

TE Verg Bescheid 2008/2/8 N/0014-BVA/09/2008-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.02.2008

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 Bundesvergabe-gesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl 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 die Auftragsvergabe "CALL MI – Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin; 36/2008" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten X***, vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung 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 die Auftragsvergabe "CALL MI – Ausbildung

zur Call-Center Mitarbeiterin; 36/2008" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten X***, vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung "das Bundesvergabeamt möge a) bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist aussetzen sowie dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersagen; in eventu dem Auftraggeber bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote untersagen sowie für den Fall einer nachträglichen Entrichtung der Pauschalgebühren

1. b)Litera b

der Antragstellerin den Ersatz der von ihr entrichteten Gebühren zuerkennen" wird insofern stattgegeben als es dem Auftraggeber Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch Arbeitsmarktservice (AMS) Wien, für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 18. März 2008 untersagt ist, im Vergabeverfahren "CALL MI – Ausbildung zur Call-Center Mitarbeiterin; 36/2008", die Angebote zu öffnen. Darüber hinaus wird die Angebotsfrist für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 18. März 2008 ausgesetzt.

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

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4. Februar 2008, verbessert eingebracht am 5. Februar 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung und einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist (Anfragebeantwortung vom 24.1.2008), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der (nachträglich) entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien als vergebende Stelle, das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges IV zum BVergG ausgeschrieben habe. Die Absendung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei am 17. Jänner 2008 erfolgt.Mit Schriftsatz vom 1. Februar 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Arbeitsmarktservice (AMS), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien als vergebende Stelle, das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhanges römisch vier zum BVergG ausgeschrieben habe. Die Absendung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei am 17. Jänner 2008 erfolgt.

Das gemäß § 141 BVergG konzipierte Vergabeverfahren sei in Anlehnung an das offene Verfahren gestaltet worden. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2008, 09:59 Uhr.Das gemäß Paragraph 141, BVergG konzipierte Vergabeverfahren sei in Anlehnung an das offene Verfahren gestaltet worden. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2008, 09:59 Uhr.

Punkt 7.1 "Eignungsnachweise betreffend Bieter (MUSS-Kriterien)", Unterpunkt 7.1.10 der Verdingungsunterlage, laute:

Bei der Vergabe von spezifischen Bildungsmaßnahmen für Frauen sind in ein Verfahren nur Träger einzubeziehen, die frauenspezifische Kernkompetenz nachweisen können.

Frauenspezifische Kernkompetenz besitzen Träger,

- -Strichaufzählung
die überwiegend (51% oder mehr) Frauen als Führungskräfte haben – und daher die Meinungen, Bedürfnisse und Kompetenzen von Frauen als wesentliche Akteurinnen in den Mittelpunkt rücken und
- -Strichaufzählung
die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise z.B. Vereinsstatuten

oder spezifische Referenzprojekte) und

- -Strichaufzählung

die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten)

Unter Führungskräfte sind alle Personen eines Unternehmens zu verstehen, die leitende Stellen mit Anweisungskompetenz innehaben (GeschäftsführerIn/ EigentümerIn und AbteilungsleiterInnen sowie BereichsleiterInnen. Stellvertretungen sowie ProjektleiterInnen werden nicht dazugerechnet).

In Punkt 9.7. sei geregelt, dass die Eignungskriterien in Anlehnung an § 69 Z 1 BVergG spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung erfüllt sein müssten. In Punkt 9.7. sei geregelt, dass die Eignungskriterien in Anlehnung an Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung erfüllt sein müssten.

In der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 habe der Auftraggeber darüber hinaus zu nachstehenden Fragen der Antragstellerin Folgendes festgehalten:

Meine 1. Frage nun:

Ist es richtig, dass Sie tatsächlich die Gesamtstruktur des gesamten Unternehmens abgebildet haben wollen?

"Stellungnahme zu Frage 1:

Das ist richtig, um den geforderten relativen Frauenanteil an den Führungskräften ermitteln zu können."

