



N/0061-BVA/05/2011-EV8

**Betreff:** Nachprüfungsverfahren zum Vergabeverfahren des Bundes, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien "ACE - Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle 968 des AMS Wien"; einstweilige Verfügung

## **B E S C H E I D**

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idgF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ACE - Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle 968 des AMS Wien" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien wie folgt entschieden:

## **S p r u c h**

Dem Antrag vom 4. Juli 2011 des A\*\*\*, vertreten durch >\*\*\* auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

„Das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von 6 Wochen, durch Einstweilige Verfügung untersagen, im Vergabeverfahren "ACE - Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle 968 des AMS Wien" den Zuschlag zu erteilen.“,

wird insofern

## **s t a t t g e b e n ,**

als dem Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien als Auftraggeber im Vergabeverfahren "ACE - Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle 968 des AMS Wien" für die Dauer des zu N/0061-BVA/05/2011 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG)

## **B e g r ü n d u n g**

Mit undatiertem Schriftsatz (eingelangt im Bundesvergabeamt am 4. Juli 2011 innerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes) brachte das A\*\*\* (im Weiteren: Antragsteller), vertreten durch X\*\*\*, zum Vergabeverfahren "ACE - Aktivierung, Coaching, EDV für die regionale Geschäftsstelle 968 des AMS Wien" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) einen Nachprüfungsantrag ein. Neben einem Antrag auf Nichtigerklärung der in diesem Vergabeverfahren getroffenen Zuschlagsentscheidung wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben, beantragt. Ergänzt wurde das Antragsbegehren um einen Antrag auf Kostenersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichsten zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass die getroffene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* nicht vergaberechtskonform begründet worden sei, einem anderen Bieter im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wäre ein anderer beabsichtigter Zuschlagsempfänger bekannt gegeben worden und ihr Angebot wäre nicht ausschreibungs- und somit vergaberechtskonform bewertet worden. Die Voraussetzungen aufgrund derer vom Bundesvergabeamt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben wäre, würden vorliegen.

Der Auftraggeber, vertreten durch Y\*\*\*, übermittelte am 7. Juli 2011 die Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden. Zur beantragten einstweiligen Verfügung behauptete der Auftraggeber, dass selbstverständlich nicht nur für ihn, sondern - im Hinblick auf die gerichtsnotorischen makro- und

mikroökonomischen Rahmenbedingungen - auch ein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Durchführung der diesem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Maßnahme bestehen würde; dies natürlich auch, um die Zielgruppe entsprechend zu fördern und zu betreuen. Dennoch werde im Hinblick auf die ständige Judikatur des Bundesvergabeamtes, dass "nur in Ausnahmefällen dem EV-Antrag nicht stattzugeben ist" (siehe dazu etwa T. Gruber, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg] Bundesvergabegesetz 2006 Kommentar § 329 Rz 9), sowie den Umstand, dass der Auftraggeber eine gewisse zeitliche Flexibilität für das Vergabeverfahren eingeplant habe, verzichtet, eine nähere Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzugeben. Es werde lediglich darauf hingewiesen, dass der Antrag ausdrücklich auf einen Zeitraum von höchstens sechs Wochen beschränkt sei, sodass die einstweilige Verfügung nicht über diesen Zeitraum hinaus gewährt werden könne. Abschließend teilte der Auftraggeber mit, dass er eine Stellungnahme zum Hauptantrag innerhalb der hierfür verlängerten Frist bis 25. Juli 2011 an das Bundesvergabeamt übermitteln werde.

Auf der Grundlage des einleitenden Schriftsatzes des Antragstellers vom 4. Juli 2011 samt Beilagen (OZ 1) und der Stellungnahme des Auftraggebers vom 7. Juli 2011 (OZ 6) sowie den vom Auftraggeber am 7. Juli 2011 übermittelten Original-Verfahrensunterlagen wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 22. Februar 2011 hat der Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag zur Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt, wo er im Supplement S unter der Zahl 2011/S39-064232 am 25. Februar 2011 bekannt gemacht wurde. Gemäß dieser Ausschreibungsbekanntmachung wurde im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages für die regionale Geschäftsstelle Schloßhofer Straße 968 des AMS in Wien eine Bildungsmaßnahme zur Unterstützung der aktiven Arbeitssuche von arbeitslos vorgemerkten Arbeitskräften, welche langzeitsbeschäftigungslos sind oder vom Übertritt in Langarbeitslosigkeit bedroht sind, öffentlich ausgeschrieben. Als Verfahrensart wurde gemäß

Ausschreibungsbekanntmachung ein offenes Verfahren gewählt, wobei der Auftraggeber selbst davon spricht, ein "Standardverfahren des AMS für nichtprioritäre Dienstleistungen" gewählt zu haben. Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert beträgt einschließlich einer Option einer zweimaligen Wiederbeauftragung Euro XXX. Die Zuschlagsentscheidung wurde dem Antragsteller mit Telefax am 24. Juni 2011 übermittelt.

