

TE Bvwg Beschluss 2017/12/7 W267 2178507-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.12.2017

Entscheidungsdatum

07.12.2017

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §2 Z16 lita

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 §321 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §323

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §50

BVergG 2006 §90

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

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. 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 § 50 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 50 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 50 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 90 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

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Essl als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das AMS Niederösterreich als vergebende Stelle, Hohenstaufengasse 2, 1013 Wien, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt, Neubaugasse 64-66/1/12, 1070 Wien, auf Grund des Antrages der XXXX, vertreten durch die Stoltitzka & Partner Rechtsanwälte OG, Kärntner Ring 12, 1010 Wien, vom 01.12.2017, dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, im oben erwähnten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, wie folgt beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Essl als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das AMS Niederösterreich als vergebende Stelle, Hohenstaufengasse 2, 1013 Wien, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt, Neubaugasse 64-66/1/12, 1070 Wien, auf Grund des Antrages der römisch 40, vertreten durch die Stoltitzka & Partner Rechtsanwälte OG, Kärntner Ring 12, 1010 Wien, vom 01.12.2017, dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, im oben erwähnten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, wie folgt beschlossen:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird stattgegeben und dem Auftraggeber Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das AMS Niederösterreich als vergebende Stelle, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" untersagt.

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:

Mit Schriftsatz vom 01.12.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) eingelangt am selben Tage, begehrte die gefährdete Partei XXXX (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Entscheidungen des Gegners der gefährdeten Partei Bund (in der Folge: Auftraggeber), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das AMS Niederösterreich als vergebende Stelle, vom 23.11.2017, sie einerseits auszuscheiden und den Zuschlag andererseits dem Angebot der XXXX (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Ferner begehrte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für Haupt- und Provisorialverfahren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" untersagt werde. Mit Schriftsatz vom 01.12.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) eingelangt am selben Tage, begehrte die gefährdete Partei römisch 40 (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Entscheidungen des Gegners der gefährdeten Partei Bund (in der Folge: Auftraggeber), vertreten durch das Arbeitsmarktservice (AMS), dieses vertreten durch das AMS Niederösterreich als vergebende Stelle, vom 23.11.2017, sie einerseits auszuscheiden und den Zuschlag andererseits dem Angebot der römisch 40 (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Ferner begehrte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für Haupt- und Provisorialverfahren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" untersagt werde.

Als Begründung für die Rechtmäßigkeit ihrer Anträge führte die Antragstellerin im Wesentlichen wie folgt aus:

Mit dem gegenständlichen offenen Vergabeverfahren habe der Auftraggeber Dienstleistungen, bezeichnet als "A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden", im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Angebotssumme läge bei rund

EUR 460.000,00.

Die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage habe das Datum 31.08.2017 getragen. Am 04.10.2017 sei der Antragstellerin über die Ausschreibungsplattform auftrag.at eine formlose Mitteilung zugegangen, wonach die ausschreibende Stelle "neue Verfahrensunterlagen hinzugefügt" hätte, wobei gleichzeitig ein Link zum Download dieser Unterlagen angeboten wurde. Die Antragstellerin habe die Unterlagen heruntergeladen, die in einer - optisch mit der bisherigen völlig identen, ebenfalls das Datum 31.08.2017 tragenden - Ausschreibungsunterlage bestanden hätten. Die neue Ausschreibungsunterlage habe sich von der bisherigen lediglich darin unterschieden, dass der erste Absatz in Punkt 4.3.2 umformuliert, in Punkt 6.6 der Projektbeginn mit 12.02.2018 (statt 08.01.2018) und das Projektende mit "ca. Ende April" (anstatt "ca. Ende März") angegeben wurde. Ein gesonderter Hinweis auf diese Änderungen sei nicht ergangen.

Die zwingend vorgesehene Bekanntmachung auf Unionsebene sei im ABl./S 169 am 05.09.2017 erfolgt, wobei dort der Beginn des Projekts mit 08.01.2017 angegeben wurde. Eine Bekanntmachung der am 04.10.2017 geänderten Ausschreibungsbedingungen sei "auf Unionsebene" (gemeint ist wohl: im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union) nicht erfolgt.

Fristende zur Abgabe der Angebote sei der 27.10.2017 gewesen. Die Antragstellerin habe frist- und formgerecht ein Angebot für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen gelegt und hätte als Bestbieter aus der Bewertung hervorgehen müssen.

