



N/0112-BVA/10/2011-EV9

Betreff: Nachprüfungsverfahren und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG,“;

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG,“ der Auftraggeberin IEF-Service GmbH vertreten durch X***, Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OG auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 31. Oktober 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag: „*Der IEF-Service GmbH wird im Vergabeverfahren ‚Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG‘ bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das Vergabeverfahren ‚Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG‘ fortzusetzen,*

- *in eventu die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens einzuleiten bzw. fortzuführen,*
- *in eventu zur Angebotsabgabe aufzufordern,*
- *in eventu die Angebote öffnen.“*

wird mit der Maßgabe **stattgegeben**, dass der IEF-Service GmbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt** wird, im Vergabeverfahren „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG“ **zweite Stufe** des Verhandlungsverfahrens einzuleiten bzw. fortzuführen.

Die übrigen Anträge werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OG in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 31. Oktober 2011 den im Spruch wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Nichtigerklärung der Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Ersatz der Pauschalgebühr ein. Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes führte die Antragstellerin aus, dass sich das Interesse am Vertragsabschluss schon aus der Stellung eines Teilnahmeantrags ergebe. Ihr drohe ein Schaden durch den Verlust einer Chance auf Zuschlagserteilung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Ihr drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des Deckungsbeitrages der bisher angelaufenen Kosten für das Studium der Teilnahmeunterlagen und die Teilnahmeantragstellung in der Höhe von weit über 5.000 € sowie die Kosten Rechtsvertretung. Weiters drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtete sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens verletzt. Weiters brachte sie als Gründe der Rechtswidrigkeiten vor, dass ihre Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens mangels Eignung aus mehreren Gründen rechtswidrig sei. Die Nachforderung von Nachweisen durch die Auftraggeberin vom 31. Oktober 2011 sei kein Fall des § 68 Abs 1 Z 7 BVergG. Es gehe nicht um die Erteilung von Auskünften, sondern um die Vorlage von Nachweisen. Die Antragstellerin habe den überwiegenden Teil der Nachweise nachgebracht und nur vier Nachweise nicht in der gewünschten Form vorgelegt. Dies sei möglicherweise eine geringfügige Unvollständigkeit der Verbesserung. Im gesetzlichen Tatbestand der „Nichterteilung von Auskünften“ könne dieses Verhalten ohne Überschreitung des

Gesetzeswortlautes nicht unterstellt werden. Die Auftraggeberin habe sich in den Teilnahmeunterlagen nicht festgelegt, wie sie bei der Verbesserung fehlender unvollständiger Nachweise vorgehen werde. Die Auftraggeberin habe andere Bewerber mehrfach zur Verbesserung aufgefordert und auch telefonische Hilfestellung bei der Verbesserung gewährt. Sie hätte daher die Antragstellerin auch noch einmal zur Verbesserung auffordern müssen. Die Eignungsanforderungen seien gemessen am Ausschreibungsgegenstand extrem hoch angesetzt worden. Es dürfe der Auftraggeber nachfolgend nicht durch überzogen strenges Vorgehen bei der Verbesserung den potentiellen Bietermarkt zusätzlich einschränken. Es seien weniger als vier Bewerber in die zweite Stufe des Wettbewerbs einbezogen worden. Dies widerspreche den Vergabegrundsätzen des § 19 BVergG. Sie habe Bieter eingeladen, die nicht alle Eignungskriterien erfüllten, die gegenständlich allenfalls fehlenden Eignungsnachweise betrafen einen kleinen Subunternehmeranteil. Insgesamt hätte die Auftraggeberin die Antragstellerin noch einmal zur Verbesserung auffordern müssen und sie nicht ausscheiden dürfen. Auch sei die Aufforderung nicht genau genug gewesen. Es gelte für den Nachweis der Gewerbeberechtigung. Die Frist für die Vorlage der Registerauszüge der Korruptionsstaatsanwaltschaft sei zu kurz gewesen. Die Zertifizierung im Projektmanagement sei so formuliert, dass nicht erkennbar sei, welche Nachweise die Auftraggeberin hätte haben wollen. Die eingeräumte Verbesserungsfrist vom 27. September 2011 bis 5. Oktober 2011 sei zu kurz, um die Nachweise zu beschaffen. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müsse im Verhandlungsverfahren erst zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Antragstellerin habe eine Eigenerklärung im Sinne des § 70 Abs 2 BVergG abgegeben. Auch wenn sie nicht vollkommen klar gewesen sein möge, hätten die Ausführungen der Antragstellerin ausschreibungskonform ausgelegt oder der Antragstellerin zur Verbesserung vorgelegt werden müssen. Die B*** sei seit langem Vertragspartnerin der Auftraggeberin. Sie verfüge daher über Eignungen und Eignungsnachweise. Die Nachforderung von Nachweisen mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 sei daher schikanös und rechtsmissbräuchlich erfolgt. Die Leistungs- und Funktionsbeschreibung der Auftraggeberin sei so allgemein und generell gehalten gewesen, dass der Leistungsumfang und damit die Notwendigkeit von Subunternehmern wie etwa der B*** für den Bereich Lohnverrechnung klar erkennbar gewesen seien. Der Umfang der nachzubringenden Eignungsnachweise

