

TE Bvwg Beschluss 2018/6/26 W187 2198532-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.06.2018

Entscheidungsdatum

26.06.2018

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §131 Abs3

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2198532-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Erneuter Aufruf zum Wettbewerb betreffend den Einzelauftrag „EAW PC's für das BM.I“, BBG-interne GZ 3491.03071" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres (BMI), Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, vom 18. Juni 2018 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Erneuter Aufruf zum Wettbewerb betreffend den Einzelauftrag „EAW PC's für das BM.I“, BBG-interne GZ 3491.03071" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres (BMI), Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, vom 18. Juni 2018 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber, Republik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle, Bundesbeschaffung GmbH, im Vergabeverfahren Einzelauftrag EAW PC's für das BM.I für die Dauer des beim BVwG anhängigen Nachprüfungsverfahrens untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen, in eventu untersagen, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben; in eventu, untersagen, den Zuschlag zu erteilen", gemäß §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1 BVergG ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der römisch 40, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber, Republik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle, Bundesbeschaffung GmbH, im Vergabeverfahren Einzelauftrag EAW PC's für das

BM.I für die Dauer des beim BVwG anhängigen Nachprüfungsverfahrens untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen, in eventu untersagen, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben; in eventu, untersagen, den Zuschlag zu erteilen", gemäß Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, BVergG ab.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2018 beantragte die XXXX, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 8. Juni 2018, den Ersatz der Pauschalgebühr und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Erneuter Aufruf zum Wettbewerb betreffend den Einzelauftrag „EAW PC's für das BM.I“, BBG-interne GZ 3491.03071" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres (BMI), Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien.

1. Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2018 beantragte die römisch 40, vertreten durch Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 8. Juni 2018, den Ersatz der Pauschalgebühr und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Erneuter Aufruf zum Wettbewerb betreffend den Einzelauftrag „EAW PC's für das BM.I“, BBG-interne GZ 3491.03071" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres (BMI), Herrengasse 7, 1010 Wien, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung des Vergabeverfahrens, der angefochtenen Entscheidung und der Auftraggeberin behauptet die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss durch die Beteiligung am Vergabeverfahren, den Abschluss der Rahmenvereinbarung, die Angebotslegung und den ersten Nachprüfungsantrag sowie den gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Sie macht Ausführungen zur Rechtzeitigkeit und zur Bezahlung der Pauschalgebühr in der geschuldeten Höhe. Sie nennt als drohenden Schaden den entgehenden marktüblichen Gewinn von 7 % der Auftragssumme, die bisherigen Kosten der anwaltlichen Vertretung und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts. Sie erachtet sich im Recht auf klare und nachvollziehbare Durchführung des Vergabeverfahrens und Transparenz, im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, im Recht auf rechtzeitige und auf ausreichend nachvollziehbare Begründung der für den Antragsteller als Bieter letzten Entscheidung im Vergabeverfahren (Ausscheidensentscheidung), im Recht auf Nichtausscheiden bei Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebots, im Recht auf Bietergleichbehandlung auf Grundlage der Vorgaben in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Aufklärung behebbarer Mängel, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtigerklärung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung und auf nachprüfende Beurteilung der Angebote anhand der Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Einhaltung eines fairen und lauten Wettbewerbs, im Recht auf Nichtigerklärung vergabewidriger Entscheidungen des Auftraggebers verletzt.

1.2 Nach der Darstellung des Sachverhalts führt die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin zu Unrecht der Ansicht sei, dass Punkt 2.9 "Digitaler Graphikausgang" nicht erfüllt werde. Sie ziehe zu Unrecht die Festlegungen im Leistungsverzeichnis gemäß der Ausschreibungsunterlage Rahmenvereinbarung heran, die mit dem erneuten Aufruf zum Wettbewerb geändert worden sei. Aus dem Text des Leistungsverzeichnisses des erneuten Aufrufs zum Wettbewerb ergebe sich eindeutig, dass von der Auftraggeberin - im Gegensatz zu den Festlegungen im ursprünglichen Leistungsverzeichnis Rahmenvereinbarung - lediglich ein digitaler Zugang/Display Port gefordert sei. Die Auftraggeberin habe zu einer rein funktionalen Beschreibung des Display Ports gewechselt. Diese treffe keine Aussage über die notwendige Anzahl der

