

TE Bvwg Beschluss 2014/2/25 W139 2001504-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.02.2014

Entscheidungsdatum

25.02.2014

Norm

BVergG 2006 §131 Abs1 Z2

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 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 § 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. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W-139-2001504-1/7E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen; Zeichen WA106900/6200-SHS" über den Antrag der XXXX, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien vom 17. Februar 2014 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen; Zeichen WA106900/6200-SHS" über den Antrag der römisch 40, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien vom 17. Februar 2014 beschlossen:

SPRUCH

A

Der Antrag, "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen", wird gemäß § 328 Abs 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag, "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen", wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

B

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG

Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 17. Februar 2013 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz. Darüber hinaus beantragte sie Folgendes:

"Aus all diesen Gründen werden daher gestellt die

Anträge,

7.1. die Entscheidung der Auftraggeberin vom 7.2.2014, das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden, für nichtig zu erklären;

7.2. eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;

7.3. Akteneinsicht in den Vergabeakt zu gewähren;

7.4. die Beilage .2 wegen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von der Akteneinsicht auszunehmen;

7.5. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen."

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt habe mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft vom 21. September 2013, 2013/S 184-317406 ein offenes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrages betreffend "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" eingeleitet.

Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein (ausschreibungskonformes) Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung, an der auch Vertreter der Antragstellerin teilgenommen haben, habe am 4. November 2013 stattgefunden. Laut Angebotsöffnungsprotokoll vom 4. November 2013 sei die Antragstellerin mit ihrem Angebotspreis von EUR XXXX preislich an erster Stelle gelegen. In der Folge sei die Antragstellerin aufgefordert worden Strafregisterauszüge für die Geschäftsführer der Antragstellerin sowie die Geschäftsführer ihres Subunternehmers sowie ISO-Zertifizierungen für das Unternehmen XXXX vorzulegen. Dem habe die Antragstellerin einerseits durch Vorlage eines Strafregisterauszeuges für XXXX sowie eidesstattliche Erklärungen der beiden anderen Geschäftsführer, XXXX, sowie eine eidesstattliche Erklärung des Vorstandes der XXXX und andererseits durch Vorlage von Zertifikaten der Mölnlycke Health Care AB ("MHC SchwedenXXXXfristgerecht entsprochen. Mit Schreiben vom 7. Februar 2014 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Eine Zuschlagsentscheidung sei nach Informationsstand der Antragstellerin noch nicht ergangen. Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein (ausschreibungskonformes) Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung, an der auch Vertreter der Antragstellerin teilgenommen haben, habe am 4. November 2013 stattgefunden. Laut Angebotsöffnungsprotokoll vom 4. November 2013 sei die Antragstellerin mit ihrem Angebotspreis von EUR römisch 40 preislich an erster Stelle gelegen. In der Folge sei die Antragstellerin aufgefordert worden Strafregisterauszüge für die Geschäftsführer der Antragstellerin sowie die Geschäftsführer ihres Subunternehmers sowie ISO-Zertifizierungen für das Unternehmen römisch 40 vorzulegen. Dem habe die Antragstellerin einerseits durch Vorlage eines Strafregisterauszeuges für römisch 40 sowie eidesstattliche Erklärungen der beiden anderen Geschäftsführer, römisch 40, sowie eine eidesstattliche Erklärung des Vorstandes der römisch 40 und andererseits durch Vorlage von Zertifikaten der Mölnlycke Health Care Ausschussbericht ("MHC SchwedenXXXXfristgerecht entsprochen. Mit Schreiben vom 7. Februar 2014 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Eine Zuschlagsentscheidung sei nach Informationsstand der Antragstellerin noch nicht ergangen.

Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung vom 7. Februar 2014. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lita sublit aa BVergG. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin mangle es der Antragstellerin weder an der beruflichen Zuverlässigkeit noch an der technischen Leistungsfähigkeit. Angefochten werde die Ausscheidensentscheidung vom 7. Februar 2014. Dabei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lita Sub-Litera, a, a, BVergG. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin mangle es der Antragstellerin weder an der beruflichen Zuverlässigkeit noch an der technischen Leistungsfähigkeit.

