



GZ: N/0070-BVA/12/2011-45

**Betreff:** Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“; **Antrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG**

## B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 betreffend die Auftragsvergabe „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X\*\*\*, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 15. Juli 2011 wie folgt entschieden:

## S p r u c h

Die Anträge,

*das BVA möge*

*c. die uns vom 07.07.2011 bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung für nichtig erklären und*

*d. die Antragsgegnerin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Handen unsere ausgewiesenen Rechtsvertreter verpflichten.*

werden **a b g e w i e s e n**.

**Rechtsgrundlage:** §§ 19 Abs 1, 129 Abs 1 Z 7, 129 Abs 3, 304 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 319 und 325 Abs 1 BVergG 2006

## **B e g r ü n d u n g**

Die **Antragstellerin** stellte am 15. Juli 2011 die im Spruch ersichtlichen Anträge. Diese wurden vom Vorsitzenden des Bundesvergabebeamtes (BVA) am 15. Juli 2011, 11.35 Uhr, dem Senat 12 zugewiesen.

Die Antragstellerin wies einleitend darauf hin, dass das gegenständliche Vergabeverfahren bereits mehrmals Gegenstand von Nachprüfungsverfahren vor dem BVA gewesen sei. Unmittelbar nach Zustellung des Bescheides des BVA vom 6. Juli 2011, N/0038-BVA/12/2011-42, habe der Auftraggeber der Antragstellerin am 7. Juli 2011 mitgeteilt, dass auch das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden müsse.

Zur Zuständigkeit des BVA wies die Antragstellerin auf § 2 Abs 2 der aktuellen Geschäftsverteilung des BVA hin, wonach das gegenständliche Vergabeverfahren bereits drei Mal Gegenstand von Kontrollverfahren gewesen sei, die beim Senat 04 des BVA geführt worden seien. An dieser Zuständigkeit des Senats 04 auch für das gegenständliche Kontrollverfahren vermöge daher auch der Umstand nichts zu ändern, dass mit Verfügung gemäß § 304 Abs 2 BVergG vom 10. Mai 2011 der zur GZ N/0028-BVA/04/2011 protokollierte Antrag in Folge längerer Verhinderung der Senatsvorsitzenden des Senats 04 "ausnahmsweise" dem Senat 12 zugeteilt worden sei. Diese neue Zuteilung würde nur den "Antrag vom 13. April 2011, GZ N/0028-BVA/04/2011" betreffen. Der gegenständliche Antrag sei davon nicht erfasst. Eine Zuteilung auch dieses Nachprüfungsantrages zum Senat 12 würde dem Grundsatz der festen Geschäftsverteilung widersprechen und wäre daher im Hinblick auf Artikel 83 Abs 2 BVergG verfassungswidrig.

Zum "maßgeblichen Sachverhalt" führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass sie den Auftraggeber noch während des laufenden Kontrollverfahrens zur GZ N/0059-BVA/04/2010 mehrfach darauf hingewiesen habe, dass das Angebot des vermeintlichen Bestbieters ausschreibungswidrig sein müsse, weil die rechtlich zwingenden Anwendbarkeit des § 3 AVRAG bewusst ignoriert werde; die

Antragstellerin habe dies auch durch zwei Gutachten belegt. Die Antragstellerin habe mehrfach angeregt, den von hier aufgezeigten Bedenken gegen die Ausschreibungskonformität des Angebots des vermeintlichen Bestbieters entsprechend nachzugehen. Der Auftraggeber und die vergebende Stelle hätten schließlich zugestanden, dass sie die Tauglichkeit des Transitionskonzepts und die Einhaltung der - wie alle namhaften Arbeitsrechtsexperten bestätigen würden - rechtlich zwingenden Anwendbarkeit des § 3 AVRAG bislang nicht überprüft hätten; sie hätten überdies signalisiert, diese zentralen Fragen in weiterer Folge auch gar nicht prüfen zu wollen. Die Antragstellerin habe daraufhin an die vergebende Stelle ein an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates des AMS adressiertes Schreiben geschickt, in dem die Antragstellerin noch einmal auf die bislang unterlassene Prüfung der AVRAG-Problematik während der Transitionsphase hingewiesen habe; dies sei in ausdrücklicher Wahrnehmung der vergaberechtlichen Warn- und Redepflicht der Antragstellerin geschehen. In Übereinstimmung mit Punkt 1.1. der letztgültigen Ausschreibungsunterlagen habe der Rechtsvertreter der Antragstellerin das Schreiben nicht direkt an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates geschickt, sondern vielmehr mit E-Mail vom 29.07.2010, 10.20 Uhr, an die vergebende Stelle mit dem höflichen Ersuchen um umgehende Weiterleitung. Nach dem die E-Mail des Rechtsvertreters der Antragstellerin samt Dokumenten bei der vergebenden Stelle angekommen gewesen und wohl auch schon bearbeitet und weitergeleitet worden sei, habe D\*\*\* telefonisch seine (damalige) Assistentin, Frau I\*\*\*, angewiesen, diese zur Information an Herrn E\*\*\*, den Vertriebsleiter unseres größten Subunternehmers, weiterzuleiten. Offenbar aufgrund einer Verwechslung der Namen H\*\*\* und E\*\*\* bzw. allenfalls irregeleitet durch das per E-Mail angeschlossene an H\*\*\* gerichtete Schreiben, habe Frau I\*\*\* schließlich die E-Mail des Rechtsvertreters der Antragstellerin am 29.07.2010, 10.52 Uhr, an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates weitergeleitet.

Zu den Rechtswidrigkeiten brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass die Entscheidungen des Auftraggebers spätestens ab der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* durch den Bescheid des BVA vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, weder vergaberechtlich noch rational nachvollziehbar seien. Anstatt der gesetzlichen

Prüfpflicht hinsichtlich des Angebots der B\*\*\* nachzukommen, konstruiere der Auftraggeber beim Angebot der Antragstellerin Ausscheidensgründe. Die Vorgangsweise des Auftraggebers könnte unglaubwürdiger nicht sein. Die nun geltend gemachten Ausscheidensgründe seien genau jene beiden Ausscheidensgründe, die bereits im Kontrollverfahren vor dem BVA zur GZ N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 umfassend erörtert worden seien, bei denen der Auftraggeber selbst vor dem BVA bestritten habe, dass ein Ausscheidensgrund vorliege und zu denen das BVA mit Bescheid vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, rechtskräftig festgestellt habe, dass keine Ausscheidenstatbestände verwirklicht worden seien. Der Auftraggeber vermöge in seiner Ausscheidensentscheidung auch nicht zu erklären, warum die noch im Kontrollverfahren zu den GZ N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 vertretene gegenteilige Rechtsansicht nun nicht mehr stimmen solle.

Zur "vermeintlich unzulässigen Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat" wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin als Bieterin durch die vorvertraglichen Warnpflichten des ABGB, durch § 105 Abs 6 BVergG und durch Punkt 1.17. der letztgültigen Ausschreibungsunterlage verpflichtet sei, den Auftraggeber auf Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens hinzuweisen. Die Antragstellerin sei mithin - rechtlich betrachtet - nur ihrer vorvertraglichen und gesetzlichen Warnpflichten nachgekommen. Zudem solle nach den Festlegungen in Punkt 1.1. ausschließlich die "direkte" Kontaktaufnahme, die Einfluss auf das Vergabeverfahren habe, unterbleiben. Sinn der Bestimmung sei, dass alle direkten Entscheidungsträger unbeeinflusst von den Bietern ihre Entscheidungen treffen könnten. Faktum sei, dass dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates keinerlei Zuständigkeit bzw. Verantwortung im gegenständlichen Vergabeverfahren (mehr) zugekommen sei. Weiters müsse betont werden, dass im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates lediglich auf evidente Fehler im Vergabeverfahren - insbesondere die unterlassene Prüfung des aus Sicht der Antragstellerin rechtlich zwingenden AVRAG-Betriebsübergangs - hingewiesen worden sei. Die Antragstellerin habe also nicht versucht, Entscheidungsträger rechtswidrig bei ihrer Entscheidungsfindung - nämlich der Bestbieterermittlung - zu beeinflussen.