Wenn ja, meine 2. Frage:

Wie verhält sich die Relevanz der Gesamtdarstellung des europaweiten Unternehmens auf die erfolgreiche Projektumsetzung für die Call mi Ausbildung in Wien? Wie begründet sich hier der Zusammenhang, nachdem die auszubildenden Frauen ohnehin ausschließlich von kompetenten Frauen ausgebildet werden und das gesamte Projektumfeld von Frauen getragen ist?

"Stellungnahme zu Frage 2:

Klarstellen möchten wir, dass bei Trainerinnen lediglich eine Quote von zumindest 51% Frauen vorgegeben wurde. 100% Frauenanteil gelten für die inhaltlichprojektverantwortlich/en Person/en und die sozialpädagogische Betreuung."

Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gern. BVergG 2006, Anhang IV (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24: Bildungsmaßnahmen des AMS sind Dienstleistungen gern. BVergG 2006, Anhang römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungen), Kategorie 24:

Unterrichtswesen und Berufsausbildung, CPC-Referenz-Nr. 92.

Für diese Dienstleistungen gilt lt. § 141 BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält. Für diese Dienstleistungen gilt lt. Paragraph 141, BVergG 2006 ein verdünntes Vergaberegime. Unter diesen gesetzlichen Bestimmungen hat das AMS unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes eine eigene Vergaberichtlinie vorgegeben, das das genannte Eignungskriterium in der zitierten Form enthält.

Wenn es eine transparente Relevanz gibt, dann meine 3. Frage:

Welchen Bereich unseres Unternehmens, um im Relevanzbereich für das Projekt zu bleiben, sollen wir abbilden?

"Stellungnahme zur Frage 3:

Dies ergibt sich aus den mit einer und – Verknüpfung zitierten Absätzen 2 und 3 des Eignungskriteriums, sofern das Wirtschaftsspektrum der Firma weiter als die geforderte Geschäftstätigkeit gespannt ist:

und

- -Strichaufzählung

die ihre Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen im Sinne der Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ausgerichtet haben (Nachweise zB Vereinstatuten oder spezifische Referenzprojekte) und

- -Strichaufzählung

die über ein Qualitätssicherungssystem zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen verfügen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung, Forschung, Teilnahme an EU-Projekten)"

Die Antragstellerin sei langjährige verlässliche Partnerin des Auftraggebers bei einer Vielzahl von arbeitsmarktspezifischen Maßnahmen in ganz Österreich. Weiters führe die Antragstellerin für den Auftraggeber seit vielen Jahren auch speziell österreichweit frauenspezifische Bildungsmaßnahmen durch (aktuell: "Berufsorientierung für Frauen").

Dem Auftraggeber sei bekannt, dass sich die Antragstellerin inner- und außerbetrieblich aktiv für Frauenförderung engagiere und seit Beginn des Jahres 2005 auch über ein innerbetriebliches Genderqualitätssicherungssystem in Form einer Top-down-Strategie verfüge. Diese Ansätze würden nicht nur im Unternehmen, sondern generell in der gesamten "B***" verwirklicht, wobei die Antragstellerin operative Muttergesellschaft der dargestellten Unternehmensstruktur sei. Darüber hinaus betreibe die Antragstellerin auch Frauen- und Männerförderung und setze einen Schwerpunkt im Genderqualitätssicherungssystem auch auf das Diversity-Management, wobei hier neben dem Geschlecht auch Alter, Religion sowie etwa körperliche und geistige Einschränkungen berücksichtigt würden.

Bei der Antragstellerin sei das vom Auftraggeber in Punkt 7.1.10 der Verdingungsunterlagen geforderte Überwiegen des Frauenanteiles bei Führungskräften nicht vorhanden.

Die Antragstellerin beabsichtige, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, um den gegenständlichen Auftrag zu erhalten und einen entsprechenden Gewinn zu lukrieren. Nach den Vorgaben des Auftraggebers ende die Angebotsfrist am 19. Februar 2008 um 09:59 Uhr. Die Anträge auf Nachprüfung seien jedenfalls fristgerecht im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen anzusehen (§ 321 Abs. 2 bzw. § 321 Abs.1 Z 7 BVergG 2006). Die Antragstellerin beabsichtige, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, um den gegenständlichen Auftrag zu erhalten und einen entsprechenden Gewinn zu lukrieren. Nach den Vorgaben des Auftraggebers ende die Angebotsfrist am 19. Februar 2008 um 09:59 Uhr. Die Anträge auf Nachprüfung seien jedenfalls fristgerecht im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen anzusehen (Paragraph 321, Absatz 2, bzw. Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006).

