



**N/0065-BVA/07/2011-EV7**

## **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 Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Beratung und Case Management im Rahmen von Fit2Work", Los 3 (Steiermark), des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages des A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 7.7.2011, wie folgt entschieden:

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

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 329 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren - "Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Beratung und Case Management im Rahmen von Fit2Work", Los 3 (Steiermark) - der Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt wird", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend Beratung und Case Management im Rahmen von Fit2Work", Los 3 (Steiermark), untersagt, die Rahmenvereinbarung zu Los 3 (Steiermark) abzuschließen.

## **B e g r ü n d u n g**

Mit Telefax vom 28.6.2011 wurde der Antragstellerin in der "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 BVergG 2006" mitgeteilt, dass der Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Bestbieterermittlung beabsichtige, die Rahmenvereinbarung im Los 3 mit der B\*\*\*, 1120 Wien, abzuschließen. Unter einem wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot zum Los 3 auszuscheiden sei, weil wesentliche Kriterien der geforderten wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht erfüllt bzw. nachgewiesen worden seien. *"Der erforderliche durchschnittliche Gesamtjahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre für die angebotenen Lose 2 und 3 beträgt (gem. Allg. Ausschreibungsbedingungen Pkt. 6.4) 9,9 Mio. Euro. Gemäß Angaben in ihrem Angebot wird der Umsatz nur für eines der beiden angebotenen Lose erfüllt. Gemäß Loszuordnung anhand der vom Bieter angegebenen Reihung im Fragebogen (vgl. Allg. Ausschreibungsbedingungen Pkt 6.1 Rz 58) ist somit das Angebot für Los 3 auszuscheiden."*

Gegen diese Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (im Sinne des § 151 Abs. 3 BVergG), die eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 141 Abs. 5 BVergG sei, sowie gegen die Ausscheidensentscheidung richtet sich der nunmehr vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem begründend ausgeführt wird, die Antragstellerin fühle sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des Transparenzgebotes, auf eine vollständige, nachvollziehbare und überprüfbare Begründung der angefochtenen Entscheidung, auf Bekanntgabe einer Entscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung auf ihr Angebot sowie auf Unterlassen des Ausscheidens ihres Angebotes mangels vorliegender Ausscheidensgründe verletzt.

Inhaltlich begründete die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 7.6.2011 im Wesentlichen wie folgt:

Der Auftraggeber führe ein Verfahren, "in Anlehnung an ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich", zur Beschaffung nicht prioritärer Dienstleistungen gemäß Anhang IV BVergG nach dem Bestbieterprinzip (Preis 60 %, Qualität 40 %) durch. Das Vergabeverfahren und die zu Grunde liegenden Leistungen seien in drei Lose getrennt, und zwar für Wien (Los 1), Niederösterreich (Los 2) und Steiermark (Los 3).

Gemäß Punkt 2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei ausdrückliches Ziel "der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter je Los". Die Antragstellerin habe jeweils ein Angebot zum verfahrensgegenständlichen Los 3 sowie zum Los 2 gelegt, zum Los 1 habe sie in einer Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung habe am 4.5.2011 um 9:05 Uhr stattgefunden. Dabei seien zu Los 3 folgende Bieter und Gesamtpreise (inkl. USt) verlesen worden:

- |                           |                  |
|---------------------------|------------------|
| ▪ B***                    | EUR 512.399,--   |
| ▪ Bietergemeinschaft C*** | EUR 754.203,--   |
| ▪ D***                    | EUR 875.112,--   |
| ▪ Bietergemeinschaft E*** | EUR 1.319.114,-- |
| ▪ Antragstellerin         | EUR 1.433.436,-- |

Die angefochtene Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll ("Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 BVergG 2006"), sei unzureichend begründet, somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären: § 151 Abs. 3 BVergG lege für die Entscheidung, mit welchem Unternehmer eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, die Verpflichtung zur Bekanntgabe der "Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes" fest.

In Punkt 8.3.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen sei ausdrücklich festgelegt, dass jedes Kommissionsmitglied eine Punktebewertung und eine verbale Begründung abgebe. Diese verbale Begründung sei in der angefochtenen Entscheidung vollständig weggelassen, und lediglich folgender inhaltsleerer Stehsatz hinzugefügt: "Aufgrund des Schutzes von Geschäftsinteressen des präsumtiven Bestbieters kann die Begründung der Bewertung nicht bekannt gegeben werden". Der darüber hinaus eingefügte Satz, "Das Angebot verfügt über ein sehr gutes Preis-Leistungsverhältnis und überzeugt bei Erfüllung aller Anforderungen durch einen sehr guten Preis", sei ebenfalls eine inhaltsleere Standardformulierung, die zur Begründung der Entscheidung untauglich sei. Die bloße, weil ohne jede sachliche Begründung aufgestellte Behauptung des "Schutzes von Geschäftsinteressen" sei für eine Ausnahme von der Verpflichtung des Auftraggebers, in einer dem Grundsatz der Transparenz entsprechenden Art und Weise dem Antragsteller dazulegen, warum

