

TE Verg Bescheid 2008/5/14 N/0053-BVA/02/2008-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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, in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Buchhaltung und Lohnverrechnung mit SAP" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über den Antrag des A***, vertreten durch X***, vom 5. Mai 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. Mai 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Buchhaltung und Lohnverrechnung mit SAP" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über den Antrag des A***, vertreten durch X***, vom 5. Mai 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. Mai 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von 6 Wochen, durch einstweilige Verfügung untersagen, im Vergabeverfahren "Buchhaltung und Lohnverrechnung mit SAP" den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Arbeitsmarktservice (AMS) wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 18. Juni 2008 untersagt, im Vergabeverfahren "Buchhaltung und Lohnverrechnung mit SAP", den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

A***, vertreten durch X*** (i.d.F. Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 5. Mai 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. Mai 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühren. A***, vertreten durch X*** in der Fassung Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 5. Mai 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 7. Mai 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Im Schriftsatz vom 5. Mai 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 24 des Anhanges IV zum BVergG 2006, also um eine nicht-prioritäre Dienstleistung, handle. Das Vergabeverfahren sei am 14. Februar 2008 in der Online-Ausgabe des Amtsblattes zur Wiener Zeitung und am 15. Februar 2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union bekanntgemacht worden. Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Als

Schlusstermin für den Eingang der Angebote sei der 14. März 2008, 9:59 Uhr, bestimmt gewesen. Die Öffnung der Angebote solle im Anschluss daran erfolgen. Die Durchführung der Maßnahme sei vom 26. Mai 2008 bis 15. Mai 2009 geplant. Im Schriftsatz vom 5. Mai 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 24 des Anhangs römisch vier zum BVerG 2006, also um eine nicht-prioritäre Dienstleistung, handle. Das Vergabeverfahren sei am 14. Februar 2008 in der Online-Ausgabe des Amtsblattes zur Wiener Zeitung und am 15. Februar 2008 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union bekanntgemacht worden. Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote sei der 14. März 2008, 9:59 Uhr, bestimmt gewesen. Die Öffnung der Angebote solle im Anschluss daran erfolgen. Die Durchführung der Maßnahme sei vom 26. Mai 2008 bis 15. Mai 2009 geplant.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe gelangen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens belaufe sich auf ca. Euro XXX. Es handle sich um ein Verfahren nach dem sogenannten "Bestbieterprinzip". Gegenstand der Anfechtung sei die der Antragstellerin mit Schreiben vom 25. April 2008 mitgeteilte Festlegung, wonach das Angebot der Antragstellerin aus dem gegenständlichen Verfahren ausgeschlossen würde. Gemäß § 141 Abs. 5 BVerG 2006 gelte als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Auch aus der Verdingungsunterlage ergebe sich, dass der Ausschluss als gesondert anfechtbare Entscheidung der Kontrolle durch das BVA unterzogen werden könne. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe gelangen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens belaufe sich auf ca. Euro römisch 30. Es handle sich um ein Verfahren nach dem sogenannten "Bestbieterprinzip". Gegenstand der Anfechtung sei die der Antragstellerin mit Schreiben vom 25. April 2008 mitgeteilte Festlegung, wonach das Angebot der Antragstellerin aus dem gegenständlichen Verfahren ausgeschlossen würde. Gemäß Paragraph 141, Absatz 5, BVerG 2006 gelte als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Auch aus der Verdingungsunterlage ergebe sich, dass der Ausschluss als gesondert anfechtbare Entscheidung der Kontrolle durch das BVA unterzogen werden könne.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren, auf Zuschlagserteilung sowie im Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen, insbesondere transparenten und nach den Grundsätzen eines fairen Bieterwettbewerbes vorgenommenen Vergabeverfahrens, verletzt.

