



N/0074-BVA/11/2011-11EV

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Österreichwerbung/AU Werbelinie 2011/Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'“, der Auftraggeberin Verein Österreich Werbung, 1040 Wien, Margaretenstraße 1, vertreten durch die vergebende Stelle, X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.7.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

1. Dem Antrag der Antragstellerin, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt und die Zuschlagsentscheidung vom 18.7.2011 ausgesetzt wird", wird **insoweit stattgegeben**, als der Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Österreichwerbung/AU Werbelinie 2011/Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

2. Dem in eventu gestellten Antrag der Antragstellerin, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt wird und die

Entscheidung vom 18.7.2011, mit der B*** eine Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen, ausgesetzt wird", wird **insoweit stattgegeben**, als der Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Österreichwerbung/AU Werbelinie 2011/Fachlos 1: Entwicklung und Umsetzung einer neuen Werbelinie für die Imagekampagne der Marke 'Urlaub in Österreich'“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, eine Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 18.1.2011. Nach Angabe der Auftraggeberin handelt es sich im gegenständlichen Verfahren um einen wettbewerblichen Dialog gemäß § 34 iVm den §§ 195 ff BVergG.

Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und legte am 02.02.2011 einen Teilnahmeantrag, worauf sie mit Schreiben vom 15.02.2011 zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog eingeladen wurde. Innerhalb der Angebotsfrist, die am 04.07.2011 endete, legte die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot. Am 18.07.2011 erfolgte die Bekanntgabe der Auftraggeberin an die Bieter, dass sie beabsichtige, die Rahmenvereinbarung bzw. den Zuschlag mit der B*** (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen bzw. dieser als Bestbieterin zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 28.7.2011 brachte die **Antragstellerin** einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Mit zeitgleich eingebrachtem Nachprüfungsantrag beehrte die Antragstellerin, die Zuschlagsentscheidung vom 18.7.2011 zu Gunsten der B*** für nichtig zu erklären. In eventu beantragte sie, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 18.7.2011, mit der B*** eine Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen, für nichtig zu erklären. Zudem wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt.

Begründend wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin als eine der bedeutendsten und bekanntesten österreichischen Werbeagenturen ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten des durch die Auftraggeberin durchgeführten Vergabeverfahrens würde der Antragstellerin im Falle einer Zuschlagserteilung bzw. einer rechtswidrigen Wahl der präsumentiven Zuschlagsempfängerin als Partei einer Rahmenvereinbarung ein Schaden entstehen. Der Antragstellerin drohe bei rechtswidriger Verfahrensförführung und Vergabe des Auftrages auch der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin fühle sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten, nicht diskriminierenden und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf nicht Abweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Offenlegung der Niederschrift über die Angebotsprüfung, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht, für die Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bestbieterin, im Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung als Bieterin gemäß den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf detaillierte, nachvollziehbare Begründung der Bestbieterermittlung und der Zuschlagsentscheidung bzw. der Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, im Recht auf nichtdiskriminierende Bestbieterermittlung durch eine fachlich geeignete Bewertungskommission, im Recht auf Bewertung durch eine Bewertungskommission, deren Bewertungsergebnis nicht durch willkürliches Hinzutreten oder Streichen von Mitgliedern seitens der Auftraggeberin beeinflusst wird, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG,

im Recht auf gesetzeskonforme Wahl des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll gemäß § 151 Abs. 3 BVergG sowie im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Konkretisierend führte die Antragstellerin zu den Rechtswidrigkeiten aus, aus der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei nicht klar erkennbar, ob damit eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs. 1 BVergG oder die Wahl des Unternehmens gemäß § 151 Abs. 3 BVergG, mit dem eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, gemeint sei. In der Auftraggeberentscheidung würden beide Formulierungen verwendet. Die in der Auftraggeberentscheidung zitierten Bestimmungen legten den Schluss nahe, dass die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle keine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung, sondern eine "originäre" Zuschlagsentscheidung bekannt geben habe wollen. Es werde nämlich im Betreff des Schreibens die Benennung der Zuschlagsentscheidung "§ 131 Abs. 1 BVergG" zitiert. Die Regelungen über die Zuschlagsentscheidung auf Basis einer Rahmenvereinbarung fänden sich im Gesetz jedoch in § 152 BVergG. Hätte die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer bereits geschlossenen Rahmenvereinbarung nach neuerlichem Wettbewerb gemeint, hätte sie richtigerweise § 152 Abs. 6 Z 4 iVm § 131 Abs. 1 BVergG zitieren müssen. Eine derart unklare Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung sei nicht geeignet, den Bietern die notwendigen Informationen zu liefern, die diese benötigen, um beurteilen zu können, ob einer Anfechtung der Auftraggeberentscheidung aussichtsreich und zweckdienlich sei. Die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 sei somit als rechtswidrig für nichtig zu erklären.