Bei der Ausschreibung bzw. der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 könne es sich im Hinblick auf § 141 Abs 5 BVergG 2006 um zwei getrennte gesondert anfechtbare Entscheidungen handeln, sodass die Antragstellerin gehalten sei, beide Entscheidungen zu bekämpfen. Die angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen seien die Ausschreibung sowie die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008. Durch die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidungen sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, verletzt, sowie weiters in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und in ihrem Recht auf fehlerfreie und rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie weiterer Festlegungen des Auftraggebers. Schließlich sei die Antragstellerin auch in all ihren Rechten verletzt, die sich aus der Gesamtheit dieses Antrags ergeben würden. Bei der Ausschreibung bzw. der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 könne es sich im Hinblick auf Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006 um zwei getrennte gesondert anfechtbare Entscheidungen handeln, sodass die Antragstellerin gehalten sei, beide Entscheidungen zu bekämpfen. Die angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen seien die Ausschreibung sowie die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008. Durch die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidungen sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, verletzt, sowie weiters in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes und in ihrem Recht auf fehlerfreie und rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie weiterer Festlegungen des Auftraggebers. Schließlich sei die Antragstellerin auch in all ihren Rechten verletzt, die sich aus der Gesamtheit dieses Antrags ergeben würden.

Der Auftraggeber hätte bei ordnungsgemäßigem Vorgehen die Ausschreibung ohne die vorliegend inkriminierte Formulierung (Punkt 7.1.10 der Verdingungsunterlage sowie die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008) gestalten müssen. Dadurch hätte der Auftraggeber der Antragstellerin eine ordnungsgemäße und chancenreiche Teilnahme am Vergabeverfahren gewährleisten müssen.

Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten drohe der Antragstellerin die Entstehung eines Schadens, wobei dieser grob geschätzt mit ca. Euro 10.000,-- anzugeben sei. Für die genaue Bezifferung des Schadens wäre eine detaillierte Angebotserstellung erforderlich, was auf Grund der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen jedoch derzeit nicht erfolgen könne. Der Antragstellerin sei durch die derzeitige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls die Möglichkeit genommen, mit einem chancenreichen Angebot am Vergabeverfahren teilzunehmen, wodurch der Entgang des Auftrags und auch der Verlust eines Referenzprojektes drohen.

Das Interesse am Vertragsabschluss manifestiere sich bereits durch die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Darüber hinaus habe die Antragstellerin durch das Stellen von Fragen zur Ausschreibung ihr Interesse ausreichend bekundet.

Rechtswidrige Auftraggeberentscheidungen:

Die angefochtenen Entscheidungen, die formal zwar getrennte gesondert anfechtbare Entscheidungen darstellen, inhaltlich jedoch eine Einheit bilden würden, seien insbesondere deswegen rechtswidrig, da diese nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und vor allem gegen die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot sowie gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes verstoßen würden. Im Speziellen komme es zu einer nicht zulässigen Einschränkung des Bieterkreises durch Festlegung diskriminierender und "ungleichbehandelnder" Eignungskriterien. Darüber hinaus seien die in Punkt 1.1.10 der Verdingungsunterlage festgelegten MUSS-Kriterien und deren Nachweise weitestgehend intransparent, sodass sich der Auftraggeber für die Eignungsprüfung einen unüberprüfbaren Beurteilungsspielraum offen gelassen habe.