Die Antragstellerin habe am 06.11.2017 zunächst auch eine Benachrichtigung erhalten, dass der Auftraggeber beabsichtige, ihrem Angebot am 20.11.2017 den Zuschlag zu erteilen und das Angebot des zweiten vorhandenen Bieters auszuschneiden.

Am 07.11.2017 sei bei ihr jedoch eine dem widersprechende Benachrichtigung eingelangt, wonach das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden worden wäre und der Auftraggeber beabsichtige, der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin (also offenbar dem zweiten Bieter, dessen Angebot zuvor ausgeschieden worden war) den Zuschlag zu erteilen. Einen formellen Widerruf der oben genannten (ersten) Zuschlagsentscheidung oder einen Hinweis, was mit dem - ausgeschiedenen - Angebot des einzigen anderen Bieters geschehen sei, hätte es nicht gegeben.

Als Begründung für das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sei vom Auftraggeber angeführt worden, dass darin der ursprüngliche Projektbeginn (08.01.2018) und nicht der am 04.10.2017 richtiggestellte Beginn (12.02.2018) enthalten gewesen sei.

Am 17.11.2017 sei durch die ausschreibende Stelle eine Zurücknahme dieser Zuschlagsentscheidung (und damit verbunden auch der Ausscheidensentscheidung) mit der Ankündigung erfolgt, die Argumente der Antragstellerin gegen das Ausscheiden ihres Angebots neuerlich zu prüfen - gleichzeitig sei die Zustellung einer neuen Zuschlagsentscheidung, "mit der auch die Stillhaltefrist wieder neu zu laufen beginne", angekündigt worden.

Am 23.11.2017 hätte die Antragstellerin dann ein weiteres Schreiben der ausschreibenden Stelle erhalten, in welchem ihr das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt und dies neuerlich damit begründet wurde, dass im Angebot der ursprüngliche Projektbeginn (08.01.2018) und nicht der am 04.10.2017 richtiggestellte Beginn (12.02.2018) enthalten sei. Mit demselben Schreiben erhielt die Antragstellerin auch die Mitteilung, dass beabsichtigt sei, am 05.12.2017 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen.

Angefochten würden von der Antragstellerin die Entscheidungen des Auftraggebers vom 23.11.2017, ihr zugestellt am selben Tage, ihr Angebot auszuschneiden und den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erteilen zu wollen.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits durch Teilnahme am Vergabeverfahren und insbesondere durch die Abgabe eines umfassenden Angebots nachgewiesen. Ihre Rechte könnten nur durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag gewahrt werden, zumal ihr bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise, insbesondere bei Nicht-Ausscheiden ihres Angebots, als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre.

Im Falle des Aufrechterhaltens der Ausscheidens-Entscheidung und der daher rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter wären auch jene Kosten frustriert, die der Antragstellerin bislang durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Diese Kosten betrügen zumindest netto rund EUR 3.000,00 und

würden jedenfalls als Schaden iSd §§ 322 Abs. 1 Z 4 BVergG geltend gemacht. Der genannte Aufwand sei insbesondere durch die kaufmännische Kalkulation des Angebots, die interne Koordination, die Absprache mit den präsumtiven TrainerInnen sowie die Beischaffung deren Unterlagen entstanden. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin im Falle der Aufrechterhaltung der Ausscheidens-Entscheidung und damit der Nicht-Erteilung des Zuschlages ein entgangener Deckungsbeitrag bzw. Gewinn in maßgeblicher Höhe. Hinzu kämen die Gebühren und Vertretungskosten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren. Schließlich verlöre die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt. Im Falle des Aufrechterhaltens der Ausscheidens-Entscheidung und der daher rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter wären auch jene Kosten frustriert, die der Antragstellerin bislang durch die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren entstanden seien. Diese Kosten betrügen zumindest netto rund EUR 3.000,00 und würden jedenfalls als Schaden iSd Paragraphen 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG geltend gemacht. Der genannte Aufwand sei insbesondere durch die kaufmännische Kalkulation des Angebots, die interne Koordination, die Absprache mit den präsumtiven TrainerInnen sowie die Beischaffung deren Unterlagen entstanden. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin im Falle der Aufrechterhaltung der Ausscheidens-Entscheidung und damit der Nicht-Erteilung des Zuschlages ein entgangener Deckungsbeitrag bzw. Gewinn in maßgeblicher Höhe. Hinzu kämen die Gebühren und Vertretungskosten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren. Schließlich verlöre die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt.

