



GZ: N/0070-BVA/12/2011-EV24

Betreff: Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“;
einstweilige Verfügung

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „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 25. Juli 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

I. Der Antrag,

das BVA möge

1. eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber untersagt wird, das Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ fortzusetzen, wird wegen entschiedener Sache **zurückgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 68 Abs 1 AVG 1991

II. Der Antrag,

das BVA möge

2. eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 07.07.2011 ausgesetzt, die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung untersagt und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ den Zuschlag zu erteilen, wird wegen entschiedener Sache **zurückgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 68 Abs 1 AVG 1991

III. Die Anträge,

das BVA möge

3. eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 07.07.2011 ausgesetzt wird;

4. *in eventu* eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ untersagt wird;

5. *in eventu* eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung sowie die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ untersagt wird;

6. *in eventu* eine Einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren „Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung“ untersagt wird.

werden wegen entschiedener Sache **zurückgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 68 Abs 1 AVG 1991

B e g r ü n d u n g

Die **Antragstellerin** stellte am 25. Juli 2011, eingelangt am 26. Juli 2011, die im Spruch ersichtlichen Begehren.

Einleitend wies sie darauf hin, dass mit Bescheid vom 20.7.2011, N/0070-BVA/12/2011-7a, der Senat 12 des BVA den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung deshalb als unbegründet abgewiesen habe, weil der Antragstellerin durch eine Zuschlagsentscheidung und/oder einer Zuschlagserteilung kein unmittelbarer Schaden drohe. Diese Rechtsansicht sei unrichtig. Es sei regelmäßig so, dass in einem Vergabeverfahren nach dem Ausscheiden eines Angebotes der Zuschlag auf ein anderes Angebot erfolgen solle. Dies sei gerade der Normalfall. Nach Auffassung des Senates 12 dürfte in keinem dieser Normalfälle eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Es überrasche daher nicht, dass die Auffassung des Senats 12 (mit Ausnahme der Spruchpraxis des Senats 13) vereinzelt geblieben sei. Bei allen anderen Senaten des BVA und bei allen anderen Vergabekontrollbehörden in Österreich sei es ganz selbstverständlich, dass einem Bieter im Fall des Ausscheidens seines Angebotes einstweiliger Rechtsschutz gewährt werde.

Selbst wenn aber die Rechtsansicht des Senats 12 zutreffe, müssten im gegenständlichen Fall doch die besonderen Umstände des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden: Anders als bei "üblichen" Vergabeverfahren, ermögliche es die letztgültige Ausschreibungsunterlage dem AMS nämlich, auch nach Abgabe des LBO mit dem Bestbieter zu verhandeln. Aus solchen Verhandlungen entstünden der Antragstellerin weitere Nachteile.

Am 26. Juli 2011 legte die Antragstellerin die Fragebeantwortungen des Auftraggebers als Urkunde vor. Der Auftraggeber weigere sich mithin, im Vergabeverfahren inne zu halten. Er weigere sich weiters, der Antragstellerin Auskunft über seine nächsten Schritte im Vergabeverfahren zu erteilen. Und er schließe eine Zuschlagsentscheidung bzw. einen Zuschlag an die B*** nicht dezidiert aus. Jedes der von der Antragstellerin befürchteten Risiken könne sich daher

tatsächlich in den nächsten Tagen verwirklichen, wenn das BVA dem Antrag auf Erteilung einer einstweiligen Verfügung nicht stattgebe.

Ergänzend sei auszuführen, dass der Antragstellerin auch aus der divergenten Spruchpraxis der Senate des BVA eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin entstehen könne: Der - nunmehr zuständige - Senat 12 des BVA sei mit seiner Auffassung, dass einem Bieter aus dem Ausscheiden seines Angebotes kein unmittelbarer Schaden drohen könne, weitgehend allein geblieben; lediglich der Senat 13, nicht aber die anderen Senate des BVA (und auch keine andere Vergabekontrollbehörde in Österreich) würden diese Rechtsansicht teilen. Sollte das Arbeitsmarktservice Österreich nunmehr den Zuschlag direkt an B*** erteilen, wäre die Antragstellerin gezwungen, diese Zuschlagserteilung als unzulässige Direktvergabe anzufechten. Eine solche Anfechtung würde aber ein neues Vergabekontrollverfahren darstellen, das aufgrund des Rotationsprinzips (mit großer Wahrscheinlichkeit) weder dem Senat 12 noch dem Senat 13 zugewiesen werde. Vor jedem anderen Senat des BVA könnte der Antragstellerin vom Auftraggeber entgegengehalten werden, dass der Zuschlag an die B*** rechtsgültig erfolgt sei, weil das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden sei und die Wirkungen dieses Ausscheidens nicht durch eine einstweilige Verfügung gehemmt worden seien. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher auch deshalb notwendig, um die Antragstellerin von den nachteiligen Folgen zu schützen, die der Antragstellerin daraus entstehen könnten, dass der Auftraggeber die divergente Spruchpraxis der Senate des BVA zu seinem Vorteil nütze.

