

TE Verg Bescheid 2009/12/16 N/0123-BVA/09/2009-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (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 ORF Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9. Dezember 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (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 ORF Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9. Dezember 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "dem Auftraggeber wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das Verfahren fortzusetzen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, ORF Österreichischer Rundfunk, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, das Vergabeverfahren "Basis IT Infrastrukturservices" fortzusetzen.

Das übrige Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2009 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren, in eventu auf Rückerstattung der entrichteten Pauschalgebühren wegen Verfassungs- bzw. Gesetzwidrigkeit des für sonstige Verfahren im Oberschwellenbereich betreffend Dienstleistungsaufträge festgesetzten Gebührenersatzes. Mit Schriftsatz vom 15.12.2009 begehrte die Antragstellerin in eventu die Aussetzung der Ausscheidensentscheidung.

Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Österreichische Rundfunk (ORF) ein Verfahren zur Vergabe der derzeit vom unternehmenseigenen Rechenzentrum erbrachten Dienstleistungen für den Betrieb der Basis- IT- Infrastrukturservices durchführe. Das Verfahren sei am 12. Juni 2009 in der Wiener Zeitung bekannt gemacht worden. Eine europaweite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Der Auftraggeber beabsichtige, mit einem einzelnen Provider einen Vertrag über die Erbringung von Leistungen der Basis- IT- Infrastrukturservices abzuschließen. Als Bewertungskriterien seien der Preis bzw. verschiedene qualitative Zuschlagskriterien festgelegt.

Das Verfahren werde als zweistufiges Verfahren geführt, das dem Verhandlungsverfahren nachempfunden sei. Zunächst habe der Auftraggeber am 15. Juni 2009 die Unterlagen "Request for Information" (RfI) versandt und die Antragstellerin und offenbar auch andere Unternehmen aufgefordert, die dort gestellten Fragen zur Eignung und zu den näheren Umständen der Leistungserbringung in Form eines Teilnahmeantrages bis 3. Juli 2009 zu beantworten. Am Ende der ersten Phase habe der Auftraggeber ein Short-Listing der für die zweite Stufe näher in Betracht kommenden Bieter erstellt. Auch die Antragstellerin sei für die zweite Stufe ausgewählt worden.

Am 17. Juli 2009 habe der Auftraggeber die Unterlagen "Request for Proposal" (RfP) versandt und die Antragstellerin und andere Unternehmen aufgefordert, bis 23. Juli 2009 Angebote zu legen.

Mit Schreiben vom 7. August 2009 habe der Auftraggeber die Antragstellerin davon in Kenntnis gesetzt, dass das Vergabeverfahren bis auf weiteres ausgesetzt sei. Hintergrund dürfte die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA gewesen sein. Mit Schreiben vom 13. August 2009 habe der Auftraggeber einen überarbeiteten Terminplan übermittelt. Mit Schreiben vom 11. September 2009 habe der Auftraggeber Unterlagen zur Ergänzung des Requests for Proposal und zu den Bewertungskriterien des Requests for Proposals versandt. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, Fragen für die Anbieterkonferenz zu formulieren. Diese Fragen seien anschließend im Rahmen einer Anbieterkonferenz am 21. und 22. September 2009 beantwortet worden; offene Punkte seien verhandelt und diskutiert worden.

Am 23. Oktober 2009 habe die Antragstellerin ein Angebot gelegt. Dieses sei im Rahmen einer Bieterpräsentation am 17. November 2009 näher erläutert worden.

Mit E-Mail vom 25. November 2009 habe der Auftraggeber der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt. Als Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin seien angegeben worden:

1. Ziffer eins

Nichteinhaltung des vorgegebenen Zeitplans im Bezug auf Transition

2. 2.Ziffer 2

Unzulässige Abänderung der Mengenangaben (Baseline)

3. 3.Ziffer 3

Zentralisierungsstorage- Services der Landesstudios

Weiters habe am 27. November 2009 ein Gespräch mit dem Auftraggeber stattgefunden, in dem die Ausscheidensgründe erläutert worden seien.

Die Ausscheidensentscheidung sei gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Ausscheidensentscheidung sei am 25. November 2009 ergangen, der Nachprüfungsantrag daher rechtzeitig eingebracht worden. Die Ausscheidensentscheidung sei gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Ausscheidensentscheidung sei am 25. November 2009 ergangen, der Nachprüfungsantrag daher rechtzeitig eingebracht worden.

Der Auftraggeber sei zweifellos eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und damit öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG. Der Auftraggeber sei eine Stiftung öffentlichen Rechts und besitze Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs 1 ORF- Gesetz). Auch die übrigen in § 3 Abs 1 Z 2 BVergG angeführten Tatbestandsmerkmale seien gegenständlich erfüllt. Der Auftraggeber sei zweifellos eine Einrichtung öffentlichen Rechts iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und damit öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG. Der Auftraggeber sei eine Stiftung öffentlichen Rechts und besitze Rechtspersönlichkeit (Paragraph eins, Absatz eins, ORF- Gesetz). Auch die übrigen in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG angeführten Tatbestandsmerkmale seien gegenständlich erfüllt.

Sollte der Zuschlag erteilt werden, drohe der Antragstellerin großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Angebotsabgabe und -bewertung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung. Weiters drohe ein Schaden aus entgangenem Gewinn; die Gewinnmarge liege bei 10%. Sollte die Antragstellerin kein Angebot abgeben können bzw. die Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen erfolgen, würde der Antragstellerin zusätzlich ein Schaden in der Höhe der bisher aufgelaufenen frustrierten Kosten sowie für die rechtsfreundliche Vertretung entstehen. Darüber hinaus drohe ein Schaden durch den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung der Vorschriften des Bundesvergabegesetzes, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ausschreibungskonformer Angebote und insbesondere in ihrem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt.

