

TE Verg Bescheid 2010/3/22 N/0018-BVA/02/2010-EV4

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.03.2010

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §345 Abs14 Z1

BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche" Projektnummer: P Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche" Projektnummer: P

115.970 des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, über den Antrag der Bewerbungsgemeinschaft A***, diese vertreten durch X***, vom 15. März 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist mit der Wirkung einer Fortlaufshemmung aussetzen sowie dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersagen", wird stattgegeben.

Im Vergabeverfahren "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche" Projektnummer: P 115.970 wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist mit der Wirkung einer Fortlaufshemmung ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt, im genannten Vergabeverfahren eingelangte Angebote zu öffnen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Schulungszentrum Graz (SZG) für Jugendliche" Projektnummer: P 115.970 GU, des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, erfolgte national am 1.2.2010 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-468036- 0129 sowie Europaweit am 3.2.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 23-032905. Laut Bekanntmachung soll der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist mit 23.3.2010, 10.00 Uhr, fixiert. Zur Vergabe gelangt ein Dienstleistungsauftrag, der Dienstleistungskategorie Nr. 24, CPV-Code 80400000.

Mit Schriftsatz vom 15.3.2010 brachte die Bewerbungsgemeinschaft A***, diese vertreten durch X*** (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie mehrere Eventualbegehren ein. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie verschiedene Eventualbegehren auf Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung gestellt. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Mit Schriftsatz vom 15.3.2010 brachte die Bewerbungsgemeinschaft A***, diese vertreten durch X*** in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie mehrere Eventualbegehren ein. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie verschiedene Eventualbegehren auf Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung gestellt. Weiters beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass bei der Erstellung eines Angebotes gemäß den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen die allgemeinen Bestimmungen des Auftraggebers heranzuziehen seien, die auch die allgemeinen Bestimmungen zur Gewährung von finanziellen Leistungen an Bildungsträger für die entstehenden Personal- und Sachkosten bei der Durchführung von Bildungsmaßnahmen, die vom AMS übertragen worden seien, in der Version 10 vom 1.2.2010 (in der Folge BM-ABG) umfassen würden. Dabei seien die Vorgaben der

Vorstandsrichtlinie zur Vergabe von Bildungsmaßnahmen des AMS (in der Folge BM1) zu beachten. Die in den genannten Bestimmungen angeführten Zuschläge (BM-AGB: Punkt 6.1; BM1:

Punkt 4.19.6 mit den Unterpunkten: 4.19.6.1, 4.19.6.2 und 4.19.6.4) würden sich weder aus dem Gesetz noch aus Kollektivverträgen ergeben. Vielmehr sei bei bestimmten MitarbeiterInnen ("echte DienstnehmerInnen" und mehr als 15 Stunden beschäftigte "freie DienstnehmerInnen") eine Rückrechnung vom Bruttolohn auf die "Einsatzzeiten" von MitarbeiterInnen fix vorgegeben. In vielen Fällen sei dadurch kein Bezug zur tatsächlichen "Lohnrealität" gegeben.

Zwar würden klare Rahmenbedingungen im Bereich der AMS-Ausschreibungen, die auf eine Reduktion und Verbesserung der oftmals prekären Arbeitsverhältnisse von "freien DienstnehmerInnen" und "Freelancern" abzielen und auch eine soziale Absicherung aller Vortragenden im AMS-Maßnahmenbereich anstreben würden, ausdrücklich begrüßt. Die Ausschreibungsbestimmungen zur Erstellung der Kalkulation von Personal würde aber gerade den gegenteiligen (bzw. einen überschießenden) Effekt bewirken und in rechtlicher und wirtschaftlich relevanter Weise Bieter benachteiligen, die über einen hohen Anteil an "echten DienstnehmerInnen" verfügen würden.