Auch auf Verfahren zur Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen würden v.a. die allgemeinen Grundsätze für Vergabeverfahren Anwendung finden. Dies ergebe sich zunächst aus der Mitteilung der Kommission vom 1. August 2006 (2006/C 179/02). Zu den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrages würden u.a. die Gebote der Nicht-Diskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit zählen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit würden auch eine Transparenzpflicht einschließen, wonach der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen habe, der u.a. die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien. Dies umfasse auch die Pflicht zur Gewährleistung eines fairen und unparteiischen Verfahrens. Aus diesen, auch auf nicht prioritäre Dienstleistungen anwendbaren Vorschriften, ergebe sich, dass Vergabeunterlagen keine Bestimmungen enthalten dürften, die die Teilnahme ohne sachliche Rechtfertigung erschweren bzw. verhindern und in der Folge den freien Wettbewerb ungerechtfertigt einschränken würden.

Der Auftraggeber habe im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung folgende drei - nunmehr angefochtene - Anforderungen (Teilkriterien) festgelegt, die ein Bieter zu erfüllen habe. Dabei handle es sich um bieterbezogene Eignungskriterien, welche jedoch rechtswidrig seien:

1. 1.Ziffer eins

Überwiegender (51% oder mehr) Frauenanteil bei Führungskräften (das sind GeschäftsführerInnen/EigentümerInnen und Abteilungsleiterinnen sowie Bereichsleiterinnen); Teilkriterium 1.

1. 2.Ziffer 2

Ausrichtung der Geschäftstätigkeit auf die Förderung der Qualifikation und Beschäftigung von Frauen iSd Verbesserung der Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt (Nachweis zB durch Vereinsstatuten oder spezifische Referenzprojekte); Teilkriterium

2. 2.Ziffer 2

1. 3.Ziffer 3

Bestehen eines Qualitätssicherungssystems zur Erhaltung, Entwicklung und Verbesserung der Gleichstellungskompetenz der eigenen Beschäftigten und Trainerinnen (Weiterbildung, Organisationsentwicklung,

Forschung, Teilnahme an EU-Projekten); Teilkriterium 3.

Die Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 wiederhole diese Festlegungen und erweitere diese noch dahingehend, dass eine umfassende Gesamtstruktur – sohin auch die gesamte Gruppenstruktur – des Bieters in diese Betrachtung einbezogen würde. Sohin sei nicht nur die Rechtsperson des Bieters, sondern die gesamte Struktur der Gruppe maßgebend, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre.

Wie bereits erwähnt, sei auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen der Transparenzgrundsatz zu beachten. Entgegen dieser Vorgabe seien die genannten Teilkriterien 2 und 3 für sich intransparent und würden eine nachvollziehbare Beurteilung nicht zulassen. So sei gänzlich unergründlich, wie ein spezifisches Referenzprojekt auszusehen habe und welchen weiteren Anforderungen es zu entsprechen habe. Auch die Ausgestaltung der erforderlichen Vereinsstatuten sei nicht ausreichend dargelegt und überlasse dem Auftraggeber einen unzulässig großen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Eignungsprüfung und dadurch die Möglichkeit einer willkürlichen Angebotsprüfung.

Das in Teilkriterium 3 angesprochene Qualitätssicherungssystem sei ebenfalls intransparent und nicht nachvollziehbar. Es sei nicht einmal klar, ob dieses System formal eingerichtet sein müsse und etwa durch Zertifikate zu belegen sei oder ob eine faktische Umsetzung durch den Bieter genügen würde. Auch die sonstigen Anforderungen an derartige Systeme und ihre Mindestkriterien seien vollkommen unklar.

Die Festlegung in Teilkriterium 1 (Führungskräfteanteil) verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages und sei daher rechtswidrig. Insbesondere widerspreche dieses Kriterium auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Durch diese Anforderung diskriminiere der Auftraggeber potentielle Bieter mit nicht überwiegend weiblicher Führungsstruktur, da diesen Unternehmen allein aufgrund des Geschlechtes ihrer Führungskräfte völlig unsachlich die gewünschte frauenspezifische Kernkompetenz abgesprochen würde. Aufgrund dieses diskriminierenden Eignungskriteriums wäre bereits eine Gesellschaft ausgeschlossen, die aus einer männlichen und einer weiblichen Führungskraft bestehe. Durch diese Festlegung sei die Antragstellerin an der Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren ohne sachliche Rechtfertigung gehindert, wodurch es zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Vergabewettbewerbes komme.

