

TE Bvwg Beschluss 2017/8/8 W267 2165989-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.08.2017

Entscheidungsdatum

08.08.2017

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §180 Abs1 Z1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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

1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

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

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

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute

2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W267 2165989-1/7E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Essl als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Justiz, Museumstraße 7, 1070 Wien, dieser nunmehr vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH mit Sitz in 1010 Wien, Gauermannngasse 2, und die Finanzprokuratur, auf Grund des Antrages der XXXX, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH mit Sitz in 1010 Wien, Schottenring 19, vom 31.07.2017, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" 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 "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Justiz, Museumstraße 7, 1070 Wien, dieser nunmehr vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH mit Sitz in 1010 Wien, Gauermannngasse 2, und die Finanzprokuratur, auf Grund des Antrages der römisch 40, vertreten durch die Schönherr Rechtsanwälte GmbH mit Sitz in 1010 Wien, Schottenring 19, vom 31.07.2017, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" den Zuschlag zu erteilen, wie folgt beschlossen:

A)

Der Auftraggeberin wird gemäß § 328 BVergG 2006 im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt. Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ

2391.02884) die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens 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 31.07.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) am selben Tag eingelangt, begehrte die gefährdete Partei XXXX (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Gegnerin der gefährdeten Partei (in der Folge: Auftraggeberin) vom 21.07.2017, sowie ferner Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVwG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt werde, im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" den Zuschlag zu erteilen. Mit Schriftsatz vom 31.07.2017, beim Bundesverwaltungsgericht (in der Folge: BVwG) am selben Tag eingelangt, begehrte die gefährdete Partei römisch 40 (in der Folge: Antragstellerin) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Gegnerin der gefährdeten Partei (in der Folge: Auftraggeberin) vom 21.07.2017, sowie ferner Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVwG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt werde, im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" den Zuschlag zu erteilen.

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

Die Auftraggeberin, vertreten durch den Bundesminister für Justiz, hätte unter Einbindung der Bundesbeschaffung GmbH (in der Folge: BBG) als vergebender Stelle den Abschluss eines unbefristeten Rahmenvertrages über die Bereitstellung und Wartung von Hard- und Software für die elektronische Überwachung des Hausarrests in ganz Österreich in einem offenen Verfahren nach den für den Oberschwellenbereich maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 ausgeschrieben. Die Veröffentlichung der Ausschreibung mit der Referenznummer der Bekanntmachung BGG-GZ 2391.02884 sei am 22.02.2017 im Supplement zum Amtsblatt der EU unter Nr. 2017/S 037-066518 erfolgt. Die Antragstellerin hätte am 04.04.2017 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin gab weiters an, sie sei zu einem wesentlichen Teil im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen aktiv und hätte ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den gegenständlichen Rahmenvertrag abzuschließen. Darüber hinaus hätte sie ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits hinreichend durch (fristgerechte) Legung eines Angebots dargelegt. Schließlich sei das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss auch aufgrund der Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags evident.

Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, so wäre mit einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin XXXX, welche jedoch nicht Bestbieterin wäre, zu rechnen. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens und insbesondere ordnungsgemäßer Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vielmehr auszuscheiden und der Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen gewesen. Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, so wäre mit einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin römisch 40, welche jedoch nicht Bestbieterin wäre, zu rechnen. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens und insbesondere ordnungsgemäßer Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vielmehr auszuscheiden und der Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen gewesen.

Durch eine rechtswidrige Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden zumindest in der Höhe des entgangenen Gewinns, aber auch infolge des Verlustes eines wichtigen Referenzprojekts. Die ausgeschriebenen Leistungen gehörten zum Kernmarkt des Unternehmens der Antragstellerin, auf dem diese ihre Präsenz in Österreich aufzubauen beabsichtige. Die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen sei für sie von größter Bedeutung, zumal damit zu rechnen wäre, dass in Österreich für die Dauer des abzuschließenden Rahmenvertrags in naher Zukunft keine vergleichbaren Aufträge auf dem

österreichischen Markt ausgeschrieben würden und der Antragstellerin damit die Chance auf Eintritt in den österreichischen Markt für zumindest 48 Monate, gegebenenfalls sogar auf unbestimmte Dauer genommen würde.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtenen Entscheidungen in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags an einen geeigneten Bieter, in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, in ihrem Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung (insbesondere hinsichtlich des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin), in ihrem Recht auf Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie auf Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot mit einem angemessenen und erklärbaren Preis verletzt. Darüber hinaus erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.

Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil in Folge der Zuschlag und somit die Auftragsvergabe an einen anderen als den Bestbieter ergehen würde. Bei rechtmäßigem Verhalten der Auftraggeberin hätte die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin getroffen werden müssen.

Laut dem den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (in der Folge: AAB) beigeschlossenen Rahmenvertrag hätte der Auftragnehmer nämlich während der Vertragsdauer eine vollständige Lösung zur elektronischen Aufsicht auf Mietbasis bereitzustellen, das System eigenständig zu betreiben, zu warten und zu aktualisieren, den 2nd- und 3rd-Level Support für das Gesamtsystem (exkl. Serverhousing) bereitzustellen und alle Wartungstätigkeiten vorzunehmen, die von der Auftraggeberin nicht oder nicht sinnvoll durchgeführt werden können.

Die Anforderungen an das zu bereitzustellende System und die zu erbringenden Leistungen seien in den AAB, dem Rahmenvertrag und im Leistungsverzeichnis, das den AAB beigeschlossenen ist (in der Folge: LVZ), durch Festlegung zwingender MUSS-Kriterien einerseits und bewertungsrelevanter SOLL-Kriterien andererseits klar spezifiziert. Mindest-Abrufmenge wären 300 Stück, Maximal-Abrufmenge 2.000 Stück.

Die Bewertung der Angebote würde nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei einerseits der Gesamtpreis gemäß Preisblatt (Teil des LVZ) und andererseits die Qualität nach Maßgabe der Erfüllung der SOLL-Kriterien im LVZ zu bewerten wäre.

Die bewertungsrelevante Gesamtpunkteanzahl wäre aus dem Gesamtpreis und den in den AAB aufgelisteten Qualitätskriterien zu errechnen, wobei der Gesamtpreis den Schlechtpunkten entspräche und die Qualitätspunkte Gutpunkte wären, welche von den Schlechtpunkten abzuziehen seien. Der Rahmenvertrag würde mit jenem Bieter geschlossen, dessen Angebot die niedrigste bewertungsrelevante Gesamtpunkteanzahl erreicht hätte.

Gemäß der Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung hätte neben der Antragstellerin ausschließlich die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot für die gegenständliche Ausschreibung gelegt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin über EUR XXXX hätte XXXX bewertungsrelevante Punkte erhalten, ihr eigenes über EUR XXXX jedoch XXXX Punkte. Gemäß der Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung hätte neben der Antragstellerin ausschließlich die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot für die gegenständliche Ausschreibung gelegt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin über EUR römisch 40 hätte römisch 40 bewertungsrelevante Punkte erhalten, ihr eigenes über EUR römisch 40 jedoch römisch 40 Punkte.

Mit Schreiben vom 21.07.2017, welches der Antragstellerin am gleichen Tag übermittelt worden sei, hätte die Auftraggeberin ihr mitgeteilt, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgrund der Ergebnisse der Bestbieterermittlung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergehen solle, da diese die niedrigere bewertungsrelevante Gesamtpunkteanzahl erreicht hat.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ihre Kenntnisse über das Unternehmen und die Produkte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass dieser die Eignung und Zuverlässigkeit fehle und Unternehmen wie Produkte nicht sämtliche festgelegten SOLL- und MUSS-Kriterien erfüllten.

So hätte ein Bieter etwa zum Nachweis seiner finanziellen Leistungsfähigkeit einen Mindestumsatz von zumindest EUR 3.000.000,00 im ausschreibungsgegenständlichen Geschäftszweig nachzuweisen gehabt. Dieses Kriterium wäre von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach Wissen der Antragstellerin nicht erfüllen worden.

Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst nicht über die gesamte ausschreibungsgegenständliche Hard- und Software. Nach Kenntnis der Antragstellerin wäre sie diesbezüglich zwingend auf andere (konzernverbundene) Unternehmen angewiesen. Es sei daher davon auszugehen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit zumindest eines Subunternehmers, konkret der ihr (bisher) konzernverbundenen XXXX (mit Sitz in Israel) bedient habe. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst nicht über die gesamte ausschreibungsgegenständliche Hard- und Software. Nach Kenntnis der Antragstellerin wäre sie diesbezüglich zwingend auf andere (konzernverbundene) Unternehmen angewiesen. Es sei daher davon auszugehen, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Nachweis der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit zumindest eines Subunternehmers, konkret der ihr (bisher) konzernverbundenen römisch 40 (mit Sitz in Israel) bedient habe.

Die Antragstellerin bezweifle, dass das zuletzt genannten Unternehmen seine Eignung gemäß den Festlegungen in den AAB nachgewiesen habe. Zudem sei es nach Kenntnis der Antragstellerin derzeit Gegenstand eines Unternehmensverkaufsprozesses. Konkret sei beabsichtigt, die XXXX aus dem Konzernverbund, dem auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin angehört, herauszulösen und zur Gänze an Dritte zu veräußern. Dieser Verkauf, der bereits während des Vergabeverfahrens bzw. während der Angebotsprüfung eingeleitet worden sei, würde vermutlich noch im August 2017 abgeschlossen. Dadurch verlöre die präsumtive Zuschlagsempfängerin die – bisher innerhalb des Konzernverbunds gewährleistete – Rückgriffsmöglichkeit auf die Ressourcen jenes Unternehmens. Die Antragstellerin bezweifle, dass das zuletzt genannten Unternehmen seine Eignung gemäß den Festlegungen in den AAB nachgewiesen habe. Zudem sei es nach Kenntnis der Antragstellerin derzeit Gegenstand eines Unternehmensverkaufsprozesses. Konkret sei beabsichtigt, die römisch 40 aus dem Konzernverbund, dem auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin angehört, herauszulösen und zur Gänze an Dritte zu veräußern. Dieser Verkauf, der bereits während des Vergabeverfahrens bzw. während der Angebotsprüfung eingeleitet worden sei, würde vermutlich noch im August 2017 abgeschlossen. Dadurch verlöre die präsumtive Zuschlagsempfängerin die – bisher innerhalb des Konzernverbunds gewährleistete – Rückgriffsmöglichkeit auf die Ressourcen jenes Unternehmens.

Nach Abschluss des Verkaufsprozesses sei daher weder sicher, dass dieses Unternehmen künftig in der Lage wäre, seinen vertraglichen Subunternehmerverpflichtungen gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachzukommen, noch, dass diese weiterhin zu gleichen Konditionen auf die Ressourcen jenes Unternehmens zurückgreifen könne, sodass ihre (finanzielle/technische) Leistungsfähigkeit – soweit diese durch dieses Subunternehmen substituiert ist – nicht mehr gewährleistet sei. Hinzu käme, dass es sich bei diesem Unternehmen jedenfalls um einen wesentlichen Subunternehmer handle, da der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von ihm nahezu sämtliche Leistungskomponenten zur Erfüllung des ausschreibungsgegenständlichen Auftrags zur Verfügung gestellt würden.

Ein durch die Veräußerung jenes Unternehmens bewirkter Subunternehmerwechsel wäre auch während des Vergabeverfahrens unzulässig und führe zum Verlust der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens wäre ein Wechsel eines solchen wesentlichen Subunternehmers eine wesentliche und damit ausschreibungspflichtige Änderung eines bestehenden Auftrags.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre verpflichtet gewesen, die Auftraggeberin während des Vergabeverfahrens über sämtliche Umstände aufzuklären, die ihre Eignung beeinträchtigen können, was sie jedoch bezüglich dieses Subunternehmers unterlassen hätte. Sie habe der Auftraggeberin daher die Möglichkeit genommen, im Rahmen der Angebotsprüfung eine Beeinträchtigung ihrer Eignung zu prüfen und allenfalls weitere Nachweise oder Aufklärung zu verlangen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre daher schon mangels Zuverlässigkeit auszuschneiden gewesen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bzw. deren erwähnter Subunternehmer hätten ferner im Zuge des Verkaufsprozesses letzteren Unternehmens ihre Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen oder Teile davon (etwa den Leistungsumfang und die vertraglichen Verpflichtungen) möglichen Käufern gegenüber offen gelegt. Die Offenlegung der Beteiligung an der Ausschreibung und die Weitergabe dieser Informationen an Dritte sei jedoch ein klarer Verstoß gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung der AAB. Da sich

die präsumtive Zuschlagsempfängerin verpflichtet hätte, die vertrauliche Behandlung der Unterlagen auch durch Dritte sicherzustellen, wäre ihr auch ein Verstoß gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung durch ihren oben erwähnten Subunternehmer zuzurechnen. Ein solcher Verstoß gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung hätte jedoch zum Ausschluss der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels hinreichender Zuverlässigkeit führen müssen.

