



N/0080-BVA/08/2011-EV16

Betreff: Vergabeverfahren "A 11/11 FIA - Bürokauffrau/Bürokaufmann mit Schwerpunkt internationales Büromanagement", Antrag auf Erlassung einer eV

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Anfechtung einer Ausschreibungsunterlage im Vergabeverfahren über nicht prioritäre Dienstleistungen nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "A 11/11 FIA - Bürokauffrau/Bürokaufmann mit Schwerpunkt internationales Büromanagement", verfasst namens des Auftraggebers Bund durch das Arbeitsmarktservice (= AMS), Arbeitsmarktservice Niederösterreich, über den betreffend dieses Vergabeverfahren und diese Anfechtung am 11.8.2011 seitens der Antragstellerin A*** gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

das BVA möge mittels einstweiliger Verfügung im offenen Vergabeverfahren "A 11/11 FIA - Bürokauffrau/mann mit Schwerpunkt internationales Büromanagement" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist aussetzen, wobei sich die Aussetzung nicht auf das gesamte Vergabeverfahren bezieht, womit für den Auftraggeber ein Widerruf bzw eine Berichtigung der Ausschreibung weiterhin möglich ist,

in eventu dem Bund, vertreten durch das AMS, vertreten durch das AMS NÖ die Angebotsöffnung untersagen,

in eventu dem Bund, vertreten durch das AMS, vertreten durch das AMS NÖ die Erteilung des Zuschlages untersagen,

wie folgt **entschieden:**

S p r u c h

Die Angebotsfrist im Vergabeverfahren des Bunds über nicht prioritäre Dienstleistungen nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich "A 11/11 FIA - Bürokauffrau/mann mit Schwerpunkt internationales Büromanagement" **wird** für die Dauer des am 11.8.2011 eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens betreffend die Ausschreibungsunterlage, protokolliert beim Bundesvergabeamt aktuell zur Geschäftszahl N/0080-BVA/08/2011, **ausgesetzt**.

Rechtsgrundlagen: §§ 313, 328 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

B e g r ü n d u n g

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

Das Arbeitsmarktservice (= AMS) führt derzeit über seine Landesorganisation iSv § 1 Abs 4 AMMSG "Arbeitsmarktservice Niederösterreich" das im Spruch ersichtliche Vergabeverfahren für den Auftraggeber Bund über nicht prioritäre Dienstleistungen durch.

Der Auftraggeber hat nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens N/0066-BVA/08/2011 die ursprünglichen Ausschreibungsunterlage zurückgenommen und im gleichen Vergabeverfahren die nunmehr in einigen Punkten geänderte Ausschreibungsunterlage als für dieses Vergabeverfahren maßgeblich festgelegt. Dieser Vorgang wurde auch gemeinschaftsweit nachvollziehbar kundgemacht.

Der Angebotsschlussstermin ist derzeit für 26.8.2011 festgesetzt - Unterlagenvorlage des Auftraggebers zum Nachweis der Klaglosstellung im Nachprüfungsverfahren N/0066-BVA/08/2011, lfd Nr 55 und 56 des Verwaltungsakts N/0066-BVA/08/2011.

Die Antragstellerin A*** beehrte am 11.8.2011 im Interesse des von ihr selbst betriebenen A*** - *Instituts* primär die Streichung einiger Teile und eventualiter die Gesamtnichtigerklärung der neuen Ausschreibungsunterlage, wobei diese Nichtigerklärungsbegehren mit der Eingabe, lfd Nr 9 des Verwaltungsakts N/0080-BVA/08/2011, präzisiert wurden.

Inhaltlich wendet sich die Antragstellerin in diesem Nachprüfungsverfahren zentral gegen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage, über welche der Bund verlangt dass die von den Bietern bzw dem nachmaligen Auftragnehmern einzusetzen geplanten bzw nachmalig eingesetzten Trainer im Rahmen der streitigen arbeitsmarktpolitischen Maßnahme echte Dienstnehmer sind/zu sein haben - siehe zu diesem notorisch ständigen Streitthema des Wirtschaftslebens zB §§ 539a ASVG, §§ 21ff BAO, VwGH ZI 2007/08/0145 bzw OGH 9 ObA 165/07s; bzw *Grasböck in Schramm et al*, Kommentar zum BVergG 2006 § 141 Rzz 141ff.

Diesbezüglich wurde zB bereits im Vorverfahren N/0066-BVA/08/2011 auf obzitierte als divergierend qualifizierte Höchstgerichtsentscheidungen des VwGH und des OGH hingewiesen, und wurden unterschiedliche Gutachten von im Arbeits- und Sozialrecht ausgewiesenen Universitätsprofessoren bzw nicht übereinstimmende Beurteilungen verschiedener Sozialversicherungsträger vorgelegt, womit aus derzeitiger Sicht im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren zu entscheiden sein wird,

ob die im Auftragsfalle eingesetzten Trainer ohnehin *ex lege* echte Dienstnehmer (und damit keine Werkvertragspartner bzw keine freien Dienstnehmer iSd § 1164a ABGB) sind;

oder ob es vergaberechtlich im Rechtsrahmen des § 141 BVergG 2006 zumindest zulässig ist, dass der Auftraggeber die (echte) Dienstnehmereigenschaft von eingesetzten Trainern verlangt; und damit den Einsatz von Trainern ablehnt, die sonst als - gegenüber der Finanzverwaltung und der Sozialversicherung deklariert - selbständig Erwerbstätige versteuern bzw Sozialabgaben bezahlen.