Die Antragstellerin bestreite nicht das hinter den Festlegungen des Auftraggebers stehende Interesse zur Optimierung von Maßnahmen, die im Besonderen für Frauen gestaltet seien. Die angefochtenen Entscheidungen bzw. Bestimmungen seien jedoch überschießend und darüber hinaus nicht geeignet, die entsprechende Intention des Auftraggebers sicherzustellen. So sei es aus vergaberechtlicher Sicht unbestritten zulässig, bestimmte Anforderungen an das Personal eines Bieters zu stellen, das die konkrete Maßnahme durchführen werde. In diesem Sinne seien in Punkt 7.2. der Ausschreibung auch konkrete Anforderungen an die Trainerinnen formuliert worden. Rechtswidrig sei es allerdings, Voraussetzungen an die Führungsstruktur von Bietern zu stellen, die keinerlei Einfluss auf die Durchführung der zu beschaffenden Leistung hätten, insbesondere wenn damit Bieter ungerechtfertigt ausgeschlossen würden. Diese Festlegung des Auftraggebers widerspreche daher dem Verhältnismäßigkeitsgebot und verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz. Es sei unzulässig, Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren allein aus dem Grund auszuschließen, dass – mit der Umsetzung der Maßnahme in keinem Zusammenhang stehende Personen – nicht überwiegend Frauen seien. Gesellschaften mit einer nicht weiblichen dominierten Führungsstruktur würden aus unsachlichen Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen stünden, diskriminiert.

Das oben dargestellte Szenario betreffe insbesondere auch die Antragstellerin, die ihren Sitz in XXX habe, zumal die dortige Führungstätigkeit keinerlei Einfluss auf die qualitative Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen hätte. Die Qualifikation der Antragstellerin zur Durchführung derartiger Maßnahmen sei jedoch unbestritten; sie habe schon eine Vielzahl von frauenspezifischen Maßnahmen für das AMS zur vollsten Zufriedenheit durchgeführt. Das oben dargestellte Szenario betreffe insbesondere auch die Antragstellerin, die ihren Sitz in römisch 30 habe, zumal die dortige Führungstätigkeit keinerlei Einfluss auf die qualitative Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen hätte. Die Qualifikation der Antragstellerin zur Durchführung derartiger Maßnahmen sei jedoch unbestritten; sie habe schon eine Vielzahl von frauenspezifischen Maßnahmen für das AMS zur vollsten Zufriedenheit durchgeführt.

Noch unsachlicher würden die Festlegungen des Auftraggebers dadurch, indem er mit der Anfragebeantwortung vom 24. Jänner 2008 in die Betrachtung der Führungskräfte nicht nur die Rechtsperson der Antragstellerin, sondern die

gesamte Gruppenstruktur einbeziehe. Nach diesen Festlegungen des Auftraggebers solle die gesamte Konzernstruktur für das "Köpfzählen" relevant sein. Offen bleibe, wie die Beurteilung bei Personengesellschaften erfolgen solle. Diese Frage treffe konkret auf die Antragstellerin zu, die als YYY ausgestaltet sei. Seien hier in die Beurteilung auch die ZZZ einzubeziehen, die zum Teil natürliche Personen und zum Teil juristische Personen seien?

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Das gesamte bisherige Vorbringen werde auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Der Auftraggeber beabsichtige die Weiterführung des Vergabeverfahrens, wobei das Ende der Angebotsfrist für den 19. Februar 2008, 09:59 Uhr, festgelegt sei und im Anschluss daran, die nicht-öffentliche Öffnung der Angebote vorgesehen sei. Bei unverminderter Weiterführung des Vergabeverfahrens wäre es der Antragstellerin nicht möglich, unter gleichen Voraussetzungen am Vergabeverfahren teilzunehmen. Daraus drohe ihr ein massiver Schaden, indem ihr die Möglichkeit genommen würde, unter gleichen Bedingungen ein chancenreiches Angebot zu legen, als Bestbieter hervorzugehen und den Auftrag zu erhalten. Ohne die beantragten einstweiligen Maßnahmen könnte die Antragstellerin gar kein Angebot mehr einreichen bzw. würde der Zuschlag bereits vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens erteilt werden. Der Antragstellerin drohe also der Verlust des gegenständlichen Auftrags und damit ein unwiederbringlicher Schaden. Dieser Nachteil könne nur durch die Aussetzung der Angebotsfrist und die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden. Dabei handle es sich um die gelindesten noch zum Ziel führenden Mittel. Der Antragstellerin müsse die Möglichkeit zur Legung eines Angebotes zu gleichen Bedingungen wirksam gesichert werden. Die Möglichkeit, nachträglich Schadenersatz geltend zu machen, könne die Chancen der Antragstellerin auf Erhalt des Auftrages nicht kompensieren. Ohne die beantragten einstweiligen Maßnahmen würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die mit den Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Insbesondere könne nach Zuschlagserteilung nicht mehr in ein bereits abgeschlossenes Vertragsverhältnis eingegriffen werden und wäre die Antragstellerin auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen.

