

# TE Verg Bescheid 2010/6/14 N/0047-BVA/09/2010-EV14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.06.2010

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
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 den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Basis IT Infrastrukturservices" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk ORF, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 7. Juni 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 den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Basis IT Infrastrukturservices" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk ORF, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X\*\*\*, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 7. Juni 2010, wie folgt entschieden:

## Spruch

Dem Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Informationstechnologie-Services für den ORF" zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Österreichischer Rundfunk ORF für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Basis IT Infrastrukturservices" den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinaus gehende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

## Begründung

Die A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\* (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 7. Juni 2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber das gegenständliche Vergabeverfahren vergaberechtswidriger Weise weder im Supplement des Amtsblattes der EG noch in der Wiener Zeitung bekannt gemacht habe. Ausgeschrieben sei gegenständlich ein Dienstleistungsauftrag für Informationstechnologie, der dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Dafür sei seitens des Auftraggebers ein Servicekatalog für sämtliche Infrastrukturservices der allgemeinen IT erarbeitet worden. Der Zuschlag solle dem technischen und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden.

In der Ausschreibungsunterlage sei in Pkt. 3.5.2 des Request for Proposal ausdrücklich festgelegt, dass Angebote vollständig sein müssten. Darüber hinaus enthalte dieser Punkt die Festlegung, dass für das Preisangebot die "Anlage B3 - Pricing\_Sheet" zu verwenden sei. Zur Klarstellung werde in Pkt. 3.6.1 des Request for Proposal festgelegt, dass ein Abweichen von dieser Vorgabe zum Ausscheiden des Angebotes führe.

In Pkt. 3.5.7 des Request for Proposal sei die Festlegung enthalten, dass beim Angebot "Abweichungen/Alternativen in kaufmännischer bzw. rechtlicher Hinsicht ausgeschlossen und unzulässig" seien. Darüber hinaus sei festgelegt, dass im Hinblick darauf, dass in der ersten Angebotsphase keine Alternativangebote gelegt worden seien, Alternativ- und Abänderungsangebote unzulässig seien.

In den vom Auftraggeber am 31. März 2010 getroffenen Festlegungen im Dokument "Klarstellungen/Änderungen zu der Finalistenkonferenz vom 25. März 2010" beinhalte das vom Auftraggeber vorgegebene Preisblatt B3 das kommerzielle Angebot. Dazu sei folgendes ausgeführt: In diesem Sinn werden auch die Angebote zum Future Mode of Operations, welcher auf Basis der vorgegebenen Baselines und unter Verwendung des vorgegebenen Preisblattes (B3) angeboten werden muss (vgl Pkt. 3.6.1 und 3.6.2), kommerziell bewertet. In den vom Auftraggeber am 31. März 2010 getroffenen Festlegungen im Dokument "Klarstellungen/Änderungen zu der Finalistenkonferenz vom 25. März 2010" beinhalte das vom Auftraggeber vorgegebene Preisblatt B3 das kommerzielle Angebot. Dazu sei folgendes ausgeführt: In diesem Sinn werden auch die Angebote zum Future Mode of Operations, welcher auf Basis der vorgegebenen Baselines und unter Verwendung des vorgegebenen Preisblattes (B3) angeboten werden muss vergleiche Pkt. 3.6.1 und 3.6.2), kommerziell bewertet.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot (sowohl Erst- als auch Last and Best Offer) gelegt. Mit einem als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnetem Schreiben vom 28. Mai 2010 (E-Mail; zugestellt am selben Tag) sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die B\*\*\* als Bestbieter ermittelt worden sei. In diesem Schreiben sei Folgendes ausgeführt worden:

## Vergabesumme

Der Gesamtpreis über 5 Jahre inklusive Transition beträgt ohne die angebotenen Optionen Euro XXXX. exkl. Ust. Dies ergibt einen TCO-Wert von Euro XXXX. exkl. Ust., womit B\*\*\* kommerziell deutlich günstiger angeboten hat, als der zweite Finalist. Der Gesamtpreis über 5 Jahre inklusive Transition beträgt ohne die angebotenen Optionen Euro

römisch 40 . exkl. Ust. Dies ergibt einen TCO-Wert von Euro römisch 40 . exkl. Ust., womit B\*\*\* kommerziell deutlich günstiger angeboten hat, als der zweite Finalist.