Die Antragstellerin werde durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes in ihren Rechten auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, auf Erteilung des Zuschlages, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben und den Vorgaben in der Ausschreibung, auf Gleichbehandlung sowie auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den vergaberechtlichen Grundsätzen, insbesondere aber auch dem Grundsatz des fairen und lauten Wettbewerbs entspricht, verletzt.

Die ausschreibende Stelle habe insbesondere am 04.10.2017 eine Änderung der Ausschreibungsunterlage vorgenommen, in welcher der Projektbeginn vom 08.01.2018 auf den 12.02.2018 verschoben wurde. Gehe man - wie dies die ausschreibende Stelle offenbar tue - davon aus, dass es sich bei diesem Datum um einen wesentlichen Faktor der Ausschreibung handelt (sodass das Angebot der Antragstellerin als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot gewertet wurde), so würde diese Änderung eine "Berichtigung der Ausschreibung" iSd § 90 BVergG darstellen. Eine nachweisliche Übermittlung dieser Berichtigung an die Antragstellerin iSd §90 Abs. 2 leg. cit. sei jedoch nicht erfolgt, weshalb die Ausschreibungsänderung "in gleicher Weise wie die Ausschreibung" bekanntzumachen gewesen wäre. Tatsächlich sei diese Bekanntmachung aber nur national erfolgt, nicht jedoch - wie die Ausschreibung selbst - gemäß § 50 BVergG auch auf Unionsebene. Die ausschreibende Stelle habe insbesondere am 04.10.2017 eine Änderung der Ausschreibungsunterlage vorgenommen, in welcher der Projektbeginn vom 08.01.2018 auf den 12.02.2018 verschoben wurde. Gehe man - wie dies die ausschreibende Stelle offenbar tue - davon aus, dass es sich bei diesem Datum um einen wesentlichen Faktor der Ausschreibung handelt (sodass das Angebot der Antragstellerin als ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot gewertet wurde), so würde diese Änderung eine "Berichtigung der Ausschreibung" iSd Paragraph 90, BVergG darstellen. Eine nachweisliche Übermittlung dieser Berichtigung an die Antragstellerin iSd §90 Absatz 2, leg. cit. sei jedoch nicht erfolgt, weshalb die Ausschreibungsänderung "in gleicher Weise wie die Ausschreibung" bekanntzumachen gewesen wäre. Tatsächlich sei diese Bekanntmachung aber nur national erfolgt, nicht jedoch - wie die Ausschreibung selbst - gemäß Paragraph 50, BVergG auch auf Unionsebene.

Unterlasse ein Auftraggeber bei einer unionsweit bekanntzumachenden Ausschreibung diese unionsweite Bekanntmachung, sei die Ausschreibung nichtig. In analoger Anwendung dieses Grundsatzes müsse daher im verfahrensgegenständlichen Fall die Berichtigung der Ausschreibung vom 04.10.2017 - weil nur national bekanntgemacht - nichtig sein. Aufgrund dieser Nichtigkeit habe sie auch keine Bestandfestigkeit erlangen können. Somit sei als einzige bestandsfeste Ausschreibungsgrundlage die ursprüngliche, am 05.09.2017 unionsweit bekanntgemachte Ausschreibungsunterlage anzusehen. Diese weise einen Projektbeginn am 08.01.2017 aus, was auch im Angebot der Antragstellerin berücksichtigt wurde. Sollte - wovon auszugehen sei - das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Beginn den 12.02.2018 ausweisen, wäre deren Angebot daher auszuschneiden und der Zuschlag an die Antragstellerin zu erteilen gewesen.

Würde man demgegenüber jedoch die Rechtsansicht vertreten, dass der Angabe des genauen Projektbeginns aufgrund der diversen, in der Ausschreibung enthaltenen Flexibilisierungsklauseln, keine wesentliche Bedeutung zukäme, so hätte man das Angebot der Antragstellerin nicht als "der Ausschreibung widersprechend" einstufen dürfen, weshalb

dessen Ausscheiden rechtswidrig gewesen sei.

