

TE Bvwg Beschluss 2018/4/10 W187 2190113-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.04.2018

Entscheidungsdatum

10.04.2018

Norm

AVG §33 Abs3

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

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 §6

B-VG Art.133 Abs4

BVwG-EVV §1

BVwGG §21 Abs6

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. AVG § 33 heute
 2. AVG § 33 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. AVG § 33 gültig von 01.03.2013 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. AVG § 33 gültig von 01.01.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 5. AVG § 33 gültig von 01.03.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
 6. AVG § 33 gültig von 01.02.1991 bis 29.02.2004
-
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

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 § 6 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. BVwG-EVV § 1 heute
2. BVwG-EVV § 1 gültig ab 24.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 587/2021
3. BVwG-EVV § 1 gültig von 11.08.2016 bis 23.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 222/2016
4. BVwG-EVV § 1 gültig von 01.02.2015 bis 10.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 11/2015
5. BVwG-EVV § 1 gültig von 01.01.2014 bis 31.01.2015
1. BVwGG § 21 heute
2. BVwGG § 21 gültig ab 01.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2019
3. BVwGG § 21 gültig von 01.01.2017 bis 30.06.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. BVwGG § 21 gültig von 01.07.2016 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2016
5. BVwGG § 21 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2016
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 2190113-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel, Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte, Moritschstraße 1, 9500 Villach, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung" der Auftraggeberin Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 20. März 2018 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel, Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte, Moritschstraße 1, 9500 Villach, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung" der Auftraggeberin Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 20. März 2018 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der XXXX, "dass Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, längstens aber für die

Dauer von 2 Monaten ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren A23 - S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten Generalplaner zu untersagen", gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG teilweise statt. Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der römisch 40, "dass Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von 2 Monaten ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren A23 - S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten Generalplaner zu untersagen", gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG teilweise statt.

Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft im Vergabeverfahren "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung", den Zuschlag zu erteilen.

B)

DIE REVISION IST GEMÄß ART 133 ABS 4 B-VG NICHT ZULÄSSIG.

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 20. März 2018, beim Bundesverwaltungsgericht am 23. März 2018 per Post eingelangt, beantragte die XXXX, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel, Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte, Moritschstraße 1, 9500 Villach, in der Folge Antragstellerin, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung" der Auftraggeberin Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien. 1. Mit Schriftsatz vom 20. März 2018, beim Bundesverwaltungsgericht am 23. März 2018 per Post eingelangt, beantragte die römisch 40, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel, Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte, Moritschstraße 1, 9500 Villach, in der Folge Antragstellerin, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung" der Auftraggeberin Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts, Bezeichnung des Vergabeverfahrens, der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin, macht die Antragstellerin Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung. Sie behauptet das Interesse am Vertragsabschluss durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und mehrfache Nachreichungen und nennt als drohenden Schaden den entgangenen kalkulatorischen Gewinn, den Beitrag zu den Gemeinkosten und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts. Sie erachtet sich im Recht auf Zuschlagserteilung, dem Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren und im Recht auf eine vollständige gesetzeskonforme Prüfung verletzt.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung für die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die vorgenommene Reihung unrichtig sei, den Zuschlagskriterien widerspreche und die Antragstellerin bei richtiger Wertung Bestbieter sei. Für den Projektleiter und den stellvertretenden Projektleiter seien Referenzen A oder B anzugeben. Die Referenzkriterien A beträfen Straßenbauwerke, die Referenzen B Brückenbauwerke. Die von der Antragstellerin genannten Referenzprojekte A habe die Auftraggeberin nicht anerkannt, weil sie keine planfreien Knoten gemäß RVS seien und nicht mit 1,0 bewertet werden könnten. Die Nachreichung von Referenzprojekten sei nicht möglich, weil es sich um einen unbehebbarer Mangel handle. Die RVS enthalte keine Definition eines sonstigen planfreien Knotens. In den Ausschreibungsunterlagen sei ein sonstiger planfreier Knoten nicht näher beschrieben. In der Ausschreibung sei festgehalten, dass es sich um technische Straßenplanung bei Generalsanierungen im hochrangigen Straßennetz mit Generalsanierung eines planfreien Knotens und einer Anschlussstelle handeln müsse. Bei dem von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekt "XXXX" lägen diese Voraussetzungen vor und es hätte voll angerechnet werden müssen. Der Ausschreibung sei nicht zu entnehmen, dass die Referenzprojekte zu je 50 % in