Die Antragstellerin bringt insoweit vor, dass sie aktuell nur mit selbständig erwerbstätigen Trainern am streitigen AMS - Schulungsmarkt auftritt, wobei die Antragstellerin dabei die Praxisnähe ihrer eingesetzten Trainer kraft deren sonstiger Erwerbstätigkeit betont.

Die Antragstellerin hat diesbezüglich bereits in dem vormals auch zu anderen Streitpunkten geführten und zwischenzeitig gemäß § 43 Abs 5 AVG mediativ beendeten Nachprüfungsverfahren N/0066-BVA/08/2011 zB auf eine ihres Erachtens bei dieser Vergabe rücksichtlich der fraglichen Trainer einschlägige unechte Umsatzsteuerbefreiung in § 6 Abs 1 UStG 1994 hingewiesen, womit letztlich auch das Argument im Raum steht, dass der (Umsatzsteuer-) Gesetzgeber eine

zumindest mögliche Unternehmereigenschaft von derartigen Trainern voraussetzen würde.

Zur Absicherung der Zweckmäßigkeit des eigenen Nachprüfungsbegehrens beehrte die Antragstellerin dabei die Erlassung der im Spruch ersichtlichen einstweiligen Verfügung.

Als Interessen an der einstweiligen Verfügung gibt die Antragstellerin insb für den Fall der derzeitigen Vergabeverfahrensfortsetzung dadurch drohende finanzielle Nachteile sowie einen allenfalls drohenden Referenzauftragsentgang an.

Die vor dem BVA anwaltlich vertretene Auftraggeberseite verfasste am 12.8.2011 nach Amtsstundenende eine erste Eingabe, in der verfahrensökonomisch ausdrücklich "*kein besonderes Interesse*" gegen die einstweilige Verfügung dargelegt wurde.

Interessen anderer in diesem Vergabeverfahren vertragsabschlussinteressierter Unternehmer wider die eV waren bislang gleichfalls nicht ersichtlich, zumal - *rechtlich vorwegnehmend* - auch ein jeder Unternehmer bei öffentlichen Auftragsvergaben Verzögerungen durch ein Vergabenachprüfungsverfahren in seine eigenen zeitlichen Planungen einbeziehen muss.

Es sind derzeit auch keine Tatsachen erkenn- und damit feststellbar, die dazu führen würden, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen - § 326 BVergG 2006 - dauern würde, wobei die mündliche Verhandlung gegenüber der Antragstellerin und dem Auftraggeber aus heutiger Sicht am 14.9.2011 anzuberaumen sein wird.

2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten zu N/0080-BVA/08/2011 und zu N/0066-BVA/08/2011 und den diesbezüglich bereits zu N/0066-BVA/08/2011 vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.0. Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten:

Einstweilige Verfügungen

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 und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
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) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 321 festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

[...]

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) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) 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.

(4) 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.

(5) [...].

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

[...]

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Formelles

Der Bund ist ein in der Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts befindlicher Auftraggeber - §§ 3 Abs 1 Z 1 und 291 Abs 2 BVergG 2006.

Mit den antragstellerinnenseits verfassten Eingaben sind jene inhaltlichen Anforderungen erfüllt, die das Gesetz in § 328 Abs 2 BVergG 2006 für ein Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) vorschreibt.

Zitate des BVergG 2006 beziehen sich mangels anderweitiger Angabe in diesem Bescheid auf das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

Andere rechtserhebliche Interessen, die die auftraggeberseits unbestritten gebliebenen Sicherungsinteressen der Antragstellerin laut obigen Tatsachenangaben iSd § 329 Abs 1 BVergG 2006 überwiegen würden, sind nicht feststellbar gewesen.

Mit der im Spruch verfüigten behördlichen Aussetzung der Angebotsfrist wird selbige unterbrochen und verbleibt der Antragstellerin nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens noch Zeit, ein Angebot zu legen.

Die Neufestsetzung eines neuen Angebotschlussstermins gegenüber allen vertragsabschlussinteressierten Wirtschaftsteilnehmern verbleibt dabei bei sonst denkbaren insb auch vergabekontrollbehördlichen Konsequenzen im Verantwortungsbereich des Auftraggebers.

Die von der Antragstellerin vorrangig begehrte und auch verfüigte Aussetzung der Angebotsfrist ist zur Interessenswahrung der Antragstellerin geeignet und zielführend, da dieser damit die Angebotsabgabemöglichkeit gewahrt bleibt. Diese Sicherungsmaßnahme ist - als gelindestes Mittel - auch notwendig, da die Angebotsfrist gegenüber der Antragstellerin sonst abzulaufen droht.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass eine eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 als hinreichend befristet zu bewerten ist - vgl zB nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11.

Auf Basis der festgestellten Tatsachen steht zudem derzeit insb auch nicht fest, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als in § 326 BVergG 2006 vorgesehen dauern würde; wobei bei einer erst zu erweisenden längeren Dauer als sechs Wochen mitunter Interessen gemäß § 329 Abs 1 iVm Abs 4 BVergG 2006 gegen die Aufrechterhaltung der eV sprechen könnten.

Wien, am 16.8.2011
Der Vorsitzende des Senats 8

OR Mag Reinhard Grasböck