Falls der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden sollte, würde ihr erheblicher Schaden drohen. Dieser ergebe sich aus den Kosten für die Erarbeitung des Angebotes und der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren in der Höhe von Euro XXX. Weiters aus dem Entgang eines Deckungsbeitrages in der Höhe von zumindest Euro XXX. Auch seien bereits Kosten für die Rechtsberatung und Vertretung in der Höhe von über Euro XXX angefallen. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Falls der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden sollte, würde ihr erheblicher Schaden drohen. Dieser ergebe sich aus den Kosten für die Erarbeitung des Angebotes und der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren in der Höhe von Euro römisch 30. Weiters aus dem Entgang eines Deckungsbeitrages in der Höhe von zumindest Euro römisch 30. Auch seien bereits Kosten für die Rechtsberatung und Vertretung in der Höhe von über Euro römisch 30 angefallen. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin habe Aufträge auch bereits für das Arbeitsmarktservice (Wien) erbracht. Das Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages habe die Antragstellerin dadurch dokumentiert, dass sie fristgerecht ein ausschreibungskonformes und sämtlichen Anforderungen des Auftraggebers entsprechendes Anbot gelegt habe.

Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes:

In der Bekanntmachung sei als Verfahrensart das offene Verfahren angegeben worden. Weiters sei auch auf die gesonderten Verdingungs- und Ausschreibungsunterlagen verwiesen worden. Als wesentliche Grundlagen des Vergabeverfahrens seien zu nennen:

1. a) Litera a
Verdingungsunterlage

2. b) Litera b
Allgemeine Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden

Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen werden

3. c) Litera c

Leistungsbeschreibung

Hinsichtlich des Ausschlusses von Angeboten sei auf Punkt 4.11 der Verdingungsunterlage zu verweisen. Demnach sei dem Bieter, sofern sich bei der vertieften Anbotsprüfung Mängel ergeben würden, die Möglichkeit einzuräumen, binnen 3 Arbeitstagen eine Stellungnahme abzugeben.

Nur im Falle eines unbeheblichen Mangels erfolge der unverzügliche Ausschluss des Angebotes. Der Ausschluss eines Angebotes würde weiters in den Punkten 9.8 ff geregelt. Für den gegenständlichen Fall würden die Punkte 9.8 und 9.10 der Verdingungsunterlage relevant erscheinen.

Betreffend die plausible Preisgestaltung regle Punkt 9.10 der Verdingungsunterlage, dass die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein werde, geprüft werde. Dabei seien die Vorgaben der "Allgemeinen Bestimmungen" einzuhalten und die Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu kalkulieren.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 8. April 2008 sei die Antragstellerin unter Hinweis auf Punkt 6.6 der "Allgemeinen Bestimmungen" aufgefordert worden, im Rahmen der vertieften Anbotsprüfung detaillierte Erläuterungen zur Berechnung der Kostenposition "sonstiger Aufwand" bekannt zu geben. Als Ende der Stellungnahmefrist sei der 10. April 2008, 15:30 Uhr genannt gewesen. Die Antragstellerin habe am 10. April 2008, 12:23 Uhr, die gewünschten Aufklärungen erteilt. Mit Schreiben vom selben Tag sei die Antragstellerin aufgefordert worden, weitere Ergänzungen anzubringen. Als Ende der Stellungnahmefrist sei der 16. April 2008, 10:00 Uhr, genannt worden. Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 15. April 2008 Stellung genommen.

Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt:

Es sei unzweifelhaft, dass dem Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens bei nicht prioritären Dienstleistungen ein großer Freiraum zukomme. Der Auftraggeber sei aber insoweit eingeschränkt, als er sowohl an die im Gesetz genannten als auch an die, sich aus primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergebenden Grundsätze, gebunden sei. Gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2006 sei der Auftraggeber bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen etwa an das Diskriminierungsverbot gebunden. Es sei unzweifelhaft, dass dem Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens bei nicht prioritären Dienstleistungen ein großer Freiraum zukomme. Der Auftraggeber sei aber insoweit eingeschränkt, als er sowohl an die im Gesetz genannten als auch an die, sich aus primärem oder sekundärem Gemeinschaftsrecht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergebenden Grundsätze, gebunden sei. Gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006 sei der Auftraggeber bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen etwa an das Diskriminierungsverbot gebunden.

