

TE Verg Bescheid 2007/8/20 N/0075-BVA/11/2007-EV4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.08.2007

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Corporate Network (CN.Post) der Österreichischen Post AG, bestehend aus den Leistungsteilen CN.Post-WAN und CN.Post-LAN" der Auftraggeberin Österreichische Post AG, 1010 Wien, Postgasse 8, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten Y***, vom 13.8.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Corporate Network (CN.Post) der Österreichischen Post AG, bestehend aus den Leistungsteilen CN.Post-WAN und CN.Post-LAN" der Auftraggeberin Österreichische Post AG, 1010 Wien, Postgasse 8, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten Y***, vom 13.8.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, das Vergabeverfahren "Fernmeldedienste" bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung, längstens jedoch bis zwei Monate nach Antragstellung, auszusetzen", in eventu " auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, dass der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung, längstens jedoch bis zwei Monate nach Antragstellung, untersagt wird, im gegenständlichen Verfahren "Fernmeldedienste" Angebote zu öffnen" wird insofern stattgegeben, als das

Vergabeverfahren "Corporate Network (CN.Post) der Österreichischen Post AG, bestehend aus den Leistungsteilen CN.Post-WAN und CN.Post-LAN für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 24. September 2007, ausgesetzt und der Österreichischen Post AG bis zum selben Datum untersagt wird, die eingelangten Angebote zu öffnen.

Das zeitliche Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Österreichische Post AG (in der Folge Auftraggeberin) schrieb in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG 2006 den verfahrensgegenständlichen Auftrag aus. Die europaweite Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt S 122 vom 28. Juni 2007 unter der Nummer 2007/S122-149468. Es handelt sich laut Bekanntmachung um einen Dienstleistungsauftrag im Sektorenbereich, der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Gegenstand ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Die durch die Ausschreibung vorgegebene Angebotsfrist endet am 20. August 2007, 13.00 Uhr. Die Österreichische Post AG (in der Folge Auftraggeberin) schrieb in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006 den verfahrensgegenständlichen Auftrag aus. Die europaweite Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt S 122 vom 28. Juni 2007 unter der Nummer 2007/S122-149468. Es handelt sich laut Bekanntmachung um einen Dienstleistungsauftrag im Sektorenbereich, der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Gegenstand ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Die durch die Ausschreibung vorgegebene Angebotsfrist endet am 20. August 2007, 13.00 Uhr.

Der gegenständliche Antrag richtet sich gegen die Ausschreibung bzw. Teile der Ausschreibung. Begründend bringt die Antragstellerin vor, der gegenständliche Auftrag, bestehend aus den Leistungsteilen CN.Post-WAN und CN.Post-LAN, sehe hinsichtlich der Entstörungszeiten bestimmte Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien vor. So laute Pkt. 8.3 des Service Level Agreement betreffend die Mindestanforderungen auszugsweise:

"Der AN garantiert die in seinem Angebot angegebene Betriebsqualität, die sich in einer jährlichen Mindest-Verfügbarkeit je Anbindung (nur CN.Post-WAN), einer maximal zulässigen Mean Time To Restore (MTTR) als arithmetisches Jahresmittel über alle Störungen der vom AN erbrachten Leistungen und einer maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls in Höhe der doppelten MTTR ausdrückt.

...

1. b) Litera b

MTTR (Mean Time To Restore)

Der AN garantiert die in seinem Angebot angegebene MTTR über alle Standorte hinweg, diese darf 4 Stunden in den Serviceklassen "Standard" und "Plus" sowie 3 Stunden in der Serviceklasse "Premium" keinesfalls übersteigen.

Überschreitet der AN dennoch die angebotene MTTR, hat der AG gegenüber dem AN einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf eine Vertragsstrafe. Die Höhe dieser Vertragsstrafe bemisst sich wie folgt:

Erreicht der AN lediglich eine MTTR in Höhe der doppelten angebotenen MTTR oder mehr, hat der AG einen Anspruch auf Rückerstattung von 40% der im Vorjahr entrichteten Monatsentgelte für alle Standorte. Nur wenn der AN zumindest die von ihm angebotene MTTR erreicht, wird keine Vertragsstrafe fällig. Für erreichte MTTRs, die zwischen der vom AN angebotenen Höchst-MTTR und dem Doppelten dieser MTTR liegen, hat der AG einen Anspruch auf Rückerstattung der im Vorjahr entrichteten Monatsentgelte in einer Höhe, die dem Verhältnis der Überschreitung der angebotenen MTTR entspricht.

1. c) Litera c

maximal zulässige Dauer eines Einzelausfalls

Die vom AN garantierte maximal zulässige Dauer eines Einzelausfalls einer Anbindung beträgt das Doppelte der vom AN in seinem Angebot garantierten MTTR, darf daher also 6 Stunden in der Serviceklasse "Premium" und 8 Stunden in den Serviceklassen "Standard" und "Plus" keinesfalls überschreiten.

Bei Überschreitung der garantierten maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls, hat der AG gegenüber dem AN einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf eine Vertragsstrafe. Die Höhe dieser Vertragsstrafe bemisst sich wie folgt:

Bei einem Einzelausfall einer Anbindung in Höhe der doppelten maximal zulässigen Dauer oder darüber hat der AG

Anspruch auf Rückerstattung von 40% der im Vorjahr entrichteten Monatsentgelte für jeden von einem solchen unzulässig lange andauernden Ausfall betroffenen Standort. Bei Ausfällen, deren Dauer zwischen der maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls und dem Doppelten dieser Dauer liegt, hat der AG Anspruch auf Rückerstattung der im Vorjahr entrichteten Monatsentgelte für die von einem solchen unzulässig lange andauernden Ausfall betroffenen Standorte in einer Höhe, die dem Verhältnis der Überschreitung der maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls entspricht."

Pkt. 8.2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen betreffend die Zuschlagskriterien für den Pkt. 8.2.1 Leistungsteil CN.Post-WAN laute auszugsweise:

Nicht darstellbare Tabelle

Pkt. 8.2.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen betreffend die Zuschlagskriterien für den Pkt. 8.2.1 Leistungsteil CN.Post-LAN laute wie folgt:

Nicht darstellbare Tabelle

Pkt. 8.3.2.6. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen betreffend die Zuschlagskriterien lautet:

"8.3.2.6. Bewertung der Zuschlagskriterien 3 und 4 zu Punkt

8.2.1 "Mean Time To Restore (MTTR)"

Die Angebote werden im Zuschlagskriterium "Mean Time To Restore (MTTR)" auf Basis der in Beilage ./4A zu Angebot/Bietererklärung vom Bieter angegebenen Werte je Serviceklasse bewertet. Festgehalten wird, dass die Angaben des Bieters pönalwirksam werden.