Im Ergebnis wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher schon aus den bislang angeführten Gründen mangels Zuverlässigkeit sowie mangels finanzieller und technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen.

Hinzu käme, dass nach Marktkennntnis der Antragstellerin die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Hard- und Software nicht sämtliche in den AAB, dem LVZ und dem Rahmenvertrag festgelegten MUSS-Kriterien erfülle bzw. die präsumtive Zuschlagsempfängerin deren Erfüllung nicht durch die entsprechenden und aussagekräftigen (technischen) Unterlagen belegt hätte. Gemäß Punkt 8.1 der AAB wären jedoch jene technischen Spezifikationen, die im Leistungskatalog mit "M" markiert seien, MUSS-Kriterien, deren Nichterfüllung zwingend zum Ausscheiden des Angebots führe. Nach Marktkennntnis der Antragstellerin erfülle die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Hard- und Software zumindest folgende Muss-Kriterien nicht:

Bezüglich der RF-Überwachung erfülle das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt das in Punkt 1.3.1 des LVZ festgelegte MUSS-Kriterium nicht, da das verwendete Gurt-Verschlussystem relativ alt und einfach zu umgehen sei. Es arbeite mit elektrischem Strom und sei verhältnismäßig einfach durch Nutzung einer Umgehungsleitung zu manipulieren. Darüber hinaus könne die alte Technologie viele Fehlalarme auslösen. Das System wäre nicht zuverlässig und entspräche somit nicht den Anforderungen.

Auch das in Punkt 1.4.4 des LVZ festgelegte MUSS-Kriterium betreffend die RF Überwachung werde vom von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkt nicht erfüllt, da die eingebaute Kamera des Systems, die im Zuge der Alkoholkontrolle eingesetzt würde, von (derart) minderer Qualität sei, dass die Ergebnisse des biometrischen Erkennungsverfahrens nicht verlässlich und treffsicher wären. Insbesondere sei die Auflösung so gering, dass eine eindeutige Identifizierung nicht (immer) möglich wäre und das System verhältnismäßig einfach getäuscht werden könne.

In Punkt 2.2.3 des LVZ sei als MUSS-Kriterium für die anzubietende GPS-Überwachung festgelegt worden, dass die Ladekapazität der eingesetzten Akkus eine durchgehende Einsatzdauer der GPS-Fußfessel von 36 Stunden (bei Vollastbetrieb) gewährleisten müsse. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Akkus wären dazu jedoch nicht in der Lage, sodass auch dieses MUSS-Kriterium von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt worden sei.

In Punkt 2.3.4 des LVZ sei als MUSS-Kriterium enthalten, dass die Firmware-Aktualisierung der stationären Überwachungsstation und die Durchführung der Funktionskontrollen mittels Remote-Tools (Fernwartung) möglich sein müsse. Nach Maßgabe der der Antragstellerin vorliegenden Informationen und aufgrund des niedrigen Angebotspreises sei jedoch davon auszugehen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Überwachungsstation keine Firmware-Aktualisierung und keine Durchführung von Funktionskontrollen mittels Remote-Tools ermögliche. Diesem MUSS-Kriterium sei damit ebenfalls nicht entsprochen worden.

In Punkt 2.2.13 des LVZ sei als MUSS-Kriterium hinsichtlich der anzubietenden GPS-Überwachung festgelegt worden, dass der in der Fußfessel integrierte Ortungschip mit einem aktuell in Österreich verfügbaren Satellitennavigationssystem, "bei Verfügbarkeit auch zum europäischen Satellitennavigationssystem Galileo", kompatibel sein müsse. Das europäische Satellitennavigationssystem Galileo sei in Österreich verfügbar. Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Marktkennntnis jedoch davon aus, dass die GPS-Fußfessel der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit dem Galileo System nicht kompatibel sei, sodass auch dieses MUSS-Kriterium nicht erfüllt wäre.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfülle daher aus mehreren Gründen nicht sämtliche MUSS-Kriterien und wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen. Bei korrekter Angebotsprüfung und -bewertung hätte die Zuschlagsentscheidung daher zu Gunsten der Antragstellerin ergehen müssen.