Am 18. Juli 2011 brachte die **B\*\*\*** (im Folgenden: **mitbeteiligte Partei**) einen Schriftsatz ein und verwies auf die Amtstafel des BVA, der zu entnehmen sei, dass am 15. Juli 2011 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß § 323 BVergG bekanntgemacht worden sei. Nach ständiger Rechtsprechung bestehe ein subjektiver Rechtsanspruch der übrigen Bieter in einem Vergabeverfahren, dass der Auftraggeber auszuscheidende Angebote auch tatsächlich ausscheide. Die mitbeteiligte Partei habe daher jedenfalls ein rechtlich geschütztes Interesse am Ausgang des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, woraus sich ihre Parteistellung ableite. Mangels gesicherter Kenntnis der Antragstellerin und der geltend gemachten Ausscheidensgründe, müsse sich die mitbeteiligte Partei ein entsprechendes ergänzendes Vorbringen vorbehalten.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 26. Juli 2011 brachte die **mitbeteiligte Partei** vor, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 31.1.2011, AW2011/04/006, zum Bescheid des BVA vom 2.12.2010 festgehalten habe, dass dieser hinsichtlich der Frage, ob das Angebot der (dortigen Antragsteller, also auch von A\*\*\*) bei rechtsrichtiger Beurteilung auszuscheiden sei und den Antragstellern daher die Antragslegitimation fehle, keine Bindungswirkungen entfalten könne. Der VwGH habe ausdrücklich festgehalten, dass dieser Bescheid eine Bindungswirkung nur innerhalb der Grenzen der Rechtskraft entfalten könne, die wiederum durch die Anfechtung einer bestimmten Entscheidung des Auftraggebers begrenzt sei.

Zur "unzulässigen Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat" führte die mitbeteiligte Partei einleitend aus, dass es unzutreffend sei, dass das BVA diese Frage schon rechtlich beurteilt habe. Auch sei die Behauptung, dass die Antragstellerin den Verwaltungsrat nicht direkt kontaktiert habe, falsch; im Gegenteil sei das an H\*\*\* gerichtete Schreiben nur der Form halber an die vergebende Stelle mit der Bitte um Weiterleitung gerichtet worden. Offenbar habe die Antragstellerin Sorge gehabt, dass die Weiterleitung nicht erfolgen würde und habe daher das Schreiben (nahezu zeitgleich) auch direkt an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates des Auftraggebers, H\*\*\*, übermittelt. Völlig unglaubwürdig (und rechtlich ohnehin irrelevant) sei die nun erstmals und völlig überraschend vorgebrachte (bloße Schutz-) Behauptung der

Antragstellerin, die Übermittlung an H\*\*\* wäre das Resultat eines Versehens, weil eine Mitarbeiterin die Namen H\*\*\* und E\*\*\* verwechselt hätte. Abgesehen davon, dass die Übermittlung des in Rede stehenden Schreibens an den Vertriebsmitarbeiter eines Subunternehmers jeglicher Logik entbehren würde, wundere es sehr, dass dieses Vorbringen zum jetzigen Zeitpunkt erstmals aufgebracht werde. Immerhin sei genau diese Kontaktaufnahme auch Gegenstand des zu N/0069-BVA/04/2010 geführten Nachprüfungsverfahrens gewesen und sei dort schon in der mündlichen Verhandlung von den Parteien aufgebracht und umfassend erörtert worden. Die Antragstellerin habe sogar nach Schluss der mündlichen Verhandlung nochmals eine schriftliche Stellungnahme eingebracht. In keinem Stadium dieses Verfahrens habe die Antragstellerin die angebliche Namensverwechslung vorgebracht.

Am 26. Juli 2011 erstattete der **Auftraggeber** eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und übermittelte ferner ein Rechtsgutachten von F\*\*\* zu "Fragen der Bindungswirkung von Erklärungen des Auftraggebers und von Feststellungen des BVA, die in einem vorgängigen Nachprüfungsverfahren abgegeben bzw. getroffen wurden für ein allenfalls bevorstehendes Nachprüfungsverfahren". Zur Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung vom 7. Juli 2011 brachte der Auftraggeber vor, dass einerseits das LBO der Antragstellerin den Ausschreibungsbestimmungen klar widersprochen habe und daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen sei. Das LBO der Antragstellerin widerspreche den Festlegungen in Punkt 8.2.3.4 des Leistungsvertrages vom 3.5.2010 und Punkt F.1.3 der Leistungsbeschreibung vom 30.3.2010. Andererseits habe die Antragstellerin gegen Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen für das LBO verstoßen, weil sie (mit per E-Mail übermittelten Schreiben) am 29.7.2010 unmittelbar Kontakt mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats des Auftraggebers aufgenommen habe. Die Antragstellerin habe mit diesem Schreiben Einfluss auf die Angebotsprüfung bzw. die Zuschlagsentscheidung zu nehmen versucht. Konkret habe der Vorsitzende des Verwaltungsrates dazu bewegt werden sollen, das Ausscheiden des Angebots eines anderen Bieters zu bewirken bzw. innerhalb des AMS eine Zuschlagserteilung an diesen Bieter zu verhindern.

Zur direkten Kontaktaufnahme führte der Auftraggeber aus, dass das Schreiben explizit an H\*\*\* adressiert gewesen sei, womit es unglaublich sei, dass es an Herrn E\*\*\* ergehen sollte. Wenn das E-Mail tatsächlich für Herrn E\*\*\* bestimmt gewesen wäre, hätte es I\*\*\* nicht kommentarlos weitergeleitet, sondern zumindest mit kurzen Worten erklärt, wieso Herr E\*\*\* ein an H\*\*\* gerichtetes Schreiben erhalte. Aber selbst wenn die direkte Kontaktaufnahme tatsächlich irrtümlich erfolgt sein sollte, würde dies an der Konsequenz des Ausscheidens nichts ändern, da die Antragstellerin den Ausscheidenstatbestand in diesem Fall nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig gesetzt hätte. In dieselbe Richtung gehe die völlig realitätsferne Behauptung, dass davon auszugehen sei, dass ihr am 29.7.2010 um 10.20 Uhr direkt an den Vertreter des Auftraggebers versendetes Schreiben zum Zeitpunkt der Versendung des Schreibens an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates um 10.52 Uhr bereits an diesen weitergeleitet worden sei. Alleine aufgrund der Brisanz des Vergabeverfahrens und der Position des Adressaten könne nicht damit gerechnet werden, dass derartige Schreiben von der vergebende Stelle unverzüglich und unkommentiert unmittelbar nach dem Einlangen weitergeleitet würden. Auch das Vorbringen, die aus dem Vergabeverfahren bereits ausgeschiedene Bietergemeinschaft hätte den Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen wesentlich gravierender verletzt und wäre systematischer vorgegangen, helfe der Antragstellerin nicht weiter. Das Schreiben an H\*\*\* habe zum Ziel, das Ausscheiden des - vor dem eigenen Angebot gereihten - Angebot des präsumtiven Bestbieters zu erreichen, und zwar durch das Behaupten von *"Zweifel an der technischen Eignung bzw an der Ausschreibungskonformität des ermittelten Bestangebots"*. Wenn in dem Schreiben der Antragstellerin davon die Rede sei, dass *"angeblich [...] bereits die Bestbieterermittlung (erfolgt sei), wobei unerwartet als vermeintlicher Bestbieter ein Mitbewerber unserer Mandantin ausgewählt worden sein soll"*, so sei dies kein "Hinweisen auf Fehler", sondern der Versuch, "fünf Minuten vor zwölf" das Ruder herumzureißen und bei einem einflussreichen Funktionsträger des Auftraggebers die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auf das Angebot eines Konkurrenten zu verhindern. Tatsächlich sei die Zuschlagsentscheidung auch wenige Tage später - am 4.8.2010 - bekannt gegeben worden. Daraus erkläre sich auch die direkte Übermittlung an H\*\*\*: Offenbar habe die Antragstellerin gefürchtet, dass der Weg

des Schreibens über die vergebende Stelle zu lange dauern könnte, um H\*\*\* noch rechtzeitig zu erreichen und Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des Mitbewerbers zu verhindern.

Mit Schriftsatz vom 16. August 2011 übermittelte die **Antragstellerin** das Erkenntnis des VwGH vom 22.6.2011, 2011/04/0011, in welchem die Behauptungen von B\*\*\* verworfen worden seien. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers - wie der Verwaltungsgerichtshof bestätigt habe: zu Recht - vom BVA genau aus dem Grund für nichtig erklärt worden sei, den die Antragstellerin im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates als Mangel aufgezeigt habe. Auch das Vorbringen der B\*\*\* bezüglich "Transition" sei vom Verwaltungsgerichtshof verworfen worden. Zu genau jenem Sachverhalt, den der Auftraggeber der Antragstellerin als Ausscheidensgrund vorwerfe und den das BVA auch bereits umfassend als unbedenklich gewürdigt habe, habe der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass das Transitionskonzept der Antragstellerin keinen Bedenken begegne und eben keine Ausschreibungswidrigkeit vorliege.