Die in Punkt 2 und 8.3.b) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung) beschriebene und geforderte MTTR von höchstens 4 Stunden für die Serviceklassen "Standard" und "Plus" stellt ein absolutes Mindestanfordernis dar. Das Nichterreichen dieses Mindestanfordernisses führt zum Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren. Bei Erreichen von 4 Stunden erhält der Bieter 0 Punkte, für 0 Stunden 100 Punkte. Dazwischen wird linear interpoliert.

Die in Punkt 2 und 8.3.b) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung) beschriebene und geforderte MTTR von höchstens 3 Stunden für die Serviceklasse "Premium" stellt ein absolutes Mindestanfordernis dar. Das Nichterreichen dieses Mindestanfordernisses führt zum Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren. Bei Erreichen von 3 Stunden erhält der Bieter 0 Punkte, für 0 Stunden 100 Punkte. Dazwischen wird linear interpoliert.

Die dermaßen jeweils ermittelten Punkte werden jeweils mit dem Faktor 0,07 multipliziert. Die theoretische Höchstpunktzahl beträgt daher jeweils max. 7 Punkte."

Pkt. 8.3.3.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen betreffend die Zuschlagskriterien lautet auszugsweise:

"8.3.3.5. Bewertung der Zuschlagskriterien 3 und 4 gem. Punkt

8.2.2 "Mean Time To

Restore (MTTR)", Leistungsteil CN.Post-LAN

Die Angebote werden im Zuschlagskriterium "Mean Time To Restore (MTTR)" auf Basis der in Beilage ./4A zu Angebot/Bietererklärung vom Bieter angegebenen Werte

je Serviceklasse bewertet. Festgehalten wird, dass die Angaben des Bieters pönalwirksam werden.

Die in Punkt 2 und 8.3.b) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung) beschriebene und geforderte MTTR von höchstens 4 Stunden für die Serviceklassen "Standard" und "Plus" stellt ein absolutes Mindestanfordernis dar. Das Nichterreichen dieses Mindestanfordernisses führt zum Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren. Bei Erreichen von 4 Stunden erhält der Bieter 0 Punkte, für 0 Stunden 100 Punkte. Dazwischen wird linear interpoliert.

Die in Punkt 2 und 8.3.b) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung) beschriebene und geforderte MTTR von höchstens 3 Stunden für die Serviceklasse "Premium" stellt ein absolutes Mindestanfordernis dar. Das Nichterreichen dieses Mindestanfordernisses führt zum Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren. Bei Erreichen von 3 Stunden erhält der Bieter 0 Punkte, für 0 Stunden 100 Punkte. Dazwischen wird linear interpoliert.

Die dermaßen jeweils ermittelten Punkte werden im Leistungsteil CN.Post-WAN mit dem Faktor 0,05 und im Leistungsteil CN.Post-LAN mit dem Faktor 0,10 multipliziert (gewichtet). Die theoretische Höchstpunktzahl beträgt daher jeweils max. 5 bzw. 10 Punkte."

Die Leistungsbeschreibung zu der CN.Post- Datenbank in Pkt. 10.1 des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung) laute:

"Der AG verwendet zur Dokumentation des technischen und administrativen Zustands des CN eine eigene Datenbank "CN.Post-Datenbank", auf die dem AN ein Schreibzugriff via Web-Frontend unter Einrichtung eines individuellen Benutzerkontos für jeden Projektmitarbeiter des AN, der auf die Datenbank Zugriff haben muss, ermöglicht wird (revisionssichere "audit trails"). Diese Datenbank ist das für die Rahmenvereinbarung einzig maßgebliche Informations- und Dokumentationswerkzeug des CN.Post. Wie aus den Beschreibungen der beiden Leistungsteile CN.Post-WAN und CN.Post-LAN ersichtlich ist (vgl. Punkt 2.3. der AAB), wird der AG die CN.Post Datenbank vorerst nur für die Zwecke des CN.Post-WAN verwenden, behält sich jedoch die Erweiterung auf den Bereich des CN.Post-LAN vor."Der AG verwendet zur Dokumentation des technischen und administrativen Zustands des CN eine eigene Datenbank "CN.Post-Datenbank", auf die dem AN ein Schreibzugriff via Web-Frontend unter Einrichtung eines individuellen Benutzerkontos für jeden Projektmitarbeiter des AN, der auf die Datenbank Zugriff haben muss, ermöglicht wird (revisionssichere "audit trails"). Diese Datenbank ist das für die Rahmenvereinbarung einzig maßgebliche Informations- und Dokumentationswerkzeug des CN.Post. Wie aus den Beschreibungen der beiden Leistungsteile CN.Post-WAN und CN.Post-LAN ersichtlich ist (vergleiche Punkt 2.3. der AAB), wird der AG die CN.Post Datenbank vorerst nur für die Zwecke des CN.Post-WAN verwenden, behält sich jedoch die Erweiterung auf den Bereich des CN.Post-LAN vor.

Diese Datenbank wird vom AG betrieben, der Datenbestand wird gemeinsam von AG und den AN gepflegt und muss jederzeit vollständige, korrekte und aktuelle Daten enthalten. Diese Datenbasis bildet die Grundlage für die Beurteilung der Dokumentationsverpflichtung der AN und in weiterer Folge in Verknüpfung mit dem SLA Monitoring des AG die Grundlage der geschuldeten Dienstleistung und deren Qualität. Die Datenbank beruht insbesondere auf den erfassten Standorten, deren Betriebsstatus, den Standortklassen und den damit zusammenhängenden IP-Netzen, Leistungsbezeichnungen, VCs, VLANs und Betriebsparametern (RTT, PLR). Eine Inventarisierung von CPE und LAN-Switches ist explizit nicht der Sinn der Anwendung, sondern die Schaffung einer effektiven Basis für Change-Management, Change-Tracking und die Verrechnung für die Standorte des CN.Post. Eine allfällige Inventarisierung erfolgt gemäß Hardware-Management-Richtlinie gem. Anlage C. Der AN verpflichtet sich zu vollständigem und korrektem Einpflegen stets aktueller Betriebs- und Verrechnungsparameter in die CN.Post-Datenbank. Der AN hat dieser Verpflichtung ausschließlich via Web- Interface-Eingaben über das Datenbank-Frontend nachzukommen, Datenimportschnittstellen in Fremdsysteme sind ggw. nicht vorgesehen; parallel dazu sind vor dem Rollout in Absprache mit dem AG geeignete elektronische Workflows für Bestellungen, Bestätigungen und Teilabnahmen zu schaffen. Dieses Werkzeug wird zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung einsatzbereit sein. Die CN.Post-Datenbank ist daher auch autoritativ für die Rechnungslegung, die Klärung allenfalls unterschiedlicher Auffassungen zwischen AG und AN über die lt. Datenbestand zu verrechnenden Entgelte obliegt dem AN.

Der AG wird Bestellungen, Änderungen und Kündigungen von Einzelleistungen über diese Datenbank vornehmen, die AN haben die entsprechenden Angaben seinerseits in der Datenbank nachzuführen bzw. zu bestätigen. Auch die vereinbarten Preise für Teilleistungen werden in dieser Datenbank hinterlegt, sodass über einen aktuellen Stand des CN in wirtschaftlicher Hinsicht verfügen."