Referenzen A und B aufzuteilen seien. Die Nachreichung der Referenzprojekte XXXX, hätte daher der Referenzkategorie B zugeordnet werden müssen und in der Auswertung voll angerechnet werden. Es handle sich dabei nicht um einen unbehebbarer Mangel. Richtigerweise hätte die Antragstellerin daher 99,0 Bewertungspunkte erreichen müssen und würde damit die Punktzahl der Bestbieterin von 98,6 übersteigen. Daher müsste der Zuschlag der Antragstellerin erteilt werden.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung für die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die vorgenommene Reihung unrichtig sei, den Zuschlagskriterien widerspreche und die Antragstellerin bei richtiger Wertung Bestbieter sei. Für den Projektleiter und den stellvertretenden Projektleiter seien Referenzen A oder B anzugeben. Die Referenzkriterien A beträfen Straßenbauwerke, die Referenzen B Brückenbauwerke. Die von der Antragstellerin genannten Referenzprojekte A habe die Auftraggeberin nicht anerkannt, weil sie keine planfreien Knoten gemäß RVS seien und nicht mit 1,0 bewertet werden könnten. Die Nachreichung von Referenzprojekten sei nicht möglich, weil es sich um einen unbehebbarer Mangel handle. Die RVS enthalte keine Definition eines sonstigen planfreien Knotens. In den Ausschreibungsunterlagen sei ein sonstiger planfreier Knoten nicht näher beschrieben. In der Ausschreibung sei festgehalten, dass es sich um technische Straßenplanung bei Generalsanierungen im hochrangigen Straßennetz mit Generalsanierung eines planfreien Knotens und einer Anschlussstelle handeln müsse. Bei dem von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekt "XXXX" lägen diese Voraussetzungen vor und es hätte voll angerechnet werden müssen. Der Ausschreibung sei nicht zu entnehmen, dass die Referenzprojekte zu je 50 % in Referenzen A und B aufzuteilen seien. Die Nachreichung der Referenzprojekte römisch 40, hätte daher der Referenzkategorie B zugeordnet werden müssen und in der Auswertung voll angerechnet werden. Es handle sich dabei nicht um einen unbehebbarer Mangel. Richtigerweise hätte die Antragstellerin daher 99,0 Bewertungspunkte erreichen müssen und würde damit die Punktzahl der Bestbieterin von 98,6 übersteigen. Daher müsste der Zuschlag der Antragstellerin erteilt werden.

1.3 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillehaltefrist am 22. März 2018 ende. Daraus ergebe sich, dass für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihren Interessen bevorstehe. Schwerwiegende oder zwingende Hindernisse der Antragsgegner, stünden einer Untersagung der Zuschlagserteilung im Rahmen der einstweiligen Verfügung nicht entgegen. Es gebe auch kein besonderes öffentliches Interesse an der unmittelbaren Fortführung des Vergabeverfahrens. Die Auftraggeberin habe mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens rechnen müssen, zumal die im gegenständlichen Verfahren monierte unrichtige Vergabe der Wertungspunkte schon im Zuge der Aufklärungen angesprochen worden sei. Andere Gründe, die gegen eine einstweilige Verfügung sprächen lägen nicht vor. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei die einzig zweckmäßige Maßnahme, um einen nicht wiedergutmachenden Schaden und Beeinträchtigung der Interessen der Antragstellerin zu verhindern.

2. Am 28. März 2018 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

3. Am 28. März 2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, sah von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

4. Am 29. März 2018 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Sie führt im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag verspätet sei.

4.1 Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil nach den Festlegungen der Ausschreibung Referenzen der Kategorien A und B nachzuweisen gewesen seien, wobei die Aufteilung dem Bieter im Rahmen seiner Selbstdeklaration obliege. Die Ausschreibung lege die Kriterien für die Bewertung der Referenzprojekte fest. Das Referenzprojekt "XXXX" stelle keine Neuplanung sondern eine Generalsanierung handle. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Februar 2018 bekannt gegeben, dass die Referenzen XXXX und XXXX keine planfreien Knoten im Sinne der RVS seien und das Projekt daher nicht mit 1,0 gewertet werde. Mit Schreiben vom 27. Februar 2018 habe die Antragstellerin erneut versucht darzulegen, dass die Referenzen mit 1,0 zu bewerten seien. Dies widerspreche den Festlegungen in D.1.2 Punkt 1.2.5.2, A) Referenz Straßenplanung - Bauprojekt der Ausschreibungsunterlagen. Es müssten daher planfreie Knoten am hochrangigen Straßennetz nachgewiesen werden.