Auch nach der 2. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 sei die Einhaltung der im EU-Vertrag niedergelegten Grundsätze gewährleistet, sodass insbesondere die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit sowie die davon abgeleiteten Grundsätze, wie etwa der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Transparenz auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen zu wahren seien.

Artikel 2 der Richtlinie 2004/18/EG verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln sowie bei der Vergabe in transparenter Weise vorzugehen. Es könne also davon ausgegangen werden, dass auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen die vorgenannten Grundsätze, insbesondere die Grundsätze der Transparenz sowie der Einhaltung eines fairen und nicht diskriminierenden Verhaltens, einzuhalten seien.

Hinzuweisen sei auch auf die Selbstbindung des Auftraggebers. Wenngleich § 19 Abs. 1 BVergG 2006 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen prinzipiell nicht gelte, so sei im konkreten Fall auf die Regelungen des vom Auftraggeber selbst kreierten Verfahrens und die damit einhergehende Selbstbindung zu verweisen. An die eigenen Festlegungen, etwa in der Verdingungsunterlage oder in den Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von

Bildungsmaßnahmen, sei der Auftraggeber jedenfalls gebunden. Jeder Auftraggeber sei an die eigenen Festlegungen im Zuge des Vergabeverfahrens nach den gemeinschaftsrechtlich bestehenden Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz gebunden. Der Auftraggeber könne von seinen eigenen Festlegungen auch nicht abweichen. Sie würden den Rahmen für das Vergabeverfahren darstellen. Hinzuweisen sei auch auf die Selbstbindung des Auftraggebers. Wenngleich Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen prinzipiell nicht gelte, so sei im konkreten Fall auf die Regelungen des vom Auftraggeber selbst kreierten Verfahrens und die damit einhergehende Selbstbindung zu verweisen. An die eigenen Festlegungen, etwa in der Verdingungsunterlage oder in den Allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, sei der Auftraggeber jedenfalls gebunden. Jeder Auftraggeber sei an die eigenen Festlegungen im Zuge des Vergabeverfahrens nach den gemeinschaftsrechtlich bestehenden Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz gebunden. Der Auftraggeber könne von seinen eigenen Festlegungen auch nicht abweichen. Sie würden den Rahmen für das Vergabeverfahren darstellen.

Gegen die vorgenannten Grundsätze habe der Auftraggeber aber mehrfach verstoßen:

1. a) Litera a

willkürliche Fristverkürzung / unzulässiges Abweichen von den bestandskräftigen Ausschreibungsunterlagen:

Die bestandskräftig gewordenen Bestimmungen der Ausschreibung seien sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter bindend. Alle Bieter müssten darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhalte. Eine solche Bindung sei für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gelte, wie oben ausgeführt, auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen.