Display Port Ausgänge. Die Auftraggeberin habe die Anzahl ganz bewusst gestrichen. Das sei auch schlüssig, weil man beide Punkte 2.8 und 2.9 mit einem Display Port Ausgang erfüllen müsse. Indem die Auftraggeberin hier dieselbe technische Lösung vorgebe, lege sie fest, dass das mit einem entsprechenden Ausgang erfüllt sei. Zwei Ausgänge wären auf Basis des Leistungsverzeichnisses des erneuten Aufrufs zum Wettbewerb nur dann gefordert, wenn an den Grafikausgang unter Punkt 2.8 und 2.9 andere Anforderungen wie HDMI oder DVI festgelegt worden wären, die man nicht mit einer Technologie erfüllen könne. Die Ausscheidensentscheidung beruhe auf einer unzulässigen Heranziehung des bereits überholten, da berichtigten Leistungsverzeichnisses. Die Antragsteller habe die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt. Es liege kein unbehebbarer Mangel vor. Ob ein Angebot ausschreibungswidrig sei, ergebe sich einzig aus einem Vergleich des Angebots mit den bestandsfesten Vorgaben der Ausschreibung. Entscheidend sei daher, dass in der Ausschreibung nur ein digitaler Zugang/Display Port gefordert sei.

1.3 Die Forderung, dass ein Display Port-Adapter auf DVI enthalten sein müsse, sei mit den DVI Ausgang erfüllt, da ein fix verbauter Anschluss einem Adapter vorzuziehen sei. Ein zusätzlicher DVI-Adapter sei zur Bemusterung nicht vorgelegt worden, weil ausdrücklich nur 1 Stück PC inklusive Maus, Tastatur und Stromkabel vorzulegen gewesen seien. Es handle sich bestenfalls um einen behebbaren Mangel.

1.4 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung einen unmittelbaren Schaden für die Antragsteller bedeuten würde, der nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Verfahrens bzw der Zuschlagserteilung abgewendet werden könne. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, könne die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auf Grundlage einer vergaberechtswidrigen Festlegung weiterführen. Dem provisorischen Rechtsschutz sei Vorrang einzuräumen. Das mit der einstweiligen Verfügung beantragte Verbot der Fortführung des Verfahrens, der Angebotsöffnung und jedenfalls aber die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung sei gegenständlich das gelindeste Mittel, um das Interesse der Antragstellerin abzusichern. Nur so könne sichergestellt werden, dass eine den Vergabeprinzipien entsprechende Angebotslegung- und Beurteilung möglich sei. Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter liege im Interesse aller Beteiligte und im öffentlichen Interesse. Die Rechtsrichtigkeit habe dabei Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Eine besondere Dringlichkeit sei der Ausschreibung nicht zu entnehmen. Die Auftraggeberin habe die Angebotsfrist auch nicht verkürzt.

2. Am 21. Juni 2018 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

3. Am 25. Juni 2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung und beantragte die Ab-, in eventu Zurückweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, da ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Auftraggeberin benötigt werde.

3.1 In Einem brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag ein, in der sie im Wesentlichen nach Darstellung des Sachverhalts ausführt, dass sich aus der Zusammenschau der Punkte 2.8, 2.9 und 2.11 des Leistungsverzeichnisses ergebe, dass zwei digitale Display Port Ausgänge ausweisen müsse. Die Auftraggeberin legte Fotos der geforderten und der von der Antragstellerin angebotenen Ausgänge vor. Es klar ersichtlich, dass die Antragstellerin entgegen den Vorgaben im Leistungsverzeichnis nicht zwei digitale Display Port, sondern nur einen digitalen Display Port und einen DVI-Anschluss angeboten habe. Aus der Ausschreibung ergebe sich keinesfalls, dass nur ein digitaler Display Port gefordert sei. Es handle sich nicht um eine funktionale Leistungsbeschreibung. Ein DVI-Anschluss sei aus technischer Sicht nicht mit einen digitalen Display Port vergleichbar. Es sei Sache der Auftraggeberin, den Gegenstand der Leistung festzulegen. Es müsse sich auch nicht jeder Unternehmer ungeachtet seiner technischen Möglichkeiten am Vergabeverfahren beteiligen können.