4.1 Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, weil nach den Festlegungen der Ausschreibung Referenzen der Kategorien A und B nachzuweisen gewesen seien, wobei die Aufteilung dem Bieter im Rahmen seiner Selbstdeklaration obliege. Die Ausschreibung lege die Kriterien für die Bewertung der Referenzprojekte fest. Das Referenzprojekt "XXXX" stelle keine Neuplanung sondern eine Generalsanierung handle. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 21. Februar 2018

bekannt gegeben, dass die Referenzen römisch 40 und römisch 40 keine planfreien Knoten im Sinne der RVS seien und das Projekt daher nicht mit 1,0 gewertet werde. Mit Schreiben vom 27. Februar 2018 habe die Antragstellerin erneut versucht darzulegen, dass die Referenzen mit 1,0 zu bewerten seien. Dies widerspreche den Festlegungen in D.1.2 Punkt 1.2.5.2, A) Referenz Straßenplanung - Bauprojekt der Ausschreibungsunterlagen. Es müssten daher planfreie Knoten am hochrangigen Straßennetz nachgewiesen werden.

4.2 Der Austausch von Referenzprojekten sei nach der Angebotsöffnung unzulässig, weil es sich um Zuschlagskriterien handle und der Austausch die Wettbewerbsposition der Bieterin verändern würde. Die Auftraggeberin beantragt die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

5. Am 3. April erhob die XXXX, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, begründete Einwendungen. Darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs einzubringen wäre. Der Nachprüfungsantrag sei verspätet. Er sei daher unzulässig. Zum Referenzprojekt der Antragstellerin könne die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Stellung nehmen. Die Referenzen dürften nach Angebotsöffnung nicht verändert werden, weil es zu einer Änderung der Reihung der Angebote und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung käme. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei daher zu Recht an erster Stelle gereiht. Sie beantragt die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. 5. Am 3. April erhob die römisch 40, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, begründete Einwendungen. Darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs einzubringen wäre. Der Nachprüfungsantrag sei verspätet. Er sei daher unzulässig. Zum Referenzprojekt der Antragstellerin könne die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Stellung nehmen. Die Referenzen dürften nach Angebotsöffnung nicht verändert werden, weil es zu einer Änderung der Reihung der Angebote und damit zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung käme. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei daher zu Recht an erster Stelle gereiht. Sie beantragt die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

6. Am 5. April 2018 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Antragstellerin ua auf, zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags Stellung zu nehmen.

7. Am 9. April 2018 nahm die Antragstellerin nach Ende der Amtsstunden Stellung und legte den Nachprüfungsantrag per ERV vor. Am 21. März 2018 habe es eine Störung beim ERV gegeben, weshalb ihn die Antragstellerin nachweislich zur Post gegeben habe. Sie legte eine Erklärung einer Kanzleimitarbeiterin und den Aufgabeschein der Post bei. Weiters nahm sie zu den Referenzprojekten Stellung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft schreibt unter der Bezeichnung "A23/S2 Umbau Anschlussstelle Hirschstetten, Generalplanung Ausführungs- und Detailplanung" einen Dienstleistungsauftrag mit dem CPV-Code 71000000-8 - Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip ab. Der geschätzte Auftragswert beträgt €

428.200 einschließlich Optionsleistungen mit einem geschätzten Auftragswert von € 66.200, jeweils ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 5. Dezember 2017, TED-publication 485002-2017 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 1. Dezember 2017 unter der Bekanntmachungsnummer L-641707-829, jeweils abgesandt am 1. Dezember 2017. Das Ende der Angebotsfrist war der 31. Jänner 2018. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Am 31. Jänner 2018 fand die bieteröffentliche Angebotsöffnung statt. Die vier billigsten Bieter waren folgende:

1. XXXX € 387.945,001. römisch 40 € 387.945,00

2. XXXX € 401.580,622. römisch 40 € 401.580,62

3. XXXX € 441.974,003. römisch 40 € 441.974,00

4. XXXX € 443.450,004. römisch 40 € 443.450,00

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.3 Am 12. März 2018 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX allen Bietern bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)1.3 Am 12. März 2018 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der römisch 40 allen Bietern bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 21. März 2018 mit eingeschriebenem Brief an das Bundesverwaltungsgericht geschickt. (Verfahrensakt)

1.6 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.052. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 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.