Der Auftraggeber führe, obwohl er öffentlicher Auftraggeber sei, kein Verfahren iSd BVergG durch. Als öffentlicher Auftraggeber und hinsichtlich des hohen Auftragswertes sei der Auftraggeber zur europaweiten Ausschreibung unter Anwendung der vorgegebenen Verfahrensarten verpflichtet. Der Auftraggeber habe lediglich eine Bekanntmachung in der Wiener Zeitung "geschaltet". In der ersten Stufe seien nicht nur Eignungs- und Auswahlkriterien, sondern auch Zuschlagskriterien für die Auswahl maßgeblich, da in Frage 6 Preise und Preisstruktur abgefragt worden seien. Weiters seien in der ersten Stufe ausschließlich Informationen abgefragt worden, ohne hinsichtlich der Eignungskriterien Mindestlevels vorzugeben und ohne eine Gewichtung der Auswahlkriterien bekannt zu geben, sodass den Transparenzanforderungen des BVergG nicht entsprochen worden sei. In Pkt. 3.8 (Angebote Bewertungskriterien) der Request for Proposal-Unterlagen vom 16. Juli 2009 werde festgehalten:

"Bei der Auftragsvergabe werden Kompetenz, Erfahrung und Hintergrund der Provider berücksichtigt. Der Auftraggeber kann ausschließlich nach eigenem Ermessen entscheiden, ob ein anderes Angebot als das kostengünstigste am besten geeignet wäre, seinen Interessen zu dienen. Der ORF behält sich das Recht vor, sämtliche Informationen, die zur Evaluierung dienen, zurückzuhalten".

Dass sich der Auftraggeber nicht an die Vorgaben des BVergG halte, ergebe sich auch daraus, dass er entgegen seinen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen (RfI), wonach die vier besten Bewerber für die zweite Stufe ausgewählt würden, acht Teilnehmer zur Angebotslegung eingeladen habe.

Erst nach der Auswahl der Bewerber der ersten Stufe (möglicher Weise aufgrund des Nachprüfungsantrages vor dem BVA) habe der Auftraggeber mit Anfragebeantwortung zur Anbieterkonferenz bekannt gegeben, dass er im fortgesetzten Vergabeverfahren die Vergabevorschriften des BVergG einhalten werde. Zugleich habe der Auftraggeber festgehalten, dass er sich selbst nicht als öffentlicher Auftraggeber einstufe. Bestimmte Festlegungen des Auftraggebers seien der Präklusion nicht zugänglich, da sie gem. § 6 AVG die von Amts wegen zu prüfende Zuständigkeit des BVA betreffen würden. Dazu würden etwa unrichtige Festlegungen zur Anwendbarkeit des Ober- oder Unterschwellenbereiches und die unrichtige Bezeichnung der Auftragsart bzw. der zuständigen Behörde gehören. Nichts anderes könne auch für die unrichtige Feststellung des Auftraggebers betreffend seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber gelten, da das BVA von Amts wegen die Auftraggebereigenschaft zu prüfen habe. Erst nach der Auswahl der Bewerber der ersten Stufe (möglicher Weise aufgrund des Nachprüfungsantrages vor dem BVA) habe der Auftraggeber mit Anfragebeantwortung zur Anbieterkonferenz bekannt gegeben, dass er im fortgesetzten Vergabeverfahren die Vergabevorschriften des BVergG einhalten werde. Zugleich habe der Auftraggeber festgehalten, dass er sich selbst nicht als öffentlicher Auftraggeber einstufe. Bestimmte Festlegungen des Auftraggebers seien der Präklusion nicht zugänglich, da sie gem. Paragraph 6, AVG die von Amts wegen zu prüfende Zuständigkeit des BVA betreffen würden. Dazu würden etwa unrichtige Festlegungen zur Anwendbarkeit des Ober- oder Unterschwellenbereiches und die unrichtige Bezeichnung der Auftragsart bzw. der zuständigen Behörde gehören. Nichts anderes könne auch für die unrichtige Feststellung des Auftraggebers betreffend seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber gelten, da das BVA von Amts wegen die Auftraggebereigenschaft zu prüfen habe.

Zu Ausscheidensgrund 1 (angebliche Nichteinhaltung des Zeitplanes Transition):

Der Auftraggeber habe im Schreiben vom 25. November 2009 Folgendes angegeben: "Der Abschluss der Lieferung der Services durch den Provider war zwingend bis 1.4.2010 anzubieten (vgl. Schreiben vom 13.8.2009 iVm Punkt 1.2.1 Ergänzung RfP). Demgegenüber haben Sie eine Transition bis zum 31.7.2010, verbunden mit einer darüber hinausgehenden Shadowing- Phase, angeboten (vgl. Seite 25 bzw. Pkt. 14.1 Ihres Angebotes, Flight-Plan Seite 32, Antwort und Frage 22 in der Anbieterpräsentation vom 17.11.2009)". Der Auftraggeber habe im Schreiben vom 25. November 2009 Folgendes angegeben: "Der Abschluss der Lieferung der Services durch den Provider war zwingend bis 1.4.2010 anzubieten vergleiche Schreiben vom 13.8.2009 in Verbindung mit Punkt 1.2.1 Ergänzung RfP). Demgegenüber haben Sie eine Transition bis zum 31.7.2010, verbunden mit einer darüber hinausgehenden Shadowing- Phase, angeboten vergleiche Seite 25 bzw. Pkt. 14.1 Ihres Angebotes, Flight-Plan Seite 32, Antwort und Frage 22 in der Anbieterpräsentation vom 17.11.2009)".

