafür nach Schätzungen bis zu € 20 Mio aufzuwenden. Hätte B**** einen Preis unter € 8 Mio angegeben, wäre dieser jedenfalls zu hinterfragen, da ein solcher Preis auf dem Markt nicht zu bekommen wäre. Angesichts der Bestimmungen über den Vorortservice mit einer maximalen Einsatzzeit von 2 Stunden in allen Außenstellen des Auftraggebers sei ein dichtes Servicenetzwerk in Österreich samt entsprechender Lagerhaltung erforderlich. Allenfalls verfüge über solche Kapazitäten die D****, die jedoch nicht Partner bzw Subunternehmer des Bieters "B****" sei. Inwiefern der Bieter "B****" daher die vorgeschriebenen Einsatzzeiten einhalten könne, sei fraglich bzw. bei Einhaltung mit sehr hohen Kosten verbunden. Unerklärlich sei daher, dass der Bieter "B****" in dieser Position im Vergleich zum Antragsteller um mehr als die Hälfte günstiger sei. Bei derartigen Preisunterschieden wäre daher eine vertiefte Preisangemessenheitsprüfung gemäß § 125 BVergG 2006 verpflichtend gewesen. Einen wesentlichen Preisfaktor für den neuen Dienstleister stelle auch der Kauf von umfassenden "Client-Lizenzen" zur Programmentwicklung ("Gen-Lizenzen") dar. Während dem Antragsteller der Erwerb der "Gen-Lizenzen" rund € 8 Mio kosten würde, hätte der Bieter "B****" dafür nach Schätzungen bis zu € 20 Mio aufzuwenden. Hätte B**** einen Preis unter € 8 Mio angegeben, wäre dieser jedenfalls zu hinterfragen, da ein solcher Preis auf dem Markt nicht zu bekommen wäre. Angesichts der Bestimmungen über den Vorortservice mit einer maximalen Einsatzzeit von 2 Stunden in allen Außenstellen des Auftraggebers sei ein dichtes Servicenetzwerk in Österreich samt entsprechender Lagerhaltung erforderlich. Allenfalls verfüge über solche Kapazitäten die D****, die jedoch nicht Partner bzw Subunternehmer des Bieters "B****" sei. Inwiefern der Bieter "B****" daher die vorgeschriebenen Einsatzzeiten einhalten könne, sei fraglich bzw. bei Einhaltung mit sehr hohen Kosten verbunden. Unerklärlich sei daher, dass der

Bieter "B****" in dieser Position im Vergleich zum Antragsteller um mehr als die Hälfte günstiger sei. Bei derartigen Preisunterschieden wäre daher eine vertiefte Preisangemessenheitsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 verpflichtend gewesen.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen habe der Bieter bei der Angebotserstellung die mögliche Anwendbarkeit des § 3 AVRAG zu berücksichtigen. Bereits die Übernahme nur einer einzigen Schlüsselarbeitskraft des bisherigen Dienstnehmers führe zur Anwendbarkeit des § 3 AVRAG. Nach Ansicht des Antragstellers sei bei einem Betriebsübergang iSv § 3 AVRAG die Transitionsphase nicht anders als durch einen "AVRAG-Übergang" zu bewältigen. Eine solche AVRAG-Übernahme sei jedoch im Letztangebot des Bieters "B****" nicht berücksichtigt worden, sodass dieser Bieter etwas rechtlich "Unmögliches" angeboten habe. Würden allenfalls auf freiwilliger Basis Mitarbeiter des bisherigen Dienstnehmers übernommen werden, wäre dies ein unzulässiger Umgehungsversuch, der wiederum zwingend die Anwendbarkeit des § 3 AVRAG auslöse. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen habe der Bieter bei der Angebotserstellung die mögliche Anwendbarkeit des Paragraph 3, AVRAG zu berücksichtigen. Bereits die Übernahme nur einer einzigen Schlüsselarbeitskraft des bisherigen Dienstnehmers führe zur Anwendbarkeit des Paragraph 3, AVRAG. Nach Ansicht des Antragstellers sei bei einem Betriebsübergang iSv Paragraph 3, AVRAG die Transitionsphase nicht anders als durch einen "AVRAG-Übergang" zu bewältigen. Eine solche AVRAG-Übernahme sei jedoch im Letztangebot des Bieters "B****" nicht berücksichtigt worden, sodass dieser Bieter etwas rechtlich "Unmögliches" angeboten habe. Würden allenfalls auf freiwilliger Basis Mitarbeiter des bisherigen Dienstnehmers übernommen werden, wäre dies ein unzulässiger Umgehungsversuch, der wiederum zwingend die Anwendbarkeit des Paragraph 3, AVRAG auslöse.