Die wesentlichen Merkmale und Vorteile des Angebots der B\*\*\* lassen sich im Detail aus den als Beilage 1, 2 und 3 angeschlossenen Bewertungstabellen entnehmen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass B\*\*\* zu allen Tier-1- Kriterien das beste Angebot abgegeben hat, insbesondere jedoch das kommerziell attraktivste Angebot gelegt hat. In Summe hat B\*\*\* 99 gewichtete Punkte erhalten, wohingegen der zweite Finalist 86,34 gewichtete Punkte erhalten hat. Die Detailbewertung ist den angeschlossenen Beilagen zu entnehmen.

Die Stillhaltefrist bzw. Ende der Antragsfrist endet 10 Tage nach Zugang dieses Schreibens, d.h. am 7.6.2010.

Weder aus der Zuschlagsentscheidung noch aus den Unterlagen ergebe sich eine inhaltliche, objektiv nachvollziehbare Begründung der unterschiedlichen Bewertung, die eine Überprüfung der Richtigkeit der Bewertung der Antragstellerin ermöglichen würde.

Der Österreichische Rundfunk ORF sei öffentlicher Auftraggeber gemäß BVergG 2006. Der Antragstellerin seien aus der Teilnahme am Vergabeverfahren bereits hohe Kosten erwachsen. Diese wären frustriert, wenn die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalte. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Auch seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung angefallen. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Die Antragstellerin habe ein evidentes Interesse am Vertragsabschluss.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen rechtskonformen Vergabeverfahrens und in Folge in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zu den Vergabeverstößen:

Verstoß gegen Bekanntmachungsvorschriften:

Der Auftraggeber habe evidenter Maßen gegen die Bekanntmachungsvorschriften des BVergG verstoßen. Die gegenständliche Ausschreibung wäre europaweit bekannt zu machen gewesen.

Zur rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung:

§ 131 BVergG normiere, dass den verbliebenen Bietern in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben seien. Ein nicht zum Zuge gekommener Bieter solle schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen zur Verfügung haben, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Dies sei eine Bringschuld des Auftraggebers. Es sei einem Nachprüfungswerber nicht zuzumuten, sich die vom Auftraggeber nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst zu beschaffen oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu ermitteln. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich. Aus der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung vom 28. Mai 2010 würden sich weder konkret nachvollziehbare inhaltliche Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die vollständigen inhaltlichen Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ergeben. Die Antragstellerin verfüge somit nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen bzw zu überprüfen. Die Bewertung des Angebotes bedürfe auch einer hinreichenden verbalen Begründung. Paragraph 131, BVergG normiere, dass den verbliebenen Bietern in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben seien. Ein nicht zum Zuge gekommener Bieter solle schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen zur Verfügung haben, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötige. Dies sei eine Bringschuld des Auftraggebers. Es sei einem Nachprüfungswerber nicht zuzumuten, sich die vom Auftraggeber nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst zu beschaffen oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu ermitteln. Die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich. Aus der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung vom 28. Mai 2010 würden sich weder konkret nachvollziehbare inhaltliche Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die vollständigen inhaltlichen Merkmale und

Vorteile des erfolgreichen Angebotes ergeben. Die Antragstellerin verfüge somit nicht über jene Informationen, die es ihr ermöglichen würden, die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen bzw zu überprüfen. Die Bewertung des Angebotes bedürfe auch einer hinreichenden verbalen Begründung.

Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Vorgaben des § 131 BVergG. Die notwendigen Informationen würden sich auch nicht aus den der Zuschlagsentscheidung beigelegten Dokumenten und Protokollen ergeben. Teilweise würden lediglich "Smileys" als Bewertungsbegründung bzw -ergebnis verwendet. Weiters sei in der Zuschlagsentscheidung festgehalten, dass die Stillhaltefrist bzw. das Ende der Antragsfrist 10 Tage nach Zugang der Zuschlagsentscheidung, d. h. am 7. Juni 2010, enden würden. Dies widerspreche § 132 iVm § 345 Abs 2 BVergG, wonach vor dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006, eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen seien. Die Stillhaltefrist betrage sohin 14 Tage und nicht 10 Tage. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Vorgaben des Paragraph 131, BVergG. Die notwendigen Informationen würden sich auch nicht aus den der Zuschlagsentscheidung beigelegten Dokumenten und Protokollen ergeben. Teilweise würden lediglich "Smileys" als Bewertungsbegründung bzw -ergebnis verwendet. Weiters sei in der Zuschlagsentscheidung festgehalten, dass die Stillhaltefrist bzw. das Ende der Antragsfrist 10 Tage nach Zugang der Zuschlagsentscheidung, d. h. am 7. Juni 2010, enden würden. Dies widerspreche Paragraph 132, in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 2, BVergG, wonach vor dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen seien. Die Stillhaltefrist betrage sohin 14 Tage und nicht 10 Tage. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Gründe für das Ausscheiden des Angebots der B\*\*\*:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot der B\*\*\* widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei daher auszuscheiden. Laut Festlegung der Ausschreibungsunterlage sei das Preisblatt vollständig auszufüllen. Laut Vermerk im Bewertungsprotokoll seien im Angebot der B\*\*\* die Termination Kosten nicht ausgefüllt. Die B\*\*\* habe auch die Anlagen zur Ausschreibung nicht akzeptiert. Auch damit widerspreche deren Angebot den Ausschreibungsunterlagen und sei auszuscheiden.

Nicht nachvollziehbar sei auch der Korrespondentensupport, welcher nicht vollständig angeboten worden sei. Auch erforderliche Software-Lizenzierungen seien im Leistungsumfang und im Preis der B\*\*\* nicht im geforderten Ausmaß inkludiert. Das vom Auftraggeber geforderte Lizenzmanagement sei durch die im Angebote der B\*\*\* fehlende Toolunterstützung aus technischer Sicht denkmöglich zu realisieren. Im Rahmen der Bewertung sei dazu ausdrücklich festgehalten, dass das Lizenzmanagement, welches ein Muss- Kriterium darstelle, seitens B\*\*\* nicht klar beschrieben worden sei.

Hiezu komme weiters, dass die von B\*\*\* in ihrem Konzept bekannt gegebenen Servicelevels nicht den in der Ausschreibung festgelegten Mindestkriterien entsprechen würden. Auch deshalb wäre deren Angebot auszuscheiden gewesen.

Gemäß Bewertungsprotokoll seien seitens B\*\*\* 1,5 Petabyte an Backup Storage für drei Jahre kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Da jedoch Alternativangebote unzulässig seien, sei das Angebot von B\*\*\* jedenfalls auszuscheiden.

B\*\*\* habe in ihrem Angebot ein Pay-per-use Modell angeboten. Gemäß Pkt. 6.2.2 des Request for Proposal vom 19. März 2010 sowie der vom Auftraggeber am 31. März 2010 getroffenen Festlegungen im Dokument "Klarstellungen/Änderungen zu der Finalistenkonferenz vom 25.3.2010" müsse das kommerzielle Angebot auf Basis der vorgegebenen Baselines und unter Verwendung des vorgegebenen Preisblattes B3 erstellt werden. Das Pay-per-use Modell entspreche diesen Anforderungen nicht und stelle damit ein unzulässiges Alternativangebot dar. Ein solches sei jedoch nicht zulässig.