Hinzu käme, dass die Auftraggeberin die Angebote nicht korrekt bewertet und bei der Bestbieterermittlung so gravierende Fehler gemacht hätte, dass sie im Ergebnis zu einer rechtswidrigen Vergabeentscheidung gelangt sei.

Gemäß Punkt 9.3 der AAB wäre die Qualität der Angebote anhand der Erfüllung der SOLL-Anforderungen im LVZ zu

bewerten gewesen, wobei entweder durch Übererfüllung eines Mindestwertes bis zu einem angegebenen Maximalwert oder durch schlichte Erfüllung die Maximalpunkte zu erreichen waren. Den im Rahmen der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilten Informationen zufolge sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit den maximal zu erreichenden Qualitätspunkten bewertet worden.

Nach dem Verständnis der Antragstellerin hätte die Auftraggeberin insbesondere jene Eigenschaften als bewertungsrelevante SOLL-Kriterien definiert, die das derzeit bei ihr im Einsatz befindliche System (der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) nicht erfülle, deren Erfüllung für die Auftraggeberin jedoch einen zusätzlichen Nutzen brächte. Zur Erfüllung der bewertungsrelevanten SOLL-Kriterien hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit die relevanten technischen Lösungen zwischenzeitlich entwickeln müssen, was in der Kürze der verfügbaren Zeit nahezu ausgeschlossen sei. Es sei vielmehr anzunehmen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Hard- und Software die bewertungsrelevanten SOLL-Kriterien, die im LVZ in den Punkten 1.2.10, 1.2.12, 1.3.3, 2.2.4, 2.2.14, 2.3.3, 1.3.8, 3.1.11, 3.1.13, 3.1.21 und 3.4.2 festgelegt sind, entgegen der Bewertung durch die Auftraggeberin nur teilweise oder gar nicht erfüllt habe.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte bei korrekter Bewertung mangels Erfüllung dieser SOLL-Kriterien um XXXX Gutpunkte weniger erhalten dürfen. Bei ordnungsgemäßer Prüfung und Bewertung der Erfüllung der SOLL-Kriterien hätten diese Punkte somit nicht vom Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Abzug gebracht werden dürfen, sodass deren Angebot mit XXXX Punkten hinter dem der Antragstellerin zu reihen gewesen wäre. Die Zuschlagsentscheidung wäre sohin rechtswidrig, da sie bei korrekter Bewertung zu Gunsten der Antragstellerin hätte ausfallen müssen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte bei korrekter Bewertung mangels Erfüllung dieser SOLL-Kriterien um römisch 40 Gutpunkte weniger erhalten dürfen. Bei ordnungsgemäßer Prüfung und Bewertung der Erfüllung der SOLL-Kriterien hätten diese Punkte somit nicht vom Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Abzug gebracht werden dürfen, sodass deren Angebot mit römisch 40 Punkten hinter dem der Antragstellerin zu reihen gewesen wäre. Die Zuschlagsentscheidung wäre sohin rechtswidrig, da sie bei korrekter Bewertung zu Gunsten der Antragstellerin hätte ausfallen müssen.

Die beabsichtige Zuschlagserteilung trotz Nicht-Erfüllung der geforderten MUSS-Kriterien und Mindestanforderungen sowie die aufgezeigte und unrichtige Bewertung der Qualität des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin anhand der Erfüllung der SOLL-Kriterien indiziere ferner, dass die Auftraggeberin die Angebotsprüfung mangelhaft und entgegen den bestandsfesten Festlegungen in der Ausschreibung durchgeführt habe.