Die Einhaltung des mit maximal 2 Stunden befristeten Vorortservices in allen Außenstellen des Auftraggebers sei noch dazu zu einem im Vergleich zum Antragsteller um mehr als die Hälfte günstigeren Preis des Bieters "B****" ausgeschlossen. Offenbar werde damit spekuliert, dass vernachlässigbar wenige Störungen auftreten würden und daher lieber die Pönale in Kauf genommen würde. Eine derartige Spekulation sei jedoch unzulässig. Es liege daher auch in dieser Hinsicht ein ausschreibungswidriges Angebot des Bieters "B****" vor.

Das Interesse am Vertragsabschluss habe der Antragsteller durch Beteiligung sowohl am Vorverfahren als auch am gegenständlichen Verfahren in der 2. Stufe dargetan. Das Interesse am Erhalt des Auftrages zeige der Antragsteller durch die Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Falle der Nichtstattgebung des Antrages würde der Auftraggeber mit dem falsch ermittelten Bestbieter "B****" Exklusivverhandlungen führen und in der Folge nach der Zuschlagsentscheidung der Zuschlag zu Gunsten des Bieters "B****" ergehen. Die Aufwendungen des Antragstellers für die Beteiligung am Vergabeverfahren wären frustriert und die Chance des Antragstellers auf Exklusivverhandlungen sowie auf den Zuschlag nicht mehr gegeben. Das Letztangebot des Antragstellers sei an erste Stelle zu reihen, während jenes des Mitbewerbers "B****" auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Bietergleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie auf Gewährung eines freien und lauten Wettbewerbes verletzt. Darüber hinaus sei der Antragsteller in seinen Rechten auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung und Zulassung zu Exklusivverhandlungen, auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren, insbesondere durch Bekanntgabe der Gründe für die Auswahl eines anderen Bestbieters bzw. die Nichtberücksichtigung des Angebotes des Antragstellers für Exklusivverhandlungen, auf Ausscheiden des vorgereichten, jedoch ausschreibungswidrigen Angebotes, auf Zuschlagserteilung an den Antragsteller sowie im Recht auf Vertraulichkeit verletzt.

Würde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht stattgegeben, würden für den rechtsschutzsuchenden Bieter zu seinen Lasten vollendete Tatsachen geschaffen werden, die zu einem nicht wieder gutzumachenden Schaden führen würden. Es sei zu befürchten, dass der Auftraggeber unmittelbar davor stehe, bzw. gerade dabei sei, mit dem im Rahmen des "short listings" unrichtig ermittelten Bestbieter "B****" Exklusivverhandlungen aufzunehmen bzw. fortzusetzen. Eine derartige Aufnahme von Exklusivverhandlungen mit dem härtesten Konkurrenten des Antragstellers würde zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen. Es wären die Interessen des Antragstellers am gegenständlichen Auftrag konterkariert. Der daraus entstehende Nachteil könne nur durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung hintangehalten werden. Den Interessen des Antragstellers an der begehrten einstweiligen Verfügung stünden auch keine berücksichtigungswürdigen öffentlichen Interessen bzw. Interessen des Auftraggebers an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen. Der sich bereits 2

Jahre hinziehende Beschaffungsvorgang demonstrierte weder ein öffentliches Interesse noch ein Interesse des Auftraggebers an der Fortsetzung innerhalb der nächsten sechs Wochen. Eine besondere Dringlichkeit wäre im Übrigen vom Auftraggeber verschuldet und könne nicht die Interessen des Antragstellers überwiegen.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 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. Weder sei der Antragsteller ausgeschieden, noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen oder ein Zuschlag erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 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. Weder sei der Antragsteller ausgeschieden, noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen oder ein Zuschlag erteilt worden.

Im vorliegenden Fall fehle es bereits an der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei. Die E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 sei auf Grund des Ersuchens der Bieter um Auskunft darüber ergangen, ob ihre für das Vergabeverfahren zuständigen Mitarbeiter im Juli benötigt werden würden und bereit zu halten seien. Den Bietern sollte eine entsprechende Dispositionsmöglichkeit eingeräumt werden. Die E-Mail-Mitteilung vom 2.7.2010 sei keinesfalls als Ausscheidens- oder Auswahlentscheidung zu verstehen. Dies sei auch mit Schreiben vom 8. und 12.7.2010 bestätigt worden.

Aufgabe des Bundesvergabeamtes sei im Übrigen nicht, den Auftraggeber zu Mitteilungen zu verpflichten, sondern vielmehr die Entscheidungen des Auftraggebers zu überprüfen. Dem Antragsteller mangle es auch an der drohenden Schädigung von Interessen. Die Aufnahme von Exklusivverhandlungen mit einem anderen Bieter führe weder zur Ungleichbehandlung der Bieter noch zu nicht vergleichbaren Angeboten. Entsprechend den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen würden Exklusivverhandlungen mit einem bereits feststehenden Bestbieter geführt, sodass eine nachträgliche Verbesserung der Rechtstellung nicht möglich sei.