sein Angebot schlechter als jenes des präsumtiven Bestbieters bewertet worden sei - diese Verpflichtung treffe den Auftraggeber auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen -, ungeeignet. Zwar gebe das BVergG sowohl in § 131 Abs. 1 als auch in § 151 Abs. 3 dem Auftraggeber das Recht, Informationen nicht bekanntzugeben, wenn sie den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen; diese Ausnahme sei jedoch eng auszulegen. Es sei auch nicht ersichtlich, wie durch die Bekanntgabe der verbalen Begründung der Bewertungskommission in Immaterialgüterrechte des präsumtiven Rahmenvereinbarungspartners eingegriffen werden sollte. Darüber hinaus sei die angefochtene Entscheidung auch deswegen nicht ausreichend begründet, weil das Angebot der Antragstellerin nicht einmal einer kommissionellen Bewertung unterzogen worden sei. Dies sei völlig unverständlich, weil erst aus dem Vergleich der Bewertung des erfolgreichen Angebotes - insbesondere der (hier fehlenden) verbalen Begründung - mit der Bewertung des eigenen Angebotes die Gründe der Nichtberücksichtigung des eigenen sowie die Vorteile des erfolgreichen Angebotes erkennbar und überprüfbar würden. Ohne Vergleichsbasis sei für die Bieter nicht überprüfbar, ob die Bewertung nachvollziehbar und richtig ist. Die in der angefochtenen Entscheidung angeführte Bemerkung, dass die kommissionelle Bewertung des Angebotes der Antragstellerin unterlassen worden sei, weil "diese selbst bei Erreichung der vollen Punktezahl keinen Einfluss auf das Ergebnis hätte", sei irrelevant, weil die vorliegende Entscheidung ohne den Vergleichsmaßstab der Bewertung des eigenen Angebotes gar nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüfbar sei. Die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung sei aber Vorfrage für die Beurteilung, ob andere Angebote dann Chancen hätten oder nicht. Es sei auch möglich, dass sich aus der verbalen Begründung das zwingende Ausscheiden des für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Angebotes erkennen ließe. Darüber hinaus ergäben sich aus den Angebotsergebnissen und der Bewertung des präsumtiven Rahmenvereinbarungspartners gravierende Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit und damit der Zuschlagsfähigkeit der Angebote. Auch diese Bedenken könnten ohne verbale Begründung einerseits des erfolgreichen und andererseits des eigenen Angebotes nicht beurteilt werden.

Im Ergebnis nehme die angefochtene Entscheidung aufgrund ihrer gesetzwidrigen Begründung der Antragstellerin die Chance, ihre inhaltlichen

Rechtsschutzmöglichkeiten zu beurteilen und gegebenenfalls zu nutzen. Genau dies sei aber Sinn und Zweck der im BVergG normierten Begründungspflichten für Angebotsbewertungen: Die nicht erfolgreichen Bieter müssten beurteilen können, ob sie im Rechtsschutzweg gegen diese Entscheidung vorgehen könnten. Könnten sie dies nicht beurteilen, sei die Entscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Ebenso sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Zwar sei es korrekt, dass der von der Antragstellerin für die Lose 2 und 3, in denen sie allein angeboten habe, angegebene Gesamtumsatz nicht den kumulierten Jahresumsatz gemäß Punkt 6.4 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (EUR 9,9 Mio) erreiche, wenn aber die Antragstellerin in Los 2 tatsächlich nicht, in Los 3 aber schon zum Zuge kommen sollte, so wäre ihr Jahresumsatz für Los 3 jedenfalls ausreichend. Die Abfrage eines Mindest-Jahresumsatzes im Zuge der Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Bietern habe den Zweck, sicherzustellen, dass das Unternehmen groß genug zur laufenden Pflichterfüllung gegenüber dem Auftraggeber sei, somit, dass es den Auftrag wirtschaftlich "durchhalte". Diese Verpflichtung zum "Durchhalten" bestehe aber gar nicht, wenn ein Unternehmen ohnehin bei einem Auftrag nicht zum Zuge kommt, weil es für diesen, von einem Dritten ausgeführten Auftrag somit keinerlei Ressourcen benötige. Daher sei der gegenständlich verlangte Mindest-Jahresumsatz auch entsprechend zu verstehen und auszulegen. Sollte das Los 2 zu widerrufen sein, wären konsequenterweise auch die von den Bietern genannten Eignungsangaben nicht für Los 2 zu verwenden bzw. anzurechnen, sodass wiederum die Ausscheidensentscheidung für Los 3 falsch wäre. Die vollständige und richtige Begründung der "Zuschlagsentscheidung" zu Los 2, die von der Antragstellerin ebenfalls angefochten worden sei, sei somit Voraussetzung für die Entscheidung, ob das Angebot der Antragstellerin in Los 3 auszuschneiden sei oder nicht.

Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber ansonsten unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten.

Der Antragstellerin drohe im Fall des Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit einem Mitbewerber der Entgang des Auftrages, sohin ein entgangener Gewinn bzw. die Frustration der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im gegenständlichen Verfahren. Weiters entginge der Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Mit Stellungnahme vom 11.7.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte mit, dass sich das Verfahren im Stadium der Stillhaltefrist befinde. Es bestehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Da jedoch die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei und aufgrund des hohen Preises auch niemals für einen Zuschlag in Betracht komme, lägen die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht vor, weshalb aus advokatischer Vorsicht der Antrag auf Zurück-, bzw. Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt werde.

#### **Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:**

Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundessozialamt, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG.

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

Das verfahrensgegenständliche Los 3 ist laut Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handle sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 85312510, 85312500, 98350000) gemäß § 6 BVergG, der in einem "analog offenes" Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

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 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 Nichtigkeitsklage vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der Auftraggeber hat zusammengefasst vorgebracht, dass die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages ergäbe, dass das Angebot der Antragstellerin niemals für einen Zuschlag in Betracht käme, weshalb der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, bzw. abzuweisen sei. Im Provisorialverfahren können die Erfolgsaussichten aufgrund der Kürze der Entscheidungsfrist derzeit jedoch nicht abgeschätzt werden. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der mit Telefax vom 28.6.2011 bekannt gegebenen Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll ("Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 141 BVergG 2006") sowie der weiters darin bekanntgegebenen Entscheidung, das Angebot der

Antragstellerin auszuscheiden. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird jedoch im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Wien, am 14. Juli 2011

Die Vorsitzende des Senates 7:

Mag. Julia Stiefelmeyer