1. 2.Ziffer 2

Spekulative Preisgestaltung:

Das Angebot der B\*\*\* weise keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf (spekulative Preisgestaltung). Es weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Das Angebot sei daher auszuscheiden. Das Vorliegen der spekulativen Preisgestaltung zeige sich unter anderem in folgenden Tatsachen:

- -Strichaufzählung  
In der Bewertung komme der Auftraggeber zu dem Schluss, dass die B\*\*\* den Aufwand für die Transition unterschätzt habe. Dies spiegle sich auch in der Bewertung der Transition mit einem gelben "Smiley" wider. Die angebotene Transition sichere die Anforderungen des Auftraggebers unzureichend. In der Folge sei der für die Transition angebotene Preis jedenfalls unplausibel.
- -Strichaufzählung  
Auch der Korrespondentensupport, die erforderlichen Softwarelizenzierungen sowie die Erneuerung von Assets mit einer Nutzungsdauer von mehr als 4 Jahren seien nicht vollständig im Preis enthalten. Auch hier liege eine spekulative Preisgestaltung vor.
- -Strichaufzählung  
Die Terminationkosten seien im Preisblatt nicht angegeben. Auch seien die Unterstützungsleistungen für die Transition Out nicht klar beschrieben. Auch in dieser Hinsicht sei die Preisgestaltung spekulativ.
- -Strichaufzählung  
Weiters sei die von B\*\*\* zugesagte Virtualisierung aus technischer Sicht aufgrund zusätzlich erforderlicher Lizenzkosten unkalkulierbar.

Das gesamte bisherige Vorbringen werde auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Im gegenständlichen Fall würde das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der Vergabeverstöße allfällige Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Die zu erbringenden Leistungen seien nicht durch einen konkreten vorhersehbaren Bedarf erforderlich. Der Auftraggeber behalte sich im Übrigen auch eine Zuschlagsfrist von sieben Monaten vor. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, seien nicht ersichtlich. Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handle es sich um die einzige und gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Da eine alleinige Untersagung der Zuschlagserteilung einer Vollstreckung nicht zugänglich sei und eine rechtswidrige Zuschlagserteilung trotz Untersagung der einstweiligen Verfügung nicht nichtig sei, sei sowohl die Zuschlagsentscheidung auszusetzen, um den Ablauf der Stillhaltefrist zu hemmen, als auch eine Zuschlagserteilung zu untersagen.

Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2010, beim BVA eingelangt am 10. Juni 2010, erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und eine Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung. Vorweg hielt der Auftraggeber fest, dass aus seiner Sicht der ORF nicht dem Bundesvergabegesetz unterliegen würde. Ein diesbezüglicher Beschluss des Bundesvergabeamtes zur Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH sei nicht realisiert worden. Der Auftraggeber gehe daher weiterhin berechtigter Weise davon aus, nicht öffentlicher Auftraggeber zu sein. Im Hinblick auf die Bedeutung des Vergabeverfahrens habe der Auftraggeber entschieden, sich ab der Verhandlungs- und Angebotsphase des gegenständlichen Verfahrens zu 100% dem BVergG zu unterwerfen. Dies gelte auch für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren. Der Auftraggeber werde in weiterer Folge noch darlegen, aus welchen Gründen er nicht als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren sei.

Die Bezeichnung des Vergabeverfahrens laute: "Basis IT-Infrastrukturservices". Auftraggeber sei der Österreichische Rundfunk, vergebende Stelle die Technische Direktion des ORF. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX p.A ohne USt. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorangehender Bekanntmachung vergeben werden. Die Bekanntmachung sei am 12. Juni 2009 in der Wiener Zeitung erfolgt; eine EU- weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Der Auftraggeber solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Bezeichnung des Vergabeverfahrens laute: "Basis IT-Infrastrukturservices". Auftraggeber sei der Österreichische Rundfunk, vergebende Stelle die Technische Direktion des ORF. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro römisch 40 p.A ohne USt. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorangehender Bekanntmachung vergeben werden. Die Bekanntmachung sei am 12. Juni 2009 in der Wiener Zeitung erfolgt; eine EU- weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Der Auftraggeber solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Das Vergabeverfahren befinde sich nach den Verhandlungen mit den beiden Finalisten im Stadium nach der Zuschlagsentscheidung. Wie im Request for Information vorgesehen, habe der Auftraggeber die geeignetsten