3.2 Punkt 2.10 des Leistungsverzeichnisses sei zu entnehmen, dass ein Display Port-Adapter auf DVI zu liefern sei. Das Verbauen eines DVI-Ausgangs widerspreche der Ausschreibung. Das Leistungsverzeichnis verlange zwei Grafikschnittstellen der neuesten Generation samt DVI-Adapter für ältere Geräte. Die Antragstellerin habe anstelle eines zweiten Display Port, einer Grafikschnittstelle der vierten Generation nach VGA, DVI und HDMI, lediglich einen DVI-Ausgang und damit eine Grafikschnittstelle der zweiten Generation angeboten.

3.3 Das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden. Das ausschreibungswidrige Angebot sei einer Verbesserung nicht zugänglich, da das angebotene Produkt die Vorgaben der Ausschreibung nicht erfülle. Zur

Behebung des Mangels sei eine inhaltliche Änderung des Angebots und damit Verhandlungen über das Angebot notwendig. Ein ausschreibungswidriges Angebot sei Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden. Die Auftraggeberin beantrag, das Bundesverwaltungsgericht möge sämtliche Anträge auf Nichtigerklärung sowie den Antrag auf Ersatz der Gebühren zurück-, in eventu abweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH ruft unter der Bezeichnung "Erneuter Aufruf zum Wettbewerb betreffend den Einzelauftrag ,EAW PC's für das BM.I', BBG-interne GZ 3491.03071" Lieferungen mit dem CPV-Code 30200000-1 - Computeranlagen und Zubehör aus einer bestehenden Rahmenvereinbarung nach dem Bestangebotsprinzip ab. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 10.500.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte den erneuten Aufruf zum Wettbewerb im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 9. Februar 2018 unter der Bekanntmachungsnummer L-641707-829. Das Ende der Angebotsfrist war der 2. März 2018. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Am 15. Februar 2018 versandte die Auftraggeberin die erste Fragebeantwortung und Berichtigung, mit der sie die Angebotsfrist erstreckte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Am 27. Februar 2018 versandte die Auftraggeberin die zweite Fragebeantwortung und Berichtigung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Am 19. März 2018 versandte die Auftraggeberin die dritte Fragebeantwortung und Berichtigung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Am 23. März 2018 versandte die Auftraggeberin die vierte Fragebeantwortung und Berichtigung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Am 23. März 2018 versandte die Auftraggeberin die fünfte Fragebeantwortung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 Am 13. April 2018 versandte die Auftraggeberin die sechste Fragebeantwortung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.8 Am 13. April 2018 fand die Angebotsöffnung statt. Die billigsten Angebote waren folgende:

1. XXXX € 6.972.7501. römisch 40 € 6.972.750

2. Weitere Bieterin € 7.368.300

3. Weitere Bieterin € 9.210.015

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 Am 13. April 2018 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Bemusterung ihres Angebots auf. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Mit Schreiben vom 8. Juni 2018 schied die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin aus. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.11 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt oder eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.12 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.308,50. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente.

Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse. (3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, Absatz 4 und Paragraph 30, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft. Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des VwGVG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz

2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idGF, lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des VwGVG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 idGF, lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen. Paragraph 312, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht 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.

Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, 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) ...

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgerichtes 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 Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar."

3.2 Zu Spruchpunkt A) - Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Inneres vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. 3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der

Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. 3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. 3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte.

3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. 3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

3.2.2.1 Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote, die Angebotsprüfung, die Auswahl eines Angebots für den Zuschlag und die Zuschlagserteilung beabsichtigt sind. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Angebotslegung und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (BVwG 29. 1. 2015, W187 2017416-1/3E). 3.2.2.1 Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote, die Angebotsprüfung, die Auswahl eines Angebots für den Zuschlag und die Zuschlagserteilung beabsichtigt sind. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Angebotslegung und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (BVwG 29. 1. 2015, W187 2017416-1/3E).

3.2.2.2 Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens und im Erhalt des Auftrags.