Am 18. August 2011 stellte die **Antragstellerin** an den Vorsitzenden des BVA den Antrag "*auf Ablehnung der Mitglieder und Ersatzmitglieder des Senats 12*" und übermittelte ein Rechtsgutachten von G\*\*\* vom 16. August 2011. Die neuzuteilende Verfügung des Vorsitzenden des BVA vom 10.5.2011 sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig:

Gemäß § 2 Abs 2 der Geschäftsverteilung sei die zuständigkeitsbegründende Wirkung des Auftraggebers des ersten Vergabekontrollverfahrens "unwiderruflich". Wolle man der Geschäftsverteilung keinen gesetzwidrigen Inhalt unterstellen, so könne sich die Bestimmung des § 304 Abs 2 BVergG nur auf Vergabekontrollverfahren beziehen, bei denen es sich um keine "Nachfolgeverfahren" handle. Mit Nachfolgeverfahren solle sich immer jener Senat befassen, der in dem betreffenden Vergabeverfahren bereits einmal tätig geworden sei. Rechtswidrig sei die neue Zuteilung auch deshalb, weil § 304 Abs 2 BVergG nur "im Falle der Verhinderung" eine Neuzuteilung zulasse. Unter "Verhinderung" könne freilich nur die dauerhafte, nicht aber eine bloß vorübergehende Verhinderung

gemeint sei; andernfalls hätte die Regelung des § 7 Abs 1 der Geschäftsverteilung keinen Sinn, wonach ein Senatsvorsitzender durch seinen Stellvertreter vertreten werde, wobei als Vertretungsfälle insbesondere auch Krankenstand und Pflegefreistellung angeführt würden. § 304 Abs 2 BVergG sehe nur vor, dass einem Senatsvorsitzenden die ihm zugefallene "Sache", nicht aber das gesamte "Verfahren" abgenommen werde. Abzunehmen sei mithin nur ein konkreter Nachprüfungsantrag, nicht aber die Zuständigkeit für die Vergabekontrolle eines gesamten "Vergabeverfahrens" iSd § 2 Abs 2 der Geschäftsverteilung. Wohl auch aus diesem Grund habe die Neuzuteilung - wie schon aus dem Wortlaut der Verfügung vom 10.5.2011 eindeutig hervorgehe, nur den "Antrag vom 13. April 2011, N/0028-BVA/04/2011" betroffen. Nicht von der Neuzuteilung erfasst sei mithin der Antrag der Antragstellerin am 15.7.2011 gegen die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 7. Juli 2011. Dies verkenne das BVA.

Am 19. August 2011 übermittelte die **Antragstellerin** mehrere Urkunden und brachte vor, dass Verwaltungsbehörden dazu verpflichtet seien, ihre allfällige sachliche und örtliche Unzuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahr zu nehmen. Die Antragstellerin erstattete die Anregung, der Senat 12 möge sich von Amts wegen einer weiteren Tätigkeit im zur GZ N/0070-BVA/12/2011 anhängigen Vergabekontrollverfahren enthalten.

In einer Stellungnahme vom 22. August 2011 brachte die **mitbeteiligte Partei** vor, dass die Antragstellerin nichts unversucht lasse, durch eine Unzahl von Anträgen, aber auch die (nicht einmal mehr bloß unterschwellige) Drohung von (Amts-)Haftungsansprüchen einen Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu verhindern, jedenfalls aber so lange wie möglich hinaus zu zögern. Falsch seien zudem sämtliche Schlüsse, die die Antragstellerin aus dem abweisenden VwGH-Erkenntnis vom 22.6.2011, 2011/04/0011, ziehe, da dieses keinerlei Präjudizwirkung für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren habe. Anfechtungsgegenstand des damaligen Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0069-BVA/04/2010 sei nämlich (einzig und allein) die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der mitbeteiligten Partei gewesen, nicht jedoch das Ausscheiden der nunmehrigen Antragstellerin. Auch sei der Vorwurf

der Willkür gegenüber dem Auftraggeber falsch. In diesem Verfahren gehe es ausschließlich darum, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei. Es gehe daher insbesondere nicht um die Frage der Rechtskonformität der mitbeteiligten Partei.

Der **Auftraggeber** erstattete am 23. August 2011 eine Äußerung und brachte insbesondere vor, dass nach dem Ergebnis des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens, in dem das BVA die im Hinblick auf die damaligen Antragsteller getroffene Ausscheidensentscheidung - unter anderem wegen einer ausschreibungswidrigen Kontaktaufnahme mit einem Mitglied des Verwaltungsrates - bestätigt habe, der Auftraggeber gar nicht anders handeln hätte können, als auch das Angebot der Antragstellerin - die mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates Kontakt aufgenommen habe - auszuscheiden. Falsch sei auch die Behauptung der Antragstellerin, wonach das BVA die Zuschlagsentscheidung aus genau dem Grunde für nichtig erklärt habe, den die Antragstellerin im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates als Mangel aufgezeigt habe; das BVA habe die Zuschlagsentscheidung deshalb für nichtig erklärt, weil trotz erheblicher Preisdifferenzen zwischen den Zweitangeboten und Last and Best Offer keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Über die AVRAG-Thematik habe aber weder das BVA noch der VwGH auch nur ein Wort verloren.

Mit Schriftsatz vom 23. August 2011 stellte die **Antragstellerin** einleitend die Frage, ob gegenständlich überhaupt ein "fairer Verfahren" gewährleistet sei. Zur Kontaktaufnahme mit dem Verwaltungsrat wies die Antragstellerin auf die mangelnde Relevanz sowie auf die "Kann-Bestimmung" des Auftraggebers hin. Im lediglich aus der Ausscheidensentscheidung bestehenden Vergabeakt finde man überhaupt keine Begründung für die vermeintliche Ermessensübung des AMS. Schon aus diesem Grund sei die Ermessensübung nicht überprüfbar und die Ausscheidensentscheidung vergaberechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 23. August 2011 nahm die **mitbeteiligte Partei** zum Ablehnungsantrag der Antragstellerin Stellung. Die Antragstellerin habe keinen

einzigsten der in § 296 Abs 2 BVergG genannten Ablehnungsgründe geltend gemacht, sondern stütze den Ablehnungsantrag einzig und allein auf eine angebliche Geschäftsverteilungswidrigkeit der Senatszuteilung. Dies stelle jedoch keinen Ablehnungsgrund gemäß § 296 Abs 2 BVergG dar.

Am 24. August 2011 fand vor dem BVA eine **öffentliche mündliche Verhandlung** statt. Über Antrag der Antragstellerin legte der Vertreter des Auftraggebers ein von J\*\*\* an die vergebende Stelle gerichtetes E-Mail vom 2.8.2010 samt weiterem E-Mail-Verkehr vom 29.7.2010 vor (siehe Beilage zur Verhandlungsschrift). Der Vertreter der Antragstellerin brachte dazu vor, dass unter der VA Nummer 98 zu diesem Schreiben auch ein Protokoll der Steuergruppe vom 3.8.2010 protokolliert ist und beantragte die Vorlage dieses Aktenstückes. Der Auftraggeber sprach sich gegen die Einsicht in das gesamte Dokument aus, da es sich um vertrauliche Interna des Auftraggebers, die auch andere Bieter betreffen, aus. Nunmehr wird die einschlägige Passage (1.11.) vorgelesen:

*"J\*\*\* ersucht L\*\*\* um Unterstützung bei der Ausformulierung des Antwortschreibens an den Verwaltungsratsvorsitzenden (auf einen Brief von Bieter 2). Dies ist der Zuschlagsentscheidung jedoch nachgereiht."*

Der Vertreter der Antragstellerin hielt fest, dass ihm nur vom Laptop des Vertreters des Auftraggebers vorgelesen wurde. Das Protokoll wurde in der Aktenübersicht nicht als vertraulich gekennzeichnet. Der Antrag auf Akteneinsicht in den Originalakt werde daher aufrechterhalten.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher **Sachverhalt** festgestellt:

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren "Neu Ausschreibung AMS-IT-Unterstützung" am 9. Dezember 2008 im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG EU-weit bekanntgemacht. In den Teilnahmeunterlagen wurde unter Punkt 2.2. zum Beschaffungsziel ausgeführt, dass derzeit die IKT Leistungen auf Basis eines Werkvertrages mit der C\*\*\* als

Generalunternehmer vom Auftraggeber bezogen werde. Umfasst sind dabei Betriebsleistungen (Rechenzentrum, Desktop und Netzwerkmanagement), die Betreuung von AnwenderInnen (Help desk, Schulungen), Anwendungswartung sowie die Weiter- und Neuentwicklung von Anwendungen. Die Arbeitsmarktservice BetriebsgmbH & Co KG erbringt derzeit diese IT Leistungen. Zur Kostenoptimierung und unter Berücksichtigung neuer Anwendungsbereiche, Technologien und offener Standards schreibt der Auftraggeber diese gesamte IKT-Unterstützung des AMS neu aus.