Die Regelung zu außerordentlichen Kündigung in Pkt. 14.2 der Rahmenvereinbarung lautet auszugsweise:

"Das unverzichtbare Recht auf (Teil-)Kündigung aus wichtigem Grund wird davon nicht berührt.

Ein wichtiger Grund, der den AG zur Kündigung vorliegender Rahmenvereinbarung aus wichtigem Grund berechtigt, liegt insbesondere dann vor, wenn der AN wesentliche Pflichten aus dieser Rahmenvereinbarung bzw. dem SLA verletzt. Wesentliche Pflichten sind insbesondere:

...

1. i)Litera i

der AN trotz dreimaliger Aufforderung seinen Pflichten hinsichtlich der in Punkt 10.1. des SLA geforderten Pflege der CN.Post-Datenbank oder sonstiger geforderter Aufzeichnungen und Dokumentationen nicht oder nur mangelhaft nachkommt.

...

1. m) Litera m

wenn der AN wegen der Nichteinhaltung eines oder mehrerer der Parameter "PLR", "RTT", "jährliche Verfügbarkeit" und "maximale Dauer eines Einzelausfalls" in insgesamt mehr als 20 Fällen (Jahresbetrachtung) zu 100% pönalpflichtig wird;

1. n) Litera n

wenn der AN in zwei aufeinanderfolgenden Jahren aufgrund der Nichteinhaltung des Parameters "MTTR" zu 100% pönalpflichtig wird;

..."

Die Regelung zur Ersatzvornahme in Pkt. 8 der Rahmenvereinbarung lautet auszugsweise:

1. "8. Ziffer 8

Leistungsstörungen - Vertragsstrafe/Pönale

Hinsichtlich der einzelnen Leistungen sind die spezifischen Vertragsstrafen/Pönalebestimmungen im SLA (Anlage A) sowie vorliegender Rahmenvereinbarung (Punkte 3.3.6.1 und 3.4.5.1) geregelt und gehen diese den allgemeinen Bestimmungen der Rahmenvereinbarung vor. Die Vertragsstrafe wird fällig, sobald der AN in Verzug gerät und ist bis zur vollständigen Erbringung der Leistung zu berechnen; der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich. Festgehalten wird, dass sofern vom AG eine Vertragsstrafe/Pönale geltend gemacht wird, die Geltendmachung eines über die Vertragsstrafe/Pönale hinausgehenden Schadens davon unberührt bleibt; die Zahlung der Vertragsstrafe/Pönale befreit den AN nicht von seiner Verpflichtung zur zeitgerechten Erbringung aller vereinbarten Leistungen.

Ist der AN bei einzelnen Leistungen in Verzug und fällt dafür eine Vertragsstrafe an, ist er verpflichtet, diese Leistung in kürzest möglicher Zeit zu erbringen. Ist der AN weiterhin säumig, berechtigt dies den AG, die Leistungen auf Kosten des AN von einem anderen Unternehmen durchführen zu lassen (Ersatzvornahme) oder gem. Punkt 14.2 von dieser Vereinbarung ganz oder teilweise zurückzutreten.

..."

Die Netztopologischen Anforderungen in Pkt. 3.3.2.3 der Rahmenvereinbarung lautet:

"Die Standorte des AG sind zu vernetzen und an mehrere voneinander getrennte Transportnetzinstanzen (in Folge VPNs genannt) anzukoppeln, sodass

1. a) Litera a

vom AG in Form von VLAN-Trunks übergebene VLAN-Gruppen am CPE über L2-Mechanismen (z.B. ATM-VCs für DSL, FrameRelay-VCs für DLL, VLANs für Ethernet) in die Transport-VPNs eingekoppelt werden können,

2. b) Litera b

der Intra-VPN-Verkehr an beliebigen PE-Geräten wiederum als VLAN- Trunk übergeben (ausgekoppelt) werden kann,

3. c) Litera c

eine Zuordnung des LAN-Verkehrs auf Basis von IP-Adressen und Transport- Layer-Ports zu VPNs möglich ist (CPE "Mapping")

4. d) Litera d

die Trennung der VPNs voneinander - sowie vom Verkehr Dritter, die dieselbe nachrichtentechnische Infrastruktur des AN wie das CN.Post benutzen - auf OS 1 Layer 2 oder darunter erfolgt, und

5. e) Litera e

innerhalb des jeweiligen VPNs jeder Standort von jedem Standort aus erreichbar ist (Full-Mesh Topologie als Default-Konfiguration).

Die Wahl der technisch und wirtschaftlich günstigsten Technologie (MPLS, ATM, SDH, DSL, FrameRelay, DLL usw. oder aber Mischformen) obliegt dem AN. Die Realisierung der VPNs mittels Technologien, die auf OS1 Layer 3 oder darüber aufsetzen (IPSec, GRE, IP-IP, SSL usw.) ist nicht zulässig. Der AG behält sich die Änderung der Zuordnung von Standorten zu den VPNs, die Änderung der Verkehrstopologie der VPNs sowie die Beauftragung weiterer und die Auflösung bestehender VPNs als Abruf von Leistungen aus der Rahmenvereinbarung vor."

Grundsätzlich sei die Antragstellerin in der Lage ein Angebot zu unterbreiten, sie werde jedoch durch mehrere Anforderungen betreffend die Entstörungszeiten und betreffend die CN.Post-Datenbank sowie die Netztopologischen Anforderungen beeinträchtigt, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

Das die Entstörungszeiten betreffende Mindestanfordernis in Pkt. 2 und Pkt. 8.3b des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die die Entstörungszeiten betreffenden Zuschlagskriterien in Pkt. 8.2.1. Nr. 3 und 4 und Pkt. 8.2.2 Nr. 3 und 4 sowie in Pkt. 8.3.2.6 und Pkt. 8.3.3.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, das Mindestanfordernis der maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls in Pkt. 8.3 c) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die Anforderungen an die CN.Post-Datenbank in Pkt. 8.3 c) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die mit den Entstörungszeiten zusammenhängenden Teile der Bestimmung über die Außerordentliche Kündigung und die Ersatzvornahme in Pkt. 14.2 lit i), m) und n) bzw. Pkt. 8 der Rahmenvereinbarung und die Netztopologischen Anforderungen in Pkt. 3.3.2.3 der Rahmenvereinbarung seien in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Sie würden gegen den Wettbewerbsgrundsatz, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und gegen das Gebot der gesetzeskonformen Leistungsbeschreibung verstoßen. Diese Verstöße ergäben sich vor dem Hintergrund des derzeit geltenden telekommunikationsrechtlichen Regimes. Das die Entstörungszeiten betreffende Mindestanfordernis in Pkt. 2 und Pkt. 8.3b des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die die Entstörungszeiten betreffenden Zuschlagskriterien in Pkt. 8.2.1. Nr. 3 und 4 und Pkt. 8.2.2 Nr. 3 und 4 sowie in Pkt. 8.3.2.6 und Pkt. 8.3.3.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, das Mindestanfordernis der maximal zulässigen Dauer eines Einzelausfalls in Pkt. 8.3 c) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die Anforderungen an die CN.Post-Datenbank in Pkt. 8.3 c) des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), die mit den Entstörungszeiten zusammenhängenden Teile der Bestimmung über die Außerordentliche Kündigung und die Ersatzvornahme in Pkt. 14.2 Litera i), m) und n) bzw. Pkt. 8 der Rahmenvereinbarung und die Netztopologischen Anforderungen in Pkt. 3.3.2.3 der Rahmenvereinbarung seien in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Sie würden gegen den Wettbewerbsgrundsatz, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und gegen das Gebot der gesetzeskonformen Leistungsbeschreibung verstoßen. Diese Verstöße ergäben sich vor dem Hintergrund des derzeit geltenden telekommunikationsrechtlichen Regimes.