Unternehmer zur Angebotsabgabe eingeladen. Vier Provider seien dieser Aufforderung gefolgt; so auch die Antragstellerin. Mit den Providern sei eine erste Verhandlungsrunde geführt worden und erste verbindliche Angebote seien gelegt und bewertet worden. Nach dem Ausscheiden von zwei Providern seien die beiden Finalisten zu tiefergehenden Verhandlungen einschließlich einer Due Dilligence eingeladen worden. In der Folge hätten weitere Verhandlungen (Solution Workshops) mit den Finalisten stattgefunden und hätten diese jeweils ein Best and Final Offer gelegt. Die Öffnung der Best and Final Offers sei am 9. April 2010 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei den Finalisten am 28. Mai 2010 bekannt gegeben worden. Das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin sei das teurere der beiden Angebote gewesen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht erfolgt, ebensowenig ein Widerruf. Auch der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Der gegenständliche Beschaffungsprozess sei Voraussetzung für die bis zum Jahr 2013 umzusetzende Digitalisierung der Fernsehproduktion. Die Bandtechnologie laufe mit 2012 aus, was vom ORF nicht beeinflussbar sei. Spätestens im Jahr 2012 müsse die Digitalisierung abgeschlossen sein, wofür die Ausgliederung der Basis IT- Services erforderlich sei.

Der Auftraggeber habe bereits im Jahre 2008 mit dem Beschaffungsprozess begonnen. Er habe ein international tätiges Unternehmen mit der Erstellung einer Expertise beauftragt. Der Ausgliederungsprozess der Basis IT laufe bereits seit 2008 und seien in diesen zahlreiche Einrichtungen und Personen involviert und aufeinander abgestimmt. In diesem Sinn sei auch ein entsprechender Terminplan erarbeitet worden. Nach diesem habe der Auftraggeber mit einer Auftragserteilung im Herbst 2009 gerechnet und alle seine Ressourcen danach ausgerichtet. Dieser Terminplan sei jedoch durch zwei Nachprüfungsverfahren vor dem BVA und die daran anschließende Überarbeitung der Prozessunterlagen bereits überstrapaziert. Die vom Auftraggeber einkalkulierten Zeit- und Personalreserven seien bereits aufgebraucht. Im Hinblick auf den multilateralen Prozess habe der Auftraggeber die bisherige interne Struktur zur Erhaltung der IT-Basisinfrastruktur bereits abzubauen begonnen. Bestehende Verträge seien nicht verlängert worden bzw. würden IT- Basisservices bereits in einer Art "Notbetrieb" geführt. Dies im Hinblick darauf, dass der neue Provider die Leistungen etappenweise bis zum 1. April 2010 übernehmen hätte sollen. Da der Auftraggeber nicht selbst über eigene Ressourcen für die Aufrechterhaltung der IT-Basisinfrastruktur verfüge und bestehende Verträge habe auslaufen lassen, gefährde eine weitere Verzögerung des Beschaffungsprozesses den internen Betrieb.

Gegenständlich handle es sich bereits um den dritten Nachprüfungsantrag zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Negative Entscheidungen würden von den Nachprüfungswerbern nicht akzeptiert und laufend bekämpft werden. Auch der gegenständliche Antrag sei weniger wegen der Verletzung subjektiver Vergaberechte gestellt worden, sondern vielmehr um die Interessen "bis zum Letzten auszufechten".

Der Auftraggeber akzeptiere den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Dabei müsse es sich jedoch um das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel handeln. Unter Beachtung des besonderen öffentlichen Interesses an einem ungestörten Rundfunk und Fernsehen in Österreich und der mittlerweile ausgedünnten EDV des Auftraggebers, sei eine rasche Auftragserteilung notwendig. Durch eine Befristung der Aussetzung der Zuschlagserteilung bis 9. Juli 2010 könnte der Zeitverlust für den Auftraggeber auf ein Minimum reduziert werden. Umgekehrt würden die Interessen der Antragstellerin kaum berührt. Unverhältnismäßig sei der Antrag auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung.