Das Ergebnis der Bestbieterermittlung könne vom Antragsteller nach Übermittlung der Zuschlagsentscheidung überprüft werden. Unumkehrbare Tatsachen würden nicht geschaffen werden. Es könne daher weder durch die Auswahl eines Bieters für Einzelverhandlungen, noch durch die Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen, noch durch die Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen mit dem vermeintlichen Bestbieter eine Schädigung der Interessen des Antragstellers drohen. Im Hinblick auf die bereits abgeschlossenen Exklusivverhandlungen gehe das diesbezügliche Eventualbegehren ins Leere. Dies gelte auch für das 5. Eventualbegehren zumal noch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden sei und daher auch keine Stillhaltefrist laufe. Eine Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wäre ohnehin gemäß § 132 BVergG 2006 nichtig. Das Ergebnis der Bestbieterermittlung könne vom Antragsteller nach Übermittlung der Zuschlagsentscheidung überprüft werden. Unumkehrbare Tatsachen würden nicht geschaffen werden. Es könne daher weder durch die Auswahl eines Bieters für Einzelverhandlungen, noch durch die Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen, noch durch die Aufnahme oder Fortführung von Exklusivverhandlungen mit dem vermeintlichen Bestbieter eine Schädigung der Interessen des Antragstellers drohen. Im Hinblick auf die bereits abgeschlossenen Exklusivverhandlungen gehe das diesbezügliche Eventualbegehren ins Leere. Dies gelte auch für das 5. Eventualbegehren zumal noch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden sei und daher auch keine Stillhaltefrist laufe. Eine Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wäre ohnehin gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 nichtig.

Der Hauptantrag mit dem auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerichteten Begehren sei nicht als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv § 329 Abs 2 BVergG zu beurteilen. Es seien daher sowohl der Hauptantrag als auch die Eventualanträge des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Der Hauptantrag mit dem auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerichteten Begehren sei nicht als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 2, BVergG zu beurteilen. Es seien daher sowohl der Hauptantrag als auch die Eventualanträge des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslager römisch eins. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im 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 im 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 in Krafttretens 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 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 12.7.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens 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 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 12.7.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 Das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistung 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 Dienstleistung 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.

Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren und den umfangreichen Akt können die Fragen, ob es sich bei der vom Antragsteller genannten gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne vom § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVerG 2006 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt, bzw, ob die Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als - wie vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vorgebracht - als "short listing" zu seinen Lasten zu interpretieren ist, nicht mit letzter Sicherheit geklärt und abschließend beantwortet werden. Es Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren und den umfangreichen Akt können die Fragen, ob es sich bei der vom Antragsteller genannten gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne vom Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVerG 2006 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt, bzw, ob die

Mitteilung des Auftraggebers vom 2.7.2010 als - wie vom Antragsteller in seinem Schriftsatz vorgebracht - als "short listing" zu seinen Lasten zu interpretieren ist, nicht mit letzter Sicherheit geklärt und abschließend beantwortet werden. Es

wird daher im Provisorialverfahren - unvorgreiflich

anderslautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Sinne von § 2 Z 16 lit.a sublit. dd BVergG 2006 und von einer "short listing" - Entscheidung zu Lasten des Antragstellers ausgegangen. In diesem Zusammenhang hat der Antragsteller die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen 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. anderslautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 und von einer "short listing" - Entscheidung zu Lasten des Antragstellers ausgegangen. In diesem Zusammenhang hat der Antragsteller die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen 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 zu Exklusivverhandlungen heranzuziehen wäre, 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 allenfalls Exklusivverhandlungen mit dem Auftraggeber zu führen, 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 spätere Zuschlagsentscheidung und - erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

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

Abgesehen von den Ausführungen zur fehlenden gesondert anfechtbaren Entscheidung und zum Fehlen einer drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers hat der Auftraggeber keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008- EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV 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.

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers - die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme im Sinne von § 329 Abs 3 BVergG dar. Andernfalls wäre der Antragsteller gezwungen, weitere Nachprüfungsverfahren, die weitere Zeitverzögerungen mit sich bringen würden, anzustreben. Die zeitlich begrenzte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stellt auch - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers - die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme im Sinne von Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dar. Andernfalls wäre der Antragsteller gezwungen, weitere Nachprüfungsverfahren, die weitere Zeitverzögerungen mit sich bringen würden, anzustreben.

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