2.2 Die Aufgabe des Nachprüfungsantrags ergibt sich aus dem vorgelegten Aufgabeschein der österreichischen Post, der belegt, dass der Nachprüfungsantrag am 21. März 2018 aufgegeben wurde.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten:3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 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 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten:3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 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 BVergG 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 BVergG 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 einstweilige 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 Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-

Aktiengesellschaft. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 iVm Kategorie 12, Anh III 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 Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Kategorie 12, Anh römisch drei 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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag wegen einer technischen Störung am 21. März 2018 mit eingeschriebenem Brief an das Bundesverwaltungsgericht gesandt. An diesem Tag hat sie den Nachprüfungsantrag der Post zur Beförderung übergeben, womit der Postlauf beginnt (zB VwGH 23.10.2017, Ro 2017/17/0008 ua). Damit hat sie das Postenlaufprivileg des § 33 Abs 3 AVG iVm § 311 BVergG in Anspruch genommen, sodass er als am 21. März 2018 eingebracht gilt. Zwar ist die Antragstellerin gemäß § 21 Abs 6 BVwGG iVm § 1 Abs 2 BVwG-EVV verpflichtet, Schriftsätze an das BVwG per ERV einzubringen. Allerdings gilt das Postlaufprivileg nicht für elektronische Eingaben (VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0060). Sie hat erst über den Auftrag des Bundesverwaltungsgerichts zur Aufklärung den Nachprüfungsantrag per ERV eingebracht und ausgeführt, dass zum Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrags eine Störung des ERV bestand. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung von Rechtsanwälten zur Verwendung des elektronischen Rechtsverkehrs ist gemäß § 21 Abs 6 zweiter Satz BVwGG ein Formmangel, der zu verbessern ist (zum gleichlautenden § 74 Abs 3 VwGG VwGH 22.11.2016, Ra 2016/16/0080). Das Wesen der Verbesserung liegt darin, dass mit der Vornahme der Verbesserung der ursprüngliche Mangel behoben und die Frist gewahrt ist. Die Antragstellerin hat das Vorliegen der Störung und die rechtzeitige Aufgabe zur Post bescheinigt. Der Nachprüfungsantrag wurde damit 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. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag wegen einer technischen Störung am 21. März 2018 mit eingeschriebenem Brief an das Bundesverwaltungsgericht gesandt. An diesem Tag hat sie den Nachprüfungsantrag der Post zur Beförderung übergeben, womit der Postlauf beginnt (zB VwGH 23.10.2017, Ro 2017/17/0008 ua). Damit hat sie das Postenlaufprivileg des Paragraph 33, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 311, BVergG in Anspruch genommen, sodass er als am 21. März 2018 eingebracht gilt. Zwar ist die Antragstellerin gemäß Paragraph 21, Absatz 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz 2, BVwG-EVV verpflichtet, Schriftsätze an das BVwG per ERV einzubringen. Allerdings gilt das Postlaufprivileg nicht für elektronische Eingaben (VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0060). Sie hat erst über

den Auftrag des Bundesverwaltungsgerichts zur Aufklärung den Nachprüfungsantrag per ERV eingebracht und ausgeführt, dass zum Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrags eine Störung des ERV bestand. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung von Rechtsanwälten zur Verwendung des elektronischen Rechtsverkehrs ist gemäß Paragraph 21, Absatz 6, zweiter Satz BVwGG ein Formmangel, der zu verbessern ist (zum gleichlautenden Paragraph 74, Absatz 3, VwGG VwGH 22.11.2016, Ra 2016/16/0080). Das Wesen der Verbesserung liegt darin, dass mit der Vornahme der Verbesserung der ursprüngliche Mangel behoben und die Frist gewahrt ist. Die Antragstellerin hat das Vorliegen der Störung und die rechtzeitige Aufgabe zur Post bescheinigt. Der Nachprüfungsantrag wurde damit 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.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.

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 sah von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ab.

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 abgesehen 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 Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten. Ungeachtet eines gesetzlichen Auftrags wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen.

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 Bei der bevorstehenden Zuschlagserteilung ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs 3 BVergG die vorläufige Untersagung derselben (zB BVwG 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E; 17. 11. 2017, W187 2175977-1/3E). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 7. 8. 2017, W187 2165912-1/2E; 27. 2. 2018, W187 2186439-1/2E). 3.2.2.8 Bei der bevorstehenden Zuschlagserteilung ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG die vorläufige Untersagung derselben (zB BVwG 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E; 17. 11. 2017, W187 2175977-1/3E). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 7. 8. 2017, W187 2165912-1/2E; 27. 2. 2018, W187 2186439-1/2E).

3.2.2.9 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung³ [2015], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. 3.2.2.9 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung³ [2015], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

§ 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven

Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 4. 5. 2015, W187 2106525-1/2E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 4. 5. 2015, W187 2106525-1/2E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

3.2.2.10 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

Antrag auf einstweilige Verfügung, Bewertung, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, elektronischer Rechtsverkehr, Entscheidungsfrist, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Postlauf, Provisorialverfahren, Punktevergabe, Rechtzeitigkeit, Referenzprojekt, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W187.2190113.1.00

Zuletzt aktualisiert am

03.05.2018

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

© 2026 JUSLINE

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