Der behauptete Ausscheidensgrund liege jedoch aus mehreren Gründen nicht vor:

Die Antragstellerin habe in ihrer Verpflichtungserklärung zu den Angebotsbedingungen vom 21. Oktober 2009 die Vorgaben der Ausschreibung ausdrücklich vollumfänglich akzeptiert. Entsprechend den Vorgaben der Anlage A1 Pkt. 3.5 habe die Antragstellerin lediglich zu einzelnen vertraglichen Bedingungen Änderungsvorschläge formuliert, die jedoch in keiner Weise das Thema Transition, sondern ausschließlich Vorschläge für Vertragsänderungen (z.B. Haftung) betreffen würden. Daher seien Abweichungen zum Zeitplan irrelevant. So habe der VwGH am 19.11.2008, 2004/04/0102, entschieden, dass dann, wenn Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters ausschließen würden, seitens des Bieters vorgelegte AGB keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen begründen könnten. Nichts anderes könne für den gegenständlichen Fall gelten. Wenn der Bieter sich ausdrücklich den Vorgaben und damit auch den Muss-Kriterien der Ausschreibung unterwerfe, könne der in einer Beilage beigelegte Zeitplan keinen Widerspruch zur Ausschreibung begründen.

Weiters habe sich der Bieter gem. § 106 Abs 1 BVergG nur bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Im Verhandlungsverfahren hingegen gelte dieser Grundsatz nicht. Dies deshalb, da bei dieser Verfahrensart über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden dürfe und daher auch die Vorgaben der Ausschreibungsgrundlage verändert werden könnten. Weiters habe sich der Bieter gem. Paragraph 106, Absatz eins, BVergG nur bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des

Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Im Verhandlungsverfahren hingegen gelte dieser Grundsatz nicht. Dies deshalb, da bei dieser Verfahrensart über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden dürfe und daher auch die Vorgaben der Ausschreibungsgrundlage verändert werden könnten.

Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Zeitplan einen Widerspruch begründen könnte, liege ein solcher Widerspruch mangels klarer Vorgaben des Auftraggebers nicht vor. Im Angebot vom 23.10.2009 sei auf Seite 179 unter Pkt. 6 "Transition" vorgesehen, dass Phase I (Account Startup) vom 1.2.2010 bis 31.3.2010 dauern solle, Phase II (Transiton) vom 1.4.2010 bis 31.7.2010 und Phase III (Transformation) vom 1.8.2010 bis 31.3.2011. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Zeitplan einen Widerspruch begründen könnte, liege ein solcher Widerspruch mangels klarer Vorgaben des Auftraggebers nicht vor. Im Angebot vom 23.10.2009 sei auf Seite 179 unter Pkt. 6 "Transition" vorgesehen, dass Phase römisch eins (Account Startup) vom 1.2.2010 bis 31.3.2010 dauern solle, Phase römisch zwei (Transiton) vom 1.4.2010 bis 31.7.2010 und Phase römisch drei (Transformation) vom 1.8.2010 bis 31.3.2011.

Nach den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vom 16. Juli 2009 seien Abweichungen von den Vorgaben des Auftraggebers grundsätzlich zulässig gewesen (vgl. Pkt. 3.5.1 des RfP). Mit der Ergänzung RfP vom 11. September 2009 habe der Auftraggeber in Pkt. 1.2.1 einen Katalog von 11 Muss-Kriterien festgelegt, bei deren Abweichung oder Nichterfüllung das Angebot verworfen werde. Als Muss-Kriterium habe der Auftraggeber auch die Einhaltung der Fristen, wie diese im Brief vom 13. August 2009 definiert seien, definiert. Im Schreiben vom 13. August 2009 habe der Auftraggeber die Terminschiene für das weitere Verfahren festgelegt. Die einzelnen Termine hätten dabei die wichtigsten Verfahrensschritte bis zur Vertragsfinalisierung umfasst. Lediglich die letzten beiden Termine hätten die Leistungserbringung selbst betroffen: Nach den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vom 16. Juli 2009 seien Abweichungen von den Vorgaben des Auftraggebers grundsätzlich zulässig gewesen (vergleiche Pkt. 3.5.1 des RfP). Mit der Ergänzung RfP vom 11. September 2009 habe der Auftraggeber in Pkt. 1.2.1 einen Katalog von 11 Muss-Kriterien festgelegt, bei deren Abweichung oder Nichterfüllung das Angebot verworfen werde. Als Muss-Kriterium habe der Auftraggeber auch die Einhaltung der Fristen, wie diese im Brief vom 13. August 2009 definiert seien, definiert. Im Schreiben vom 13. August 2009 habe der Auftraggeber die Terminschiene für das weitere Verfahren festgelegt. Die einzelnen Termine hätten dabei die wichtigsten Verfahrensschritte bis zur Vertragsfinalisierung umfasst. Lediglich die letzten beiden Termine hätten die Leistungserbringung selbst betroffen:

- -Strichaufzählung
Übertragung der Services an den Provider vom 01.02.2010 bis 31.03. 2010, und
- -Strichaufzählung
Lieferung der Services durch den Provider 01.04.2010 bis Vertragsende.

Wie daraus ersichtlich sei, laute das Muss-Kriterium "Übertragung der Services an den Provider bis 31. März 2010"; es werde jedoch mit keinem Wort die Transition erwähnt, sodass auch keine zwingende Vorgabe zur Terminschiene Transition vorliegen könne.