Insgesamt legten fristgerecht 3 Bieter Last and Best Offer mit nachfolgenden Angebotssummen:

B\*\*\*: € 175.873.158,--

A\*\*\*: € 194.464.419,--

C\*\*\*: € 213.293.658,--

Mit Telefax vom 4. August 2010 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* mitgeteilt.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 2. Dezember 2010, N/0069-BVA/04/2010-71, N/0070-BVA/04/2010-58, wurde die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 4. August 2010 für nichtig erklärt. Begründend wurde insbesondere ausgeführt, dass der Auftraggeber rechtswidrigerweise eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen habe.

Mit Telefax vom 31. März 2011 teilte der Auftraggeber der Bietergemeinschaft C\*\*\*, mit, dass ihr Last and Best Offer gemäß § 329 Abs 1 Z 1, 2 und 7 BVergG ausgeschieden wird.

Die Bietergemeinschaft brachte am 8. April 2011 einen Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung des Auftraggebers vom 31. März 2011 ein. Dieser Antrag wurde

vom Vorsitzenden des BVA dem Senat 4 mit der GZ **N/0028-BVA/04/2011** zugewiesen.

Mit Verfügung des Vorsitzenden des BVA gemäß § 304 Abs 2 BVergG vom 10. Mai 2011 wurde der Antrag vom 8. April 2011, N/0028-BVA/04/2011, dem Senat 12 mit der Geschäftszahl **N/0038-BVA/12/2011** neu zugeteilt. Begründend wies der Vorsitzende des BVA darauf hin, dass die Vorsitzende des Senates 4 voraussichtlich (laut Krankenstandmeldung) weiterhin für mehrere Wochen verhindert bleibt. Im Hinblick auf die gesetzlich vorgesehenen Erledigungsfristen und den Grundsätzen der Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung (zB Rotationsprinzip) wird auf Grund des Ersuchens der stellvertretenden Vorsitzenden des Senates 4 der gegenständliche Antrag neu zugeteilt.

In einer Stellungnahme vom 26. Mai 2011 zum Nachprüfungsverfahren N/0038-BVA/12/2011 (vormals GZ N/0028-BVA/04/2011) hielt die damalige mitbeteiligte Partei und nunmehrige Antragstellerin unter dem Betreff "Neuzuweisung" nachfolgendes fest:

*Die mit Verfügung des BVA vom 10.05.2011 gemäß § 304 Abs 2 BVergG 2006 vorgenommene Neuzuteilung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens an den Senat 12 ist sehr zu begrüßen. Dies nicht nur im Lichte einer damit verbundenen raschen Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren, sondern vor allem im Lichte einer raschen Fortsetzung und Beendigung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens, zumal der Auftraggeber - wie auch unter Punkt 1.12. unserer begründeten Einwendungen aufgezeigt - derzeit offenbar keine besondere Eile bei der Vergabe verspürt. Verfahrensverzögerungen sind für uns - wohl aber auch für unsere Mitbewerber - mit hohen Vorhaltekosten verbunden; auch dem Auftraggeber entsteht laut seinen Behauptungen im Vorverfahren durch jede Verzögerung ein Schaden von EUR 1.5 Mio pro Monat (so die Stellungnahme des AMS vom 17.08.2010 im "Vorverfahren" zur GZ N/0069-BVA/04/2010).*

Mit Bescheid des BVA vom 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-42, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Antragstellerin auszuschneiden (Ausscheidensentscheidung vom 31.3.2011), abgewiesen. Dieser Bescheid wurde den Parteien am 6. Juli 2011 mit Telefax zugestellt.

Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen des Last and Best Offer (LBO) sehen unter Punkt **1.1 ("Auftraggeber und vergebende Stelle")** insbesondere nachfolgende Bestimmung vor:

*Eine direkte Kontaktaufnahme zu den mit der operativen Projektdurchführung beauftragten Unternehmen, den Mitgliedern des Verwaltungsrates, den Mitgliedern der Bewertungskommission bzw zu den beigezogenen Experten des IT-Ausschusses zum gegenständlichen Vorhaben ist nicht gestattet und kann zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen.*

Der erste Satz in Punkt **1.17 ("Rügepflicht und Schadenersatz")** des LBO lautet:

*Sollten sich für den Bieter bei Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder (vermutete) Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so hat er dies dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen.*

Am 29. Juli 2010 übermittelte die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin per mail (Zeit: 10.20 Uhr) an die vergebende Stelle ein angeschlossenes Schreiben der Kanzlei Y\*\*\* vom 29. Juli 2010 (unterzeichnet von K\*\*\*/N\*\*\*) an das Arbeitsmarktservice Österreich, Verwaltungsrat des Arbeitsmarktservice Österreich, zu Händen des Vorsitzenden H\*\*\* mit dem "*höflichen Ersuchen um umgehende Weiterleitung*". Das an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates, H\*\*\*, gerichtete Schreiben hatte folgenden Inhalt:

*Sehr geehrter Herr Vorsitzender H\*\*\*!*

*Eingangs dürfen wir bekannt gegeben, dass wir die A\*\*\* — einen der führenden IKT-Dienstleister — rechtsfreundlich vertreten.*

*Wie bekannt ist, hat sich unsere Mandantin am Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ beteiligt. Dabei war Sie stets bemüht, den Wünschen und Interessen des Auftraggebers sowohl in den Verhandlungen als auch in den gelegten Angeboten, insbesondere im Last and Best Offer, vollständig Rechnung zu tragen.*

*Das angesichts der Komplexität des Leistungsgegenstandes sehr aufwändige Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ steht nun nach rund 1,5-jähriger Dauer kurz vor dem Abschluss. Angeblich erfolgte bereits die Bestbietermittlung, wobei unerwartet als vermeintlicher Bestbieter ein Mitbewerber unserer Mandantin ausgewählt worden sein soll. Unsere Mandantin hegt jedoch — nicht zuletzt aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung und Marktkenntnis — Zweifel an der technischen Eignung bzw. an der Ausschreibungskonformität des ermittelten Bestangebotes.*

*Unsere Mandantin wurde vom Auftraggeber und der vergebenden Stelle von allem Anfang darauf hingewiesen, dass das „Herzstück“ des ausgeschriebenen Auftrages die Transition sein. Innerhalb dieser 12-monatigen Übergangsphase müssen die Leistungen des bisherigen Dienstleisters vom neuen Auftragnehmer übernommen und „nahtlos“ fortgeführt werden. Für das AMS muss ein ungestörter Betrieb sichergestellt sein. Dass die Transition aufgrund der Dimension des Auftrages an den neuen IKT-Dienstleister besondere technische, rechtliche und logistische Anforderungen stellt, ist bekannt. Nicht zuletzt deshalb hat unsere Mandantin im Vorfeld der Angebotslegungen eingehend technisch und rechtlich prüfen lassen, wie die strengen Vorgaben im Leistungsvertrag für die Transitionsphase sichergestellt werden können. Technisch und faktisch lässt sich die Transition nur durch Übernahme wesentlicher Betriebsmittel (Software, know-how etc) und wichtiger Schlüsselkräfte des bisherigen Dienstleisters bewerkstelligen. Eine derartige Übernahme von know-how und Schlüsselarbeitskräften vom bisherigen Dienstleister*

*hat aber — wie mehrfach von führenden Arbeitsrechtsexperten gutächtlich bestätigt wurde — rechtlich zwingend einen Betriebsübergang gemäß § 3 AVRAG (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) zur Folge; eine Transition ohne Anwendbarkeit dieses § 3 AVRAG ist daher undenkbar.*