Die Verdingungsunterlage sei bestandskräftig geworden. Wenngleich die Ausscheidensentscheidung vom 25. April 2008 keinen Bezug zu vorgenannter Verdingungsunterlage herstelle, so sei doch – wie oben dargelegt – auf Punkt 4.11 zu verweisen. Demnach werde der Bieter um Stellungnahme binnen 3 Arbeitstagen ersucht, falls im Zuge der inhaltlichen Angebotsprüfung oder der vertieften Angebotsprüfung Mängel auftreten sollten. Abgesehen davon, dass das Angebot der Antragstellerin keine Mängel aufweise, sei nach dieser eindeutigen und bestandskräftig gewordenen Vorgabe ein allfälliger Mangel durch Stellungnahme binnen 3 Arbeitstagen zu erörtern, sofern es sich nicht um einen unbehebbarer Mangel handle. Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel sei, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebots den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstige. Dies würde den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz widersprechen. Falls aber – wenn überhaupt – nur ein behebbarer Mangel vorgelegen sei, betrage die Verbesserungsfrist drei Arbeitstage. Im Hinblick auf § 141 BVergG 2006 finde die Bestimmung betreffend die Fristberechnung in § 56 BVergG 2006 gegenständlich keine Anwendung. Dennoch sei aber – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes – auf die Bestimmung des § 902 ABGB zu verweisen. Wie bereits dargelegt, sei die erste Aufforderung des Auftraggebers am 8. April 2008 um 15:10 Uhr, übermittelt worden und der Endtermin mit Donnerstag, 10. April 2008, 15:30 Uhr, festgelegt worden. Gehe man davon aus, dass die Frist mit 9. April 2008, 00:00 Uhr, beginne, so hätte die Frist am 11. April 2008 um 24:00 Uhr geendet. Die Festlegung des Fristendes mit 10. April 2008, 15:30 Uhr, führe daher beinahe zu einer Halbierung der von der Auftraggeberin in Punkt 4.11 ihrer Verdingungsunterlage (bestandskräftig) vorgegebenen Verbesserungsfrist. Die 2. Aufforderung zur Verbesserung sei der Antragstellerin am 11. April 2008 um 10:20 Uhr zugegangen. Die Frist zur Verbesserung beginne daher mit Beginn des nächsten Arbeitstages, also mit 14. April 2008, 00:00 Uhr. Das Ende der dreitägigen Frist ergebe sich daher mit 16. April 2008, 24:00 Uhr. Auch in diesem Fall sei also die gewählte Frist mit 16. April 2008, 10:00 Uhr, zu kurz bemessen worden. Die Verdingungsunterlage sei bestandskräftig geworden. Wenngleich die Ausscheidensentscheidung vom 25. April 2008 keinen Bezug zu vorgenannter Verdingungsunterlage herstelle, so sei doch – wie oben dargelegt – auf Punkt 4.11 zu verweisen. Demnach werde der Bieter um Stellungnahme binnen 3 Arbeitstagen ersucht, falls im Zuge der inhaltlichen Angebotsprüfung oder der vertieften Angebotsprüfung Mängel auftreten sollten. Abgesehen davon, dass das Angebot der Antragstellerin keine Mängel aufweise, sei nach dieser eindeutigen und bestandskräftig gewordenen Vorgabe ein allfälliger Mangel durch Stellungnahme binnen 3 Arbeitstagen zu erörtern, sofern es sich nicht um einen unbehebbarer Mangel handle. Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel sei, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebots den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstige. Dies würde den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz

widersprechen. Falls aber - wenn überhaupt - nur ein behebbarer Mangel vorgelegen sei, betrage die Verbesserungsfrist drei Arbeitstage. Im Hinblick auf Paragraph 141, BVergG 2006 finde die Bestimmung betreffend die Fristberechnung in Paragraph 56, BVergG 2006 gegenständlich keine Anwendung. Dennoch sei aber - unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes - auf die Bestimmung des Paragraph 902, ABGB zu verweisen. Wie bereits dargelegt, sei die erste Aufforderung des Auftraggebers am 8. April 2008 um 15:10 Uhr, übermittelt worden und der Endtermin mit Donnerstag, 10. April 2008, 15:30 Uhr, festgelegt worden. Gehe man davon aus, dass die Frist mit 9. April 2008, 00:00 Uhr, beginne, so hätte die Frist am 11. April 2008 um 24:00 Uhr geendet. Die Festlegung des Fristendes mit 10. April 2008, 15:30 Uhr, führe daher beinahe zu einer Halbierung der von der Auftraggeberin in Punkt 4.11 ihrer Verdingungsunterlage (bestandskräftig) vorgegeben Verbesserungsfrist. Die 2. Aufforderung zur Verbesserung sei der Antragstellerin am 11. April 2008 um 10:20 Uhr zugegangen. Die Frist zur Verbesserung beginne daher mit Beginn des nächsten Arbeitstages, also mit 14. April 2008, 00:00 Uhr. Das Ende der dreitägigen Frist ergebe sich daher mit 16. April 2008, 24:00 Uhr. Auch in diesem Fall sei also die gewählte Frist mit 16. April 2008, 10:00 Uhr, zu kurz bemessen worden.

Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin vom Vergabeverfahren auszuschließen, sei rechtswidrig. Nach den bestandskräftig gewordenen Ausschreibungsunterlagen (insbesondere Punkt 4.11 der Verdingungsunterlage) sei ein Angebot nur bei Vorliegen eines unbehebbar Mangel unverzüglich auszuschließen. Angebote, die mit behebbaren Mängeln behaftet seien, seien nur auszuschließen, wenn der Bieter dem Auftrag des Auftraggebers zur Stellungnahme nicht fristgerecht nachkomme. Jeder Ausschluss setze also ein rechtmäßiges Auffordern zur Stellungnahme voraus. Da jedoch der Auftraggeber bei der Aufforderung, ergänzende Erklärungen abzugeben, von seinen eigenen Vorgaben abweiche und jeweils kürzere Fristen vorschreibe, als dies in der Verdingungsunterlage vorgesehen sei, liege eine rechtmäßige Aufforderung zur Ergänzung und Detaillierung des Angebotes überhaupt nicht vor. Ein darauf gegründeter Ausschluss unseres Angebotes könne nicht rechtmäßig erfolgen. Durch die rechtswidrige Verkürzung der gewährten Frist zur Aufklärung habe der Auftraggeberin selbst die Voraussetzung für den Ausschluss unseres Angebotes beseitigt und somit keine tragfähige Basis für die angefochtene Entscheidung, nämlich die Ausscheidensentscheidung vom 25. April 2008, geschaffen. Schon aus diesem Grunde sei die Ausscheidensentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären.

Der Vollständigkeit halber werde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die rechtswidrige Verkürzung der Verbesserungsfrist erst nach Anbotsöffnung vom Auftraggeber vorgenommen worden sei und diese Festlegung keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des BVergG 2006 bzw. des vom Auftraggeber kreierte Vergabeverfahrens, darstelle. Diese sonstige Festlegung (Anm.: Verkürzung der Verbesserungsfrist) könne daher, da es sich nicht um eine selbständig anfechtbare Entscheidung handle, erst gemeinsam mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung - im gegenständlichen Fall also mit der Ausscheidensentscheidung - bekämpft werden. Die Antragstellerin sei daher mit diesem Vorbringen nicht präkludiert. Der Vollständigkeit halber werde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die rechtswidrige Verkürzung der Verbesserungsfrist erst nach Anbotsöffnung vom Auftraggeber vorgenommen worden sei und diese Festlegung keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des BVergG 2006 bzw. des vom Auftraggeber kreierte Vergabeverfahrens, darstelle. Diese sonstige Festlegung (Anmerkung, Verkürzung der Verbesserungsfrist) könne daher, da es sich nicht um eine selbständig anfechtbare Entscheidung handle, erst gemeinsam mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung - im gegenständlichen Fall also mit der Ausscheidensentscheidung - bekämpft werden. Die Antragstellerin sei daher mit diesem Vorbringen nicht präkludiert.

1. b) Litera b

Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter, Verletzung des Grundsatzes der Transparenz und des fairen Wettbewerbs:

Der Auftraggeber gehe in seinen Aufforderungen zur Verbesserung vom 8. und vom 10. April 2008 zu Unrecht vom Vorliegen eines (behebbar) Mangel aus. Ebenfalls zu Unrecht werde in der Ausscheidensentscheidung die angeblich betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbare Kalkulation herangezogen. Die Antragstellerin habe darauf hingewiesen, dass es sich beim Schulungsort um ein dem A*** auch für andere Schulungsmaßnahmen zur Verfügung stehendes Objekt handle. An diesem Ort würden zumindest an fünf Arbeitstagen pro Woche Kurse abgehalten. Im Zuge ihrer ergänzenden Darlegung habe die Antragstellerin nochmals darauf verwiesen, dass die im gegenständlichen Fall zur Kurskoordination vorgesehene Mitarbeiterin durchschnittlich nicht mehr als 8