Daraus ergebe sich ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs 1 BVergG) und das Gebot der Verhältnismäßigkeit und den Gleichbehandlungs-grundsatz. Das fixe Berechnungsschema für "echte DienstnehmerInnen" (Punkt 6.1 der BM-AGB iVm PunktDaraus ergebe sich ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG) und das Gebot der Verhältnismäßigkeit und den Gleichbehandlungs-grundsatz. Das fixe Berechnungsschema für "echte DienstnehmerInnen" (Punkt 6.1 der BM-AGB in Verbindung mit Punkt

4.19.6. der BM 1 und das verpflichtend vorgesehenen Formular "BM Plausibilisierung Einheitspreis GruppentrainerInnen") laufe auf eine zwingende Vorgabe von 94,45 % Lohnnebenkosten und einen Aufwand von 20 % an Vor- und Nachbereitungszeit (Punkt 4.19.6.1 des BM 1) für "echte DienstnehmerInnen" hinaus.

Gerade die Vor- und Nachbereitungszeit, für die viele Faktoren eine Rolle spielen würden, sei in sehr unterschiedlichem Ausmaß erforderlich. Auch die zwingend vorgesehenen, auf einer Durchschnittsbetrachtung beruhenden 94,45 % Lohnnebenkosten hätten in machen Punkten keinerlei Bezug zur Situation eines konkreten Trainers und würden zum Teil nicht der Realität entsprechen.

Die Berücksichtigung von Feiertagen und arbeitsfreien Tagen hänge von der zeitlichen Festlegung und der Dauer der konkreten Schulungsmaßnahmen und dem tatsächlichen zeitlichen Einsatz der/s konkreten Trainers/in ab. Auch Krankenstandtage, Dienstverhinderungen sowie freiwilliger Sozialaufwand und Weiterbildung seien von individuellen und den unternehmensinternen Umständen abhängig.

Beide vorgegebenen Faktoren (die 20 %ige Mindestvor- und Nachbereitungszeit sowie die 94,45 % Mindestlohnnebenkosten) bei "fixen DienstnehmerInnen" hätten unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen überhöhte Personalkosten pro angebotene Maßnahmenstunde und stark reduzierte Einsatzzeiten einer TrainerIn (pro Monat) in der konkreten Schulungsmaßnahme zur Folge.

Da in den Ausschreibungsunterlagen derartige Vorgaben für bestimmte "freie DienstnehmerInnen" und Selbstständige fehlen würden, komme es zu einer Wettbewerbsverzerrung für jene Unternehmer, die über eine hohe Anzahl von "echten DienstnehmerInnen" bzw entsprechend umfangreich beschäftigte "freie DienstnehmerInnen" verfügen würden.

Diese überschießende und unverhältnismäßige Ausschreibungsvorgabe schränke die Disposition des Bieters zu sehr ein, zumal die Vorgaben sich nur auf eine bestimmte Kategorie von MitarbeiterInnen erstrecken würden. Es komme zu einer strukturbedingten Verzerrung des Wettbewerbs und Schlechterstellung aller jener Unternehmer, die über eine große Anzahl an DienstnehmerInnen und entsprechend umfangreich beschäftigte "freie DienstnehmerInnen" verfügen würden. Auch die Antragstellerin wäre gezwungen, eine über die tatsächlichen Kosten hinausgehende Kalkulation vorzunehmen. Ihre Konkurrenzfähigkeit und Möglichkeit zur Erstellung eines chancenreichen Angebotes wären auf Grund dieser Ausschreibungsvorgaben ohne sachliche Rechtfertigung stark eingeschränkt.

Durch die aufgezeigte Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines und auch Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Insbesondere liege eine Verletzung ihres Rechts auf Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung und auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung eines Vergabeverfahrens unter

Einhaltung der Grundsätze des fairen, transparenten und lauterer Wettbewerbes, sowie der Nicht-Diskriminierung und Gleichbehandlung und fehlerfreien und rechtskonformen Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen vor. Letztlich sei die Antragstellerin auch in ihrem Recht auf Unterbleiben von vergaberechtswidrigen Auftraggeberfestlegungen, insbesondere im Hinblick auf die Angebotsausgestaltung und -kalkulation verletzt.