Darüber hinaus sei in den Ergänzungen zu den RfP- Unterlagen vom 11. September 2009 in Pkt. 3.3 (Transition) vorgesehen, dass "die entsprechenden Anlagen, dort wo dies technisch möglich sei und die Performanceziele erreicht würden, innerhalb eines Jahres beginnend mit der Lieferung der Services durch den Provider, in die Rechenzentren des Anbieters überführt würden. Wie der Auftraggeber selbst im Dokument der Anbieterkonferenz vom 29. September 2009 unter Pkt. 15 zugestehe, bestehe keine einheitliche Definition des Begriffes Transition in der Ausschreibung. Die unterschiedlichen Regelungen zu Transition hätten unterschiedliche Regelungsinhalte. Weiters sehe Pkt. 4.2 der RfP- Unterlagen vom 16. Juli 2009 vor, "dass der Servicedesk als ein Teil des End User Services ist gegenwärtig bereits an eine externe Firma ausgelagert. Der Vertrag mit dem derzeitigen Provider kann mit 30.4.2010 bis zum 31.7.2010 gekündigt werden. Der Provider muss Stellung beziehen, ob und wie er die ggw erbrachten Leistungen in seine Services einbinden kann und wie das Übergangsszenario gestaltet wird". Aus der vom Auftraggeber gewählten Formulierung (ob bzw. wie) sei eindeutig erkennbar, dass keine Pflicht zur Einbindung des bestehenden Providers bestehe. Da eine Einbindung des bestehenden Providers nicht gefordert sei und eine parallele Leistungserbringung des bisherigen Providers neben dem bestehenden Provider nicht möglich sei, könnten die Terminvorgaben im Schreiben vom 13.8.2009 nur dahingehend ausgelegt werden, dass der Termin 31.3.2010 nur unter der Maßgabe eingehalten werden könne, dass der bestehende Provider eingebunden werden könne.

Die gegenständlichen Regelungen seien keiner Interpretation zugänglich. Vielmehr liege ein Fall widersprüchlicher

Ausschreibungsunterlagen vor. Das BVA lege unklare Ausschreibungsbestimmungen zu Lasten des Auftraggebers aus. Dies bedeute gegenständlich, dass jene Regelung zum Tragen komme, die den für den Auftraggeber ungünstigeren Inhalt habe. Da unter Transition die Übertragung der Services an den Provider zu verstehen sei, sei für die Übertragung der Services an den Provider die in Pkt. 3.3 RfP- Ergänzung vom 11. September 2009 normierte Jahresfrist maßgeblich. Auch wenn man dieser Auslegungsvariante nicht folge, sei zumindest der Termin 31. Juli 2010 maßgeblich, da, wie in Pkt. 4.2 der RfP- Unterlagen vom 16. Juli 2009 festgehalten worden sei, der Servicedeskvertrag mit dem bisherigen Provider erst zum 31. Juli 2010 gekündigt werden könne, eine Einbindung des bestehenden Providers nicht zwingend verlangt sei und eine parallele Leistungserbringung des bisherigen Providers neben dem bestehenden Provider nicht möglich sei.

Zu Ausscheidensgrund 2 (angeblich unzulässige Abänderung von Mengenangaben):

Der Auftraggeber führe hierzu an, dass die Antragstellerin von den zwingenden Mengenangaben in Price Sheet B3 Punkt 1.2.1 Ergänzung RfP iVm Pkt. 2.3 Ergänzung RfP bzw. Instruktionen 4 zum Price Sheet B3 abgewichen seien. Dabei übersehe der Auftraggeber, dass er selbst Mengenänderungen gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung als zulässig erachte. Dies zeige sich insbesondere in der Beantwortung der Frage 108, übermittelt durch den Auftraggeber mit E-Mail vom 7. August 2009. Der Auftraggeber führe hierzu an, dass die Antragstellerin von den zwingenden Mengenangaben in Price Sheet B3 Punkt 1.2.1 Ergänzung RfP in Verbindung mit Pkt. 2.3 Ergänzung RfP bzw. Instruktionen 4 zum Price Sheet B3 abgewichen seien. Dabei übersehe der Auftraggeber, dass er selbst Mengenänderungen gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung als zulässig erachte. Dies zeige sich insbesondere in der Beantwortung der Frage 108, übermittelt durch den Auftraggeber mit E-Mail vom 7. August 2009.

Weiters habe der Auftraggeber die Frage der Antragstellerin nach der zwingenden Anzahl der Server in Frage 44 wie folgt beantwortet:

Frage: Es ist zulässig die Anzahl der Server (Baseline) anzupassen, um etwaige Konsolidierungseffekte abzubilden. Diese Frage wird jedoch mit dem Satz "in jedem Fall sind die vom ORF geforderten Mengen und Anforderungen einzuhalten", widersprochen. Bitte um Klarstellung.

Antwort: Wenn der Anbieter die Baseline verändert, so muss er für die Minderungen/Mehrungen die Begründung der Annahme darlegen. Bei fehlender Begründung kann der ORF diese Veränderung ablehnen.

Auch aus den Fragebeantwortungen zu den Fragen 145, 25 und 57 sei klar ersichtlich, dass die Mengenvorgaben nicht zwingend einzuhalten gewesen seien, sondern optimiert hätten werden können.

Zu Ausscheidungsgrund drei (Zentralisierung des Storage-Services der Landesstudios):

Der Auftraggeber habe als Ausscheidensgrund angegeben, dass die Storage- Services der Landesstudios zwingend erhalten bleiben müssten. In diesem Sinne sei für die Storage- Services der Landesstudios lediglich ein Basic Management vorgegeben gewesen. Im Gegensatz zu dem für den Königslberg vorgesehene Full Management sei keine Infrastruktur hierfür anzubieten gewesen. Auch im E-Mail vom 29. September 2009 habe der Auftraggeber in der Abbildung "High Levels Services Description" darauf hingewiesen.