Stunden pro Woche für die gegenständliche Schulungsmaßnahme aufzuwenden habe, wenngleich sie während ihrer gesamten Arbeitszeit ständig vor Ort anwesend sei und während dieser Zeit neben den gegenständlichen Schulungsmaßnahmen auch andere Kurse betreue. Zumal die vor Ort anwesenden TeilnehmerInnenbetreuer schon nach dem vom Auftraggeber selbst vorgegebenen Kurskonzept nicht ständig und nicht ausschließlich für die gegenständliche Schulungsmaßnahme zu arbeiten hätten, sei daher leicht nachvollziehbar, dass die mit der Durchführung der gegenständlichen Schulungsmaßnahme betraute MitarbeiterIn jedenfalls nicht mehr als 8 Stunden pro Woche für die gegenständliche Maßnahme aufzuwenden habe. Dies sei bei einem Ausmaß von 38 Wochenstunden ein Anteil von 21 %.

Weiters sei festzuhalten, dass es unrichtig sei, dass für die Geschäftsführung kein Kostenanteil kalkuliert worden sei. Der Auftraggeber sei diesbezüglich auf das Kostenkonzept der Antragstellerin, welches einen Geschäftsführungsanteil (Personalaufwand) im Ausmaß von Euro XXX aufweise, zu verweisen. In Beilage 2 der Stellungnahme vom 15. April 2008 sei dieser Kostenanteil von der Antragstellerin nochmals detailliert und getrennt ausgewiesen worden. So seien unter der Position "Geschäftsführung, Personalaufwand" der Gesamtkostenteil im Ausmaß von Euro XXX aufgegliedert auf drei Personen - darunter den stellvertretenden Geschäftsführer, Y***, im Ausmaß von Euro XXX dargestellt. Der Vorhalt, die Geschäftsführung sei in der Kostengestaltung nicht berücksichtigt gewesen, sei somit evident falsch. Ebenfalls unzutreffend sei das Vorbringen des Auftraggebers, dass Z*** kalkulatorisch keine Berücksichtigung gefunden hätte. In diesem Zusammenhang werde auf das Schreiben der Antragstellerin 15. April 2008 verwiesen. Dort heiße es: Weiters sei festzuhalten, dass es unrichtig sei, dass für die Geschäftsführung kein Kostenanteil kalkuliert worden sei. Der Auftraggeber sei diesbezüglich auf das Kostenkonzept der Antragstellerin, welches einen Geschäftsführungsanteil (Personalaufwand) im Ausmaß von Euro römisch 30 aufweise, zu verweisen. In Beilage 2 der Stellungnahme vom 15. April 2008 sei dieser Kostenanteil von der Antragstellerin nochmals detailliert und getrennt ausgewiesen worden. So seien unter der Position "Geschäftsführung, Personalaufwand" der Gesamtkostenteil im Ausmaß von Euro römisch 30 aufgegliedert auf drei Personen - darunter den stellvertretenden Geschäftsführer, Y***, im Ausmaß von Euro römisch 30 dargestellt. Der Vorhalt, die Geschäftsführung sei in der Kostengestaltung nicht berücksichtigt gewesen, sei somit evident falsch. Ebenfalls unzutreffend sei das Vorbringen des Auftraggebers, dass Z*** kalkulatorisch keine Berücksichtigung gefunden hätte. In diesem Zusammenhang werde auf das Schreiben der Antragstellerin 15. April 2008 verwiesen. Dort heiße es:

"Sonstige Verwaltung: Personalkosten Euro XXX." "Sonstige Verwaltung: Personalkosten Euro römisch 30 ."

Die Personalkosten der Abteilungsleitung seien mit dieser Position sehr wohl berücksichtigt. Ein Teil der Personalkosten sei bereits durch andere Aufträge, die ebenfalls die Personalkosten der Abteilungsleiterin betreffen würden, die jedoch die Arbeitskapazität der Abteilungsleiterin noch nicht voll ausgeschöpft hätten, abgedeckt. Auch diesbezüglich habe die Antragstellerin konkrete Ziffern vorgelegt und die Art der Berechnung verifiziert.