Zudem werde in der Ausschreibung von Ausschreibung von flexiblen Daten der Leistungserbringung ausgegangen. Ein Indikator dafür sei die mehrmalige Verwendung des Begriffes "ca.", ein weiterer der Umstand, dass sich die ausschreibende Stelle in Punkt 5.3 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorbehalten habe, Kursbeginne zu verschieben. Wenn von den drei wesentlichen zeitlichen Angaben der Leistung - also Beginn, Dauer und Ende derselben - zwei ausdrücklich als "cirka-Wert" genannt sind, ergebe sich dadurch zwingend, dass dies auch auf den dritten Wert, also den Beginn, zutreffen müsse.

Ginge man davon aus, dass die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der genauen zeitlichen Durchführung der einzelnen Maßnahmen, einschließlich ihres Beginn-Tages, flexibel auszulegen seien, so werde deutlich, dass das von der Antragstellerin abgegebene Angebot der Ausschreibung gar nicht widerspreche und sohin nicht ausgeschlossen hätte werden dürfen.

Selbst wenn man den zuvor dargelegten Argumenten der Antragstellerin nicht folge, so hätte die ausschreibende Stelle die Frage des genauen Kurs-Beginns aufgrund der konkreten, von ihr selbst verschuldeten Situation höchstens als "Unklarheit" einstufen und die Antragstellerin gemäß § 126 ff BVergG zur Aufklärung auffordern bzw. derselben die Möglichkeit der Behebung des Mangels einräumen müssen, zumal es sich lediglich um einen behebbaren Mangel handle. Dies sei allerdings nicht erfolgt. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei daher auch aus diesem Grund als rechtswidrig anzusehen. Selbst wenn man den zuvor dargelegten Argumenten der Antragstellerin nicht folge, so hätte die ausschreibende Stelle die Frage des genauen Kurs-Beginns aufgrund der konkreten, von ihr selbst verschuldeten Situation höchstens als "Unklarheit" einstufen und die Antragstellerin gemäß Paragraph 126, ff BVergG zur Aufklärung auffordern bzw. derselben die Möglichkeit der Behebung des Mangels einräumen müssen, zumal es sich lediglich um einen behebbaren Mangel handle. Dies sei allerdings nicht erfolgt. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei daher auch aus diesem Grund als rechtswidrig anzusehen.

Schlussendlich habe die ausschreibende Stelle am 06.11.2017 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen und erst am nächsten Tag, dem 07.11.2017, ohne diese Zuschlagsentscheidung zu widerrufen dieser das Ausscheiden ihres Angebots erstmals mitgeteilt, sowie in der Folge die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der zuvor bereits ausgeschiedenen nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin (ohne dass diese ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hätte) mitgeteilt.

Somit sei die Ausscheidensentscheidung entgegen § 129 BVergG nicht vor, sondern eindeutig nach der Zuschlagsentscheidung erfolgt, weshalb sie nichtig wäre. Ebenso unzulässig sei in der Folge auch die neue Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des davor ausgeschiedenen Angebots der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Somit sei die Ausscheidensentscheidung entgegen Paragraph 129, BVergG nicht vor, sondern eindeutig nach der Zuschlagsentscheidung erfolgt, weshalb sie nichtig wäre. Ebenso unzulässig sei in der Folge auch die neue Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des davor ausgeschiedenen Angebots der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die Antragstellerin erklärte ihr (oben geschildertes) Vorbringen zum Nachprüfungsantrag vollinhaltlich auch zu ihrem Vorbringen im Sicherungsverfahren und führte diesbezüglich weiters aus, dass durch die von ihr beantragte einstweilige Verfügung verhindert werden solle, dass der Auftraggeber unumkehrbarer Tatsachen schaffen können. Da seitens des Auftraggebers auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2017 der Zuschlag an die präsumtive Bestbieterin beabsichtigt sei, drohe der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten in Form des Entgehens von Aufträgen und Verlusts eines Referenzprojektes ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Erteilung des Zuschlages abgewendet werden könne. Dazu sei das Verfahren bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag in einem Stand zu halten, der einen allfälligen späteren Zuschlag an die Antragstellerin ermögliche.