*Nach den uns vorliegenden Informationen soll aber gerade der vermeintliche Bestbieter in seinem Angebot unter der Annahme angeboten haben, dass § 3 AVRAG nicht anwendbar ist. Diese Annahme wäre nur dann rechtlich erklärbar, wenn der Bestbieter zu keinem Zeitpunkt know-how oder Schlüsselarbeitskräfte vom bisherigen Dienstleister übernimmt. Diesfalls kann aber — und zwar schon faktisch — niemals die „reibunglose“ Transition sichergestellt werden; dies schon mangels am Markt verfügbarer, auf die vom bisherigen Dienstleister entwickelte AMS-Software geschulter Fachkräfte. Übernimmt der vermeintliche Bestbieter aber zu irgendeinem Zeitpunkt der Transitionsphase Schlüsselpersonal vom bisherigen Dienstleister, kommt es zwingend zum AVRAG-Betriebsübergang. Ignoriert der vermeintliche Bestbieter diese zwingende Rechtsfolge, so verstößt er evident gegen geltende arbeitsrechtliche Bestimmung, zu deren Einhaltung sich alle Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren verpflichten mussten.*

*Sowohl unsere Mandantin als auch wir haben bisher immer den Eindruck gehabt, dass das Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ bislang sehr sorgfältig geführt wurde. Umso mehr verwundet es, dass die — von allem Anfang an thematisierte — AVRAG-Problematik offenbar bei der Prüfung und Bewertung der letztgültigen Angebote nicht mehr entsprechend berücksichtigt wurde. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Auftraggeber — wie auch bei allen sonstigen Fachbereichen des komplexen Ausschreibungsgegenstandes — die Annahmen der Bieter im letztgültigen Angebot zur Anwendbarkeit des § 3 AVRAG durch einschlägige und namhafte Experten prüfen lässt. Da dies offenbar bislang nicht geschehen ist, regen wir an, eine Prüfung der Angebote in Hinblick auf die AVRAG-Problematik nachzuholen. Dies scheint unseres Erachtens schon deshalb unerlässlich, weil nicht zuletzt aufgrund der von uns dem Auftraggeber bereits zur Kenntnis gebrachten Gutachten namhafter Arbeitsrechtsexperten — sie stützen sich*

*in ihren Expertisen ausschließlich auf die herrschende Literaturmeinung und Judikatur des Europäischen Gerichtshofes sowie des Obersten Gerichtshofes — feststeht, dass die Anwendbarkeit des AVRAG im gegenständlichen Fall weder ausgeschlossen noch umgangen werden kann. Sollte der Auftraggeber eine derartige Prüfung unterlassen, wäre unsere Mandantin zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen gezwungen, gegen die Bestbietermittlung mit Nichtigerklärungsantrag beim Bundesvergabeamt vorzugehen.*

*Unserer Mandantin ist es ein besonderes Anliegen, zu betonen, dass sie weder an einer weiteren Verzögerung noch an einem Zufallbringen des Vergabeverfahrens interessiert ist. Vielmehr hat unsere Mandantin ein besonderes Interesse, dem Auftraggeber ihre langjährige Erfahrung zur Verfügung zu stellen, um eine funktionierende IKT-Lösung für das AMS Österreich zu finden.*

*Wir bitten Sie namens unserer Mandantin den aufgezeigten Bedenken gegen die Ausschreibungskonformität des Angebotes des vermeintlichen Bestbieters im Interesse des AMS Österreich nachzugehen.*

*Für allfällige Fragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.*

Mit e-mail vom 29. Juli 2010, 10.52 Uhr, leitete Frau I\*\*\* im Auftrag von D\*\*\* das mail der Kanzlei Y\*\*\* vom 29. Juli 2010, 10.20 Uhr, an Herrn H\*\*\* kommentarlos weiter.

Am 2. August 2010 übermittelte J\*\*\* der vergebenden Stelle ein E-Mail mit folgendem Wortlaut

*Sehr geehrter Herr L\*\*\*,*

*in der Anlage übermittle ich ihnen das Schreiben der Kanzlei Y\*\*\* und Huber-Medek an den Verwaltungsratsvorsitzenden samt Beilagen (Sie haben alles schon direkt*

erhalten). Dazu habe ich einen Antwortentwurf verfasst (Worddokument). Ich ersuche Sie den Entwurf fachlich zu verbessern - wenn geht bis Mittwoch Mittag.

Danke

J\*\*\*

Dem E-Mail von J\*\*\* an die vergebende Stelle war ein E-Mail von H\*\*\* an J\*\*\* sowie M\*\*\*, LL.M. mit nachfolgendem Text angehängt:

*Lieber J\*\*\*, lieber M\*\*\*,*

*anbei die elektronische Fassung des Schreibens plus Anhänge der Rechtsvertretung der A\*\*\*, die bereits in Papierform im AMS eingelangt sind.*

*Ich darf Euch um Folgendes ersuchen:*

*\*Prüfung der Ausführungen und Behauptungen sowohl zum Vergabeverfahren wie auch zu den fachlichen Einwendungen und Erstellung einer Darstellung des Sachverhaltes für das Präsidium, auch unter Berücksichtigung des Bescheides des Bundesvergabebeamtes*

*\*Erstellung eines Antwortschreibens des VWR an die Rechtsvertretung von A\*\*\**

*\*Prüfung der Vorgangsweise entsprechend Punkt 4 des Mandats des IT-Ausschusses und wenn erforderlich, Abstimmung mit dem Ausschuss.*

*Bitte in geeigneter Form meine beiden Stellvertreter zu informieren.*

*Sorry für die Mühe und jedenfalls Danke im voraus. LG H\*\*\**

Am 9. August 2010 richtete der Vorsitzende des Verwaltungsrates, H\*\*\*, ein Schreiben an die Kanzlei Y\*\*\* mit nachfolgendem Inhalt:

*Sehr geehrter Herr K\*\*\*,*

*sehr geehrter Herr N\*\*\*,*

*zu Ihrem obengenannten Schreiben darf ich Ihnen mitteilen, dass das bezogene Vergabeverfahren inzwischen ausschließlich im Verantwortungsbereich des*

*Vorstandes des AMS durchgeführt wird. Mit Beschluss des Verwaltungsrates vom 24.6.2008 und Genehmigung des damals zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 1.7.2008 hat der Vorstand alle notwendigen Ermächtigungen und Zustimmungen erhalten, den Zuschlag zu erteilen, sobald die verfahrensrechtliche Lage es zulässt.*

*Dennoch habe ich den Vorstand gebeten, sich mit Ihren inhaltlichen Argumenten noch einmal auseinander zu setzen und mir über das Ergebnis zu berichten. Ich kann Ihnen dazu versichern, dass sich der Vorstand der Betriebsübergangs-Problematik bewusst ist. Das AMS hat zu dieser Frage bereits vor Eröffnung des Vergabeverfahrens ein Gutachten von O\*\*\* eingeholt. Nach Ansicht des AMS kann Ihren Mutmaßungen, dass Ihre Mitbewerber im Vergabeverfahren ein AVRAG widriges Angebot erstellt haben, nicht gefolgt werden. Die AVRAG-Problematik ist in allen Angeboten berücksichtigt. Dazu kommt, dass im Vergabeverfahren die abschließende Lösung der arbeitsrechtlichen Problemstellung nicht vorweg genommen werden kann. Die Vorschriften des BVergG, arbeitsrechtliche Problemstellungen im Vergabeverfahren zu berücksichtigen, bestimmen weder den öffentlichen Auftraggeber noch die nachprüfenden Kontrollbehörden zu Arbeitsgerichten. Letztendlich können nur arbeitsgerichtliche Verfahren endgültig klären, was im konkreten Fall rechtens ist und was nicht. Im Vergabeverfahren relevant ist unserer Auffassung daher nur, ob die Risiken, die sich aus einer unsicheren Rechtslage ergeben, bei der Gestaltung des Angebots berücksichtigt sind, sowohl was die technische Leistungsfähigkeit als auch die angebotenen Preise betrifft.*

*Das AMS versichert mir, dass es sowohl die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen geprüft als auch zur Preisgestaltung eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt hat. Nach dem Prüfergebnis des AMS liegen zu der von Ihnen relevierten Problematik keine Ausscheidenstatbestände vor.*