Gemäß Punkt 14 a der "Allgemeinen Bedingungen" seien zum Nachweis der Eignung Auszüge aus dem Strafregister oder Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus denen hervorgehe, dass gegen den Unternehmer bzw gegen in der Geschäftsführung tätigen physischen Personen kein rechtskräftiges Urteil ergangen sei, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stelle, vorzulegen. Gemäß Punkt 14 c der "Allgemeinen Bedingungen" konnten sich Bieter zum Nachweis auf eine Eigenerklärung stützen. Dies habe die Antragstellerin getan. Bei der Aufforderung vom 8. November 2013 zur Vorlage von Strafregisterauszügen handle es sich um die erstmalige Aufforderung zur Vorlage (und sohin gerade um keine Verbesserung oder Nachreichung). Die Auftraggeberin hätte bei Zweifeln an der Unzuverlässigkeit der genannten Personen der Antragstellerin unter Vorhalt dieser Zweifel die Möglichkeit einräumen müssen, zu diesen Vorwürfen in einem kontradiktorischen Verfahren Stellung zu nehmen, oder aber die Möglichkeit zur Verbesserung einräumen müssen. Dies insbesondere deshalb, weil die Nicht-Vorlage einer Strafregisterauskunft (als bloßer Nachweis) nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden einen behebbaren Mangel darstelle. Darüber hinaus sei die Vorlage eines einer Strafregisterbescheinigung gleichwertigen Nachweises jedenfalls auch deshalb gerechtfertigt und ausreichend, da die Erlangung eines "polizeilichen Führungszeugnisses" (das schwedische Äquivalent zur Strafregisterbescheinigung) bzw eines "Disclosure and Barring Checks" (das britische Äquivalent zur Strafregisterbescheinigung) mit großem Aufwand und einem langwierigen Verfahren verbunden sei. Die dafür seitens der Auftraggeberin eingeräumte Frist sei dafür zu kurz bemessen gewesen.

Auch hinsichtlich der Aufforderung zur Vorlage der Strafregisterauszüge bezüglich des Subunternehmers XXXX vom 22. November 2013 handle es sich um die erstmalige Aufforderung zur Vorlage und nicht um eine Verbesserung oder Nachreichung. Die Auftraggeberin habe auf das Ersuchen der Antragstellerin, mitzuteilen, ob die Nachweise für die XXXX oder infolge deren Umstrukturierung für die XXXX zu erbringen seien, erst einen Tag vor Ablauf der gesetzten Frist

geantwortet und einem Ersuchen um Fristverlängerung nicht Folge geleistet, weswegen aufgrund der extrem kurzen Frist eidesstattliche Erklärungen der Vorstände der Rail Cargo vorgelegt worden seien. Auch in diesem Fall habe die Auftraggeberin keine Möglichkeit zur Stellungnahme bzw zur Verbesserung gewährt. Auch hinsichtlich der Aufforderung zur Vorlage der Strafregisterauszüge bezüglich des Subunternehmers römisch 40 vom 22. November 2013 handle es sich um die erstmalige Aufforderung zur Vorlage und nicht um eine Verbesserung oder Nachreichung. Die Auftraggeberin habe auf das Ersuchen der Antragstellerin, mitzuteilen, ob die Nachweise für die XXXXoder infolge deren Umstrukturierung für die römisch 40 zu erbringen seien, erst einen Tag vor Ablauf der gesetzten Frist geantwortet und einem Ersuchen um Fristverlängerung nicht Folge geleistet, weswegen aufgrund der extrem kurzen Frist eidesstattliche Erklärungen der Vorstände der Rail Cargo vorgelegt worden seien. Auch in diesem Fall habe die Auftraggeberin keine Möglichkeit zur Stellungnahme bzw zur Verbesserung gewährt.