Im Hinblick auf das frühe Stadium des Vergabeverfahrens könne der drohende Gewinnentgang derzeit mit einem Betrag von etwa Euro 10.000,- beziffert werden. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, entgehe ihr auch ein wichtiges Referenzprojekt. Die Rechtsschutzinteressen der Antragstellerin würden allfällige Interessen des Antragsgegners bzw. Dritter eindeutig überwiegen. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens in seiner Terminplanung zu berücksichtigen. Relevant sei auch, dass die Zuschlagserteilung erst für den 1. April 2008, sohin nach dem Ende der Entscheidungsfrist des BVA, vorgesehen sei. Auch sonstige öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, seien nicht ersichtlich. Dem provisorischen Rechtsschutz sei Vorrang vor der Möglichkeit einer umgehenden Zuschlagserteilung und unverminderten Weiterführung des Vergabeverfahrens einzuräumen. Dabei sei auch auf den grundsätzlichen Vorrang des primären Rechtsschutzes hinzuweisen. Höherwertige Rechtsgüter, wie etwa der Schutz von "Leib und Leben", seien durch die beantragten Maßnahmen nicht gefährdet.

Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2008, beim BVA eingelangt am 6. Februar 2008, gab der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung:

Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice, vergebende Stelle das Arbeitsmarktservice Wien. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV Code 80400000) im Oberschwellenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Der geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens belaufe sich auf Euro XXX,-, wobei der Basiswert Euro XXX,- und die Option der zweimaligen Wiederbeauftragung Euro XXX,- exkl. Indexanpassung betrage. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Zur Art des Vergabeverfahrens wurde angegeben, dass es sich gegenständlich um ein "Standardverfahren des AMS" handle. Das am 17. Jänner 2008 in Österreich und EU-weit bekannt gemachte Verfahren befinde sich im Stadium der "offenen Angebotsfrist". Eine Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt. Ebenso wenig seien die Ausscheidung eines Angebots, eine Zuschlagsentscheidung oder eine Widerrufsentscheidung erfolgt. Auch sei der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Auftraggeber sei das Arbeitsmarktservice, vergebende Stelle das Arbeitsmarktservice Wien. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV Code 80400000) im Oberschwellenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Der geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens belaufe sich auf Euro römisch 30,-, wobei der Basiswert Euro römisch 30,- und die Option der zweimaligen Wiederbeauftragung Euro römisch 30,- exkl. Indexanpassung betrage. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Zur Art des Vergabeverfahrens wurde angegeben, dass es sich gegenständlich um ein "Standardverfahren des AMS" handle. Das am 17. Jänner 2008 in Österreich und EU-weit

bekannt gemachte Verfahren befinde sich im Stadium der "offenen Angebotsfrist". Eine Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt. Ebenso wenig seien die Ausscheidung eines Angebots, eine Zuschlagsentscheidung oder eine Widerrufsentscheidung erfolgt. Auch sei der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Zur Interessensabwägung führte der Auftraggeber aus, dass das AMS Wien ein hohes Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages habe, um die Zielsetzung der Steigerung der Frauenerwerbsquote effizient verfolgen zu können. Die Ausschreibungskonzeption sei vom AMS Wien unter Berücksichtigung der ständigen Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren habe, erstellt worden. Daher habe der Auftraggeber die "Flexibilität", das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens abzuwarten und im Rahmen der Gesamtprogrammplanungsteuerung zu agieren.