Die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung ergäben sich aus dem ihr, wie oben dargelegt, drohenden Schaden. Einer vorläufigen Untersagung der Erteilung des Zuschlages stünden hingegen weder beachtlichen Interessen des Auftraggebers noch ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwögen Interessen der sonstigen beteiligten Bieter gegenüber jenen der Antragstellerin. Selbst in einer allfälligen

Terminüberschreitung läge kein Nachteil, der in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden dürfe, weil ein Auftraggeber es sonst durch entsprechendes Zeitmanagement bei der Auftragsvergabe in der Hand hätte, die Effizienz des Vergaberechtschutzes zu unterlaufen.

Am 30.11.2017 überwies die Antragstellerin Pauschalgebühren, die jene für den Erlass einer einstweiligen Verfügung jedenfalls abdecken (s. Beilage ./J der Antragstellerin).

Am 01.12.2017 wurde der Auftraggeber durch das BVwG gemäß § 323 Abs. 3 sowie § 328 Abs. 5 BVergG 2006 über den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung informiert und unter anderem aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Der Auftraggeber wurde mit gleicher Benachrichtigung ferner aufgefordert, innerhalb gesetzter Frist dort näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen sowie sämtliche diesbezüglichen Unterlagen zu übermitteln. Am 01.12.2017 wurde der Auftraggeber durch das BVwG gemäß Paragraph 323, Absatz 3, sowie Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 über den Nachprüfungsantrag und die beantragte einstweilige Verfügung informiert und unter anderem aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Der Auftraggeber wurde mit gleicher Benachrichtigung ferner aufgefordert, innerhalb gesetzter Frist dort näher bezeichnete allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen sowie sämtliche diesbezüglichen Unterlagen zu übermitteln.

Am 06.12.2017 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von ihm vorgebracht, dass nicht nur für den Auftraggeber, sondern auch ein besonderes öffentliches Interesse an der Durchführung der diesem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Maßnahme bestünde. So lägen etwa arbeitsmarktspezifische Interessen vor, die ausgeschriebenen Leistungen möglichst rasch zur Verfügung zu haben. Die Kurse dienten der Integration von Migrantinnen in den Arbeitsmarkt etwa durch Erwerb und Ausbau von Kenntnissen und Fertigkeiten, insbesondere der deutschen Sprache. Zu beachten seien weiters auch die Interessen der betroffenen Zielgruppe im gesamten und der Einfluss auf die persönliche Situation der einzelnen Personen. Zu erwähnen sei jedoch auch, dass der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle im Sinne der Judikatur die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens in ihrer Zeitplanung berücksichtigt habe. Es werde jedoch aus anwaltlicher Umsicht beantragt, dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie jenen auf Kostenersatz zurück-, in eventu abzuweisen.

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

1. Feststellungen:

Der Auftraggeber Bund, vertreten durch das AMS, dieses vertreten durch das AMS Nieder-österreich als vergebende Stelle, hat unter der Bezeichnung "Vergabeverfahren A02/18 Modulares Deutschlerncenter Baden" im Rahmen eines offenen Verfahrens mit Verhandlungsoption nicht-prioritäre Dienstleistungen im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben.

Die ursprüngliche Ausschreibungsunterlage trägt das Datum 31.08.2017 (s. Beilage ./A).

Am 04.10.2017 erhielt die Antragstellerin über die Ausschreibungsplattform auftrag.at eine formlose Mitteilung (Beilage ./B), wonach die ausschreibende Stelle "neue Verfahrens-unterlagen hinzugefügt" hätte, wobei gleichzeitig ein Link zum Download dieser Unterlagen (Beilage ./C) angeboten wurde. Die Antragstellerin hat diese Unterlagen heruntergeladen, die mit Beilage ./A optisch ident sind und die ebenfalls das Datum 31.08.2017 tragen. Die neue Ausschreibungsunterlage unterscheidet sich von der bisherigen lediglich darin, dass der erste Absatz in Punkt 4.3.2 umformuliert, in Punkt 6.6 der Projektbeginn mit 12.02.2018 (statt 08.01.2018) und das Projektende mit "ca. Ende April" (anstatt "ca. Ende März") angegeben wurde. Ein gesonderter Hinweis auf diese Änderungen ist durch den Auftraggeber nicht ergangen.