Marktbeherrscher sei die B***. Die verfahrensgegenständlichen Leistungen erfolgten durch einen alternativen Betreiber, teils über eigene Leitungen, teils über entbündelte Leitungen, über XDSL- Wholesale-Leitungen oder über Mietleitungen. Bei entbündelten Leitungen, XDSL- Wholesale-Leitungen und von der B*** gemieteten Leitungen realisiere die B*** die Entstörung hinsichtlich der von ihr zur Verfügung gestellten Teile. Die B*** sei Marktbeherrscher auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)".

Hinsichtlich XDSL sei darauf hinzuweisen, dass lt. geltendem Marktbeherrschungsbescheid M 1/05-59 die B*** auch Marktbeherrscher auf dem "Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" sei. Ferner sei die B*** lt. geltendem Marktbeherrschungsbescheid M 11/06-59 Marktbeherrscher am Vorleistungsmarkt "Terminierende Segmente von Mietleitungen".

Nach dem aktuellen Referenz Unbundling Offer 2007 (RUO 2007) der B*** würden die Entstörungszeiten auf entbündelten TASLen 24 Stunden im Normalfall, 8 Stunden im Netzservice BUSINESS und 6 Stunden im Netzservice TOP betragen. Die letzten beiden Entstörungszeiten würden nur für die betreffenden, sogenannten höherwertigen Service Levels gelten.

Hinsichtlich der Entstörungszeiten bei XDSL bestünden bezüglich ADSL-Services keine besonderen Fristen, bezüglich SDSL werde auf das Netzservice der B*** verwiesen, d.h. auf Zeiten von 6 bzw 8 Stunden.

Hinsichtlich der Mietleitungen gelte eine in Anhang 8 des Angebotes betreffend Wholesale Mietleitungen verwiesene "Leistungsbeschreibung für den Service von Übertragungswegen", die in Pkt. 3.3 als geringste Zeit 5 Stunden Entstörung vorsehe.

Um die in der Ausschreibung angegebenen Standorte zu erschließen, müsse sich die Antragstellerin als alternativer Anbieter der Services der B*** bedienen, weil es zu kostspielig wäre, überall neue Leitungen zu legen. Seit März 2005 bemühe sich die Antragstellerin von der B*** eine Herabsetzung der Entstörungszeiten zu erhalten.

Im Juni 2007 habe die Antragstellerin den formellen Antrag an die zuständige Regulierungsbehörde auf Änderung der Zusammenschaltungsanordnung betreffend entbündelter Teilnehmeranschlussleitungen gestellt. Antragsgegner dieses anhängigen Verfahrens sei die B*** AG.

Im geltenden Marktbeherrschungsbescheid M 12/06-45 sei spruchmäßig festgelegt, dass die B*** AG hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1 bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln habe, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen habe. Im geltenden Marktbeherrschungsbescheid M 12/06-45 sei spruchmäßig festgelegt, dass die B*** AG hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1 bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß Paragraph 38, TKG 2003 gleich zu behandeln habe, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen habe.

Im geltenden Entbündelungsbescheid Z 15/00-150 (TA-Tele2) gäbe es im Anhang 7 die Regelung, ändere die TA gegenüber den eigenen Teilnehmern die Bedingungen für das Entstörungsservice, so habe sie diese Bedingungen auch dem Entbündelungspartner anzubieten. Im geltenden Entbündelungsbescheid Ziffer 15 /, 00 -, 150, (TA-Tele2) gäbe es im Anhang 7 die Regelung, ändere die TA gegenüber den eigenen Teilnehmern die Bedingungen für das Entstörungsservice, so habe sie diese Bedingungen auch dem Entbündelungspartner anzubieten.

Weiters werde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin gegenüber der B*** keine Pönalregelungen bezüglich der entbündelten Leitungen habe.

Hinsichtlich der Netztopologie sei darauf hinzuweisen, dass der XDSL- Wholesale- Vertrag der Antragstellerin mit der B*** die Trennung von Daten (VPN oder V-LAN) auf Layer 2 dergestalt regle, dass nur "eine" Layer2- Verbindung und nicht mehrere vergeben würden.

Anhang 1 Pkt. 3 des Vertrages laute auszugsweise:

"ISP trägt Vorsorge, dass beim Endkunden folgende Einrichtungen bereitstehen, Endgerät mit:

- -Strichaufzählung
Ethernet Schnittstelle (10BaseT) mit RJ45 Connector und/oder USB mit unterstützendem Betriebssystem (nach Art der Bestellung)
- -Strichaufzählung
TCP/IP Protocol-Stack
- -Strichaufzählung
PPTP Client (PPTP zwischen PC und xDSL Modem, PPPoA zwischen xDSL Modem und Broadband Access Server - BRAS)
- -Strichaufzählung
Grundsätzlich können vom Endkunden all jene Endgeräte verwendet werden, die RFC 2637, RFC 768, RFC 793, RFC 791, RFC 1661 genügen. Die Auswahl des ISP erfolgt mit Layer 2 Service Selection. Dabei wird die im Network Layer (Layer 2) transparent übertragene Information (username@serviceprovider.at) seitens B*** nach "@serviceprovider.atw für die Verzweigung ausgewertet und zum Aufbau der L2TP Tunnelverbindung zum ISP verwendet."

Faktisch sei allein die B*** in der Lage, eine kürzere als die bisher allgemein gewährte Entstörungszeit zu garantieren. Ähnliches gelte hinsichtlich der Netztopologischen Anforderungen, weil alternative Betreiber wie die Antragstellerin die geforderte Datentrennung nur durch Mietleitungen realisieren könnten.

Der XDSL- Wholesale-Vertrag mit der B*** erfasse das nämlich nicht.

Die Antragstellerin könne nicht ausschließen, dass die B*** die verfahrensgegenständlichen Leitungen über die gleiche Access-Technologie bzw Access-Infrastruktur realisiere, die sie für XDSL-Wholesale einsetze. Das sei kostengünstiger als für alternative Betreiber, die Mietleitungen verwenden müssten.