Mit Telefax vom 7. Juli 2011 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass ihr Last and Best Offer vom 10. Mai 2010 gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG

ausgeschieden wird. Zum ersten Ausscheidenstatbestand wies der Auftraggeber darauf hin, dass das Angebot der Antragstellerin entgegen den Vorgaben in Punkt 8.2.3.4 des Leistungsvertrages vom 3.5.2010 und in Punkt F.1.3 der Leistungsbeschreibung vom 30.3.2010 für den Fall, dass keine Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters auf sie übergehen, keine Alternativen für die vereinbarungsgemäße Erfüllung des Leistungsvertrages, insbesondere nicht für die Abwicklung des Transformationsprojektes binnen zwölf Monaten enthält. Das Last and Best Offer der Antragstellerin war daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend auszuschneiden. In Punkt II. führte der Auftraggeber wie folgt aus:

"Die A\*\*\*, hat mit E-Mail vom 29.7.2010, (gesendet um 10:52 von I\*\*\* im Auftrag von D\*\*\*) unmittelbar Kontakt mit H\*\*\*, den Vorsitzenden des Verwaltungsrates des Auftraggebers aufgenommen. Diesem E-Mail war ein Schreiben der Y\*\*\* beigegeben, in welchem diese in Vertretung der A\*\*\* darauf hinweisen, dass der „vermeintliche Bestbieter“ sein Angebot unter Ignorierung der „*zwingenden Rechtsfolge*“ eines AVRAG-Betriebsüberganges erstellt hätte und eine Prüfung der Angebote im Hinblick auf die AVRAG-Problematik anregen.

Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen für das Last and Best Offer vom 30.3.2010 legt unter anderem fest, dass eine direkte Kontaktaufnahme mit den Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht gestattet ist und zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen kann.

Sinn und Zweck dieser Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen ist es insbesondere, Beeinflussungsversuche von Bietern auf die Willensbildung beim Auftraggeber von vornherein auszuschließen. Beim vorliegenden Schreiben handelt es sich um den Versuch, Herrn H\*\*\* dazu zu bewegen, das Ausscheiden des Angebots eines anderen Bieters zu bewirken bzw innerhalb des AMS eine Zuschlagserteilung an diesen Bieter zu verhindern.

Auch der Umstand, dass dieses Schreiben beinahe zeitgleich von der Y\*\*\* und Huber-Medek Rechtsanwälte OG an die vergebende Stelle mit dem Ersuchen um Weiterleitung an H\*\*\* übermittelt wurde, ändert nichts an der Tatsache, dass durch das um 10:52 versandte E-Mail der Tatbestand der direkten Kontaktaufnahme mit einem Mitglied des Verwaltungsrates verwirklicht wurde, die darüber hinaus eine Beeinflussung des Vergabeprozesses zum Ziel hatte.

Aufgrund der Verpflichtung des Auftraggebers zur sachgerechten Ausübung seines gebundenen Ermessens war das Last and Best Offer der A\*\*\* wegen des Verstoßes gegen Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sowie gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden."

Der vorliegende Antrag ist **rechtlich** wie folgt zu beurteilen:

## **I. Rechtslage**

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG), somit am 5.3.2010, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Verhandlungsverfahrens - das gegenständliche Verhandlungsverfahren wurde im Dezember 2008 eingeleitet - die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 8.4.2011 anhängig gemacht - vom

Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) anzuwenden (vgl. BVA 28.7.2010, N/0051-BVA/10/2010-37 sowie jüngst BVA 6.7.2011, BVA/0038-BVA/12/2011-42).

## **II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages**

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich (AMS). Dieses ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den maßgeblichen Schwellenwert um ein vielfaches, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine 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 e B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Gemäß § 304 Abs 1 BVergG weist der Vorsitzende die anfallenden Verfahren dem gemäß der Geschäftsverteilung zuständigen Senat zur weiteren Behandlung zu. Gemäß § 304 Abs 2 BVergG darf eine nach der Geschäftsverteilung einem Senat zufallende Sache nur im Fall der Verhinderung des jeweiligen Senatsvorsitzenden durch Verfügung des Vorsitzenden abgenommen werden.

Gemäß § 2 Abs 1 der Geschäftsverteilung (GV) des BVA prüft der Vorsitzende des BVA die an ihn im Wege der Kanzlei des BVA weitergeleitete Eingabe, ob bezüglich

des dieser Eingabe beim BVA zugrunde liegenden Vergabeverfahrens bereits ein Verfahren beim BVA anhängig ist oder anhängig war.

*Abs 2 der GV lautet: Stellt der Vorsitzende des BVA fest, dass beim BVA bezüglich des einer Eingabe beim BVA zugrunde liegenden Vergabeverfahrens bereits ein Verfahren beim BVA anhängig ist oder anhängig war, weist er die Eingabe zur Erledigung unwiderruflich jenem Senat zu, der bereits dieses Verfahren führt oder geführt hat.*

Mit Verfügung des Vorsitzenden des BVA vom 10. Mai 2011 wurde der Antrag vom 13. April 2011, GZ **N/0028-BVA/04/2011**, dem Senat 12 (neu) zugeteilt (GZ **N/0038-BVA/12/2011**). Angemerkt sei, dass die (damalige) mitbeteiligte Partei und nunmehrige Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 2011 die vorgenommene Neuzuteilung ("sehr") begrüßt hat (vgl. den Wortlaut in den Sachverhaltsfeststellungen).

Die seitens des Vorsitzenden des BVA am 15. Juli 2011, 11.35 Uhr, vorgenommene Zuteilung des verfahrenseinleitenden Antrages (GZ **N/0070-BVA/12/2011**) an den Senat 12 geschah somit infolge § 2 Abs 2 der GV. Damit ist die Zuständigkeit des Senates 12 gegeben.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor.

### **III. Parteistellung B\*\*\***

Gemäß § 324 Abs 2 BVergG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner). Die erläuternden Bemerkungen weisen darauf hin, dass in jenen Fällen, in denen ein Bieter sein Ausscheiden anfecht, auch die Mitbieter Parteistellung

haben, weil sie durch die Nichtigerklärung des Ausscheidens einen Nachteil erleiden können (RV 1171 BlgNR 22. GP 140).

Dieser - der Mitbieterin B\*\*\* drohende - Nachteil ist gegenständlich schon deshalb evident, weil durch eine allfällige Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung durch das BVA sich das Vergabeverfahren wiederum im Stand vor der Entscheidung des 7. Juli 2011 befinden würde und somit das Angebot der Antragstellerin als in die Reihe der für eine Zuschlagsentscheidung in Betracht kommendes heranzuziehen wäre (siehe dazu bereits BVA 6.7.2011, BVA/0038-BVA/12/2011-42). Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach B\*\*\* "unmöglich" in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein könnte, da ihr Angebot mehrfach ausschreibungswidrig sei, genügt der Hinweis, dass das BVA im Rahmen der Prüfung der Parteistellung iSd § 324 Abs 2 BVergG nicht zur vorfragenweisen Annahme von Ausscheidenstatbeständen befugt ist. Dies ergibt sich schon aufgrund des Wortlautes der Bestimmung (vgl. den Konjunktiv "können"), wonach bereits die Möglichkeit einer nachteiligen Betroffenheit für die Bejahung der Parteistellung iSd § 324 Abs 2 BVergG ausreicht. Weitergehende Prüfschritte (gleichsam "anstelle des Auftraggebers") hat das BVA nicht mehr vorzunehmen (BVA 6.7.2011, BVA/0038-BVA/12/2011-42).

#### **IV. Inhaltliche Beurteilung des Antrages**

##### **1. Anfechtungsgegenstand und Vorverfahren**

Soweit die Antragstellerin vermeint, dass das BVA in der Entscheidung vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, bereits "rechtskräftig" festgestellt habe, dass keine Ausscheidenstatbestände beim Angebot der Antragstellerin verwirklicht worden seien, verkennt sie zunächst die unterschiedlichen Anfechtungsgegenstände im Verfahren N/0069-BVA/04/2010, N/0070-BVA/04/2010 und dem gegenständlich zu beurteilenden. Während im Nachprüfungsverfahren N/0069-BVA/04/2010, N/0070-BVA/04/2010 die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 4. August 2010 von der (damals

noch nicht ausgeschiedenen) Antragstellerin bekämpft worden ist, wurde mit dem vorliegenden Antrag das eigene Ausscheiden der Antragstellerin zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht. Die gegenständlich bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG ist somit das "Ausscheiden eines Angebotes". Über die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung des Auftraggebers vom 6. Juli 2011 hat das BVA daher zu entscheiden. Werden aber unterschiedliche Entscheidungen des Auftraggebers zum Verfahrensgegenstand gemacht, handelt es sich um verschiedene "Sachen" (siehe VwGH 31.01.2011, AW/04/0006). Zudem ist festzuhalten, dass nach Lehre und Judikatur nur der Spruch des Bescheides Bindungswirkung für andere Verfahren entfaltet (*Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> 155 mwN). Im Spruch des Bescheides des BVA vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58, wurde aber ausschließlich über die Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 4. August 2010 abgesprochen.