Als letzter Grund für die Ausscheidensentscheidung sei vom Auftraggeber schließlich angeführt worden:

"Auch die Kostensenkung bei den Raumkosten um 52 % durch andere nicht näher genannte Tages- und Abendkurse ist betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar."

Auch diese Begründung sei unzutreffend. Die Art der Berechnung sei von der Antragstellerin mehrfach, zuletzt in der Stellungnahme vom 15. April 2008, dargelegt worden. So sei darauf hingewiesen worden, dass der Schulungsort nicht nur zur Durchführung der verfahrensgegenständlichen Maßnahme, sondern auch zur Abwicklung einer Vielzahl anderer A***-Kurse diene. Weshalb diese Darlegung nicht nachvollziehbar sein solle, bleibe unerklärlich.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass das Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Es werde auf die ständige Rechtsprechung des BVA und des VfGH verwiesen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gegeben sei. Eine zeitliche Verzögerung von 6 Wochen durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei dem Auftraggeber zumutbar. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber bei seiner terminlichen Planung und bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens auf eine mögliche Nachprüfung Bedacht zu nehmen habe. Nach Ansicht der Antragstellerin sei von einem deutlichen Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht auszugehen, sondern überwiege ihrer Meinung nach das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung. Der

Antragstellerin drohe jedenfalls erheblicher Schaden. Der Eintritt dieses Schadens könne nur durch die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung abgewendet werden.

Mit Schriftsatz vom 13. Mai 2008 hat der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren erteilt und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen:

Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Gesamtauftragswert belaufe sich auf Euro XXX (Euro XXX Basiswert, Euro XXX Option der zweimaligen Wiederbeauftragung). Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Art des Vergabeverfahrens nach handle es sich um ein Standardverfahren des AMS. Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice, vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Gesamtauftragswert belaufe sich auf Euro römisch 30 (Euro römisch 30 Basiswert, Euro römisch 30 Option der zweimaligen Wiederbeauftragung). Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Art des Vergabeverfahrens nach handle es sich um ein Standardverfahren des AMS.

Das Vergabeverfahren sei am 14. Februar 2008 sowohl österreichweit als auch EU-weit bekannt gemacht worden. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Die Angebotsöffnung sei am 14. März 2008 erfolgt. Es seien insgesamt drei Angebote eingelangt. Das Angebot der Antragstellerin sei mit einem Nettoangebotspreis von Euro XXX das billigste Angebot gewesen. Das Angebot der U*** habe sich auf Euro XXX und das Angebot der V*** GmbH auf XXX netto belaufen. Das Vergabeverfahren sei am 14. Februar 2008 sowohl österreichweit als auch EU-weit bekannt gemacht worden. Es handle sich um ein Verfahren nach dem Bestbieterprinzip. Die Angebotsöffnung sei am 14. März 2008 erfolgt. Es seien insgesamt drei Angebote eingelangt. Das Angebot der Antragstellerin sei mit einem Nettoangebotspreis von Euro römisch 30 das billigste Angebot gewesen. Das Angebot der U*** habe sich auf Euro römisch 30 und das Angebot der V*** GmbH auf römisch 30 netto belaufen.

Nach einer inhaltlichen Bewertung durch die Bewertungskommission habe sich ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin das billigste und das beste Angebot sei. In der Folge habe eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne einer Preisangemessenheitsprüfung stattgefunden. Das Verfahren befinde sich derzeit im Stadium der Plausibilisierung.