für Subunternehmer sei unklar. Die Auftraggeberin hätte daher die Eignungsnachweise für die Subunternehmerin nicht fordern dürfen.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen des Nachprüfungsantrags zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darüber hinaus brachte sie im Wesentlichen vor, dass, wenn die Auftraggeberin ihre angefochtene Entscheidung aufrecht erhalten und die Antragstellerin nicht zur zweiten Stufe des Verfahrens zulassen würde, würde sie das Recht der Antragstellerin auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit ihre Chance auf Zuschlagserteilung verletzen. Der geltend gemachte Schaden würde eintreten. Einer einstweiligen Untersagung der Fortsetzung des Verhandlungsverfahrens stünde kein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes sowie auch der Höchstgerichte habe grundsätzlich jeder öffentliche Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung zu rechnen. Dies sei von ihm von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechend zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen. Wenn diese Möglichkeit vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet werde, so könne es nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Des Weiteren habe der Auftraggeber sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse dadurch dokumentiert, dass er eine Verfahrensart gewählt habe, die längere Fristen aufweise.

Am 7. November 2011 erteilte die Auftraggeberin IEF-Service GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte mit, dass sie die verbliebenen Bewerber mit E-Mail vom 3. November 2011 darauf hingewiesen habe, dass ein Nachprüfungsverfahren anhängig sei und dessen Ausgang abgewartet werde, bis mit dem Vergabeverfahren fortgefahren werde. Sie sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Darüber hinaus brachte sie vor, dass die Antragstellerin trotz vergaberechtskonformer Aufforderung keine ausreichenden Nachweise erbracht habe. Die Nichtzulassung zur Teilnahme sei somit ordnungsgemäß erfolgt. Sämtliche Eignungskriterien sowie die Nachweise

dafür seien sachlich und eindeutig festgelegt worden. Die Teilnahmeunterlagen seien mangels Anfechtung bestandsfest geworden. Die Prüfung der Teilnahmeanträge sei von der Auftraggeberin vergaberechtskonform durchgeführt worden. Eine neuerliche Aufforderung der Antragstellerin zur Aufklärung, Verbesserung oder Nachreichung durch die Auftraggeberin wäre diskriminierend und somit vergaberechtswidrig. Die Auftraggeberin beantragte, das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge der Antragstellerin vom 31. Oktober 2011 auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme der Antragstellerin vom 21. Oktober 2011 zurück- in eventu abweisen und sämtliche Bestandteile des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes sowie die Punkte 1.2 und 1.3.1 der gegenständlichen Stellungnahme von der Akteneinsicht ausnehmen. Weiters legte die Auftraggeberin den gegenständlichen Vergabeakt vor.

Am 9. November 2011 brachte die Antragstellerin eine neuerliche Stellungnahme ein und hielt ihre bisherigen Anträge aufrecht.