Rechtliche Würdigung:

I. Zur anwendbaren Rechtslage:römisch eins. Zur anwendbaren Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag - somit am 5. März 2010 - in Kraft getreten (vgl § 345 Abs 14 Z 1 BVergG). Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag - somit am 5. März 2010 - in Kraft getreten vergleiche Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG).

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens

des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im Juni 2009 - somit vor In-Kraft-Treten der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 - eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber die "alten" materiellrechtlichen Bestimmungen anzuwenden und das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verfahrens die Bestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im Juni 2009 - somit vor In-Kraft-Treten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, - eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber die "alten" materiellrechtlichen Bestimmungen anzuwenden und das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verfahrens die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat.

Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 7. Juni 2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) anzuwenden (vgl zu alledem BVA 1.6.2010, N/0043- BVA/04/2010-EV20; BVA 1.6.2010, N/0046- BVA/08/2010-EV20; BVA 1.6.2010, N/0039- BVA/12-2010-15; BVA 4.5.2010, N/0026-BVA/12/2010-28 u.a.). Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 7. Juni 2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) anzuwenden vergleiche zu alledem BVA 1.6.2010, N/0043- BVA/04/2010-EV20; BVA 1.6.2010, N/0046-BVA/08/2010-EV20; BVA 1.6.2010, N/0039- BVA/12-2010-15; BVA 4.5.2010, N/0026-BVA/12/2010-28 u.a.).

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Dieser ist eine Stiftung öffentlichen Rechts und verfügt über Rechtspersönlichkeit (siehe § 1 Abs 1 ORF-Gesetz, BGBl Nr. 379/1984 idF BGBl I Nr. 102/2007). Zweck der Stiftung ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Rahmen des Unternehmensgegenstandes. Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst den Versorgungsauftrag gemäß § 3, den Programmauftrag gemäß § 4 und die besonderen Aufträge gemäß § 5 (vgl § 1 Abs 2 ORF-G). Nach § 1 Abs 4 leg cit ist der ORF, soweit seine Tätigkeit im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags erfolgt, nicht auf Gewinn gerichtet. Organe des ORF sind gemäß § 19 ORF-G der Stiftungsrat, der Generaldirektor, der Publikumsrat sowie die Prüfungskommission. Nach § 20 leg cit werden die Mitglieder des Stiftungsrates folgender Maßen bestellt: Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Dieser ist eine Stiftung öffentlichen Rechts und verfügt über Rechtspersönlichkeit (siehe Paragraph eins, Absatz eins, ORF-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 379 aus 1984, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2007,). Zweck der Stiftung ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Rahmen des Unternehmensgegenstandes. Der öffentlich-rechtliche Auftrag umfasst den Versorgungsauftrag gemäß Paragraph 3,, den Programmauftrag gemäß Paragraph 4 und die besonderen Aufträge gemäß Paragraph 5, vergleiche Paragraph eins, Absatz 2, ORF-G). Nach Paragraph eins, Absatz 4, leg cit ist der ORF, soweit seine Tätigkeit im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags erfolgt, nicht auf Gewinn gerichtet. Organe des ORF sind gemäß Paragraph 19, ORF-G der Stiftungsrat, der Generaldirektor, der Publikumsrat sowie die Prüfungskommission. Nach Paragraph 20, leg cit werden die Mitglieder des Stiftungsrates folgender Maßen bestellt:

- -Strichaufzählung  
6 Mitglieder von der Bundesregierung [...]
- -Strichaufzählung  
9 Mitglieder von den Ländern [...]
- -Strichaufzählung  
9 Mitglieder bestellt die Bundesregierung
- -Strichaufzählung  
6 Mitglieder bestellt der Publikumsrat
- -Strichaufzählung