Der Antragsteller hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro XXX (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag bzw. einer dazugehörigen einstweiligen Verfügung im Oberschwellenbereich gemäß § 1 Gebührenverordnung, BGBl. II Nr. 2010/72) entrichtet.

Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den bisher vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es liegen keine Widersprüchlichkeiten vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Der Auftraggeber ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. zu Letzt BVA vom 8. Juli 2011, N/0062-BVA/06/2011-10EV mit weiteren Hinweisen). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG; es liegt ein Vergabeverfahren vor, das dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 4. Juli 2011 zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter

Berücksichtigung von § 328 Abs. 3 und 4 iVm § 321 Abs. 1 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

Die Antragstellerin hat am 4. Juli 2011 die Zuschlagsentscheidung vom 24. Juni 2011 angefochten. Bei der Zuschlagsentscheidung, handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen der Auftraggeberin 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.

Der im Vergabeverfahren logisch folgende nächste Schritt nach Ablauf der Stillhaltefrist wäre die Zuschlagserteilung an den in der Zuschlagsentscheidung genannten Bestbieter des Vergabeverfahrens.

Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller mit seinem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise obsiegt. In einem solchen Fall würde das bedeuten, dass die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären wäre.

Da ohne vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung voraussichtlich der Zuschlag erteilt werden würde, ist dem diesbezüglichen Antragsbegehren im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben. Die erlassene einstweilige Verfügung ist zweckmäßig und entspricht auch dem Gebot der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme des § 329 Abs. 3 BVergG.

Der Auftraggeber hat behauptet, dass ein besonderes öffentliches Interesse an einer raschen Durchführung der dem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Maßnahme, bestehe. Gleichzeitig hat er bei der Abwicklung des Vergabeverfahrens beispielsweise durch die Wahl der Verfahrensart (es wurde kein beschleunigtes Vergabeverfahren gewählt) und die Abwicklung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens (er selbst hat sich vom Bundesvergabeamt eine Frist zur Abgabe einer inhaltlichen Stellungnahme von drei Wochen ausbedungen) nicht zu erkennen gegeben, dass er tatsächlich an einer möglichst raschen Durchführung des Vergabe- bzw. auch des Nachprüfungsverfahrens interessiert ist. Warum ein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Durchführung der dem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Maßnahme bestehen soll, bzw. welche konkreten Auswirkungen bei einer Verzögerung des Vergabeverfahrens eintreten, ist aus seiner Stellungnahme vom 7. Juli 2011 nicht entnehmbar.

Zudem hat ein Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung eines Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren (vgl. für viele zu Letzt BVA vom 24. Juni 2011, N/0052-BVA/10/2011-EV9).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA vom 22. Juli 2010, N/0061-BVA/05/2010-EV8 2010, u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu bewerten.

Sofern der Auftraggeber darauf hinweist, dass die einstweilige Verfügung ausdrücklich auf einen Zeitraum von höchstens sechs Wochen zu beschränken ist, sodass die einstweilige Verfügung nicht über diesen Zeitraum hinaus gewährt werden könnte, wird vom zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden auf § 329 Abs. 4 BVergG hingewiesen, wonach in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen ist. Das Bundesvergabeamt kann auch eine einstweilige Verfügung auch von Amts wegen erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

In diesem Zusammenhang kommt der zur Erlassung der einstweiligen Verfügung berufene Senatsvorsitzende des Senates 5 des Bundesvergabeamtes zur Auffassung, dass jedenfalls - solange über den Hauptantrag noch nicht entschieden ist und solange demnach das gegenständliche Nachprüfungsverfahren dauert - die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung führen oder geführt haben, vorliegen. Ein Nachprüfungsverfahren kann kürzer als sechs Wochen, genau sechs Wochen oder auch länger als sechs Wochen (insbesondere dann, wenn allenfalls Sachverständige beizuziehen sind) dauern. Diesen Umstand berücksichtigend wurde die Dauer der einstweiligen Verfügung an die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gekoppelt.

Wien, am 11. Juli 2011  
Der Vorsitzende des Senates 5:  
Mag. Bernhard Ditz