Gemäß § 151 Abs. 3 BVergG würden die Parteien einer Rahmenvereinbarung in einem offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder in einem Verhandlungsverfahren ermittelt. Dieses Ermittlungsverfahren führe allerdings nicht direkt zur Zuschlagserteilung, sondern lediglich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Erst auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung erfolge gemäß § 152 BVergG die Vergabe öffentlicher Aufträge und somit die

Zuschlagserteilung, entweder nach Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbes zwischen den Parteien der Rahmenvereinbarung oder ohne neuerlichen Wettbewerb bei lediglich einer Partei der Rahmenvereinbarung. Eine Zuschlagsentscheidung auf Basis einer zeitlich erfolgten Wahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, widerspreche § 151 Abs. 3 BVergG und sei unzulässig. Sollte daher die Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 eine Zuschlagsentscheidung darstellen, sei diese bereits aus diesem Grund rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären.

Nach Intention der Auftraggeberin solle das gegenständliche Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen. Dies gehe sowohl aus der Ausschreibungsunterlage als auch aus der Bekanntmachung der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 hervor. Gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung ausschließlich nach Durchführung eines offenen Verfahrens, nicht offenen Verfahrens oder nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung möglich. Das gegenständliche Verfahren sei allerdings als wettbewerblicher Dialog durchgeführt worden. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sei der Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges allerdings nicht zulässig. Das Verfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union als Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungsauftrages in Form eines wettbewerblichen Dialoges bekanntgemacht worden. Der geplante Abschluss einer Rahmenvereinbarung sowie die Anzahl der auszuwählenden Unternehmen sei dabei nicht bekanntgemacht worden. Es sei auch keine genaue Laufzeit der Rahmenvereinbarung vorgesehen. Gemäß § 151 Abs. 6 BVergG dürfe die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung jedoch 3 Jahre nicht überschreiten. Nur ausnahmsweise und bei Vorliegen sachlicher Gründe dürfe dieser Zeitraum auf maximal 5 Jahre ausgedehnt werden.

Überdies liege eine formale Unrichtigkeit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 vor, da die Ausschreibungsunterlage die Ermittlung des Bestbieters aufgrund der Bewertung der Kommunikationsideen für die Image- und Kooperationskampagne durch die Beratungskommission sowie aufgrund des Preises