Damit stünden die Ausschreibungsbedingungen im Widerspruch zum Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 19 Abs 1 BVergG 2006, weil es neben der B*** nur Mitbewerber gäbe, die erst im Zeitpunkt der Ausschreibung damit beginnen müssten, das Produkt unter Inanspruchnahme einer längeren Zeitdauer zu entwickeln oder es ein einzelner Bewerber in der Hand habe, ob Mitbewerber versorgt würden. Damit stünden die Ausschreibungsbedingungen im Widerspruch

zum Wettbewerbsgrundsatz gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, weil es neben der B*** nur Mitbewerber gäbe, die erst im Zeitpunkt der Ausschreibung damit beginnen müssten, das Produkt unter Inanspruchnahme einer längeren Zeitdauer zu entwickeln oder es ein einzelner Bewerber in der Hand habe, ob Mitbewerber versorgt würden.

Der Wettbewerbsgrundsatz verbiete einem Auftraggeber, die Leistungsbeschreibung so zu gestalten, dass dies mit dem Wettbewerbsziel von Ausschreibungen kollidiere. Da Entstörungszeiten (Mindestanfordernis und Regelung betreffend den Einzelausfall), wie sie die Auftraggeberin im gegenständlichen Fall fordere, auf dem Markt nicht angeboten würden, sondern erst vereinbart oder angeordnet werden müssten, werde der Antragstellerin ein rechtlich und faktisch schwer einzuhaltendes Verhalten abverlangt.

Der Wettbewerbsgrundsatz gebiete außerdem, dass ein Auftraggeber nicht solche Bedingungen festlegen dürfe, durch die die Teilnahme erschwert werde. Dieser Grundsatz verbiete nämlich eine Verengung der Leistungsbeschreibung durch die sogar ein bestimmter Bieter bevorzugt werde, nämlich der Marktbeherrscher.

Durch die genannten Anforderungen betreffend die Entstörungszeiten und die Netztopologie würden Voraussetzungen festgelegt, die den Zugang neuer Marktteilnehmer in unzulässiger Weise beschränkten.

Weiters verstoße die Ausschreibung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, da angesichts der tatsächlichen Verhältnisse auf dem Telekommarkt und der geltenden Rechtslage die B*** faktisch wie rechtlich begünstigt sei, weil die gegenüber den Wettbewerbern bestehende Gleichbehandlungspflicht erst dann greife, wenn sie die Bedingungen ändere bzw unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbiete.

Die B*** sei der Antragstellerin daher immer einen Schritt voraus. In einem Vergabeverfahren führe dies dazu, dass die Gleichbehandlungspflicht frühestens dann ausgelöst werde, wenn die B*** ein Angebot mit geänderten Bedingungen lege oder wenn die Angebotsfrist abgelaufen sei, oder spätestens dann, wenn das Angebot von der Post angenommen werde oder der Vertrag mit den geänderten Bedingungen zu laufen beginne (lt Ausschreibung 1.10.2007).

Angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sei die geforderte Entstörungszeit daher diskriminierend. Die entsprechenden Mindestanfordernisse, die angefochtenen Zuschlagskriterien sowie die Netztopologischen Anforderungen würden daher gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Um die in der Ausschreibung angegebenen Standorte zu erschließen, müsse sich die Antragstellerin als alternativer Anbieter der Services der B*** bedienen, weil es zu kostspielig wäre, überall neue Leitungen zu legen.

Die Ausschreibungsbedingungen genügten darüber hinaus nicht den Anforderungen der §§ 96 Abs 1, 96 Abs 3 und 79 Abs 3 BVergG 2006. Im vorliegenden Fall sei nur die B*** als Marktbeherrscher in der Lage, kürzere als die derzeit allgemein angebotenen Entstörungszeiten anzubieten und einzuhalten, die Leistung sei also nicht so umschrieben, dass so viele Unternehmer Angebote legen könnten, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet wäre, wie dies die ständige Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes fordere. Dasselbe gelte auch hinsichtlich der Netztopologischen Anforderungen. Die Ausschreibungsbedingungen genügten darüber hinaus nicht den Anforderungen der Paragraphen 96, Absatz eins, 96, Absatz 3 und 79 Absatz 3, BVergG 2006. Im vorliegenden Fall sei nur die B*** als Marktbeherrscher in der Lage, kürzere als die derzeit allgemein angebotenen Entstörungszeiten anzubieten und einzuhalten, die Leistung sei also nicht so umschrieben, dass so viele Unternehmer Angebote legen könnten, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet wäre, wie dies die ständige Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes fordere. Dasselbe gelte auch hinsichtlich der Netztopologischen Anforderungen.

Mindestanfordernisse betreffend die Entstörungszeiten verstießen auch insofern gegen § 79 Abs 3 BVergG 2006, als in Folge der Vorrangstellung der B*** keine vergleichbaren Angebote zu erwarten seien und die Antragstellerin wegen der nicht kalkulierbaren Risiken, die mit den Pönalzahlungen bei Nichteinhaltung der Entstörungszeiten verbunden seien, auch kaum konkurrenzfähige Preise ermitteln könne. Bei Überschreiten der ausschreibungsbedingten Entstörungszeiten würde die Antragstellerin pönalpflichtig, wenn die B*** die bei ihr eingemeldeten Störungen nur innerhalb der von der B*** angebotenen Zeiten von 6 bzw 8 Stunden erledige. Möglicherweise könne der Auftraggeberin wegen der Mindestanfordernisse in nächster Zeit überhaupt keine ausschreibungskonforme Leistung erbracht werden. Mindestanfordernisse betreffend die Entstörungszeiten verstießen auch insofern gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006, als in Folge der Vorrangstellung der B*** keine vergleichbaren Angebote zu erwarten seien und die Antragstellerin wegen der nicht kalkulierbaren Risiken, die mit den Pönalzahlungen bei Nichteinhaltung der Entstörungszeiten verbunden seien, auch kaum konkurrenzfähige Preise ermitteln könne. Bei Überschreiten der

ausschreibungsbedingten Entstörungszeiten würde die Antragstellerin pönalpflichtig, wenn die B*** die bei ihr eingemeldeten Störungen nur innerhalb der von der B*** angebotenen Zeiten von 6 bzw 8 Stunden erledige. Möglicherweise könne der Auftraggeberin wegen der Mindestanforderungen in nächster Zeit überhaupt keine ausschreibungskonforme Leistung erbracht werden.

Dies alles belaste die Ausschreibungsbedingungen mit Rechtswidrigkeit.

Die von der Auftraggeberin geforderte Garantie des Auftragnehmers, wonach die maximal zulässige Dauer eines Einzelausfalls einer Anbindung das Doppelte der vom Auftragnehmer in seinem Angebot garantierten MTTR betrage, dürfe daher also 6 Stunden in der Serviceklasse "Premium" und 8 Stunden in den Serviceklassen "Standard" und "Plus" keinesfalls überschreiten, widrigenfalls der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf eine Vertragsstrafe habe.