Die Antragstellerin habe mit Abgabe des Angebotes gültige Zertifizierungen ihrer Muttergesellschaft, die die ausschreibungsgegenständlichen Produkte in ihren Produktionsstätten herstelle, eingereicht. Am 12. Dezember 2013 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, Zertifikate für die Antragstellerin selbst vorzulegen, womit die Auftraggeberin erstmalig die Anforderungen der Ausschreibungsunterlage dahingehend konkretisiert habe, für welche Unternehmen bzw Produkte oder Vertriebsniederlassungen die Zertifikate zu erbringen seien. Insbesondere vor diesem Hintergrund sei die in der Aufklärung gesetzte Frist von lediglich fünf Tagen extrem kurz. Die Antragstellerin habe daraufhin fristgerecht (erneut) das globale Zertifikat der (schwedischen) XXXX und gleichzeitig einen Vertrag zwischen ihr und der XXXX vorgelegt, wonach die Antragstellerin vom Zertifikat gedeckt sei und sohin die Zertifizierungsanforderungen erfülle. Darüber hinaus habe sie das Qualitätshandbuch SUCEED (jeweils mit beglaubigter Übersetzung) vorgelegt, woraus ebenfalls die Einhaltung der Zertifizierungsanforderungen ersichtlich sei. Der von der Antragstellerin vorgelegte Nachweis über die Erfüllung der Anforderungen für die Zertifizierungen sei daher - entgegen den Ausführungen von XXXX, der für die Auftraggeberin ein Gutachten über die Gültigkeit und "Reichweite" der vorgelegten Zertifikate erstellt habe - den geforderten Zertifizierungen gleichwertig. Die Auftraggeberin hätte vor Ausscheiden des Angebots im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit geben müssen, zu den Vorwürfen und Erwägungen des beigezogenen Gutachters Stellung zu nehmen. Sie hätte der Antragstellerin Gelegenheit zur Verbesserung oder zur Aufklärung zur Gleichwertigkeit geben müssen. Abgesehen davon seien die vorgelegten Zertifizierungen als Nachweis ohnehin ausreichend. Weiters habe die Antragstellerin aufgrund der fehlenden Spezifizierung in den Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen müssen, dass bei einem Lieferauftrag die Zertifizierung für den Produktionsstandort bzw den Produzenten gefordert sei und nicht für einen Bieter, der eine bloße Vertriebsniederlassung sei und keinen Einfluss auf die Qualität der maßgeblichen Produktionsprozesse habe. Es weiche von der gewöhnlichen Praxis ab, dass bloße Vertriebsniederlassungen ISO-Zertifizierungen vorzuweisen haben. Darüber hinaus sei ein Nachweis für Umweltmanagementmaßnahmen weder im BVergG noch nach der VergabeRL vorgesehen. Ein Ausscheiden sei daher aus diesem Grund jedenfalls rechtswidrig. Festzuhalten sei auch, dass die Erfüllung der Eignungs- und Qualitätsanforderungen durch die Antragstellerin in Referenzbestätigungen der Auftraggeberin selbst bereits ausdrücklich bestätigt worden sei. Die Antragstellerin habe mit Abgabe des Angebotes gültige Zertifizierungen ihrer Muttergesellschaft, die die ausschreibungsgegenständlichen Produkte in ihren Produktionsstätten herstelle, eingereicht. Am 12. Dezember 2013 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, Zertifikate für die Antragstellerin selbst vorzulegen, womit die Auftraggeberin erstmalig die Anforderungen der Ausschreibungsunterlage dahingehend konkretisiert habe, für welche Unternehmen bzw Produkte oder Vertriebsniederlassungen die Zertifikate zu erbringen seien. Insbesondere vor diesem Hintergrund sei die in der Aufklärung gesetzte Frist von lediglich fünf Tagen extrem kurz. Die Antragstellerin habe daraufhin fristgerecht (erneut) das globale Zertifikat der (schwedischen) römisch 40 und gleichzeitig einen Vertrag zwischen ihr und der römisch 40 vorgelegt, wonach die Antragstellerin vom Zertifikat gedeckt sei und sohin die Zertifizierungsanforderungen erfülle. Darüber hinaus habe sie das Qualitätshandbuch SUCEED (jeweils mit beglaubigter Übersetzung) vorgelegt, woraus ebenfalls die Einhaltung der Zertifizierungsanforderungen ersichtlich sei. Der von der Antragstellerin vorgelegte Nachweis über die Erfüllung der Anforderungen für die Zertifizierungen sei daher - entgegen den Ausführungen von römisch 40 , der für die Auftraggeberin ein Gutachten über die Gültigkeit und "Reichweite" der vorgelegten Zertifikate erstellt habe - den geforderten Zertifizierungen gleichwertig. Die Auftraggeberin hätte vor Ausscheiden des Angebots im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit geben müssen, zu den Vorwürfen und Erwägungen des beigezogenen Gutachters Stellung zu nehmen. Sie hätte der Antragstellerin Gelegenheit zur Verbesserung oder zur Aufklärung zur Gleichwertigkeit geben müssen. Abgesehen davon seien die vorgelegten Zertifizierungen als