## 5 Mitglieder bestellt der Zentralbetriebsrat

Aufgaben des Stiftungsrates sind u.a. Überwachung der Geschäftsführung, Bestellung und Abberufung des Generaldirektors, Beschlussfassung über die Festsetzung des Programmmentgeltes sowie die Genehmigung von Tarifwerken des Werbefunks und die Prüfung und Genehmigung des Jahresabschlusses, die Prüfung des Konzernabschlusses sowie die Entlastung des Generaldirektors (vgl § 20 ORF-G). Der Generaldirektor wird vom Stiftungsrat für die Dauer von fünf Jahren bestellt. Aufgaben des Stiftungsrates sind u.a. Überwachung der Geschäftsführung, Bestellung und Abberufung des Generaldirektors, Beschlussfassung über die Festsetzung des Programmmentgeltes sowie die Genehmigung von Tarifwerken des Werbefunks und die Prüfung und Genehmigung des Jahresabschlusses, die Prüfung des Konzernabschlusses sowie die Entlastung des Generaldirektors vergleiche Paragraph 20, ORF-G). Der Generaldirektor wird vom Stiftungsrat für die Dauer von fünf Jahren bestellt.

Gemäß § 31 Abs 1 ORF-G wird die Höhe des Programmmentgelts vom Stiftungsrat festgesetzt, wobei dafür zu sorgen ist, dass [...] die gesetzmäßigen Aufgaben des ORF kostendeckend erfüllt werden können. Nach § 31a Abs 1 ORF-G (Verfassungsbestimmung) unterliegt die Gebarung des ORF der Kontrolle des Rechnungshofes. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, ORF-G wird die Höhe des Programmmentgelts vom Stiftungsrat festgesetzt, wobei dafür zu sorgen ist, dass [...] die gesetzmäßigen Aufgaben des ORF kostendeckend erfüllt werden können. Nach Paragraph 31 a, Absatz eins, ORF-G (Verfassungsbestimmung) unterliegt die Gebarung des ORF der Kontrolle des Rechnungshofes.

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs 2 B-VG). Nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit b B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs 1 Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art 126b Abs 1 B-VG. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG). Nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist die Vollziehung in den Angelegenheiten des Absatz eins, Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Artikel 126 b, Absatz eins, B-VG.

Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren zunächst davon ausgegangen, dass es sich beim Auftraggeber Österreichischer Rundfunk (ORF) um einen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG handelt und das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung des Beschaffungsvorganges zuständig ist.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt nach den Informationen des Auftraggebers im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung am 28.5.2010 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 7.6.2010 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat die

Zuschlagsentscheidung am 28.5.2010 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 7.6.2010 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 leg.cit. als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 leg.cit. als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Der Antrag ist daher zulässig. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG 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, BVergG 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.

Nach § 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende

einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B\*\*\* zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Aussetzung der Zuschlagsentscheidung bzw die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B\*\*\* zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Aussetzung der Zuschlagsentscheidung bzw die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber brachte zum Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vor, dass er mit der geplanten Auslagerung der Basis IT-Services bereits im Jahre 2008 begonnen habe. Der Auftraggeber habe auch bereits begonnen, die bisherige interne Struktur zur Erhaltung der IT-Basisinfrastruktur abzubauen (bestehende Verträge seien nicht verlängert worden bzw würden IT-Basiservices in einer Art "Notbetrieb" geführt). Auch handle es sich um einen multilateralen Prozess mit einem hohen Abstimmungsaufwand der involvierten Einrichtungen und Personen. Die Auftragserteilung sei ursprünglich für Herbst 2009 geplant gewesen. Die bisherigen Nachprüfungsverfahren vor dem BVA im Jahre 2009 bzw die daran anschließende Überarbeitung der Prozessunterlagen hätten den Zeitplan vereitelt und die Ressourcen aufgebraucht. Ein besonderes öffentliches Interesse liege in der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Radio- und Fernsehbetriebes seitens des ORF.

Demgegenüber hat die Antragstellerin vorgebracht, dass ihr bei Verlust des Auftrages ein Schaden aus Gewinnentgang, aus den Kosten betreffend der Teilnahme am Vergabeverfahren und der rechtsfreundlichen Vertretung drohen würden. Außerdem würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung würden weder ein besonderes Interesse des Auftraggebers an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens noch besondere öffentliche Interessen entgegenstehen. Eine besondere Dringlichkeit sei angesichts einer 7-monatigen Zuschlagsfrist ebenfalls nicht erkennbar.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung soll dazu dienen, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen.