Die Zentralisierung der Storage- Services der Landesstudios sei aber zulässig und geboten gewesen. Dies gehe schon aus der Fragebeantwortung 40 aus der Anbieterkonferenz vom 21 und 22. September 2009 hervor. Dort laute es:

Sofern aus technischen oder organisatorischen Gründen die Notwendigkeit besteht, Systeme (Storage, Server etc.) dezentral z. B. Rechenzentrum des ORF oder in einem Landesstudio zu betreiben, bitten wir um Übermittlung einer detaillierten Aufstellung der betroffenen Komponenten und Systeme. Derzeit gibt es hierfür keine Klassifizierung und vor der DD kann man voraussichtlich auch keine Voraussetzungen treffen, da z.B nicht bekannt ist, wo das RZ des Providers steht und welche Anbindung dieses verfügt. Das hängt von den Fähigkeiten des Anbieters ab. Der ORF möchte tunlichst keine Anlagen bei sich mehr weiterbetreiben. Die Ist- Infrastruktur ist getrennt von diesem Vergabeprozess (künftige Sourcingentscheidung).

In der Anfrage sei ausdrücklich gefragt worden, ob es notwendig sei, Rechenzentren des ORF oder in einem der Landesstudios weiter zu betreiben. Darauf hätte der Auftraggeber geantwortet, dass er tunlichst keine Anlagen mehr bei sich weiterbetreiben wolle und dass die derzeit bestehende Infrastruktur getrennt von der gegenständlichen Ausschreibung zu sehen sei, woraus sich ergebe, dass diese nicht mehr weiter betrieben werden müsse, sondern dass der Provider Optimierungen vornehmen solle.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie das bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Im Falle der Nichterlassung der einstweiligen Verfügung bestehe die Gefahr, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren ohne Beteiligung der Antragstellerin weiterführe und der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt würde, wodurch die Chance auf Auftragserteilung verloren gehen würde. Die Antragstellerin wäre dadurch in ihrem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. Darüber hinaus beabsichtige der Auftraggeber bereits ab 10. Dezember 2009 den anderen, nicht ausgeschiedenen Bietern im Wege der Due Diligence Zugang zu den für das Letztangebot vertraulichen Informationen zu gewähren, wodurch diese anderen Bieter bei Nichterlassung der einstweiligen Verfügung jedenfalls einen zeitlichen Vorsprung erhalten würden, der angesichts des engen Zeitplanes des Vergabeverfahrens kaum einzuholen wäre.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen.

Mit Schriftsatz vom 14.12.2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Nach Ansicht des Auftraggebers unterliege der Österreichische Rundfunk nicht dem Bundesvergabegesetz. Der ORF sei nicht öffentlicher Auftraggeber. Der Auftraggeber habe sich im Hinblick auf die Bedeutung des gegenständlichen Vergabeverfahrens jedoch entschieden, sich gegenständlich den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (Verhandlungs- und Angebotsphase) zu 100% zu unterwerfen. Dies gelte auch für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren. Auftraggeber sei der Österreichische Rundfunk, vergebende Stelle die Technische Direktion. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehender Bekanntmachung vergeben werden. Das Verfahren befinde sich im Verhandlungsstadium und zwar nach der im Request for Proposal vorgesehenen Short-Listing-Entscheidung zu weiteren Verhandlungen. Der ORF habe, wie im Request for Information vorgesehen, die am besten geeigneten Unternehmer zur Angebotsabgabe eingeladen. Die ausgewählten Provider seien dieser Aufforderung gefolgt. Mit diesen sei eine erste Verhandlungsrunde (Workshops) geführt worden. Erste verbindliche Angebote seien bereits eingereicht und auch bewertet worden. Nach Ausscheidung von Providern, darunter die Antragstellerin, seien die übrig gebliebenen Finalisten zu tiefergehenden Verhandlungen einschließlich einer Due Dilligence eingeladen worden. Es würden nun weitere Verhandlungen (Solution Workshops) mit den Finalisten und die Abgabe des Last and Best Offers folgen. Der diesbezügliche Terminplan sei mit Schreiben vom 13. August 2009 genannt worden.

Das Verfahren sei am 12. Juni 2009 in der Wiener Zeitung veröffentlicht worden, eine EU-weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Öffnung der ersten Angebote sei am 23. Oktober 2009 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei mit Schreiben vom 25. November 2011 ausgeschieden worden. Es seien weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt. Auch ein Widerruf sei nicht erfolgt bzw. ein Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Die konventionelle Informationstechnik habe in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung erlangt, so auch im rundfunktechnischen Einsatz. Ausschlaggebend hierfür seien die stetig steigende Leistungsfähigkeit sowie die skalierbaren Einsatzmöglichkeiten moderner IT- Systeme. Analysen der ORF- IT im Rahmen der Bewertung der IT- Services sowie Definition der IT- Services - beides Studien aus dem Jahre 2008 - würden gravierende Mängel aufzeigen. Dem Auftraggeber sei empfohlen worden, das Szenario des Out- Sourcings zu verfolgen. Effizienter Einsatz von IT- Systemen, welche bis 2013 die Bandtechnologien im Unternehmen ablösen müssten, würden die professionelle Steuerung der IT- Prozesse im Sinne von Services, das sind jene Leistungen, die zur Umsetzung der Geschäftsprozesse im Unternehmen durch die technische Direktion bereit gestellt würden, erfordern. Somit sei die bevorstehende Digitalisierung des Fernsehproduktionsbetriebes/ Tapless, eines der wichtigsten strategische Vorhaben des ORF. Sie müsse bis zum Ende der bandbasierenden Systeme mit 2013, jenem Zeitpunkt, wo keine Ersatzteile am Markt verfügbar seien, weitgehend abgeschlossen sein. Unter diesem Zeitdruck habe der ORF im Juni 2009 den Beschaffungsprozess Vergabe der Basis IT- Infrastruktur Services begonnen. Durch diese Maßnahme solle der klassische IT-Bereich ab 1. April 2010 von einem externen Provider erbracht werden. Dem ORF würden sich hierdurch nicht nur die Möglichkeiten, marktkonforme Leistungen zu beziehen, eröffnen, sondern auch die professionelle Steuerung und Skalierbarkeit dieser von erfahrenen IT- Outsourciern bzw. Rechenzentrumsbetreibern zu nutzen. Diese Faktoren seien für die bevorstehende Digitalisierung unerlässlich. Der ORF sei nur eingeschränkt in der Lage,