Nachweis ohnehin ausreichend. Weiters habe die Antragstellerin aufgrund der fehlenden Spezifizierung in den Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen müssen, dass bei einem Lieferauftrag die Zertifizierung für den Produktionsstandort bzw den Produzenten gefordert sei und nicht für einen Bieter, der eine bloße Vertriebsniederlassung sei und keinen Einfluss auf die Qualität der maßgeblichen Produktionsprozesse habe. Es weiche von der gewöhnlichen Praxis ab, dass bloße Vertriebsniederlassungen ISO-Zertifizierungen vorzuweisen haben. Darüber hinaus sei ein Nachweis für Umweltmanagementmaßnahmen weder im BVergG noch nach der VergabeRL vorgesehen. Ein Ausscheiden sei daher aus diesem Grund jedenfalls rechtswidrig. Festzuhalten sei auch, dass die Erfüllung der Eignungs- und Qualitätsanforderungen durch die Antragstellerin in Referenzbestätigungen der Auftraggeberin selbst bereits ausdrücklich bestätigt worden sei.

Im Übrigen sei das gegenständliche Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen, da bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung die Angebote sämtlicher Bieter mangels Erfüllung der Mindestanforderungen an die zu liefernden Muster aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden seien. Da derselbe Ausscheidensgrund gegen alle Angebote vorliege und sohin ein zwingender Widerrufsgrund gegeben sei, sei die Antragstellerin angesichts der Rsp des EuGH in der Rechtssache C-100/12 (Fastweb) auch zur Geltendmachung dieser Rechtswidrigkeit legitimiert.

Bei der Antragstellerin handle es sich um das österreichische Tochterunternehmen eines weltweit führenden Herstellers von Textilien für den Gesundheitsbereich und Dienstleistungen für Chirurgie und professionelle Wundversorgung. Sie betreue seit vielen Jahren als Vertriebsstandort neben internationalen Märkten auch den österreichischen Markt. Die Lieferung von sterilen OP-Sets wie den ausschreibungsgegenständlichen sei ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin. Der gegenständliche Lieferauftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich, der Anzahl der bei der AUVA Versicherten sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe und den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt habe. Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung nicht stattgegeben, so wäre mit einer (rechtswidrigen) Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, das nicht tatsächlich Bestbieter sei bzw bei rechtskonformer Angebotsprüfung auszuschneiden wäre, zu rechnen. Es drohe daher ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges bzw des Verlusts des Deckungsbeitrages. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Angebotslegung, der rechtlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren frustriert wären. Weiters drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines wesentlichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich generell im Recht auf Durchführung eine vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterer Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf Nicht-Ausscheiden eines ausschreibungskonformen Angebotes, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, sowie im Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin ansonsten durch die (rechtswidrige) Zuschlagserteilung (vor der Beendigung des Nachprüfungsverfahrens) unumkehrbare Tatsachen mit den aufgezeigten erheblichen Nachteilen für die Antragstellerin schaffen könnte. Einer Untersagung der Zuschlagserteilung würden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und der sonstigen Mitbieter entgegenstehen. Es sei davon auszugehen, dass die Versorgung der Einrichtungen der AUVA mit OP-Sets für den Zeitraum eines Nachprüfungsverfahrens sichergestellt sei, weswegen besondere öffentliche Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, nicht ersichtlich seien. Die begehrte einstweilige Verfügung stelle auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme dar.

Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien , dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Weiters übermittelte sie die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG (CPV-Code 39518100), welcher am 21. September 2013 österreichweit und im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden sei. Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem

Bestbieterprinzip erfolgen. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 4. November 2013 seien drei Angebote eingelangt. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin sodann festgestellt, dass alle Angebote mangelhaft bzw aufklärungsbedürftig gewesen seien und habe die Bieter aufgefordert, Verbesserungen vorzunehmen. Da die Antragstellerin weder mit dem Angebot noch im Zuge der Nachreichung ausschreibungsgemäße Strafregistrauszüge oder gleichwertige Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunfts- oder Aufenthaltslandes der beiden Geschäftsführer XXXX vorgelegt habe, sondern nur Eigenbestätigungen in englischer Sprache eingereicht habe, bei denen ein schwedischer Notar die Identität der beiden Unterzeichner festgestellt habe, sei das Angebot der Antragstellerin mangels Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit ausgeschieden worden. Darüber hinaus sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, innerhalb der vorgegebenen Frist Auszüge aus dem Strafregister oder Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes bezüglich der in der Geschäftsführung tätigen natürlichen Personen des Subunternehmers einzuholen, wodurch ebenfalls ein zwingender Ausscheidensgrund verwirklicht sei. Schließlich habe die Antragstellerin weder mit dem Angebot noch im Zuge der Nachreichung Zertifizierungen über EN ISO 9001, 13485 und 14001 eingereicht, auf denen die (österreichische) XXXX aufscheine. Sie habe nur einen Vertrag zwischen dem Stammhaus XXXX und dem Marktstandort Zentralregion sowie ein Qualitätshandbuch Succeed übermittelt. Von der Auftraggeberin sei daraufhin ein Gutachten über die Gültigkeit der auf die (schwedische) XXXX ausgestellten ISO-Zertifizierungen 9001, 13485 und 14001 für die (österreichische) XXXX eingeholt worden, welches besage, dass diese Zertifizierungen nicht für den (österreichischen) Bieter gültig seien und die im Zuge einer Nachreichung übermittelten Dokumente auch nicht als gleichwertig anzusehen seien. Sohin sei die Antragstellerin auch mangels Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausgeschieden worden. Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Weiters übermittelte sie die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 39518100), welcher am 21. September 2013 österreichweit und im Amtsblatt der EU bekannt gemacht worden sei. Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 4. November 2013 seien drei Angebote eingelangt. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin sodann festgestellt, dass alle Angebote mangelhaft bzw aufklärungsbedürftig gewesen seien und habe die Bieter aufgefordert, Verbesserungen vorzunehmen. Da die Antragstellerin weder mit dem Angebot noch im Zuge der Nachreichung ausschreibungsgemäße Strafregistrauszüge oder gleichwertige Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunfts- oder Aufenthaltslandes der beiden Geschäftsführer römisch 40 vorgelegt habe, sondern nur Eigenbestätigungen in englischer Sprache eingereicht habe, bei denen ein schwedischer Notar die Identität der beiden Unterzeichner festgestellt habe, sei das Angebot der Antragstellerin mangels Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit ausgeschieden worden. Darüber hinaus sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, innerhalb der vorgegebenen Frist Auszüge aus dem Strafregister oder Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes bezüglich der in der Geschäftsführung tätigen natürlichen Personen des Subunternehmers einzuholen, wodurch ebenfalls ein zwingender Ausscheidensgrund verwirklicht sei. Schließlich habe die Antragstellerin weder mit dem Angebot noch im Zuge der Nachreichung Zertifizierungen über EN ISO 9001, 13485 und 14001 eingereicht, auf denen die (österreichische) römisch 40 aufscheine. Sie habe nur einen Vertrag zwischen dem Stammhaus römisch 40 und dem Marktstandort Zentralregion sowie ein Qualitätshandbuch Succeed übermittelt. Von der Auftraggeberin sei daraufhin ein Gutachten über die Gültigkeit der auf die (schwedische) römisch 40 ausgestellten ISO-Zertifizierungen 9001, 13485 und 14001 für die (österreichische) römisch 40 eingeholt worden, welches besage, dass diese Zertifizierungen nicht für den (österreichischen) Bieter gültig seien und die im Zuge einer Nachreichung übermittelten Dokumente auch nicht als gleichwertig anzusehen seien. Sohin sei die Antragstellerin auch mangels Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ausgeschieden worden.

Neben der Antragstellerin sei auch die XXXX mit Schreiben vom 7. Februar 2014 ausgeschieden worden. Auch die dritte Bieterin, die XXXX habe hinsichtlich der Muster Verbesserungen vornehmen müssen. Neben der Antragstellerin sei auch die römisch 40 mit Schreiben vom 7. Februar 2014 ausgeschieden worden. Auch die dritte Bieterin, die römisch 40 habe hinsichtlich der Muster Verbesserungen vornehmen müssen.