Im Zuge des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde am 17.1.2008 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Die Absendung der Bekanntmachung an das Supplement zum Amtsblatt der EG erfolgte ebenfalls am 17.1.2008.

Auftraggeber ist das Arbeitsmarktservice (AMS), vergebende Stelle ist das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien. Es sollen nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 24 des Anhangs IV zur Vergabe gelangen. Es handelt sich nach Auskunft des Auftraggebers um ein "Standardverfahren des AMS", welches dem offenen Verfahren nachgebildet ist. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Auftraggeber ist das Arbeitsmarktservice (AMS), vergebende Stelle ist das Arbeitsmarktservice (AMS) Wien. Es sollen nicht prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 24 des Anhangs römisch vier zur Vergabe gelangen. Es handelt sich nach Auskunft des Auftraggebers um ein "Standardverfahren des AMS", welches dem offenen Verfahren nachgebildet ist. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen.

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro XXX,--, wobei sich der Basiswert auf Euro XXX,- sowie der Wert der Option (zweimalige Wiederbeauftragung) auf Euro XXX,-- belaufen. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro römisch 30 ,--, wobei sich der Basiswert auf Euro römisch 30 ,-- sowie der Wert der Option (zweimalige Wiederbeauftragung) auf Euro römisch 30 ,-- belaufen.

Die Angebotsfrist endet am 19.2.2008, 9.59 Uhr. Das Verfahren befindet sich derzeit im Stadium der offenen Angebotsfrist. Die Angebote wurden noch nicht geöffnet, eine Zuschlagsentscheidung noch nicht getroffen. Das Verfahren wurde auch nicht widerrufen, der Zuschlag nicht erteilt.

Mit Schriftsatz vom 1.2.2008, beim BVA eingelangt am 4.2.2008, brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung und einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist (Anm.: Beantwortung einer Bieteranfrage vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein. Mit Schriftsatz vom 1.2.2008, beim BVA eingelangt am 4.2.2008, brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung und einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist Anmerkung, Beantwortung einer Bieteranfrage vom 24.1.2008) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den von diesen vorgelegten Urkunden.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist 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). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhangs IV. Der geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX,-- netto (Basiswert Euro XXX,-- sowie der Wert der Option Euro XXX,--) und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Das Arbeitsmarktservice (AMS) ist 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). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine nicht prioritäre Dienstleistung der Kategorie 24 des Anhangs römisch vier. Der

geschätzte Gesamtauftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 ,-- netto (Basiswert Euro römisch 30 ,-- sowie der Wert der Option Euro römisch 30 ,--) und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der Auftrag soll in einem "Standardverfahren des AMS", das laut Auskunft des Auftraggebers dem offenen Verfahren nach BVergG "nachgebildet" ist, vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt nach § 141 Abs 5 BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Dies sind jedenfalls die gegenständlich angefochtene Ausschreibung sowie die Anfragebeantwortung vom 24.1.2008. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben. Der Auftrag soll in einem "Standardverfahren des AMS", das laut Auskunft des Auftraggebers dem offenen Verfahren nach BVergG "nachgebildet" ist, vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt nach Paragraph 141, Absatz 5, BVergG jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Dies sind jedenfalls die gegenständlich angefochtene Ausschreibung sowie die Anfragebeantwortung vom 24.1.2008. 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 § 328 Abs 2 BVergG. 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 Beantwortung der Bieteranfrage wurde der Antragstellerin am 24.1.2008 übermittelt. Die Antragstellerin hat am 1.2.2008 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist endet am 19.2.2008, der entsprechende Nichtigklärungsantrag wurde am 1.2.2008 eingebracht. Die Anträge wurden somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht. 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 Beantwortung der Bieteranfrage wurde der Antragstellerin am 24.1.2008 übermittelt. Die Antragstellerin hat am 1.2.2008 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit. sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist endet am 19.2.2008, der entsprechende Nichtigklärungsantrag wurde am 1.2.2008 eingebracht. Die Anträge wurden somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht.