diese Leistungen selbst zu erbringen. Hiervon werde auch der Betrieb von ausfallgesicherter Infrastruktur eingeschlossen, welche durch Provider standardmäßig angeboten werde und für den bis 2013 umzusetzenden filebasierenden Betrieb als Kerngeschäft des ORF unerlässlich sei. Der gegenständliche Beschaffungsprozess sei somit 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 mit dem Beschaffungsvorgang rechtzeitig begonnen; und zwar im Jahr 2008, mit der Beauftragung eines Beratungsunternehmens. Der gegenständliche Beschaffungsprozess sei nicht vergleichbar mit einem normalen Vergabeverfahren, sondern beinhalte eine umfassende Ausgliederung betriebswesentlicher Leistungen. Eine derartige Ausgliederung wirke auf zahlreiche flankierende Maßnahmen, wie z.B. auch auf Maßnahmen im Bezug auf das Personal und die bisher eingesetzten externen Dienstleister. Es sei ein aufeinander abgestimmter Prozess notwendig. In diesem Sinn habe der Auftraggeber auch einen entsprechenden Terminplan erarbeitet, der bereits durch das im heurigen Jahr einmal eingeleitete Nachprüfungsverfahren vor dem BVA und die daran anschließende gründliche Überarbeitung der Prozessunterlagen "überstrapaziert" worden sei. Die vom Auftraggeber einkalkulierten Zeitreserven seien dadurch bereits aufgebraucht.

Im Hinblick auf diesen multilateralen Prozess habe der Auftraggeber seine bisherige interne Struktur zur Erhaltung der IT- Basisinfrastruktur abzubauen begonnen (bestehende Verträge seien nicht verlängert worden bzw. würden bereits IT- Basis Services in einer Art Notbetrieb geführt). Der neue Provider solle die Leistung bis zum 1. April 2010 in Etappen übernehmen. Eine weitere Verzögerung des Beschaffungsprozesses würde den aktuellen internen Betrieb gefährden.

Aufgrund der ständigen Rechtsprechung des BVA zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde der Auftraggeber die Erlassung der einstweiligen Verfügung akzeptieren. Das BVA müsse jedoch die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme wählen. Dies sei die Untersagung der Auftragserteilung. Auch eine Öffnung der Final Proposals der Finalisten wäre noch akzeptabel. Der Auftraggeber wäre dann weiterhin imstande, die bereits begonnene Phase der Verhandlungen mit den shortgelisteten Finalisten fortzusetzen, insbesondere den Due Dilligence Prozess und die Solution Workshops abzuschließen. Ein Informationsvorsprung für die bereits eingeladenen Finalisten sei bereits gegeben. Für die Antragstellerin wäre somit, durch die von ihr beantragte gänzliche Aussetzung des Beschaffungsprozesses nichts mehr gewonnen. Der Due Dilligence Prozess sei weit gediehen. Im Sinne der knappen Termine sei die Fortsetzung des Beschaffungsprozesses bis zur Abgabe der Final Proposals notwendig. Dadurch würden die Interessen der Antragstellerin auch nur unwesentlich berührt. Dem im BVergG vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsgebot und dem gelindesten Mittel würde eine einstweilige Verfügung entsprechen, die dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersage. Für die Antragstellerin wäre mit einem angeordneten Stopp des derzeitigen Endverhandlungsprozesses nichts gewonnen. Die Finalisten hätten ohnehin bereits einen erheblichen Informationsvorsprung, sodass dieser ohnehin nicht mehr zu beheben sei. Der Auftraggeber würde einer einstweiligen Verfügung des Inhalts zustimmen, dass ihm die Öffnung der Final Proposals bzw. die Zuschlagserteilung für die Dauer von maximal zwei Monaten ab Antragstellung untersagt werde.

Mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2009 erstattete die Antragstellerin eine Replik und brachte im Wesentlichen vor, dass es sich beim gesamten Vorbringen des Auftraggeber lediglich um pauschale Darlegungen handle, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses Vorbringen des Auftraggebers könne somit nicht Grundlage der Interessensabwägung seien.

Das Verfahren sei am 12.6.2009 in der Wiener Zeitung bekannt gemacht worden. Die Beauftragung eines Unternehmens mit Vorstudien sei nicht in den Prozess des Vergabeverfahrens einzurechnen. Der Auftraggeber hätte für das Vergabeverfahren einen wesentlichen längeren Zeitraum einzuberechnen gehabt. Gerade bei komplexen Outsourcing-Projekten sei aufgrund der wesentlich stärkeren Einbindung der Bieter ein entsprechend längerer Zeitraum zu kalkulieren. Der Auftraggeber habe auch den Zeitverlust durch ein möglicherweise zweites Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren. Ein Auftraggeber dürfe als sorgfältiger Unternehmer Altverträge erst dann kündigen bzw. die Infrastruktur erst dann abbauen, wenn der Vertragsabschluss mit dem Bestbieter unanfechtbar sei. Dies gelte umso mehr, wenn es sich um sicherheitsrelevante Leistungen handle. Jedenfalls könne die fahrlässige Kündigung von Verträgen bzw. der fahrlässige Abbau von Infrastruktur nicht als Rechtfertigung für die Beseitigung des vorläufigen Bieterschutzes herangezogen werden.