Die derzeit geltenden Störungszeiten entsprächen zwar dem Doppelten der 3 bzw 4 Stunden Entstörungszeit, doch sei darin noch nicht die für alternative Betreiber notwendigerweise anfallende Manipulationszeit enthalten. So hätten diese die Störung entgegenzunehmen, eine Überprüfung durchzuführen und die Störung an die B*** weiterzuleiten.

Die Anforderungen an die CN.Post-Datenbank in Pkt. 10.1 des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), verstoße ebenfalls gegen die gesetzlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, da diese Anforderungen nicht ausreichend genug spezifiziert seien. Damit fehle es an einer eindeutigen Leistungsbeschreibung iSv § 96 Abs 1 BVergG 2006. Die Anforderungen an die CN.Post-Datenbank in Pkt. 10.1 des SLA (Anlage A zur Rahmenvereinbarung), verstoße ebenfalls gegen die gesetzlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, da diese Anforderungen nicht ausreichend genug spezifiziert seien. Damit fehle es an einer eindeutigen Leistungsbeschreibung iSv Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006.

Letztlich stünden die verfahrensgegenständlichen Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien im Widerspruch zu telekommunikationsrechtlichen Vorschriften. Die verlangten Entstörungszeiten seien nämlich in keiner der einschlägigen Rechtsgrundlagen vorgesehen.

Die Antragstellerin beabsichtige im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen. Sie sei jedenfalls befähigt und hätte die Möglichkeit, den gegenständlichen Auftrag auszuführen, sofern die Ausschreibung nicht gegen das Kriterium einer neutralen Leistungsbeschreibung gemäß § 96 Abs 3 BVergG 2006 verstoßen würde, indem bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. Die Antragstellerin sei mit 1,2 Mio Kunden der größte alternative Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in Österreich. Es könne daher kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin geeignet und im Stande wäre, den Auftrag in den oben angeführten Kategorien zu erbringen. Die Antragstellerin habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Der Auftrag umfasse 1800 Standorte der Auftraggeberin und sei nicht nur aufgrund seines Umfangs für die Antragstellerin von enormer wirtschaftlicher Bedeutung, sondern bestehe darüber hinaus auch aus Prestige Gründen ein erhebliches wirtschaftliches Interesse. Die Antragstellerin beabsichtige im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen. Sie sei jedenfalls befähigt und hätte die Möglichkeit, den gegenständlichen Auftrag auszuführen, sofern die Ausschreibung nicht gegen das Kriterium einer neutralen Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 96, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen würde, indem bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. Die Antragstellerin sei mit 1,2 Mio Kunden der größte alternative Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in Österreich. Es könne daher kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin geeignet und im Stande wäre, den Auftrag in den oben angeführten Kategorien zu erbringen. Die Antragstellerin habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Der Auftrag umfasse 1800 Standorte der Auftraggeberin und sei nicht nur aufgrund seines Umfangs für die Antragstellerin von enormer wirtschaftlicher Bedeutung, sondern bestehe darüber hinaus auch aus Prestige Gründen ein erhebliches wirtschaftliches Interesse.

Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung ergebe sich, dass die Antragstellerin von der Abgabe eines aussichtsreichen Angebotes abgehalten werde und dadurch unter anderem in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG 2006, Vorliegen einer neutralen Leistungsbeschreibung gemäß § 96 BVergG 2006 sowie insgesamt in ihrem Recht auf Erstellung eines ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt werde. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung ergebe sich, dass die Antragstellerin von der Abgabe eines aussichtsreichen Angebotes abgehalten

werde und dadurch unter anderem in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG 2006, Vorliegen einer neutralen Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 96, BVergG 2006 sowie insgesamt in ihrem Recht auf Erstellung eines ausschreibungs- und vergaberechtskonformen sowie chancenreichen Angebotes verletzt werde.

Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden, da es sich bei gegenständlicher Ausschreibung um einen Großauftrag eines äußerst renommierten Unternehmens handle und bei Nichterlangen dieses Auftrages für die Antragstellerin ein gewisser Imageverlust zu befürchten sei sowie der Verlust eines Referenzprojektes.

In ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. August 2007 beantragte die Auftraggeberin die Zurück - bzw Abweisung der Anträge und brachte begründend vor, die von der Antragstellerin angegebene Höhe des drohenden Schadensbetrages könne von der Auftraggeberin nicht nachvollzogen werden. Da auch offensichtlich keine Bescheinigungsmittel vorgelegt worden seien, könne auch nicht von einer genauen Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin und einer Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen iSd § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 ausgegangen werden. In ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16. August 2007 beantragte die Auftraggeberin die Zurück - bzw Abweisung der Anträge und brachte begründend vor, die von der Antragstellerin angegebene Höhe des drohenden Schadensbetrages könne von der Auftraggeberin nicht nachvollzogen werden. Da auch offensichtlich keine Bescheinigungsmittel vorgelegt worden seien, könne auch nicht von einer genauen Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin und einer Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen iSd Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 ausgegangen werden.

Die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen seien für den Geschäftsbetrieb der Auftraggeberin unerlässlich. Der derzeit gültige Vertrag laufe bereits im September 2008 aus. Um die technischen Gegebenheiten zur Auftragserbringung zu schaffen, benötige der zukünftige Auftragnehmer eine Vorlaufzeit von zumindest einem Jahr. Bei einer Verzögerung des Vergabeverfahrens werde der Zuschlagsempfänger nicht mit Oktober 2008 leistungsbereit sein können. Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen bildeten die technische Grundlage für wichtige Dienstleistungen, die von der Auftraggeberin angeboten werden. Diese Dienstleistungen würden nicht nur von namhaften Großunternehmen in Anspruch genommen, sondern vor allem von einer österreichischen Großbank, für die die Auftraggeberin auszahlende Stelle für Pensionen, Arbeitslosenentgelte und Sozialhilfe sei. Darüber hinaus erfolge auch die Abwicklung des elektronischen Zahlungs- und Wertpapierverkehrs dieser Großbank über die Auftraggeberin. Die zeitgerechte Erbringung dieser Dienstleistungen erfordere ein absolut stabiles und funktionstüchtiges Netzwerk. Darüber hinaus sei die Auftraggeberin zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet und habe gemäß Postgesetz bzw Universaldienstverordnung gewisse "Laufzeiten" (das sind Mindestzeiten, in denen die Zustellung zu erfolgen hat) einzuhalten. Um diese Laufzeiten einhalten zu können, sei die Auftraggeberin auf EDV-Unterstützung in ihren Prozessen angewiesen. Bei Ausfall des Leitungsnetzes über den in den Ausschreibungsbedingungen festgelegten Entstörungszeitraum hinaus, müssten - sofern überhaupt möglich - die EDVunterstützten Tätigkeiten manuell durchgeführt werden. In einem solchen Fall könnten die Laufzeiten nicht mehr eingehalten werden und es entstünden der Auftraggeberin erhebliche Mehrkosten. Aufgrund von massiven Schäden der einzelnen Unternehmen sowie der betroffenen Bank würde sich die Auftraggeberin mit großer Wahrscheinlichkeit hohen Schadenersatzforderungen der so geschädigten Unternehmen gegenüber sehen. Weiters würde durch solche Vorfälle die Reputation des Wirtschaftsstandortes Österreich nachhaltig beeinträchtigt werden.