3.3.2.3 Die Auftraggeberin beantragt wegen der besonderen Dringlichkeit der Beschaffung zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben die Ab- in eventu Zurückweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung. Die Auftraggeberin hat die gesetzlichen Aufgaben allerdings nicht näher bezeichnet und konkretisiert, weshalb an dieser Stelle nicht

weiter darauf eingegangen werden kann.

3.2.2.4 Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVwG 22. 8. 2014, W187 2010665-1/11E; 11. 7. 2017, W187 2163208-1/3E), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVwG 2. 3. 2015, W187 2101270-1/6E; 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E). Es besteht ein Primat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (EuGH 9. 4. 2003, C-424/01, CS Austria, Rn 30, Slg 2003, I-3249).

3.2.2.4 Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVwG 22. 8. 2014, W187 2010665-1/11E; 11. 7. 2017, W187 2163208-1/3E), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVwG 2. 3. 2015, W187 2101270-1/6E; 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E). Es besteht ein Primat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (EuGH 9. 4. 2003, C-424/01, CS Austria, Rn 30, Slg 2003, I-3249).

3.2.2.5 Öffentliche Interessen, die eine sofortige Vergabe des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

3.2.2.6 Zu berücksichtigen ist, dass die Auftraggeberin bisher keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat, diese jedoch für eine Zuschlagsentscheidung notwendig wäre. Eine weitere Angebotsprüfung wäre auch nicht vorgesehen, sodass die Antragstellerin auch keine Schritte im Vergabeverfahren versäumt, die anderen Bietern unaufholbare Vorteile gewähren könnten.

3.2.2.7 Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Dabei ist gemäß § 329 Abs 3 BVergG die jeweils gelindeste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

3.2.2.7 Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Dabei ist gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG die jeweils gelindeste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

3.2.2.8 Die Ausscheidensentscheidung ist zwar grundsätzlich eine letzte Entscheidung für die Antragstellerin. So lange allerdings das Vergabeverfahren über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung anhängig ist, wird sie nicht bestandskräftig und die Auftraggeberin muss der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen. Ein unwiderruflicher Schaden für die Antragstellerin tritt dadurch nicht ein, weil durch eine allfällige Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung die Auftraggeberin sie bei der Wahl des Angebots für den Zuschlag berücksichtigen muss. Die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung ist jedoch im Hauptverfahren zu klären. Die einzige Entscheidung, die die Antragstellerin abschließend belastet und den Eintritt des drohenden Schadens herbeiführt, ist die Zuschlagsentscheidung, die bisher nicht ergangen ist.

3.2.2.9 Die Auftraggeberin ist gemäß § 131 Abs 3 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. 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 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 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 des nachfolgenden Zuschlags und Vertrags - 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).

3.2.2.9 Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 131, Absatz 3, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. 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 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 des nachfolgenden Zuschlags und Vertrags - 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).

3.3.2.10 Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen 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. Ohne Bekanntgabe, welchem Bieter die Auftraggeberin gedenkt, den Zuschlag zu erteilen, ist die Auftraggeberin nicht in die Lage versetzt, rechtmäßig den Zuschlag zu erteilen. Vielmehr müsste sie zuvor noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigkeitsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss des Vertrags nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/?Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

3.3.2.10 Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen 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. Ohne Bekanntgabe, welchem Bieter die Auftraggeberin gedenkt, den Zuschlag zu erteilen, ist die Auftraggeberin nicht in die Lage versetzt, rechtmäßig den Zuschlag zu erteilen. Vielmehr müsste sie zuvor noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss des Vertrags nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

3.2.2.11 Zusammenfassend ist beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine drohende Schädigung der rechtlich geschützten Interessen erkennbar, die die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfordern würde.

3.2.2.12 Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Nichtzulassung der Revision

3.3.1 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. 3.3.1 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.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; 3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, Bestandsfestigkeit, Bestandskraft, Dauer der Maßnahme, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, Fortsetzung des Vergabeverfahrens, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Informationsinteresse, Informationspflicht, Interessenabwägung, Lieferauftrag, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter, notwendige Maßnahme, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W187.2198532.1.00

Zuletzt aktualisiert am

13.07.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at