Der Vorschlag des Auftraggebers, mit der einstweiligen Verfügung lediglich die Zuschlagserteilung bzw. allenfalls die Öffnung der Final Proposals zu untersagen, würde massiv in die Bieterrechte der Antragstellerin eingreifen. Vollkommen unbegründet sei die Ansicht des Auftraggebers, dass für die Antragstellerin durch den angeordneten Stopp des derzeitigen Verhandlungsprozesses nichts gewonnen wäre, da die Finalisten ohnedies bereits einen erheblichen Informationsvorsprung hätten, welcher sowieso nicht mehr zu beheben sei. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete, dass der Auftraggeber sein Vergabeverfahren so strukturiere, dass kein Bieter bei der Stattgabe von Einsprüchen einen uneinholbaren Vorsprung erhalte, und dass der Auftraggeber durch rechtswidriges Verhalten keine unumstößlichen Fakten schaffen könne. Vor allem aber sei zu befürchten, dass bei einer Untersagung lediglich der Zuschlagserteilung bzw. der Öffnung der Final Proposals ausschließlich die derzeitigen Finalisten während des derzeit laufenden Verhandlungsverfahrens Einfluss auf die Gestaltung der Leistungsbeschreibung ect. nehmen könnten, sodass bei einer Stattgabe des Antrages der Antragstellerin (und nachfolgender Bewertung des Angebotes der Antragstellerin als bestes bzw. zweitbestes Angebot) lediglich das Ergebnis dieser Verhandlungen präsentiert würde, ohne dass sie in irgendeiner Weise noch Einfluss auf den Verhandlungsgegenstand nehmen könnte. Dadurch würde die Antragstellerin massive, uneinholbare Wettbewerbsnachteile erleiden.

Gemäß Punkt 3 9 1 der RfP-Unterlagen würden lediglich 2 Finalisten für die Legung des best and final offers eingeladen. Bei Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung müsste daher ein anderer Finalist aus dem Vergabeverfahren ausscheiden, der durch die Weiterführung der Verhandlungen und die erforderliche Due Dilligence einen erheblichen Verfahrens- und Angebotslegungsaufwand habe. Dieser Aufwand wäre daher bei einem der derzeitigen Finalisten frustriert. Die Erzeugung eines frustrierten Bieteraufwandes stehe jedoch im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG. Es sei unzulässig, während des laufenden Nachprüfungsverfahrens mit den derzeitigen Finalisten weiter zu verhandeln.

Für den Fall, dass das BVA die eben genannte Ansicht nicht teile, käme allenfalls die im Verhältnis zur Untersagung der Fortsetzung des Verfahrens weniger weitreichende Maßnahme der Aussetzung der Ausscheidensentscheidung in Betracht. Eine teilweise Stattgebung des EV-Antrages sei jedenfalls zulässig. Wenn gleich diese Vorgangsweise gegenüber der Untersagung des gesamten weiteren Verfahrens für die Antragstellerin insofern nachteilig sei, als mit der Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren eine erhebliche Zeit- und Kostenaufwand (Solution Workshop, Due Dilligence, Verhandlungen) verbunden sei, der im Falle der Abweisung des Nachprüfungsantrages frustriert wäre, würden sich im Vergleich zum bloßen Untersagen der Zuschlagserteilung bzw. Angebotsöffnung zumindest die Wettbewerbsnachteile der Antragstellerin im weiteren Verfahren in Grenzen halten. Vor den Hintergrund des Vorbringens des Auftraggebers, dass die beiden derzeitigen Finalisten einen uneinholbaren Vorsprung hätten, sei jedoch die Gefahr evident, dass der Auftraggeber die Antragstellerin im Falle der Mitberücksichtigung diskriminieren würde, um seinen unrealistischen Zeitplan einzuhalten. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen, weniger weitreichenden Maßnahme, wäre, dass der Auftraggeber jede weitere Ungleichbehandlung unterlasse.

Ungleichbehandlungen würden etwa dann vorliegen, wenn der Antragstellerin ein kürzerer Zeitraum für die weiteren Verfahrensschritte Solution Workshop, Due Dilligence und Verhandlungen als den übrigen Bietern eingeräumt würde. Weiters dann, wenn die einzelnen Termine nicht in einer mit den anderen Bietern vergleichbaren Weise über diesen Zeitraum gestreckt würden. Eine Ungleichbehandlung würde weiters dann vorliegen, wenn die Termine "Aufforderung zur Angebotsabgabe" und "Ende der Angebotsfrist" nicht um zumindest den Zeitraum der eben genannten Verfahrensschritte erstreckt würden.

Aus den angeführten Gründen halte die Antragstellerin ihre bisherigen Anträge aufrecht und beantrage für den Fall, dass das BVA die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht untersagen sollte in eventu, dass bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständliche Nachprüfungsverfahren das BVA lediglich die bekämpfte Ausscheidensentscheidung aussetzen möge und zugleich dem Auftraggeber jede Ungleichbehandlung der Antragstellerin untersage.

Mit Schriftsatz vom 16.12.2009 erstattete der Auftraggeber eine Replik zur Stellungnahme der Antragstellerin und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber mit den beiden besten Providern die Due Dilligence und Workshop Solutions abzuwickeln habe. Es sei denkmöglich, dass die Antragstellerin zu den zwei bestgereihten Providern zählen würde, wenn sich die Ausscheidensentscheidung als unrichtig erweisen würde und der Auftraggeber

gezwungen wäre, den derzeit Zweitgereihten im weiteren Prozess nicht weiter zu berücksichtigen. In diesem theoretischen Fall ergäbe die Fortsetzung des Beschaffungsprozesses für die Antragstellerin keine Schlechterstellung. Der zweitgereichte Provider sei ohnehin nicht zu berücksichtigen. Sein Angebot würde nicht geöffnet. Mit der Antragstellerin würde mindestens genau so lange die Due Dilligence Phase die Workshop-Solution-Phase durchgeführt wie mit dem erstgereihten Provider. Die Angebote der Antragstellerin und des erstgereihten Providers würden danach gleichzeitig geöffnet. Durch den Stopp des Verfahrens wäre der Produktionsprozess ab 2013 ernsthaft gefährdet.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes 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. 52/2007). 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. 52 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 Programmentgeltes 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 Programmentgeltes 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 Programmentgelts 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 Programmentgelts 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 über dem Schwellenwert, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Ausscheiden von Angeboten) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Ausscheiden von Angeboten) 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 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 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 Mitteilung über das Ausscheiden ihres Angebotes am 25.11.2009 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 9.12.2009 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 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 Mitteilung über das Ausscheiden ihres Angebotes am 25.11.2009 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 9.12.2009 eingebracht und ist daher rechtzeitig.