2. Sachverhalt

Die IEF Service GmbH schreibt unter der Bezeichnung „Entwicklung einer IT-Lösung (Software) für den Vollzug des IESG“ einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit dem CPV-Code 72230000- am Entwicklung von kundenspezifischer Software aus. Der geschätzte Auftragswert liegt oberhalb der Schwellenwerte des BVergG. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt. Die Bekanntmachung wurde am 19. August 2011 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen versendet und zur Zahl 2011/S 162-267952 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Es wurde am 22. August 2011 im elektronischen Lieferanzeiger bekanntgemacht. Der Auftrag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Vergabeverfahren befindet sich in der ersten Stufe. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 21. Oktober 2011, 12.10 Uhr, teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgendes mit:

„Die A*** hat am 19.09.2011 einen Teilhahmeantrag im gegenständlichen Vergabeverfahren eingebracht.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war unter 2.2.3.5 der Teilhahmehunterlagen unter anderem gefordert:

- ‚Zertifizierungen im Projektmanagement (IPMA oder PMA, **min. Level C** oder ein gleichwertiger **Nachweis**) der für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen und namentlich bekannt zu gebenden Person(en)‘

Sie haben zu diesem Punkt in Ihrem Teilhahmeh Antrag keinen Nachweis erbracht, sondern bloß in allgemeiner Art auf Ihren Subunternehmer verwiesen. In der Nachreichung vom 05.10.2011 haben Sie zu diesem Punkt mitgeteilt: ‚Gemeinsam mit unserem Subunternehmer B*** verfügen wir über eine ganze Reihe von Mitarbeitern die über die Zertifizierung im Projektmanagement gemäß 2.2.3.5 der Teilhahmehunterlagen verfügen. Im Profil anbei ist zumindest einer der in Frage kommenden Mitarbeiter im Detail beschrieben.‘ Dort findet sich dann eine Zertifizierung für Herrn C*** von B*** als Junior Projektmanager/in (IPMA-Level D).

Eine Zertifizierung auf Level D ist eine um eine Stufe niedrigere Zertifizierung als die geforderte. Sie erfüllt daher die Mindestanforderungen der Teilhahmehunterlagen nicht. Ihre allgemeine Mitteilung ersetzt keinen Nachweis, zumal keine entsprechenden Personen namentlich bekannt gegeben wurden.

Zudem wurden die folgenden in den Teilhahmehunterlagen geforderten Nachweise für den notwendigen Subunternehmer B*** trotz Nachforderung nicht (ordnungsgemäß) erbracht:

- (aktueller) Nachweis der Gewerbeberechtigung (2.2.3.2 der Teilhahmehunterlagen): Die Nachweise für B*** stammen aus den Jahren 1993 und 1998 und erfüllen daher nicht das Erfordernis der Aktualität (nicht älter als vier Wochen zum Zeitpunkt der Einbringung des Teilhahmeh Antrags, siehe 2.2.3.1 der Teilhahmehunterlagen und unser Schreiben vom 28.9.2011).
- Registerauszug der Korruptionsstaatsanwaltschaft (2.2.3.3 der Teilhahmehunterlagen): Nachgewiesen wurde bloß die Beantragung dieses Nachweises.
- Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörden (2.2.3.3 der Teilhahmehunterlagen): Die der Nachreichung beigelegte Buchungsmittelteilung hat keine der Rückstandsbescheinigung vergleichbare Aussagekraft.

Ihr Unternehmen ist aus diesen Gründen mangels Eignung nicht für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen.

Die IEF-Service GmbH bedauert, Ihnen keine günstigere Mitteilung machen zu können.“
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die geeigneten Bieter wurden noch nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Die Auftraggeberin gab bislang weder eine Zuschlags- noch eine Widerrufsentscheidung bekannt, noch wurde der Zuschlag erteilt oder der Widerruf erklärt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin entrichtete €2.627 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern genannten Quellen schlüssig. Es sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens und Auskünfte, die nur der