Das öffentliche Interesse spreche daher im gegenständlichen Fall zweifellos für das Unterbleiben der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Anders als bei bereits erfolgter Zuschlagsentscheidung stünde in der gegenständlichen Konstellation keine Handlung des Auftraggebers bevor, mit der vollendete Tatsachen geschaffen werden würden. Dies umso mehr, als die Auftraggeberin noch vor Einleitung des gegenständlichen Vergabekontrollverfahrens die Angebotsfrist mit Schreiben vom 13.8.2007 auf den 31.8.2007 erstreckt habe. Ein Absehen von der Untersagung von der Fortführung des Vergabeverfahrens sei daher möglich und auch angebracht. Die Auftraggeberin habe bei der Projektplanung zwar die Verzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren berücksichtigt, doch sei dieser Zeitpolster bereits durch die auf Interessentenwunsch erfolgte Fristerstreckung für die Angebotslegung auf ein absolutes Minimum reduziert worden. Eine gänzliche Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens sei der Auftraggeberin daher allein aus oben genannten Gründen nicht zumutbar.

Weiters sei darauf zu verweisen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Möglichkeit bestehe, bei der Abwägung

der Interessen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache mit zu berücksichtigen. Das Vorgehen der Auftraggeberin stehe in klarem Einklang mit der Rechtsprechung, die von der Antragstellerin aufgezeigten Vergaberechtswidrigkeiten seien haltlos. Wie die Antragstellerin unter Pkt. 4.1.2 in ihrem Antrag an das Bundesvergabeamt selbst feststelle, wäre sie sehr wohl in der Lage, die festgelegten Mindestanforderungen zu erfüllen. Das von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 13.8.2007 geschilderte Szenario gehe von vollkommen falschen Voraussetzungen und Ansätzen aus. Die Antragstellerin versuche ein System, das für Endnutzer, also Privatkunden, geschaffen worden sei, zur Erfüllung der in den Ausschreibungsunterlagen dargestellten Aufgaben heranzuziehen. Es sei aber klar, dass ein System, das von Großunternehmen und vor allem von Banken genützt werde, anderen sicherheitstechnischen Anforderungen unterliege, als ein System, das fast ausschließlich von Privatkunden genutzt werde. Die Antragstellerin gehe von einem verfehlten Lösungsansatz aus und komme dadurch zu dem ebenfalls verfehlten Schluss, dass die Mindestkriterien für sie nicht erfüllbar seien. Die von der Auftraggeberin festgelegten Mindestkriterien könnten von mehreren Anbietern erfüllt werden, eine Alleinstellung der B*** AG sei nicht gegeben.

Abschließend wurde durch die Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung stets das gelindeste Mittel anzuwenden sei. Die Auftraggeberin habe in Unkenntnis der vorliegenden Anträge die Angebotsfrist bereits auf den 31.8.2007 erstreckt. Es stehe somit keine Handlung bevor, mit der die Auftraggeberin vollendete Tatsachen schaffen könnte. Die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens wäre daher jedenfalls überschießend. Dies gelte auch für den Eventualantrag auf Untersagung der Angebotsannahme oder Öffnung. Darüber hinaus sei diesem Eventualantrag entgegen zu halten, dass die Untersagung der Angebotsannahme aus rein administrativen Gründen überhaupt nicht bewerkstelligbar sei. Im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre jedenfalls das gelindeste Mittel anzuwenden und der Auftraggeberin daher lediglich zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen und das Verfahren damit abzuschließen. Damit könnten die behaupteten Interessen der Antragstellerin gewahrt werden und ein der Antragsgegnerin durch eine Verzögerung drohender Schaden möglichst gering gehalten werden. Abschließend wurde durch die Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung stets das gelindeste Mittel anzuwenden sei. Die Auftraggeberin habe in Unkenntnis der vorliegenden Anträge die Angebotsfrist bereits auf den 31.8.2007 erstreckt. Es stehe somit keine Handlung bevor, mit der die Auftraggeberin vollendete Tatsachen schaffen könnte. Die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens wäre daher jedenfalls überschießend. Dies gelte auch für den Eventualantrag auf Untersagung der Angebotsannahme oder Öffnung. Darüber hinaus sei diesem Eventualantrag entgegen zu halten, dass die Untersagung der Angebotsannahme aus rein administrativen Gründen überhaupt nicht bewerkstelligbar sei. Im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre jedenfalls das gelindeste Mittel anzuwenden und der Auftraggeberin daher lediglich zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen und das Verfahren damit abzuschließen. Damit könnten die behaupteten Interessen der Antragstellerin gewahrt werden und ein der Antragsgegnerin durch eine Verzögerung drohender Schaden möglichst gering gehalten werden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich (für beide Lose Euro XXX pro Jahr, bei einer Vertragslaufzeit von 5 Jahren). Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich (für beide Lose Euro römisch 30 pro Jahr, bei einer Vertragslaufzeit von 5 Jahren).

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit. ist daher nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist daher 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 gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß § 328 Abs 3 u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 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 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.

Dem Vorbringen der Auftraggeberin, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung nicht vorliege, ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß § 330 Abs 3 BVergG 2006 derzeit nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden. Dem Vorbringen der Auftraggeberin, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung nicht vorliege, ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß Paragraph 330, Absatz 3, BVergG 2006 derzeit nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden.

Die Antragstellerin hat die Bedeutung des Auftrages als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden

(Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6, BVA vom 4. April 2007, N/0030-BVA/07/2007-EV19).

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, sie habe bei der Projektplanung zwar die Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren berücksichtigt, doch sei dieser Zeitpolster bereits durch die Fristerstreckung für die Angebotslegung auf ein absolutes Minimum reduziert worden, so vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen. Die Auftraggeberin hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch 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 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Dies ist also, wie die Auftraggeberin in ihrem Vorbringen bezüglich ihrer Terminplanung selbst zugesteht, im gegenständlichen Vergabeverfahren offensichtlich nicht geschehen, da für die Einhaltung des Terminplanes für den Auftragnehmer eine Vorlaufzeit von mindestens einem Jahr erforderlich wäre. Diese Vorlaufzeit wäre auch bei der ursprünglich geplanten Angebotsöffnung im Falle der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wohl nicht ohne Weiteres einzuhalten gewesen, zumal die Erstreckung der Frist lediglich bis 31.8.2007, also nur um 11 Tage, erfolgte. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, sie habe bei der Projektplanung zwar die Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren berücksichtigt, doch sei dieser Zeitpolster bereits durch die Fristerstreckung für die Angebotslegung auf ein absolutes Minimum reduziert worden, so vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen. Die Auftraggeberin hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch 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 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Dies ist also, wie die Auftraggeberin in ihrem Vorbringen bezüglich ihrer Terminplanung selbst zugesteht, im gegenständlichen Vergabeverfahren offensichtlich nicht geschehen, da für die Einhaltung des Terminplanes für den Auftragnehmer eine Vorlaufzeit von mindestens einem Jahr erforderlich wäre. Diese Vorlaufzeit wäre auch bei der ursprünglich geplanten Angebotsöffnung im Falle der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wohl nicht ohne Weiteres einzuhalten gewesen, zumal die Erstreckung der Frist lediglich bis 31.8.2007, also nur um 11 Tage, erfolgte.

Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, die Auftraggeberin habe Dienstleistungen an namhafte Großunternehmen und vor allem an eine österreichische Großbank zu erbringen und diese Dienstleistungen würden ein stabiles und funktionstüchtiges Netzwerk erfordern, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04- 10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.). Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, die Auftraggeberin habe Dienstleistungen an namhafte Großunternehmen und vor allem an eine österreichische Großbank zu erbringen und diese Dienstleistungen würden ein stabiles und funktionstüchtiges Netzwerk erfordern, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04- 10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.).

Zur Frage, welche der beantragten Maßnahmen im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel iSv § 329 Abs 2 darstellt, ist darauf zu verweisen, dass die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Zur Frage, welche der beantragten Maßnahmen im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel iSv Paragraph

329, Absatz 2, darstellt, ist darauf zu verweisen, dass die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht.

Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Angebote in diesem Vergabeverfahren nicht geöffnet werden dürfen, bevor nicht darüber entschieden ist, ob die Nachprüfungswerberin die Möglichkeit haben muss, ein Angebot ohne die von ihr bekämpften Ausschreibungsbestandteile zu legen. Es wird damit auch verhindert, dass bei einer bereits stattfindenden Angebotsöffnung die Preise anderer Unternehmer transparent werden, bzw dass die Antragstellerin mangels Angebotslegung bereits jetzt von der Angebotsöffnung ausgeschlossen wird. Ohne Untersagung der Angebotsöffnung würde man das mit der angefochtenen Ausschreibung determinierte Vergabeverfahren allenfalls allein dadurch der Gefahr aussetzen, dass dasselbe zu widerrufen wäre, da die Angebotsöffnung ein nicht wiederholbarer Vorgang ist (VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106, Götzl, Die einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285, FN 135 unter Hinweis auf Sachs, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 136). Nur bei Verhinderung einer Angebotsöffnung vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens werden die Interessen auch anderer Bieter, die innerhalb der in der Vergabebekanntmachung ersichtlichen Angebotsfrist ein Angebot gelegt haben, davor geschützt, dass deren Angebotslegung wegen eines allfälligen Widerrufs des Vergabeverfahrens nachmalig allein deshalb einen frustrierten Aufwand darstellt, weil möglicher Weise wegen des Nachprüfungsantrages einzelne Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 gestrichen werden. Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Angebote in diesem Vergabeverfahren nicht geöffnet werden dürfen, bevor nicht darüber entschieden ist, ob die Nachprüfungswerberin die Möglichkeit haben muss, ein Angebot ohne die von ihr bekämpften Ausschreibungsbestandteile zu legen. Es wird damit auch verhindert, dass bei einer bereits stattfindenden Angebotsöffnung die Preise anderer Unternehmer transparent werden, bzw dass die Antragstellerin mangels Angebotslegung bereits jetzt von der Angebotsöffnung ausgeschlossen wird. Ohne Untersagung der Angebotsöffnung würde man das mit der angefochtenen Ausschreibung determinierte Vergabeverfahren allenfalls allein dadurch der Gefahr aussetzen, dass dasselbe zu widerrufen wäre, da die Angebotsöffnung ein nicht wiederholbarer Vorgang ist (VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106, Götzl, Die einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285, FN 135 unter Hinweis auf Sachs, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 136). Nur bei Verhinderung einer Angebotsöffnung vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens werden die Interessen auch anderer Bieter, die innerhalb der in der Vergabebekanntmachung ersichtlichen Angebotsfrist ein Angebot gelegt haben, davor geschützt, dass deren Angebotslegung wegen eines allfälligen Widerrufs des Vergabeverfahrens nachmalig allein deshalb einen frustrierten Aufwand darstellt, weil möglicher Weise wegen des Nachprüfungsantrages einzelne Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 gestrichen werden.

Mit der Untersagung der Angebotsöffnung wird aber auch vermieden, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag erteilt und das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 unzulässig wird, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch entschieden ist. Mit der Untersagung der Angebotsöffnung wird aber auch vermieden, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag erteilt und das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 unzulässig wird, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch entschieden ist.

Im Sinne der vorstehenden Überlegungen war zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist - antragsgemäß - auszusetzen. Durch diese zusätzliche Maßnahme wird nämlich verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für die Antragstellerin und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenem Leistungsvertrag interessierte Unternehmer gesichert, dass die Auftraggeberin im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages insbesondere in der Variante der Streichung einzelner Ausschreibungsteile gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 die Angebotsfrist gemäß § 90 Abs 1 BVergG 2006 entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf Basis einer allenfalls nachmalig bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist, jedoch noch im gleichen Vergabeverfahren, möglich erscheint. Insofern wird auch dem volkswirtschaftlich mitunter anzustrebenden favor negotii der (Rest-) Ausschreibung Rechnung getragen (BVA 1.7.2006, 16N-36/05-36, ZVB 2005/90 bzw BVA 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136, ZVB 2006/51), BVA 17.10.2006, N/0082-BVA/14/2006-EV09). Im Sinne der vorstehenden Überlegungen war zur Vermeidung unumkehrbarer

Tatsachen zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist - antragsgemäß - auszusetzen. Durch diese zusätzliche Maßnahme wird nämlich verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für die Antragstellerin und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenen Leistungsvertrag interessierte Unternehmer gesichert, dass die Auftraggeberin im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages insbesondere in der Variante der Streichung einzelner Ausschreibungsteile gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 die Angebotsfrist gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf Basis einer allenfalls nochmalig bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist, jedoch noch im gleichen Vergabeverfahren, möglich erscheint. Insofern wird auch dem volkswirtschaftlich mitunter anzustrebenden favor negotii der (Rest-) Ausschreibung Rechnung getragen (BVA 1.7.2006, 16N-36/05-36, ZVB 2005/90 bzw BVA 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136, ZVB 2006/51), BVA 17.10.2006, N/0082-BVA/14/2006-EV09).

Das zeitliche Mehrbegehren war abzuweisen, da gemäß §326 BVergG die Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge sechs Wochen - im vorliegenden Fall also bis 24.9.2007 - beträgt.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Dokumentnummer

VERGT_20070820_N_0075_BVA_11_2007_EV4_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