Es sind weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Der Antrag ist daher zulässig.

Die entrichteten Pauschalgebühren wurden - der derzeitigen Gesetzeslage entsprechend - von Amts wegen rücküberwiesen.

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 2 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 2, 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 3 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 3, 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, das Verfahren weiter zu führen und den Zuschlag 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 Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens 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, das Verfahren weiter zu führen und den Zuschlag 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 Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens 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 hat sich insofern nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen, als ihm (lediglich) die Erteilung des Zuschlages bzw die Öffnung der final proposals untersagt würde. In diesem Fall wäre es ihm möglich, die bereits begonnenen Verhandlungen mit den shortgelisteten Finalisten fortzusetzen und insbesondere den Due Dilligence-Prozess und die Solution-Workshops abzuschließen. Der Auftraggeber hat sich hingegen gegen die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens ausgesprochen. Im Sinne der knappen Termine sei die Fortsetzung des Beschaffungsprozesses bis zur Abgabe der final proposals notwendig. Dadurch könne der Zeitverlust für den Auftraggeber auf ein Minimum reduziert werden. In den Ausgliederungsprozess seien zahlreiche Einrichtungen und Personen involviert, die aufeinander abgestimmt seien. Der Auftraggeber habe dem entsprechend seinen Terminplan erarbeitet. Der Zeitplan sei bereits durch ein im Sommer dieses Jahres eingeleitetes Nachprüfungsverfahren vor dem BVA bzw die daran anschließende Überarbeitung der Prozessunterlagen überstrapaziert. 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-Basisservices in einer Art Notbetrieb geführt). Die ausgewählten Finalisten hätten bereits einen erheblichen Informationsvorsprung, welcher nicht mehr zu beheben sei.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe einerseits im Gewinnentgang, in den frustrierten Kosten durch die Beteiligung am Vergabeverfahren sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Bei Nichterlassung der einstweiligen Verfügung würden die ausgewählten Finalisten einen Informations- und Zeitvorsprung erhalten, der für die Antragstellerin nicht mehr aufzuholen wäre. Die ausgewählten Finalisten könnten während der derzeit laufenden Verhandlungen Einfluss auf die Gestaltung der Leistungserbringung nehmen; der Antragstellerin bliebe es verwehrt, einen Einfluss auf den Verhandlungsgegenstand nehmen zu können. Einer zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens würden keine Interessen der Auftraggeber bzw keine besonderen Interessen der Öffentlichkeit entgegenstehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Eine bloße vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung würde dazu führen, dass das Vergabeverfahren ungehindert fortgesetzt werden könnte und insbesondere die bereits begonnenen Verhandlungen mit den shortgelisteten Finalisten fortgesetzt würden. Der Due Dilligence-Prozess bzw die Solution Workshops mit den ausgewählten Finalisten würden weiterlaufen und diese zur Legung eines Final Proposals aufgefordert werden. Dadurch wäre der Antragstellerin letztendlich auch jegliche Mitwirkungsmöglichkeit an der Definition des letztgültigen Leistungsgegenstandes verwehrt. Dies im Gegensatz zu den bereits shorgelisteten Finalisten. Wird hingegen die Fortsetzung des Vergabeverfahrens vorübergehend untersagt, wären der Antragstellerin im Falle, dass deren Ausscheiden zu Unrecht erfolgt und diese als shortgelistete Finalistin zu qualifizieren sein sollte, die den derzeitigen Finalisten bereits gegebenen Informationen iSd der Bietergleichbehandlung zur Verfügung zu stellen. Das Vorbringen des Auftraggebers, dass die derzeitigen Finalisten ohnedies bereits einen uneinholbaren Informationsvorsprung gegenüber der Antragstellerin hätten, ist daher insofern unzutreffend. Würde man der unzutreffenden Ansicht des Auftraggebers, dass der bisherige Informationsvorsprung der shortgelisteten Finalisten bereits derzeit "unbehebbar" wäre, folgen, würde dies im Ergebnis bedeuten, dass das Rechtsmittel der einstweiligen Verfügung wie auch in weiterer Folge ein gegen die Auftraggeberentscheidung eingebrachter Nachprüfungsantrag von vornherein nicht zum Erfolg führen könnten. Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung soll jedoch gerade dazu dienen, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen. Diesem Grundsatz kann im vorliegenden Fall nur durch die vorläufige Untersagung der Fortführung des gesamten Vergabeverfahrens Rechnung getragen werden.

Es besteht 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).

Die Antragstellerin hat den Schaden, der ihr im Falle des "Zuschlages" auf das Angebot eines Mitbieters droht, der Höhe nach dargestellt. Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ist der drohende Schaden glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan.

Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung 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 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung 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 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30; 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.).

Auch hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf 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.). Dies ist auch im Hinblick auf das Auslaufen bzw. die Nichtverlängerung derzeit 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 muss, 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.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Auf den mit Schriftsatz vom 15.12.2009 gestellten Eventualantrag auf Aussetzung der Ausscheidensentscheidung war - abgesehen von dessen Verfristung - schon infolge gänzlicher Stattgabe des Hauptantrages auf Unterlassung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht mehr einzugehen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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