festlege. Im gegenständlichen Fall sei der Antragstellerin mit der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 lediglich die Summe der vergebenen Punkte aufgeschlüsselt nach Zuschlagskriterien mitgeteilt worden. Eine Aufteilung auf die einzelnen Bewertungskommissionsmitglieder sei nicht erfolgt. Damit habe es die Auftraggeberin verabsäumt, der Antragstellerin die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vollständig mitzuteilen, die für eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidung erforderlich seien. Nach erfolgter Übermittlung der ersten Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 (die von der Auftraggeberin zurückgenommen wurde) habe die Antragstellerin die Einzelbewertungen der Kommissionsmitglieder und die Begründungen hierzu urgiert. Am 08.07.2011 seien der Antragstellerin die Bewertungsblätter der drei Kommissionsmitglieder zu ihrem Angebot samt verbaler kurzer Begründung der einzelnen Bewertungen durch die Mitglieder der Bewertungskommission übermittelt worden. Gleichzeitig sei der Antragstellerin eine Detailaufstellung der Punktevergabe der drei Kommissionsmitglieder übermittelt worden. Mit der neuerlichen, nunmehr angefochtenen Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 habe die vergebende Stelle eine Detailaufstellung der Punktevergabe übermittelt, wobei diese nun anders als die mit 08.07.2011 übermittelte Detailaufstellung, nicht mehr getrennt nach Mitgliedern der Bewertungskommission aufgeschlüsselt gewesen sei. Die nunmehr mitgeteilte Bewertung des Angebotes der Antragstellerin weiche von der mit 08.07.2011 im Nachhang zur ursprünglichen Zuschlagsentscheidung vom 04.07.2011 übermittelten Bewertung ab. Insgesamt sei die Antragstellerin in den Qualitätskriterien punktemäßig schlechter bewertet worden. Es liege jedoch der Schluss nahe, dass es zu keiner neuerlichen Bewertung gekommen sei, da der Vergleich der Detailaufstellung der Punktevergabe aus der ersten Angebotsbewertung mit der nunmehr mit Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 bekanntgegebenen Punktebewertung erkennen lasse, dass diese vermeintlich neue Bewertung offenbar dadurch erreicht worden sei, dass das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der ursprünglichen Bewertung weggestrichen worden sei. Der Umstand, dass keine neuerliche Bewertung der Angebote erfolgt sei, sei auch durch die vergebende Stelle bestätigt worden. Die nunmehr in der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 vorgenommene Begründung der

Bewertung weiche von den in den ursprünglichen Bewertungsblättern enthaltenen Begründungen der beiden Kommissionsmitglieder 1 und 2 erheblich ab. Es liege somit der Schluss nahe, dass es hier nachträglich lediglich zu einer neuerlichen Begründung der Bewertung gekommen sei. Die Bewertung der einzelnen Kommissionsmitglieder an sich sei offenbar nicht geändert worden, die verbale Begründung sei somit erst im Nachhinein vorgenommen worden. Im Gegensatz zur ursprünglichen Bewertungsbegründung in den mit 08.07.2011 übermittelten Bewertungsprotokollen sei nunmehr lediglich eine gemeinsame Begründung vorgenommen worden. Diese gemeinsame Begründung ermögliche es der Antragstellerin jedoch nicht, die Einzelbewertungen der Kommissionsmitglieder nachzuvollziehen. Die Begründungen der Bewertungen der einzelnen Kommissionsmitglieder seien nicht mehr zuordenbar.

Darüber hinaus stamme die in der Auftraggeberentscheidung vom 18.07.2011 angeführte Begründung der Bewertung in Teilen offenbar nicht von den Bewertungsmitgliedern. Dies ergebe sich aus der Niederschrift über das Abstimmungsgespräch vom 16.05.2011 sowie der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch vom 20.06.2011. Da der Antragstellerin die Begründung der Bewertung der Kommissionsmitglieder bekannt sei und die dort angeführten Begründungen nicht mit den in der angefochtenen Auftraggeberentscheidung bekanntgegebenen Begründungen übereinstimmten, sei nicht auszuschließen, dass die angeführten Bewertungsbegründungen nicht von den Mitgliedern der Bewertungskommission selbst stammten, sondern nachträglich eingefügt worden seien.

Die gegenständliche Auftraggeberentscheidung basiere auf einer unrichtigen, mangelhaften und rechtswidrigen Angebotsbewertung und der damit verbundenen unrichtigen, mangelhaften und rechtswidrigen Bestbieterermittlung. So liege eine Gewichtung der in der Ausschreibung festgelegten Sub- Subzuschlagskriterien nicht vor. Ferner seien auch keine nachvollziehbaren Gründe für die Vornahme einer Gewichtung dieser Kriterien angeführt. Da weder eine Gewichtung nach einer Reihenfolge noch eine Gewichtung nach der Bedeutung der Sub-Subzuschlagskriterien festgelegt sei, sei die Angebotsbewertung nicht objektiv

nachvollziehbar und somit rechtswidrig. Da eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien nicht zulässig sei, sei das Verfahren daher jedenfalls zu widerrufen.