Durch die genannten Rechtswidrigkeiten drohe der Antragstellerin ein signifikanter Schaden, der grob geschätzt mit Euro 100.000,-

- beziffert werde. Auch werde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, mit einem chancenreichen Angebot am Vergabeverfahren teilzunehmen, wodurch der Entgang des Auftrages und der Verlust eines relevanten Referenzprojektes drohen würden. Darüber hinaus werde auch noch auf die rechtsfreundliche Vertretung und die zu entrichtenden Pauschalgebühren hingewiesen. Die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags beweise auch das Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss.

Bei unverminderter Weiterführung des Vergabeverfahrens wäre es der Antragstellerin nicht möglich, unter vergaberechtskonformen, insbesondere gleichbehandelnden und nicht-diskriminierenden Voraussetzungen am Vergabeverfahren teilzunehmen. Die Möglichkeit, nachträglich Schadensersatz geltend machen zu können, würde die Chance der Antragstellerin, den Zuschlag zu erhalten, nicht kompensieren können. Ohne die beantragten einstweiligen Maßnahmen würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die von der Antragstellerin mit Mitteln des BVergG nicht nachträglich beseitigt werden können. Die Antragstellerin wäre auf den - nicht adäquaten - ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Im vorliegenden Fall überwiege das massive Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin dem allfälligen Interessen des Auftraggebers sowie Dritter. Höherwertige Rechtsgüter, wie etwas "Leib und Leben" wären durch die beantragte Maßnahme nicht gefährdet.

Mit Schriftsatz vom 18.3.2010 gab der Auftraggeber zunächst allgemein an, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung national am 1.2.2010 in der Online Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers zur Wiener Zeitung und Europaweit am 3.2.2010 bekannt gemacht worden sei. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich zu vergebenden Dienstleistungsauftrags betrage Euro 1,75 Mio ohne Ust. Das Vergabeverfahren befinde sich während offener Angebotsfrist. Bislang sei weder eine Widerrufsnoch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Zur Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, dass die von der Antragstellerin bekämpften Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen bzw. die BM 1 jenes Personal erfassen würde, welches die Antragstellerin als eigenes Personal im Angebot anführe. Die Ausschreibungsunterlagen würden zudem lediglich für bis zu 10 % der Leistung (gemessen am Gesamtwert) die Verwendung von Subunternehmern zulassen sowie als "eigenes Personal" sehr eingeschränkt die Verwendung von nebenberuflich tätigen TrainerInnen als Honorarkräfte. Die angefochtene Kalkulation der Personalkosten nach zwingenden Vorgaben sei nur in jenen Fällen heranzuziehen, bei denen der Einheitspreis Personal je Unterrichtsstunde unter Euro 30,90 liege. In einem solchen Fall würde auch der verordnete Mindestlohnstarif für Beschäftigte in privaten Bildungseinrichtungen (zuzüglich barer Lohnnebenkosten) unterschritten werden. Dies wäre nur bei einem besonderen Kollektivvertrag oder bei einer zulässigen Beschäftigung von Honorarkräften gerechtfertigt.

Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten verbindlichen Kalkulationsgrundlagen für Lohnnebenkosten und Vor- und Nachbereitungszeit des Unterrichts seien - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - sachlich gerechtfertigt. Die genannte Kalkulation von Lohnnebenkosten in der Höhe von 94,45 % beruhe nämlich auf einer offiziellen im Internet veröffentlichten Kalkulation des Bundesministeriums für Finanzen. Eine Kalkulation von Lohnnebenkosten auf Basis einer Durchschnittsbetrachtung sei daher nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern nach kaufmännischer Sorgfalt auch geboten.

Beim unterrichtenden Personal, das auf Grund eines Arbeitsvertrages dem Dienstgeber Arbeitszeit schulde, sei zwischen Unterrichts- und Vorbereitungszeit zu unterscheiden. Auch wenn der Kollektivvertrag für private Bildungseinrichtung (BA BE) keine fixe Lehrverpflichtung vorsehe, seien auch BABE-Mitglieder verpflichtet, sämtliche Arbeitszeiten ihrer MitarbeiterInnen abzugelten und nicht nur reine Unterrichtstätigkeiten zu bezahlen. Würden dem Kollektivvertrag für private Bildungseinrichtung unterliegende Bieter lediglich einen 38,5 Stunden dauernden Wochenunterricht abgelten, liege ein Verstoß gegen den Arbeitsvertrag und damit gegen zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften vor, da die Vor- und Nachbereitungszeiten nicht abgegolten würden.