Auftraggeber erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die IEF-Service GmbH. Sie wurde gemäß § 1 Bundesgesetz, mit dem eine IAF-Service GmbH gegründet wird (IEF-Service GmbH-Gesetz-IEFG), BGBl I Nr. 88/2001 idF BGBl I Nr. 29/2010, gegründet. Gemäß § 3 Abs 1 IEFG ist ihr Unternehmensgegenstand die Besorgung von Aufgaben auf dem Gebiet der Insolvenz-Entgeltsicherung. Die Aufgabenbesorgung hat in den vom Gesetz bestimmten Fällen hoheitlich, sonst in den Formen des Privatrechts zu erfolgen. Gemäß § 5 Abs 1 IEFG stehen die Anteile der Gesellschaft zu 100 % im Eigentum des Bundes. Die Ausübung der Gesellschafterrechte und die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes obliegen gemäß § 5 Abs 2 IEFG dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Die IEF-Service GmbH erbringt somit Aufgaben im Allgemeininteresse, nämlich die Insolvenz-Entgeltsicherung. Es handelt sich dabei auch um nicht gewerbliche Aufgaben, die zum Teil sogar hoheitlich zur erledigen sind. Als Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzt sie Rechtspersönlichkeit. Da sie zur Gänze im Eigentum der Republik Österreich, Bund, steht, wird sie von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie Nr. 7 in Anhang III zum BVergG und somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über den relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG ivm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag und noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Die Entscheidung über die Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens wurde der Antragstellerin am 21. Oktober 2011 bekannt gegeben. Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags gemäß § 321 Abs 1 BVergG endete daher am 31. Oktober 2011. Der Nachprüfungsantrag wurde per E-Mail am 31. Oktober 2011 nach Ende der Arbeitsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht und befand sich noch am 31. Oktober 2011 im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes. Er ist daher rechtzeitig (BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44, RdW 2010/658 = ZVB-LSK 2011/13) eingelangt.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist beim Bundesvergabeamt einzubringen. Er hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,
2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen,
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) ...

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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.

(2) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(3) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

(4) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar. Für die Vollstreckung gilt das Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG, BGBl. Nr. 53.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Fortführung des Vergabeverfahrens in der zweiten Stufe ohne die Beteiligung der Antragstellerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und damit zur Angebotslegung einzuladen wäre, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Hintanhaltens der Einleitung der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Teilnahme an der zweiten Stufe nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Einladung der Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen zusammengefasst an der Teilnahme der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und an der Hintanhaltung des Eintritts des drohenden Schadens.

Die Auftraggeberin macht keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Dem Bundesvergabeamt wurden keine besonderen öffentlichen Interessen mitgeteilt noch sind solche hervorgekommen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Diese Maßnahme ist überschießend und daher abzuweisen, da

ein solches Verbot bedeuten würde, dass nicht einmal der Antragstellerin die Entscheidung über die Nichtzulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zurückgenommen werden könnte (BVA 16. 8. 2011, N/0079-BVA/05/2011-EV7). Die Untersagung der Einladung von Bewerbern zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ist eine geeignete Maßnahme, um den Eintritt der Antragstellerin drohenden Schadens vorläufig zu verhindern. Es ist auch das gelindeste gerade noch zum Ziel führende Mittel, da abhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens möglicherweise ein anderer Kreis von Bietern in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens einzuladen wäre.

Die Antragstellerin hat die Erlassung einer einstweiligen Verfügung „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren“ beantragt. Eine Befristung mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes kommt deshalb nicht in Frage, da das Nachprüfungsverfahren auch ohne Entscheidung des Bundesvergabeamtes etwa durch Antragsrückziehung enden kann. Allerdings ist ein Antrag betreffend die Dauer der anzuordnenden Maßnahme gemäß § 328 Abs 2 BVergG nicht erforderlich, da das Bundesvergabeamt ohne Bindung an einen Antrag diese Dauer gemäß § 329 Abs 4 BVergG selbständig nach Erfordernis festlegen und die Dauer der Maßnahme allenfalls auch erstrecken kann. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (*Kodek in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem

bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden, da die Tatbestandselemente des § 319 Abs 2 BVergG derzeit noch nicht beurteilt werden können. Dieser Antrag ist daher derzeit noch nicht entscheidungsreif.

Wien, am 10. November 2011
Der Vorsitzende des Senates 10
Mag. Hubert Reisner