



GZ: N/0071-BVA/12/2011-EV8

Betreff: Vergabeverfahren „Schweißkurse - Region Süd/Ost, lfd. Nr. 107/2011“;
einstweilige Verfügung

B E S C H E I D

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 „Schweißkurse - Region Süd/Ost, lfd. Nr. 107/2011“ des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, dieses vertreten durch das Arbeitsmarktservice Wien, Landstraßer Hauptstraße 55-57, 1030 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 20. Juli 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

Der Antrag, "*das Bundesvergabeamt wolle dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des beantragten Nachprüfungsverfahrens untersagen*", wird **a b g e w i e s e n**.

Rechtsgrundlage: § 328 Abs 1 BVergG 2006

B e g r ü n d u n g

Die **Antragstellerin** stellte am 20. Juli 2011 das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen (bzw. auszuscheiden).

Mit Schreiben vom 8. Juni 2011 sei der Antragstellerin vom Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten bekanntgegeben worden. Mit Schreiben vom 17. Juni 2011 sei die Zuschlagsentscheidung binnen offener Stillhaltefrist zurückgenommen worden. Mit einem weiteren Schreiben vom 17. Juni 2011 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, den Nachweis beizubringen, dass sie als "approved training body" gemäß IAB 089-03/EFW 452-467-480-481 gelte. Auf diese Aufforderung habe die Antragstellerin fristgerecht reagiert und dem Auftraggeber alle relevanten Informationen übermittelt.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2011 sei der Antragstellerin vom Auftraggeber erneut die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten bekanntgegeben worden. Mit Schreiben vom 7. Juli 2011 sei die Antragstellerin schließlich aufgefordert worden, zu erläutern, inwieweit im von der Antragstellerin übermittelten Kostenvoranschlag auch die Diplome gemäß IAB 089-03/EFW 452-467-480-481 enthalten seien, zumal im Kostenvoranschlag (angeblich) lediglich ein Angebot gemäß EN 287-1 enthalten sei. Die Antragstellerin habe darauf mit Schreiben vom 11. Juli 2011 reagiert und dem Auftraggeber mitgeteilt, dass tatsächlich Angebote für die Prüfungen gemäß den ÖNORMEN EN 287-1 und EN 287-2 im Kostenvoranschlag enthalten seien und diese beiden Prüfungen jene nach der Norm ISO 9606 ersetzen würden. Der vom Auftraggeber angesprochene Standard IAB 089-03/EFW 452-467-480-481 halte ausdrücklich fest: "*Where reference to ISO 9609 is made, EN 287 or any equivalent regional standard may used instead*". Dies bedeute, dass das Kehlnahtschweißerdiplom, das im Rahmen der ausschreibungsgegenständlichen Bildungsmaßnahmen erworben werden können soll, das nach IAB 089-03/EFW 452-467-480-481 die Ablegung der praktischen Prüfung(en) nach ISO 9606 erfordere, wobei diese durch die Abnahme der Prüfungen nach EN 287-1 bzw. EN 287-2 ersetzt werden könne. Als weiterer Nachweis sei das Schreiben des eingesetzten Prüfers vorgelegt worden. Die nach IAB 089-03/EFW 452-467-480-481 geforderte theoretische Ausbildung sei im Anbot berücksichtigt; die Diplome würden durch eine "approved body" - Einrichtung ausgestellt.

Mit Schreiben vom 11. Juli 2011 sei der Antragstellerin bekanntgegeben worden, dass die Zuschlagsentscheidung vom 29. Juni 2011 innerhalb offener Stillhaltefrist zurückgenommen werde. Mit Schreiben vom 12. Juli 2011 sei schließlich die Benachrichtigung vom Ausschluss vom Vergabeverfahren erfolgt. Begründet sei

dieser Ausschluss damit worden, dass "der gemäß Leistungsbeschreibung geforderte Nachweis gemäß Dok. IAB 089-03/EWF 452-467-480-481 nicht vorgelegt" worden sei.

In der Begründung zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung verwies die Antragstellerin zunächst auf § 70 Abs 1 BVergG. Sei Gegenstand eines Auftrages eine Bildungsmaßnahme, die zum Erwerb des Kehlnahtschweißerdiploms führen solle, und erbringe der Bieter den Nachweis, dass nach seinem Angebot diese Möglichkeit sichergestellt sei, so seien die Ausschreibungsbedingungen als erfüllt anzusehen. Verfehlt sei auch der Hinweis in der Begründung der Ausschlussentscheidung durch den Auftraggeber, es hätte die Antragstellerin allenfalls "*Unklarheiten in den Vergabeunterlagen*" zu klären gehabt. Diese Unterlagen seien jedoch tatsächlich klar; unklar sei dies allenfalls dem Auftraggeber gewesen. Der Ausschlussgrund sei darüber hinaus nicht kongruent mit der Aufforderung zur Erläuterung.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde ausgeführt, dass diese für die Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes notwendig sei, da der Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung an einen Mitbieter ein unmittelbarer Schaden drohe.

Mit Schriftsatz vom 22. Juli 2011 erstattete der **Auftraggeber** zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Das Verfahren befinde sich im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Zur aufgetragenen Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dass auf die vom Bundesvergabeamt zu beurteilenden formalen Umstände verwiesen werde, wie etwa, ob die Antragsstellerin ihre Interessen an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung in rechtsrelevanter Weise dargelegt habe, oder, ob bei Ausscheidensentscheidungen überhaupt eine einstweilige Verfügung zu gewähren sei; dies vor allem, wenn die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt sei, wobei noch nicht einmal eine Zuschlagsentscheidung vorliege. Selbstverständlich bestehe auch ein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Durchführung der diesem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Maßnahme; dies auch um die Zielgruppe entsprechend zu fördern und zu betreuen. Dennoch habe der Auftraggeber unter Berücksichtigung auf die ständige Judikatur

des Bundesvergabebesetztes intern eine gewisse zeitliche Flexibilität für das Vergabeverfahren eingeplant. Daher verzichte der Auftraggeber auf eine nähere Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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

Zuständigkeit des Bundesvergabebesetztes 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 Gesamtauftragswert beträgt nach den Angaben des Auftraggebers € 2.250.000,- und liegt somit 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 Bundesvergabebesetztes 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 Bundesvergabebesetztes damit in concreto 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.

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.

Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Somit droht aber der Antragstellerin 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 sowie jüngst BVA 4.7.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6).

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 eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit in analoger Anwendung zu § 131 erster Satz BVergG gemäß § 141 Abs 5 BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits

BVA 26.5.2009, N/0054-BVA/12/2099-EV12 sowie zuletzt BVA 4.7.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6).

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, 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).

Wien, am 26. Juli 2011
Der Vorsitzende des Senates 12

Dr. Michael Etlinger