Das Angebot der Antragstellerin sei in den Zuschlagskriterien 7.1. "Kommunikationsidee" und 7.2. "Berücksichtigung der Fachjurybeiträge" unrichtig bewertet. Das Angebot hätte in den genannten Zuschlagskriterien jeweils mit der Höchstpunktezahl bewertet werden müssen. Weiters habe die Auftraggeberin die Antragstellerin während der gesamten Dialogphase in diversen Briefings, Abstimmungsgesprächen und Protokollen aufgefordert, ihre Kommunikationsidee weiterzuverfolgen, da sie auf einem guten Weg sei. Entgegen diesen Aussagen und trotz der gemeinsamen Überarbeitung von Unterlagen bzw. sogar Auswahl von Sujets beurteile die Auftraggeberin die nunmehrige Umsetzung teilweise ausdrücklich gewünschter Ideen abweichend. Im Zusammenhang mit der unrichtigen Bewertung ihres Angebotes führt die Antragstellerin insbesondere die Subkriterien Punkt 7.1.1 "Allgemeine Qualitätskriterien", 7.1.2 "Qualität der Markenumsetzung", 7.1.3 "Qualität der Anschlussfähigkeit für Markenallianzen", 7.1.4 "Qualität der Umsetzung", sowie 7.2. "Berücksichtigung der Fachjurybeiträge" an.

Neben der inhaltlichen Unrichtigkeit der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin stimme auch die verbale Begründung mit der erfolgten Bewertung (sowohl relativ im Vergleich zum Bestbieter als auch absolut) nicht überein.

Zur Bewertung und zum Wegstreichen des Kommissionsmitgliedes Nummer 3 brachte die Antragstellerin vor, sollte die Punktebewertung nicht neuerlich durchgeführt worden sein, sondern lediglich das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der Berechnung der Gesamtbewertung gestrichen worden sein, so sei dieses Vorgehen unzulässig. Die Auswahl des gestrichenen Kommissionsmitgliedes spreche für eine Diskriminierungsabsicht gegenüber der Antragstellerin, da nämlich das gestrichene Kommissionsmitglied Nummer 3 das Angebot der Antragstellerin in sämtlichen Zuschlags- und Subkriterien von den drei Mitgliedern der Kommission jeweils am höchsten bewertet habe. Die Streichung gerade dieses Kommissionsmitgliedes lege den Schluss nahe, dass damit der Punkteabstand der

Antragstellerin in der Gesamtbewertung zur präsumentiven Bestbieterin erhöht werden sollte. Damit seien die Angebotsbewertung und die Bestbieterermittlung rechtswidrig.

Sollte es jedoch zu einer neuerlichen Bewertung der Angebote gekommen sein, sei auch die neuerliche Angebotsbewertung unrichtig und rechtswidrig, da aufgrund der Ausschreibungsunterlage in den Zuschlagskriterien 7.1. und 7.2. die Angebotsbewertung durch eine Bewertungskommission, bestehend aus Vertretern der Auftraggeberin erfolgt sei. Diese Bewertungskommission stelle zwingend ein anderes Beurteilungsorgan dar als die zur Bewertung der Lösungsvorschläge in der Dialogphase berufene Fachjury. Diese sei nämlich zum überwiegenden Teil mit externen Sachverständigen besetzt gewesen. Die Begründung der Bewertung stamme teilweise nachweislich nicht von der Bewertungskommission, sondern von der Fachjury für die Dialogphase. Es sei daher nicht auszuschließen, dass eine allenfalls erfolgte neuerliche Angebotsbewertung nicht von der Bewertungskommission der Auftraggeberin, sondern der Fachjury durchgeführt worden sei. Eine Angebotsbewertung durch die Fachjury statt durch die Bewertungskommission verstoße gegen die bestandsfesten Festlegungen der Auftraggeberin und belaste die Bestbieterermittlung mit Rechtswidrigkeit.

Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die laut Ausschreibungsunterlage für die Bewertung zuständige Bewertungskommission zu einem anderen Bewertungsergebnis der Angebote gekommen wäre als die Fachjury.