Die Bekanntmachung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung erfolgte auf Unionsebene im ABl./S 169 am 05.09.2017, wobei dort der Beginn des Projekts mit 08.01.2017 angegeben wurde (s. Beilage ./I). Eine Bekanntmachung der am 04.10.2017 geänderten Ausschreibungsbedingungen ist "auf Unionsebene" (d.h. im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union) nicht erfolgt.

Fristende zur Abgabe der Angebote war der 27.10.2017 (Beilagen ./A und ./C). Die Antragstellerin hat frist- und formgerecht ein Angebot für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen gelegt (Beilage ./H).

Mit Schreiben vom 06.11.2017 (Beilage ./D) wurde die Antragstellerin vom AMS NÖ davon verständigt, dass der Auftraggeber beabsichtigte, ihrem Angebot am 20.11.2017 den Zuschlag zu erteilen und das Angebot des zweiten vorhandenen Bieters auszuschneiden.

Am 07.11.2017 erhielt die Antragstellerin vom AMS NÖ eine dem widersprechende Benachrichtigung (Beilage ./E), wonach ihr Angebot ausgeschieden worden sei und der Auftraggeber beabsichtige, der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen. Als Begründung für das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wurde angeführt, dass darin der ursprüngliche Projektbeginn (08.01.2018) und nicht der am 04.10.2017 richtiggestellte Beginn (12.02.2018) enthalten gewesen sei. Einen formellen Widerruf der oben genannten (ersten) Zuschlagsentscheidung oder einen Hinweis, was mit dem - ausgeschiedenen - Angebot des einzigen anderen Bieters geschehen sei, gab es nicht.

Mit Schreiben vom 17.11.2017 (Beilage ./F) erfolgte durch das AMS NÖ eine Zurücknahme dieser Zuschlagsentscheidung (und damit verbunden auch der Ausscheidensentscheidung) mit der Ankündigung, die Argumente der Antragstellerin gegen das Ausscheiden ihres Angebots neuerlich zu prüfen. Mit gleichem Schreiben wurde die Zustellung einer neuen Zuschlagsentscheidung angekündigt, "mit der auch die Stillhaltefrist wieder neu zu laufen beginne".

Am 23.11.2017 erhielt die Antragstellerin ein weiteres Schreiben vom AMS NÖ (Beilage ./G), in welchem ihr das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt und dies neuerlich damit begründet wurde, dass im Angebot der ursprüngliche Projektbeginn (08.01.2018) und nicht der am 04.10.2017 richtiggestellte Beginn (12.02.2018) enthalten sei. Mit demselben Schreiben erhielt die Antragstellerin auch die Mitteilung, dass beabsichtigt sei, am 05.12.2017 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen.

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte des Auftraggebers)

Die Antragstellerin brachte am 01.12.2017 fristgerecht einen Nachprüfungsantrag beim BVwG ein. Sie bezahlte Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.078,00 (Verfahrensakt).

Am 06.12.2017 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte, entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann sowie eigene Wahrnehmungen des Gerichts im Rahmen einer Nachschau im Internet). Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit dem Auftraggeber 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 bis auf folgenden Punkt nicht auf:

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen eine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG 2006 ist im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zwar grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen, einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch von der Senatszuständigkeit ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen eine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG 2006 ist im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zwar grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen, einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch von der Senatszuständigkeit ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Zu A)

Zur Zuständigkeit des BVwG und zur Zulässigkeit des Antrages

In der Bekanntmachung wie auch in den Angebotsunterlagen ist der Bund als Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG der verfahrensgegenständlichen Vergabe genannt. Dieser ist gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG öffentlicher Auftraggeber. In der Bekanntmachung wie auch in den Angebotsunterlagen ist der Bund als Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG der verfahrensgegenständlichen Vergabe genannt. Dieser ist gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG öffentlicher Auftraggeber.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. 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. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. 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.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des BVwG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14 b Abs. 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des BVwG zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Zumal laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das BVwG damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Zumal laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das BVwG damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Sowohl bei der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als auch bei jener, den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erteilen zu wollen, handelt es sich gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG um gesondert anfechtbare Entscheidungen. Sowohl bei der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als auch bei jener, den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erteilen zu wollen, handelt es sich gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG um gesondert anfechtbare Entscheidungen.

Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 23.11.2017 zugestellt. Der Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 rechtzeitig. Die angefochtene Entscheidung wurde der Antragstellerin am 23.11.2017 zugestellt. Der Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 rechtzeitig.