In einer Stellungnahme vom 28. Juli 2011 brachte der **Auftraggeber** Unzulässigkeit des neuerlichen Antrages wegen "entschiedener Sache" vor. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren habe sich seit dem Bescheid des BVA vom 20. Juli 2011, mit dem die Anträge auf Erlassung von einstweiligen Verfügungen abgewiesen worden seien, weder die Sach- noch die Rechtslage geändert. Auch das Antwortschreiben des Vertreters des Auftraggebers vom 25. Juli 2011 habe daran nichts geändert. Darüber hinaus seien die Begehren im ursprünglichen und im aktuellen Antrag - jedenfalls "im Wesentlichen" - deckungsgleich. Anschließend nahm der Auftraggeber im Einzelnen zu den fehlenden Antragsvoraussetzungen Stellung und stellte den

Antrag, die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abzuweisen.

Die vorliegenden Anträge sind **rechtlich** wie folgt zu beurteilen:

Einleitend wird festgehalten, dass der verfahrenseinleitende Antrag auf Nichtigerklärung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 15. Juli 2011 mit Datum vom 15. Juli 2011, 11.35 Uhr, gemäß § 2 Abs 2 der Geschäftsverteilung des BVA (abrufbar auf der Homepage des BVA, www.bva.gv.at) vom Vorsitzenden des BVA dem Senat 12 zugeteilt worden ist. Demzufolge wurde auch der neuerliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dem Senat 12 zugewiesen (vgl. Verfügung des Vorsitzenden des BVA am 26. Juli 2011, 7.17 Uhr).

Gemäß § 68 Abs 1 AVG sind Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

Mit Bescheid vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7, hat das BVA die Anträge vom 15. Juli 2011 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG abgewiesen. Dieser Bescheid erlangte durch Zustellung an die Parteien formelle Rechtskraft.

Entschiedene Sache liegt vor, wenn sich gegenüber dem früheren Bescheid weder die Rechtslage noch der wesentliche Sachverhalt geändert haben. Von einer Identität der Sache kann nur gesprochen werden, wenn einerseits weder in der Rechtslage noch in den für die Beurteilung des Parteibegehrens maßgeblichen tatsächlichen Umständen eine Änderung eingetreten ist und andererseits sich das neue Parteibegehren im wesentlichen mit dem früheren deckt. Identität der Sache iSd § 68 Abs 1 AVG liegt auch dann vor, wenn sich das neue Parteibegehren von dem mit rechtskräftigem Bescheid bereits abgewiesenen nur dadurch unterscheidet, dass eine bisher von der Partei nicht ins Treffen geführte Rechtsfrage aufgegriffen wird

(*Hauer/Leukauf*, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ [2003] E 4a., 5a. und 5d. zu § 68 AVG).

Deckt sich das Parteibegehren im Wesentlichen mit dem früheren, so sind Parteienanträge wegen entschiedener Sache zurückzuweisen, zumal auf die Beachtung der eingetretenen Rechtskraft alle Parteien des abgeschlossenen Verfahrens einen Rechtsanspruch haben. Ansuchen, die offenbar die Aufrollung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache bezwecken, sind auch dann wegen "res iudicata" zurückzuweisen, wenn das Begehren nicht auf Aufrollung lautet (*Hauer/Leukauf*, Handbuch E 29. und 30a. zu § 68 AVG).

Die Voraussetzungen des § 68 Abs 1 AVG sind erfüllt, da sich gegenständlich seit Erlassung des Bescheides vom 20. Juli 2011 weder die Sach- noch die Rechtslage geändert hat; ein diesbezüglich hinreichend substantiiertes Vorbringen der Antragstellerin ist dem Schriftsatz vom 25. Juli 2011 nicht zu entnehmen. Der Hinweis, wonach die Rechtsansicht des Senates 12 des BVA unrichtig sei, ist jedenfalls nicht geeignet, eine neu Sach- oder Rechtslage darzustellen. Somit bezweckt die Antragstellerin aber mit ihrem nunmehrigen neuerlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung offenkundig die Aufrollung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache.

Selbst wenn es sich jedoch gegenständlich nicht um entschiedene Sache iSd § 68 Abs 1 AVG handeln würde, wäre der Hauptantrag, wonach dem Auftraggeber untersagt werden solle, das Vergabeverfahren fortzusetzen, jedenfalls gemäß § 329 Abs 3 BVergG als überschließend abzuweisen, da dem BVA kein Grund ersichtlich ist, dem Auftraggeber jedes Tätig werden im Vergabeverfahren zu untersagen. Die Anordnung der begehrten Maßnahme hätte letztlich die - zu Lasten der Antragstellerin - ergehende Konsequenz, dass dem Auftraggeber auch die Möglichkeit genommen wäre, die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin zu revidieren (in diesem Sinne bereits BVA 25.2.2009, N/0008-BVA/12/2009-EV4 und BVA 11.3.2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14).

Soweit das Begehren auf "Aussetzung" der Ausscheidensentscheidung gerichtet ist, ist festzuhalten, dass diese Entscheidung der Antragstellerin bereits am 7. Juli 2011 bekanntgegeben worden ist und somit als "bereits abgeschlossene Handlung" nicht mehr ausgesetzt werden kann. Die übrigen Begehren (Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. Untersagung der Zuschlagserteilung) wurden bereits im verfahrenseinleitenden Schriftsatz am 15. Juli 2011 gestellt und sind mit Bescheid des BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7, jedenfalls rechtskräftig entschieden.

Wien, am 29. Juli 2011
Der Vorsitzende des Senates 12

Dr. Michael Etlinger