Die Pauschalgebühr wurde iSd Verbesserungsauftrages der Behörde vom 4.2.2008, OZ 5, ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

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 als Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 19.2.2008, 9.59 Uhr, festgesetzt ist und dass die Angebotsöffnung im Anschluss daran stattfinden wird. Da seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin auch im Fall ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren – bei Fortführung des Vergabeverfahrens und Erteilung des Zuschlages – nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch Angebotslegung teilnehmen und für eine Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht ihr durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und durch die zeitlich befristete Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war neben der zeitlich befristeten Untersagung der Öffnung der Angebote auch der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für den Nachprüfungswerber – und allenfalls auch für andere an der ausgeschriebenen Leistung interessierte Unternehmer – gesichert, dass der Auftraggeber im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages und in Folge einer Berichtigung der Ausschreibung, die Angebotsfrist entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf der Grundlage

einer bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist möglich wäre (vgl. BVA 17.10.2006, N/0082-BVA/14/2006-EV9; 21.8.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV9). Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen. 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 als Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 19.2.2008, 9.59 Uhr, festgesetzt ist und dass die Angebotsöffnung im Anschluss daran stattfinden wird. Da seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin auch im Fall ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren – bei Fortführung des Vergabeverfahrens und Erteilung des Zuschlages – nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch Angebotslegung teilnehmen und für eine Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht ihr durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und durch die zeitlich befristete Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war neben der zeitlich befristeten Untersagung der Öffnung der Angebote auch der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für den Nachprüfungswerber – und allenfalls auch für andere an der ausgeschriebenen Leistung interessierte Unternehmer – gesichert, dass der Auftraggeber im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages und in Folge einer Berichtigung der Ausschreibung, die Angebotsfrist entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf der Grundlage einer bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist möglich wäre (vergleiche BVA 17.10.2006, N/0082-BVA/14/2006-EV9; 21.8.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV9). Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen.

Der Auftraggeber hat keine inhaltlichen Einwände gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Dem nach der Geschäftsverteilung zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, nicht erkennbar. Dem gegenüber hat die Antragstellerin schlüssig den Schaden dargelegt, der ihr zu entstehen droht. Dieser besteht einerseits im Verlust des möglichen Gewinnes im Fall der Auftragserteilung und andererseits im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber die Zuschlagserteilung ohnehin erst für den 1. April 2008 vorgesehen hat, ist keine besondere Dringlichkeit des Vorhabens ersichtlich. Durch eine maximal 6-wöchige Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung erscheint der Zeitplan des gegenständlichen Projektes nicht gefährdet. Dies bestätigt der Auftraggeber selbst in seiner Stellungnahme vom 4.2.2008, OZ 10, wenn er davon spricht, dass er – der ständigen Judikatur des BVA entsprechend – die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens in seinem Zeitplan berücksichtigt habe und er daher die "Flexibilität" habe, das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens abzuwarten.

Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30, 16.8.2006, N/00068-BVA/03/2006-EV8 u. v.a.). Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30, 16.8.2006, N/00068-BVA/03/2006-EV8 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). 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).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten und unter Einbeziehung der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst kein der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehendes besonderes öffentliches Interesse geltend gemacht hat, ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben.

Zur Dauer der ausgesprochenen vorläufigen Maßnahmen ist anzumerken, dass § 29 Abs 3 BVergG vorsieht, dass in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung gilt, von der Behörde zu bestimmen ist. Diese war mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer von 6 Wochen (vgl § 326 BVergG), daher bis 18. März 2008, zu befristen. Zur Dauer der ausgesprochenen vorläufigen Maßnahmen ist anzumerken, dass Paragraph 29, Absatz 3, BVergG vorsieht, dass in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung gilt, von der Behörde zu bestimmen ist. Diese war mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer von 6 Wochen vergleiche Paragraph 326, BVergG), daher bis 18. März 2008, zu befristen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im Endbescheid. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Dokumentnummer

VERGT_20080208_N_0014_BVA_09_2008_EV12_00

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