Auch selbst wenn eine allenfalls erfolgte neuerliche Angebotsbewertung durch eine Bewertungskommission der Auftraggeberin erfolgt sein sollte, wäre die Angebotsbewertung unrichtig und rechtswidrig, da in der Ausschreibungsunterlage festgelegt sei, dass die Angebote getrennt von jedem Kommissionsmitglied einzeln zu bewerten seien und erst danach rein rechnerisch der Durchschnitt der Einzelbewertungen zu bilden sei. Die mit 18.07.2011 übermittelte Bewertungsbegründung enthalte lediglich eine Gesamtbegründung der Bewertung der Bewertungskommission. Da nur diese Gesamtbegründung mit der Bekanntgabe der Auftraggeberentscheidung offengelegt worden sei, liege offenbar tatsächlich nur eine derartige Gesamtbegründung der Angebotsbewertung vor. Auch seien der

Antragstellerin weder Einzelbewertungsbögen der Kommissionsmitglieder noch die von jedem Kommissionsmitglied vergebenen Punkte übermittelt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass lediglich eine Gesamtbewertung der Angebote durch die Bewertungskommission stattgefunden habe, also keine gesonderte Bewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder. Mit der Durchführung einer Gesamtbewertung der Angebote verstoße die Auftraggeberin jedoch gegen die bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Auf Nachfrage der Antragstellerin betreffend die Anzahl der Kommissionsmitglieder sei am 11.07.2011 per E-Mail mitgeteilt worden, dass sich die Auftraggeberin aufgrund der Komplexität des Vergabeverfahrens entschieden habe, eine dreigliedrige Bewertungskommission zur Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Kommunikationsidee" heranzuziehen. Wie bereits andernorts im Nachprüfungsantrag dargestellt, sei für die nunmehr erfolgte Angebotsbewertung das Kommissionsmitglied Nummer 3 aus der Bewertung gestrichen worden, womit lediglich zwei Kommissionsmitglieder in der Bewertungskommission verblieben seien. Mit der Verringerung der Anzahl der Mitglieder der Bewertungskommission auf zwei Mitglieder verstoße die Auftraggeberin gegen ihre bestandfesten Festlegungen.

Durch Wegstreichen der Bewertung des Kommissionsmitgliedes Nummer 3 werde keine Bewertung durch lediglich zwei Kommissionsmitglieder erreicht, es sei nämlich nicht auszuschließen, dass das dritte Kommissionsmitglied, von dem lediglich die Bewertung weggestrichen worden sei, die anderen Kommissionsmitglieder bei der Punktevergabe beeinflusst habe. Insbesondere bestehe die Möglichkeit, dass es zu Diskussionen oder einem Meinungs austausch in anderer Form gekommen sei. Um eine neuerliche Bewertung mit lediglich zwei Kommissionsmitgliedern vorzunehmen, hätte die Auftraggeberin die Bewertung mit den beiden verbliebenen Kommissionsmitgliedern neuerlich, ohne Anwesenheit des dritten Kommissionsmitgliedes, durchführen müssen. Es könne nämlich auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Bewertungskommission in dieser Zusammensetzung zu einem anderen Bewertungsergebnis gekommen wäre.

In den Bewertungsblättern der Kommissionsmitglieder werde, wenn überhaupt, lediglich punktuell auf die Sub- Subkriterien eingegangen. Die Begründungen der Kommissionsmitglieder seien insgesamt nicht sehr ausführlich. Diese unzureichende Begründungstiefe ziehe sich durch die gesamten Bewertungsblätter. Ob die Kommissionsmitglieder den Sub- Subkriterien eine Gewichtung beigemessen haben oder, ob sie die Werbelinien in Bezug auf die einzelnen Sub- Subkriterien tatsächlich geprüft haben, sei nicht nachvollziehbar. Diese mangelhafte Begründung der Punktevergabe durch die Kommissionsmitglieder lasse gegenständlich auf mangelnde Fachkunde der bewertenden Mitglieder schließen. Eine fachkundige Person, die über Erfahrung bei der Bewertung derartiger Werbeleistungen verfüge, müsse wissen, dass die Begründung einer Angebotsbewertung mit Stichworten und Halbsätzen nicht für deren objektive Nachvollziehbarkeit genüge. Allein aus diesem Grund sei von mangelnder Fachkunde der Kommissionsmitglieder und somit der Rechtswidrigkeit der Angebotsbewertung bzw. der Bestbieterermittlung auszugehen.

Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung festzulegen, ob die Rahmenvereinbarung mit einem oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden soll. Soll die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern geschlossen werden, ist die genaue Anzahl festzulegen.

Dies sei von der Auftraggeberin verabsäumt worden. In der Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages sei weder die Anzahl der Unternehmer genannt, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, noch sei überhaupt bekannt gemacht worden, dass Gegenstand des Verfahrens der Rahmen einer Rahmenvereinbarung sei. Aus Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich durch Verwendung des Plurals allerdings, dass die Rahmenvereinbarung mit mehr als einem Partner abgeschlossen werden solle. Da die Antragstellerin unter der Annahme, dass die Bestbieterermittlung rechtskonform erfolgt sei, zweitgereichte Bieterin im Verfahren sei, wäre auch mit ihr jedenfalls die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Dadurch, dass die Wahl des Partners der Rahmenvereinbarung jedoch nur auf die Erstgereichte gefallen sei, verstoße die Auftraggeberin gegen ihre eigenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei schon deshalb zwingend erforderlich, da der Auftraggeberin durch die Erteilung des Zuschlages bzw. durch die Wahl des Partners der Rahmenvereinbarung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünden auch keine öffentlichen Interessen entgegen.

Mit Schriftsatz vom 29.7.2011 erteilte die **Auftraggeberin** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Dazu führte sie aus, dass eine 1. Zuschlagsentscheidung über die Auswahl des Unternehmens, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen und dem der Agenturauftrag erteilt werden solle, am 4.7.2011 getroffen worden sei. Diese sei am 15.7.2011 widerrufen worden. Nach neuerlicher Befassung der Bewertungsjury sei eine 2.Zuschlagsentscheidung getroffen worden.

Mit Schriftsatz vom 02.08.2011 nahm die **Auftraggeberin** zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung und führte aus, der Antrag sei schon deshalb zurückzuweisen, da die Antragstellerin es verabsäumt habe, die ihr unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen darzulegen und auch keine Angaben über den ihr drohenden Vermögensschaden gemacht habe. Die von der Antragstellerin geltend gemachten Schäden aus entgangenem Gewinn bzw in Höhe der Kosten der Angebotslegung seien rein monetäre Schäden, die durch eine Schadenersatzklage verhindert werden könnten.

Die Auftraggeberin hingegen habe ein erhebliches besonderes Interesse an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens und dem sofortigen Abschluss der Rahmenvereinbarung/Auftragserteilung. Es seien die Breitenwirkung der gegenständlichen Verträge für die österreichische Tourismuswirtschaft in ihrer Gesamtheit und die Notwendigkeit einer nachhaltigen Werbelinie zu berücksichtigen. Eine derart nachhaltige Werbelinie für die österreichische Tourismuswirtschaft müsse zum jetzigen Zeitpunkt begründet werden, um sie auf Dauer und ununterbrochen fortführen zu können. Die Erlassung einer unbefristeten einstweiligen Verfügung widerspreche dem Gebot, für die österreichische Tourismuswirtschaft die Werbelinie und damit das Image Österreichs gesichert fortzuführen. Eine unbefristete

einstweilige Verfügung gefährde die österreichische Tourismuswirtschaft in einem nicht bezifferbaren Ausmaß.

Die Auftraggeberin habe Verfahrensverzögerungen mitberücksichtigt. Das Vergabeverfahren habe - nicht zuletzt aufgrund der Anträge und "Aktionen" der Antragstellerin - mehr als sieben Monate gedauert. Mit einer 7-monatigen Verfahrensdauer seien alle "Unabwägbarkeiten" eines Verfahrens abgedeckt. Eine nunmehrige, weitere unbefristete Verfahrensverzögerung müsse von der Auftraggeberin nicht einkalkuliert werden.

