



GZ: N/0056-BVA/12/2011-EV6

Betreff: Vergabeverfahren „Asylwerberbetreuung - Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde in Österreich“; **einstweilige Verfügung**

S p r u c h

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 „Asylwerberbetreuung - Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde in Österreich“ des Auftraggebers Bund, vertreten durch die Bundesministerin für Inneres, diese vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft "A****" bestehend aus: 1. B***, 2. C***, 3. D***, alle vertreten durch Y***, vom 24. Juni 2011 wie folgt entschieden:

Der Antrag, *auf Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung:*

Der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren „Asylwerberbetreuung - Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde in Österreich“ auf Basis der angefochtenen Entscheidungen fortzufahren und die Rahmenvereinbarungen abzuschließen sowie in weiterer Folge auf der Basis der Rahmenvereinbarung den Zuschlag zu erteilen.

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

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 3 BVergG 2006

B e g r ü n d u n g

Praterstraße 31, A-1020 Wien; www.bva.gv.at; DVR 2108737

PSK, BLZ 60000, Konto-Nr. 5080018, BIC: OPSKATWW, IBAN: AT396000000005080018

Die **Antragsteller** stellten am 24. Juni 2011, eingelangt am 27. Juni 2011, das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigerklärungen, in eventu auf Feststellung. Das Vergabeverfahren werde als einstufiges Verhandlungsverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich geführt. Nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen handle es sich bei den zu vergebenden Dienstleistungen um nicht prioritäre Dienstleistungen. Angefochten werden die gemäß § 141 Abs 5 BVergG gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers, nämlich die Ausscheidensentscheidung, mitgeteilt mit Schreiben des Auftraggebers vom 15. Juni 2011, die Fragebeantwortung Nr. 4 und Nr. 5 des Auftraggebers vom 17. Februar 2011 sowie auch Punkt 1.17 der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Die Antragsteller führten nachfolgende Gründe für die Rechtswidrigkeiten aus:

- Unsachgemäße Ermessensausübung
- Unzulässige Einschränkung der Bildung einer Bietergemeinschaft
- Fehlende Transparenz und Angemessenheit der Entscheidung des Auftraggebers

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachten die Antragsteller vor, dass es ohne einstweilige Verfügung dem Auftraggeber möglich sei, im gegenständlichen Vergabeverfahren auf Basis der rechtswidrigen Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung zu erteilen. Auf Grund des Ausscheidens des Angebotes der Antragsteller seien diese außerstande, am weiteren Vergabeverfahren teilzunehmen um mit dem Auftraggeber die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher unbedingt notwendig, um die Rechte der Antragsteller zu wahren.

Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2011 erstattete der **Auftraggeber** zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einstufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 141 BVergG. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium nach Abgabe der Erstangebote. Es seien noch keine Verhandlungen mit den Bietern geführt worden. Weiters sei noch keine Zuschlagsentscheidung oder Widerrufsentscheidung ergangen. Für die Antragsteller

bestehe somit nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung die Möglichkeit, Rechtsschutz zu begehren. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entspreche daher nicht dem Grundsatz der zweckdienlichen Rechtsverfolgung. Gemäß § 131 Abs 1 BVergG sei nämlich sämtlichen "verbliebenen" Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Zu "verbliebenen" Bietern iSd § 131 BVergG würden auch jene Bieter zählen, welche die sie betreffende Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten hätten und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet sei. Es sei daher keine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbare drohende Schädigung von Interessen der Antragsteller iSd § 328 BVergG ersichtlich. Auch sei der Antrag auf Untersagung "auf Basis der angefochtenen Entscheidungen fortzufahren" nicht die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Schließlich brachte der Auftraggeber auch mangelnde Erfolgsaussicht des Hauptantrages vor, da die Argumentation der Antragsteller auf - ihrer Ansicht nach - rechtswidrige Regelung von Punkt 1.17 der Aufforderung zur Angebotsabgabe sowie der Fragenbeantwortung des Auftraggebers aufbaue.

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

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Bund. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt nach den Angaben des Auftraggebers über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich 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 a B-VG ist sohin gegeben.

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

Schließlich ist festzuhalten, dass den Antragstellern die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

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.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der 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 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Soweit sich das Begehren der Antragsteller auf Untersagen der Fortführung des Vergabeverfahrens richtet, ist dieses als überschießend abzuweisen, da dem Bundesvergabeamt kein Grund ersichtlich ist und wurde überdies auch von den Antragstellern nicht behauptet, dem Auftraggeber jedes Tätig werden im Vergabeverfahren zu untersagen.

Soweit das Begehren der Antragsteller darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber zu untersagen, die Rahmenvereinbarung abzuschließen bzw. den Zuschlag zu erteilen, ist festzuhalten, dass gegenständlich noch keine Verhandlungen mit den Bietern geführt worden sind und demzufolge weder eine Bekanntgabe der Rahmenvereinbarung noch eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Somit droht den Antragstellern im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens ein Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar (siehe dazu schon BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6).

Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (RV 327 BlgNR 24. GP 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR 22. GP 140). Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber den Abschluss der Rahmenvereinbarung oder eine

Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit in analoger Anwendung zu § 131 erster Satz BVergG gemäß § 141 Abs 5 BVergG verpflichtet, diese Entscheidungen den Antragstellern mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA 26.5.2009, N/0054-BVA/12/2099-EV12).

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragsteller, die im Sinne des § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14 und BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; in diesem Sinne auch BVA 26.5.2009, N/0054-BVA/12/2009-EV12). Der Antrag war somit bereits aufgrund dieser Erwägungen abzuweisen. Auf das Vorbringen betreffend "mangelnde Erfolgsaussicht des Hauptantrages" muss nicht mehr eingegangen werden.

Wien, am 4. Juli 2011
Der Vorsitzende des Senates 12

Dr. Michael Etlinger