Der Auftraggeber hat sich nicht grundsätzlich gegen die beantragte vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen, sondern lediglich beantragt, diese mit der Dauer von sechs Wochen zu befristen. Der Auftraggeber hat sich jedoch gegen die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung als einer unverhältnismäßigen Maßnahme ausgesprochen.

Der drohende Schaden ist (lediglich) glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise auch getan. Es ist evident, dass der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang, frustrierten Kosten durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie durch die rechtsfreundliche Vertretung im Nachprüfungsverfahren droht bzw sich bereits realisiert hat.

Es besteht auch kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für jeden Auftragnehmer ein wichtiges

Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008- EV14 uva).

Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006- EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006- EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (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.). Das Gesetz bietet die Möglichkeit, je nach Verfahrensstadium gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidungen (vgl. § 2 Z 16 BVergG) zu bekämpfen (etwa die Ausschreibung, das Ausscheiden, die Zuschlagsentscheidung etc). Dies hat zur Folge, dass ein Auftraggeber uU auch die Möglichkeit mehrerer Nachprüfungsverfahren betreffend ein und denselben Beschaffungsvorgang einzukalkulieren hat. Dies ist auch im Hinblick auf das konkrete Auslaufenlassen bzw die Nichtverlängerung bestehender Verträge durch den Auftraggeber zu berücksichtigen und vermag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (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.). Das Gesetz bietet die Möglichkeit, je nach Verfahrensstadium gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidungen vergleiche Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG) zu bekämpfen (etwa die Ausschreibung, das Ausscheiden, die Zuschlagsentscheidung etc). Dies hat zur Folge, dass ein Auftraggeber uU auch die Möglichkeit mehrerer Nachprüfungsverfahren betreffend ein und denselben Beschaffungsvorgang einzukalkulieren hat. Dies ist auch im Hinblick auf das konkrete Auslaufenlassen bzw die Nichtverlängerung bestehender Verträge durch den Auftraggeber zu berücksichtigen und vermag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern.

Auch das Vorbringen des Auftraggebers, dass ein solch komplexer Beschaffungsvorgang weitreichende Abstimmungen in personeller und zeitlicher Hinsicht bedingt, der zu einem straffen Zeitplan führen müsse, kann die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht verhindern. Würde dies - als solches genommen - die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen, würde bei einem komplexen Beschaffungsprozess mit erheblichem Abstimmungsbedarf regelmäßig kein vorläufiger Rechtsschutz bestehen.

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs lassen auch die vom Auftraggeber in Anspruch genommene Zeitspanne für die Angebotsprüfung und - bewertung von ca 7 Wochen (Öffnung der Last and Best Offer am 9.4.2010; Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 28.5.2010) sowie eine siebenmonatige Zuschlagsfrist, nicht erkennen.

Dem Vorbringen des Auftraggebers hinsichtlich der von der Antragstellerin begehrten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist zuzustimmen. Eine solche befristete Aussetzung der Zuschlagsentscheidung (mit der damit einhergehenden Hemmung des Ablaufes der Stillhaltefrist) würde lediglich den Auftraggeber über Gebühr belasten,

jedoch die Rechtsposition der Antragstellerin nicht verbessern. Bei einem potentiellen Obsiegen der Antragstellerin im Hauptverfahren wäre die Zuschlagsentscheidung vom BVA für nichtig zu erklären und hätte der Auftraggeber in weiterer Folge eine neue Zuschlagsentscheidung zu treffen sowie die entsprechende Stillhaltefrist bekannt zu geben. Demgegenüber wäre der Auftraggeber bei einer potentiellen Ab- oder Zurückweisung des Nachprüfungsantrages durch eine Aussetzung der Zuschlagsentscheidung im Zuge des gegenständlichen EV-Verfahrens in der Möglichkeit der sofortigen Zuschlagserteilung (ungerechtfertigt) beschnitten.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen. Der Antrag auf zeitlich befristete Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war als überschießend abzuweisen.

**Zuletzt aktualisiert am**

22.07.2010

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