Die Verbesserung sei vollständig und fristgerecht erfolgt, sodass dieses Angebot die Eignungserfordernisse erfülle.

Bislang sei weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, sohin sei auch kein Widerruf erklärt oder der Zuschlag erteilt worden.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung erstattete die Auftraggeberin kein Vorbringen. Die sofortige Vergabe sei nicht erforderlich. Es seien keine Interessen bekannt, die den unverzüglichen Fortgang des Vergabeverfahrens erforderlich machen würden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und der bislang vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert Stifter Straße 65, 1200 Wien, schrieb im September 2013 die gegenständliche Lieferung "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 39518100). Die Angebotsfrist endete am 4. November 2013, 11.00 Uhr. Die Antragstellerin legte neben zwei weiteren Bietern, der XXXX und der XXXXfristgerecht ein Angebot. Die Angebotsöffnung erfolgte am selben Tag. Am 7. Februar 2014 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes per e-mail bekannt gegeben. Darüber hinaus wurde auch das Angebot der XXXX am 7. Februar 2014 ausgeschieden. Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert Stifter Straße 65, 1200 Wien, schrieb im September 2013 die gegenständliche Lieferung "Sterile OP-Sets für alle AUVA-Behandlungseinrichtungen" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 39518100). Die Angebotsfrist endete am 4. November 2013, 11.00 Uhr. Die Antragstellerin legte neben zwei weiteren Bietern, der römisch 40 und der XXXXfristgerecht ein Angebot. Die Angebotsöffnung erfolgte am selben Tag. Am 7. Februar 2014 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes per e-mail bekannt gegeben. Darüber hinaus wurde auch das Angebot der römisch 40 am 7. Februar 2014 ausgeschieden.

Am 17. Februar 2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein.

Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin wurde weder eine Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch wurde der Zuschlag erteilt bzw. der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

2.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA). Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 3. Februar 2009, N/0171- BVA/04/2008-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA). Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 7. November 2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 3. Februar 2009, N/0171- BVA/04/2008-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des

Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung per e-mail am 7. Februar 2014 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung per e-mail am 7. Februar 2014 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

2.2. Inhaltliche Beurteilung

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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 Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht 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 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu schon BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA vom 4. Juli 2011, N/0056- BVA/12/2011-EV6; BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA vom 26. Juli 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA vom 27. Juli 2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung EBRV1171 BlgNR XXII. GP, 141). Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu schon BVA vom 12. Jänner 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA vom 4. Juli 2011, N/0056- BVA/12/2011-EV6; BVA vom 20. Juli 2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA vom 26. Juli 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA vom 27. Juli 2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung EBRV1171 BlgNR römisch 22 . GP, 141).

Die Auftraggeberin ist gemäß § 131 Abs 1 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 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 (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). 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 XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Gemäß Art 2a Abs 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs 1 BVergG steht damit in Einklang mit den

gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA). Da somit sowohl die Antragstellerin mangels Beendigung des Nachprüfungsverfahrens als auch die XXXX, deren Angebot nicht ausgeschieden wurde, als im Vergabeverfahren verbliebene Bieter zu qualifizieren sind, kann die Auftraggeberin auch nicht unter Berufung auf § 131 Abs 1 Z 2 BVergG von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung absehen. Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 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 (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). 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" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 131, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA). Da somit sowohl die Antragstellerin mangels Beendigung des Nachprüfungsverfahrens als auch die römisch 40 , deren Angebot nicht ausgeschieden wurde, als im Vergabeverfahren verbliebene Bieter zu qualifizieren sind, kann die Auftraggeberin auch nicht unter Berufung auf Paragraph 131, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung absehen.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung 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. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu

beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigkeitsklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B Zur Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt: Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten vergleiche etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß Paragraph 131, Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann vergleiche dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden.

Schlagworte

Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,
Ausscheidung, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, nicht im
Vergabeverfahren verbliebener Bieter, Revision zulässig

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2001504.1.00

Zuletzt aktualisiert am

26.05.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at