Auch wenn die Vor- und Nachbereitungszeiten je nach Unterrichtsgegenstand unterschiedlich seien, sei eine Kalkulation von weniger als 20 % an Arbeitszeit für Vor- und Nachbereitungszeiten nicht realistisch. Vielmehr sei in diesem Fall davon auszugehen, dass nicht sämtliche Arbeitszeiten abgegolten werden würden. Eine ordentliche Vor- und Nachbereitung des Unterrichts sei auch ein wesentliches Qualitätskriterium. Einem Auftraggeber müsse es freistehen, Mindeststandards festzulegen. Eine Benachteiligung von BieterInnen mit unselbständigen TrainerInnen gegenüber jenen BieterInnen mit selbständigen TrainerInnen könne daher in den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht erblickt werden. Die Honorarforderungen von selbständigen TrainerInnen müssten auch Vorbereitungs- bzw. Nachbereitungszeiten umfassen. Bei angestellten TrainerInnen obliege diese Kalkulation dem Arbeitsgeber.

Die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen würden es dem Bieter freistellen, in eingeschränktem Ausmaß mit selbständigen Subunternehmern oder uneingeschränkt mit eigenem Personal zu arbeiten. Mehr als 10 % dürften nicht an Subunternehmer vergeben werden. Beim eigenen Personal dürfe der Bieter nicht gegen die Mindestlohnbestimmungen verstoßen. Die sei der Fall, wenn der Einheitspreis des Personals unter Euro 30,90 je Unterrichtsstunde liege, und damit unter dem Mindestlohntarif bezahlt werde. Dies sei nur durch einen Kollektivvertrag, der ein niedriges Entgelt vorsehe, oder bei Honorarverhältnissen im Rahmen nebenberuflicher Tätigkeiten gerechtfertigt. Schließlich verzichtete der Auftraggeber ausdrücklich auf die Bekanntgabe von Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprächen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (§ 345 Abs 14 Z 1 BVergG) somit am 5.3.2010 im Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag (Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG) somit am 5.3.2010 im Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 3.2.2010 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 15.3.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des in Krafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich am 3.2.2010 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA am 15.3.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG) anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, ist ein Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um eine prioritäre Dienstleistung gemäß § 6, Anhang IV, Kategorie 24 BVergG, welche in einem "einstufigen Verfahren in Anlehnung an das offene Verfahren" nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Das Verfahren befindet sich während offener Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach

den Angaben des Auftraggebers Euro 1,750.000,00 ohne Ust.. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigklärung von Teilen bzw. der gesamten Ausschreibung, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Angebotsfrist am 23.3.2010 die Öffnung der eingelangten Angebote geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Angebotsabgabe der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und damit in einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS) Steiermark, Babenbergerstrasse 33, 8020 Graz, ist ein Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um eine prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6,, Anhang römisch vier, Kategorie 24 BVergG, welche in einem "einstufigen Verfahren in Anlehnung an das offene Verfahren" nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Das Verfahren befindet sich während offener Angebotsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro 1,750.000,00 ohne Ust.. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigklärung von Teilen bzw. der gesamten Ausschreibung, in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Angebotsfrist am 23.3.2010 die Öffnung der eingelangten Angebote geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Angebotsabgabe der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und damit in einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph

320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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 Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, 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 gegen einander 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 Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung 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 der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung 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 der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabebeamten auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden bekannt. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens

auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105- BVA/02/2008-EV9 ua.). auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105- BVA/02/2008-EV9 ua.).

Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006- EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. a.). Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006- EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u. a.).

Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die beantragte Aussetzung der Angebotsfrist mit der Wirkung einer Fortlaufhemmung in Verbindung mit der Untersagung der Angebotsöffnung durch den Auftraggeber stellt im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Aussetzen der Angebotsfrist, Fortlaufhemmung, Untersagung Angebotsöffnung;

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at