Zur Zulässigkeit des Antrages

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG zu prüfen, ob die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergab, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit zweier jeweils gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers, nämlich seiner Entscheidung vom 23.11.2017, die Antragstellerin auszuschneiden, sowie seiner Entscheidung vom selben Tage, den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erteilen zu wollen, behauptet wird, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu prüfen, ob die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergab, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit zweier jeweils gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers, nämlich seiner Entscheidung vom 23.11.2017, die Antragstellerin auszuschneiden, sowie seiner Entscheidung vom selben Tage, den Zuschlag der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin erteilen zu wollen, behauptet wird, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfungen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Antragstellerin hat von der ihr übermittelten Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung am 23.11.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 01.12.2017 beim BVwG eingelangt und somit jedenfalls rechtzeitig eingebracht worden. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfungen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Antragstellerin hat von der ihr übermittelten Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung am 23.11.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 01.12.2017 beim BVwG eingelangt und somit jedenfalls rechtzeitig eingebracht worden.

Die Pauschalgebühr wurde in gesetzlich vorgeschriebener Höhe entrichtet.

Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zulässig ist.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das BVwG auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das BVwG auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das BVwG vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das BVwG vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVwG 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVwG 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.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im "Vergabeverfahren A02/18 Modulares

Deutschlerncenter Baden" zu untersagen.

Da seitens des Auftraggebers auf Grund der Entscheidung vom 23.11.2017 die Erteilung des Zuschlags an die präsumtive Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin selbst für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht Letzterer durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Erteilung des Zuschlages abgewendet werden kann, da die für die Antragstellerin möglicherweise bestehenden Ansprüche auf Nichtausscheiden sowie auf Erteilung des Zuschlages nur wirksam gesichert werden können, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das BVwG in einem Stand gehalten wird, der allfällige spätere Vertragsabschlüsse mit der Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber sprach sich zwar "aus anwaltlicher Umsicht formal" gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Er hat jedoch in seinem diesem Antrag vorangegangenen Vorbringen keine stichhaltigen Argumente vorbringen können, die ein Überwiegen eines öffentlichen oder privaten Interesses gegenüber dem der Antragstellerin auf Nicht-Ausscheiden und Zuschlagserteilung nach rechtskonformem Vergabeverfahren plausibel machen können. Zudem hat sie die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens eigenen Angaben zufolge ohnehin im Rahmen ihrer Planung bereits entsprechend berücksichtigt, sodass weder ihr noch Dritten aus dem Führen eines solchen ein unverhältnismäßiger Nachteil zu entstehen vermag.

Hinzu kommt, dass aufgrund der dem Gericht bislang vorliegenden Unterlagen Teilen der Argumentationslinie der Antragstellerin nicht von vornherein jegliche Berechtigung abgesprochen werden kann. Die genaue Überprüfung der jeweiligen Argumente geht jedoch über den Rahmen eines Sicherungsverfahrens hinaus, sodass dies dem Hauptverfahren vorbehalten bleiben muss.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Angst/Jakusch/Mohr, EO15 (2012)[2008], E 4 zu § 391). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs. 4 BVergG 2006 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. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Angst/Jakusch/Mohr, EO15 (2012)[2008], E 4 zu Paragraph 391.). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 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 BVwG 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.

Zum Antrag auf Gebührenersatz

Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gründet sich auf § 319 Abs. 1 BVergG 2006. Die Pauschalgebühren gemäß §§ 1 und 2 Abs. 4 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe iVm § 318 Abs 1 BVergG 2006 für den Antrag auf Nichtigkeitsklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von gesamt EUR 3.078,00 wurden von der Antragstellerin entrichtet. Die Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gründet sich auf Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006. Die Pauschalgebühren gemäß Paragraphen eins und 2 Absatz 4, BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe in

Verbindung mit Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von gesamt EUR 3.078,00 wurden von der Antragstellerin entrichtet.

Die Entscheidung über den Antrag auf Gebührenersatz erfolgt gesondert.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG 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 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 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. 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 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 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,
Ausschreibung, Berichtigung der Ausschreibung, bestandfeste
Ausschreibung, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungen,
Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist,
Frist, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nichtigkeit, öffentlicher Auftraggeber,
öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung
der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die
Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W267.2178507.1.00

Zuletzt aktualisiert am

05.01.2018

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