Soweit die Antragstellerin im Folgenden behauptet, dass das BVA die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 "*genau aus dem Grund (sic!)*" für nichtig erklärt habe, den die Antragstellerin im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates als Mangel aufgezeigt habe, verkennt sie die Begründung des Senates 4 im zitierten Bescheid. Die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 ist alleine aus dem Grund der - seitens des Auftraggebers - unterlassenen vertieften Angebotsprüfung für nichtig erklärt worden (siehe im Detail die rechtliche Beurteilung im zitierten Bescheid, Punkt 2, Seite 99-103). Der - seitens der Antragstellerin im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates aufgezeigte - "Mangel" im Vergabeverfahren war hingegen nicht Gegenstand der inhaltlichen Ausführungen des BVA.

Ebenso wenig wurden im Erkenntnis des VwGH vom 22.6.2011, 2011/04/0011, die Beschwerdebehauptungen der mitbeteiligten Partei "*samt und sonders*" verworfen. Zur Frage der "unzulässigen Kontaktaufnahme mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates" wies der VwGH lediglich darauf hin, dass es sich um eine "Kann - Bestimmung" handelt. Der Auftraggeber hat im Zeitpunkt der Entscheidung des BVA

die Antragstellerin - im Unterschied zum nunmehrigen Sachverhalt - noch nicht (faktisch) gemäß § 129 Abs 3 BVergG ausgeschieden. Wie die mitbeteiligte Partei in ihrer Stellungnahme vom 22. August 2011 zutreffend hervor streicht, stellte nach Ansicht des Senates 4 dieser Tatbestand keine "vorfragenweise Annahme eines Ausscheidenstatbestandes" dar, den das BVA gleichsam "anstelle des Auftraggebers" vornehmen hätte können (bzw. dürfen).

## **2. Ausscheidensentscheidung**

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Gemäß § 129 Abs 3 BVergG hat der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich oder elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Einleitend ist zu § 129 Abs 3 BVergG festzuhalten, dass die Regelung keine Vorgabe für den Auftraggeber enthält, wann er diese Entscheidung zu treffen hat bzw. wie er den zeitlichen Ablauf der Angebotsprüfung zu gestalten hat (RV 1171 BlgNR 22. GP 85). Der Auftraggeber ist somit nach dem Gesetzeswortlaut nicht zur unverzüglichen Mitteilung der Ausscheidung verpflichtet. Der Auftraggeber darf (und muss gegebenenfalls) zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens bis zu seiner Beendigung auszuschneidende Angebote ausschneiden (*Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 129 Rz 154 f; siehe dazu auch *Fink/Hofer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] 1435).

Da die Regelung des Punktes 1.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen des Last and Best Offer (LBO) nur eine "direkte" Kontaktaufnahme zu den "Mitgliedern des Verwaltungsrates" (der Vorsitzende ist wohl darunter zu subsumieren) untersagt, ist zunächst zu prüfen, ob eine solche gegenständlich überhaupt stattgefunden hat. Die Antragstellerin bestreitet dies, da sie das (postalisch an den Verwaltungsrat des Arbeitsmarktservice Österreich, zH des Vorsitzenden H\*\*\* gerichtete) Schreiben zunächst der vergebenden Stelle per E-Mail

mit dem Ersuchen um Weiterleitung zukommen hat lassen. Das am selben Tag (mit ca. halbstündiger Verzögerung) an Herrn H\*\*\* adressierte und abgesendete E-Mail sei - wie die Antragstellerin nunmehr vorbringt - irrtümlich an Herrn H\*\*\* ergangen und hätte in Wahrheit Herrn E\*\*\* zur Kenntnis gebracht werden sollen.

Zur "Namensverwechslung" ist anzumerken, dass dieses Vorbringen - in Anbetracht der (von der Antragstellerin selbst als Urkunde beigelegten) Unterlagen sowie den bisherigen Aussagen und Ausführungen im Vorverfahren N/0069-BVA/04/2010, N/0070-BVA/04/2010 - nicht glaubwürdig erscheint. Warum das explizit an Herrn H\*\*\* adressierte E-mail - 32 Minuten nach dem zur Kenntnis gebrachten E-Mail an die vergebende Stelle - "im Auftrag" einer damaligen Mitarbeiterin der Antragstellerin "in Wahrheit" an den Vertriebsleiter des "*wichtigsten*" Subunternehmers der Antragstellerin ergehen hätte sollen, ist für das BVA nicht nachvollziehbar. Zudem verwundert es, dass die Antragstellerin diese (nunmehrige) Behauptung nicht schon im Vorverfahren N/0069-BVA/04/2010 und N/0070-BVA/04/2010 vorgebracht und zum Beweis beantragt hat. Glaubwürdiger erscheint vielmehr der Umstand, dass das postalische Schreiben an Herrn H\*\*\* "sicherheitshalber" per E-Mail auch tatsächlich an ihn (im Auftrag von Herrn D\*\*\*\*) ergehen sollte. Im Übrigen erscheint die - seitens der Antragstellerin gewählte - Vorgangsweise generell unschlüssig. Wenn die Antragstellerin - wie sie mehrfach behauptet hat - "nur ihrer Warnpflicht" nachkommen wollte, hätte sie - in einer den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Weise - ausschließlich mit dem Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle kommunizieren dürfen (vgl. hierzu auch Punkt 1.17 des LBO). Entgegen den unmissverständlichen Regelungen in Punkt 1.1 der LBO hat sie sich jedoch für den - nicht gestatteten - Weg an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates entschieden.

Auch das Vorbringen des Auftraggebers, wonach schon aufgrund der "Brisanz" des Schreibens nicht damit gerechnet werden konnte, dass der Auftraggeber dieses bereits nach einer halben Stunde bearbeitet und weitergeleitet haben könnte, womit es sich aber um ein "beinahe zeitgleiches" E-Mail gehandelt habe, ist plausibel und nachvollziehbar. Somit ist aber von einer "direkten Kontaktaufnahme" iSd Punktes

1.1 der Ausschreibungsbestimmungen im LBO auszugehen; der formale Tatbestand der Bestimmung ist erfüllt.

Nunmehr ist zu prüfen, ob der Auftraggeber (da es sich um eine "Kann-Bestimmung" handelt) das Angebot der Antragstellerin zu Recht, insbesondere unter Berücksichtigung des § 19 Abs 1 BVergG, ausgeschlossen hat:

Dass die Antragstellerin im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates "*lediglich*" auf evidente Fehler im Vergabeverfahren hinweisen wollte, nicht jedoch versucht habe, die Entscheidung bei der Bestbieterermittlung des Auftraggebers zu beeinflussen, steht bereits im klaren Widerspruch zum Wortlaut des Schreibens. Bereits die abschließende "Drohung" (vgl. den Wortlaut: "*Sollte der Auftraggeber eine derartige Prüfung unterlassen, wäre unsere Mandantin zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen gezwungen, gegen die Bestbieterermittlung und mit Nichtigerklärungsantrag beim Bundesvergabeamt vorzugehen*"), hebt evident hervor, dass die Antragstellerin einen Interventionsversuch bei einem maßgeblichen Entscheidungsträger beabsichtigt hat.

Wenn die Antragstellerin nunmehr behauptet, dass es sich um einen "*absolut untauglichen Versuch*" gehandelt hätte, da - wie das Antwortschreiben von Herrn H\*\*\* belegen würde - diesem keinerlei Zuständigkeit bzw. Verantwortung im gegenständlichen Vergabeverfahren (mehr) zugekommen sei, so sind diese Ausführungen rechtlich irrelevant. Zum einen, weil der Wortlaut des Punktes 1.1 allein auf den Tatbestand der "direkten Kontaktaufnahme zu den Mitgliedern des Verwaltungsrates" abstellt. Zum anderen ist evident ersichtlich, dass das Schreiben der Antragstellerin an H\*\*\* weitere Vorgangsweisen in dieser "causa" ausgelöst hat (belegt durch das E-Mail von H\*\*\* an J\*\*\* und M\*\*\* sowie das E-Mail von J\*\*\* an die vergebende Stelle vom 2.8.2011, in welcher er diese "anwies", den Antwortentwurf fachlich zu verbessern). Zudem bleibt die Frage, warum der Vorsitzende des Verwaltungsrates, dem nach nunmehriger Ansicht der Antragstellerin ja keinerlei Zuständigkeit bzw Verantwortung zukommen sollte, sich des "Problems" der

Antragstellerin dennoch angenommen hat, unbeantwortet. Von einem *"von vornherein absolut untauglichen Versuch"* kann somit nicht ausgegangen werden.