Im Sinne des Gebots des gelindesten Mittels sei die einstweilige Verfügung mit einem Verbot der Auftragserteilung und einer Befristung von maximal sechs Wochen zu erlassen. Die Entscheidungsfrist betrage für das Bundesvergabeamt gemäß § 326 BVergG sechs Wochen. Von der beantragten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sei Abstand zu nehmen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Der Verein Österreich Werbung ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (BVA 28.1.2004, 10N-3/04-9).

Nach Angaben der Auftraggeberin ist der gegenständliche Auftrag als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines wettbewerblichen Dialogs gemäß § 34 iVm §§ 195ff BVergG vergeben werden. Laut Stellungnahme der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag

auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin hat die Antragstellerin in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen dargelegt und die maßgeblichen Tatsachen glaubhaft gemacht. Sie hat vorgebracht, dass in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung der gegenständliche Auftrag ein wesentliches Referenzprojekt darstelle. Im Fall der rechtswidrigen Verfahrensführung und der Vergabe des gegenständlichen Auftrages drohe der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065) ist unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG auch der Verlust des Referenzprojektes zu verstehen. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG sind all jene Nachteile umfasst, die in einer Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmens, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen. Die Antragstellerin hat damit die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter als die Antragstellerin bzw. die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter als der Antragstellerin abgeschlossen werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt (vgl VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen

Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Da die Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden - jedenfalls in Form des Verlustes eines Referenzprojektes - der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Eine Auftragserteilung an die Antragstellerin bzw ein Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zu Entscheidung in der

Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung bzw. einen allfälligen Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin ermöglicht.

Zu ihrem besonderen und erheblichen Interesse an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens sowie am sofortigen Abschluss der Rahmenvereinbarung verwies die Auftraggeberin auf die Breitenwirkung der gegenständlichen Verträge für die österreichische Tourismuswirtschaft in ihrer Gesamtheit und die Notwendigkeit einer nachhaltigen Werbelinie. Diese müsse für die österreichische Tourismuswirtschaft zum jetzigen Zeitpunkt begründet werden, um sie auf Dauer und ununterbrochen fortführen zu können. Eine unbefristete einstweilige Verfügung gefährde Österreichs Tourismuswirtschaft in einem nicht bezifferbaren Ausmaß. Abgesehen davon, dass mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens die einstweilige Verfügung zeitlich befristet wurde, handelt es sich bei den vorgebrachten Interessen der Auftraggeberin an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens um pauschale Darlegungen, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Das unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessensabwägung iSd § 329 Abs. 1 BVergG sein (vgl. BVA 27.8.2009, N/0088-BVA/04/2009-EV10; 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2009-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7).

Soweit die Auftraggeberin vorbringt, dass das Vergabeverfahren mehr als sieben Monate aufgrund der Anträge und Aktionen der Antragstellerin dauere, ist dem entgegen zu halten, dass die erste Zuschlagsentscheidung vom 4.7.2011 von der Auftraggeberin widerrufen wurde und nach neuerlicher Befassung der Bewertungsjury die nunmehrige Entscheidung vom 18.7.2011 getroffen wurde. Die damit verbundene Verfahrensverzögerung kann daher nicht der Antragstellerin angelastet werden. Inwiefern die Auftraggeberin in der von ihr geplanten siebenmonatigen Verfahrensdauer tatsächlich Verfahrensverzögerungen berücksichtigt bzw auch auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsantrages und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen hat, hat die

Auftraggeberin nicht weiter dargelegt. Ihr pauschales Vorbringen vermag nicht zu überzeugen.

Demgegenüber besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspekts des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochten Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten.

Bei der beantragten Untersagung der Erteilung des Zuschlages bzw. des Abschlusses der Rahmenvereinbarung handelt es sich im Vergleich zur Aussetzung der Zuschlagsentscheidung bzw. zur Aussetzung der Entscheidung vom 18.7.2011, mit der B*** eine Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen, um die gelindeste noch zum zielführende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs. 3 BVergG, zumal der Auftraggeberin dabei mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass die Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge gemäß § 326 BVergG grundsätzlich mit 6 Wochen begrenzt ist.

Wien, am 4. August 2011
Die Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 11

Dr. Margit Möslinger-Gehmayr