Das Ausscheiden des Angebotes wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 25. April 2008 bekannt gegeben. Es sei weder eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden noch habe ein Widerruf des Vergabeverfahrens stattgefunden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Zur Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung wurde weiters vorgebracht, dass das AMS Wien ein hohes Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages habe, um die Zielsetzung der Verhinderung von Langzeitarbeitslosigkeit effizient verfolgen zu können. Die Ausschreibungskonzeption sei vom AMS Wien unter Berücksichtigung der ständigen Rechtssprechung des BVA, wonach der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren habe, erstellt worden. Daher habe der Auftraggeber auch die Flexibilität, das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens abzuwarten und im Rahmen der Gesamtprogrammplanung steuernd zu agieren.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd 2 Z 8 BVergG ist das Arbeitsmarktservice (AMS). Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist gemäß § 1 Abs 1 Arbeitsmarktservice-Gesetz, BGBl Nr. 313/1994 idGF, ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und als solches öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 22.3.1999, N-14/99-5; 18.8.2003, 10N-60/03-26; 3.9.2004, 10N-57/04-37; 17.1.2005, 10N- 130/04-19; 23.1.2005, 10N-134/04-22; 14.3.2008, N/0014- BVA/09/2008-28). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges IV BVergG. Auftraggeber iSd 2 Ziffer 8, BVergG ist das Arbeitsmarktservice (AMS). Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Arbeitsmarktservice-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 313 aus 1994, idGF, ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit und als solches öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 22.3.1999, N-14/99-5; 18.8.2003,

10N-60/03-26; 3.9.2004, 10N-57/04-37; 17.1.2005, 10N- 130/04-19; 23.1.2005, 10N-134/04-22; 14.3.2008, N/0014-BVA/09/2008-28). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges römisch vier BVergG.

Nach den Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert inkl. der Option beläuft sich auf EURO

XXX.römisch 30 .

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg. cit. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG verbunden, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 u. 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde nicht erteilt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg. cit. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde nicht erteilt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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 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 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. 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 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 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 Nichtigkeitserklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 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 Nichtigkeitserklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt. Der Auftraggeber hat mit Schreiben vom 25.4.2008 die Ausscheidensentscheidung hinsichtlich dieses Angebotes bekannt gegeben. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkmöglich. Ob die Ausscheidensentscheidung gesetzeskonform ergangen ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, die Zuschlagsentscheidung zu treffen und in der Folge den Zuschlag an einen Mitbewerber zu erteilen. Dies wäre aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten vorliegen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, die Zuschlagsentscheidung zu treffen und in der Folge den Zuschlag an einen Mitbewerber zu erteilen. Dies wäre aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten vorliegen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Nach Angabe des Auftraggebers wurde bis jetzt zwar noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen, es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass seitens des Auftraggebers das Vergabeverfahren fortgeführt wird, also auch in weiterer Folge eine Zuschlagsentscheidung bzw die Zuschlagserteilung erfolgen.

Gemäß § 131 erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall die Antragstellerin bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie im Falle des Treffens einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens der Antragstellerin mit ihrem auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren eine Schädigung ihrer Interessen drohen würde, wenn sie in weiterer Folge nicht

mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung, als das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel, vorläufig zu untersagen (vgl. BVA 5.4.2007, N/0031-BVA/05/2007-7EV, BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-11; BVA 28.11.2007, N/0112-BVA/14/2007-5). Gemäß Paragraph 131, erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall die Antragstellerin bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie im Falle des Treffens einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens der Antragstellerin mit ihrem auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren eine Schädigung ihrer Interessen drohen würde, wenn sie in weiterer Folge nicht mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung, als das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel, vorläufig zu untersagen (vergleiche BVA 5.4.2007, N/0031-BVA/05/2007-7EV, BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-11; BVA 28.11.2007, N/0112-BVA/14/2007-5).

Der Auftraggeber hat keine Verletzung seiner Interessen vorgebracht, die die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung verhindern könnten. Auch ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens wurde nicht behauptet. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, vermag auch das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen. Dem gegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden nachvollziehbar dargelegt und auch beziffert.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). Dies hat der Auftraggeber seinen eigenen Angaben nach auch getan. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). Dies hat der Auftraggeber seinen eigenen Angaben nach auch getan. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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