Schließlich ist auch die zeitliche Komponente mit einzubeziehen. Das Schreiben der Antragstellerin an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates erging am 29.7.2011, somit wenige Tage vor der am 4.8.2011 ergangenen Zuschlagsentscheidung. Offenbar "ahnte" die Antragstellerin, dass die Zuschlagsentscheidung unmittelbar bevorsteht (der im Schreiben mehrfach getätigte Hinweis auf den *"vermeintlichen Bestbieter"* würde dafür sprechen) und versuchte, bei einem einflussreichen Entscheidungsträger des AMS Österreich auf "Rechtswidrigkeiten" im Vergabeverfahren hinzuweisen in Verbindung mit der abschließenden "Drohung", ein Nachprüfungsverfahren beim BVA - bei Nichtentsprechen des Ersuchens - einzuleiten. Derartige Interventionsversuche sollten aber durch die unmissverständliche Bestimmung in Punkt 1.1. des LBO von vornherein hintangehalten werden.

Das BVA hat bereits in der Entscheidung vom 6.7.2011, N/0038-BVA/12/2011-42, festgehalten, dass die "Kann-Bestimmung" dem Auftraggeber ein Ermessen einräumt, welcher dieser iSd § 19 Abs 1 BVergG auszuüben hat. Im Erkenntnis des VwGH vom 22.6.2011, 2011/04/0011, unterstreicht dieser, dass dem Auftraggeber bei einer solchen "Kann-Bestimmung" ein Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ("Ermessen") eingeräumt wird, ob er Angebote von Bietern ausscheidet oder nicht, und führt wie folgt aus: *"Auch wenn dieser Beurteilungsspielraum durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, begrenzt wird (vgl. auch hiezu das zitierte hg. Erkenntnis vom 21. März 2011), ändert dies nichts daran, dass dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt."* Das BVA kam im Vorverfahren N/0038-BVA/12/2011 zum Ergebnis, dass der Auftraggeber sein Ermessen iSd § 19 Abs 1 BVergG nicht überschritten und das Angebot der (damaligen) Antragsteller zu Recht ausgeschieden hat. Vergleicht man den Sachverhalt im Vorverfahren und den gegenständlich zu beurteilenden, zeigt sich, dass der "Interventionsversuch" der Antragstellerin in keiner Weise als weniger "schwer" als jener der damaligen

Antragsteller zu qualifizieren ist. Soweit die Antragstellerin behauptet, sie habe lediglich auf bislang unterlassene Prüfschritte aufmerksam gemacht und eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung eingemahnt, nicht dagegen - wie offenbar ausschließlich die damalige antragstellende Bietergemeinschaft - die Bestbieterermittlung zu beeinflussen versucht, so steht dieses Vorbringen im Widerspruch zu den getätigten Aussagen im Schreiben an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates vom 29.7.2010. Der Hinweis am Ende des Briefs, wonach "*unsere Mandantin ein besonderes Interesse, dem Auftraggeber ihre langjährige Erfahrung zur Verfügung zu stellen [hat], um eine funktionierende IKT-Lösung für das AMS Österreich zu finden*", geht wohl über eine reine Einmahnung von unterlassenen Angebotsprüfschritten (weit) hinaus.

Soweit die Antragstellerin auf die mangelnde Nachvollziehbarkeit der seitens des Auftraggebers ausgeübten Ermessensentscheidung hinweist und mehrfach vorbringt, dass der Auftraggeber durch das "Nicht-Ausscheiden" des Angebotes der Antragstellerin sein in Punkt 1.1 des LBO eingeräumtes Ermessen bislang ganz anders ausgeübt habe, verkennt sie zunächst, dass diese (seitens der Antragstellerin offenkundig behauptete) Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden, kein tauglicher Anfechtungsgegenstand in einem Nachprüfungsverfahren und somit schon aus diesem Grunde für das BVA nicht überprüfbar sein kann (siehe dazu ausführlich RV 1171 BlgNR 22. GP 13 f). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber in Anbetracht des Ergebnisses des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens N/0038-BVA/12/2011 und der Begründung im Bescheid des BVA zum Tatbestand der "Kontaktaufnahme mit einem Mitglied des Verwaltungsrates" (fast zwangsläufig) auch zum Ausscheiden der nunmehrigen Antragstellerin verpflichtet war, andernfalls er den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs 1 BVergG verletzt hätte. In der Begründung zur Ausscheidensentscheidung (Punkt II.) vom 7. Juli 2011 wies der Auftraggeber - für das BVA nachvollziehbar - darauf hin, dass durch Punkt 1.1 des LBO von vornherein "*Beeinflussungsversuche von Bietern auf die Willensbildung beim Auftraggeber*" ausgeschlossen werden sollten. Der Auftraggeber wollte somit jegliche Art von Interventionsversuchen an diesen taxativ aufgezählten

Personenkreis hintanhaltend. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin - als ein im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehendes - erfolgte daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG zu Recht.

Da somit bereits der im Schreiben des Auftraggebers vom 7. Juli 2011 unter Punkt II. herangezogene (zweite) Ausscheidenstatbestand erfüllt ist, konnte die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin die rechtzeitige Umsetzung der Transition gewährleisten kann, dahinstehen. Zum "nachweislich ausschreibungswidrigen Angebot von B\*\*\*\*" ist zunächst festzuhalten, dass aufgrund des Anfechtungsgegenstandes (vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt IV., 1.) die Frage, ob auch das Angebot von B\*\*\* auszuschneiden wäre, vom BVA nicht mehr zu beurteilen ist. In diesem Zusammenhang ist die ständige Rechtsprechung des VwGH zu beachten, wonach einem Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig ist und daher auch nicht geltend machen kann, dass andere (bzw. alle anderen) Bieter auszuschneiden gewesen wären (grundlegend VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200). Der Senat weist jedoch an dieser Stelle darauf hin, dass die vom BVA in der Entscheidung vom 2.12.2010, N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070-BVA/04/2010-58 (inhaltlich bestätigt im Erkenntnis des VwGH vom 22.6.2011, 2011/04/0011) "verlangte" vertiefte Angebotsprüfung iSd § 125 Abs 3 Z 1 BVergG vom Auftraggeber in umfassender Art und Weise (einschließlich des Angebotes der B\*\*\*) nachgeholt worden ist (siehe dazu den 80-seitigen Prüfbericht zur vertieften Angebotsprüfung vom 17. März 2011). Abgesehen davon trifft das BVA mit der gegenständlichen Entscheidung keine Aussage über die inhaltliche Rechtmäßigkeit des Angebotes der B\*\*\*. Die Prüfung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit dieses Angebotes bleibt beim gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens ausschließlich in der Verantwortung des AMS als öffentlicher Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle.

Zum seitens der Antragstellerin mehrfach begehrten (nicht näher spezifizierten) Antrag auf "Akteneinsicht in den Originalakt" genügt ein Hinweis auf die jüngste Rechtsprechung des VwGH, wonach die Bestimmung des § 17 AVG die Einsicht in

die Akten des Behördenverfahrens regelt, nicht aber die Einsicht in die Unterlagen des privatwirtschaftlich agierenden Auftraggebers (VwGH 25.1.2011, 2006/04/0238). Dass der Antragstellerin aber die Einsicht in den Nachprüfungsakt **N/0070-BVA/12/2011** offen gestanden und auch gewährt worden ist (in concreto durch Übermittlung der Schriftsätze per Telefax), ist in evidenter Weise ersichtlich.

### **3. Pauschalgebühren**

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Infolge Abweisung des Nachprüfungsantrages, ist die Antragstellerin nicht obsiegende Partei, womit aber weder ein Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag, noch ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf einstweilige Verfügung besteht (vgl. Abs 2)

Wien, am 30. August 2011  
Der Vorsitzende des Senates 12  
Dr. Michael Etlinger