Die Erfüllung der MUSS- und SOLL-Kriterien wäre nach Maßgabe der Abkürzungen im LVZ entweder anhand von zwingend dem Angebot beizulegender technischer Unterlagen wie z.B. Datenblättern, Zertifikaten usw. (diese Unterlagen samt Produktbeschreibung sind im LVZ mit ["U"] gekennzeichnet) oder (ii) anhand von verbindlichen Leistungsversprechen des Bieters ("E") oder (iii) anhand einer Teststellung ("T") entsprechend Punkt 2.3 der AAB zu überprüfen gewesen. Wie oben dargelegt, erfülle das derzeit bei der Auftraggeberin im Einsatz stehende System der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die geforderten SOLL-Kriterien nicht. Die Auftraggeberin hätte daher die Angaben, Erklärungen und Unterlagen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – soweit diese überhaupt entsprechend vorgelegt worden seien – kritisch zu überprüfen und weitere Unterlagen bzw. Nachweise zu fordern gehabt. Bei ordnungsgemäßer Prüfung durch die Auftraggeberin wäre die Nicht-Erfüllung der zuvor genannten MUSS- und SOLL-Kriterien zu Tage getreten. Das offenkundige Abweichen von den verbindlichen und bestandsfesten Festlegungen hinsichtlich der Teststellungen und die offenbar unvollständige oder ungenaue Angebotsprüfung führten bereits für sich zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Aufgrund der nicht vollständigen Angebotsprüfung sei die Auswahlentscheidung daher per se rechtswidrig.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre von der Auftraggeberin zudem aus mehreren Gründen zwingend einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen gewesen:

Bei dem gebotenen Vergleich der Gesamtpreise aller ausschreibungsgegenständlichen Angebote zeige sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises aufweise und Zweifel an der Preisangemessenheit unvermeidbar wären. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterschritte den Gesamtpreis der Antragstellerin und damit den der weiteren verfahrensgegenständlichen Angebote um rund 40%.

Laut dem Bericht des Rechnungshofs zum Beschaffungsvorgang "Elektronische Aufsicht" hätte die Auftraggeberin 2010 vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Marktanalyse durchgeführt (vgl. Seite 14 des Rechnungshofberichts).

Nach dieser Marktanalyse, die der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zu Grunde zu legen sei, betrüge der Preis für die elektronische Überwachung (inkl. Hard- und Software und sämtlichen Service- und Zusatzleistungen) ca. EUR 5,00 pro Tag und überwachter Person. Nach Maßgabe interner Berechnungen auf Grundlage des bekannt gegebenen Gesamtpreises der Antragstellerin entspräche der nunmehrige Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einem Preis von EUR 1,17 pro Tag und überwachter Person. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterschreite die im Rahmen der Marktanalyse ermittelten Preise und somit die Grundlage für eine Kostenschätzung um über 75%. Selbst wenn die Auftraggeberin als Grundlage der Kostenschätzung die im Zuge der Ausschreibung 2016 realisierten Preise herangezogen hätte, unterschreite das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine seriöse Kostenschätzung um zumindest 50%. Ein Angebot, das von der Kostenschätzung des Auftraggebers derart abweicht, wäre jedenfalls vertieft zu überprüfen gewesen. Laut dem Bericht des Rechnungshofs zum Beschaffungsvorgang "Elektronische Aufsicht" hätte die Auftraggeberin 2010 vor Einleitung des Vergabeverfahrens eine Marktanalyse durchgeführt (vergleiche Seite 14 des Rechnungshofberichts). Nach dieser Marktanalyse, die der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zu Grunde zu legen sei, betrüge der Preis für die elektronische Überwachung (inkl. Hard- und Software und sämtlichen Service- und Zusatzleistungen) ca. EUR 5,00 pro Tag und überwachter Person. Nach Maßgabe interner Berechnungen auf Grundlage des bekannt gegebenen Gesamtpreises der Antragstellerin entspräche der nunmehrige Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einem Preis von EUR 1,17 pro Tag und überwachter Person. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterschreite die im Rahmen der Marktanalyse ermittelten Preise und somit die Grundlage für eine Kostenschätzung um über 75%. Selbst wenn die Auftraggeberin als Grundlage der Kostenschätzung die im Zuge der Ausschreibung 2016 realisierten Preise herangezogen hätte, unterschreite das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine seriöse Kostenschätzung um zumindest 50%. Ein Angebot, das von der Kostenschätzung des Auftraggebers derart abweicht, wäre jedenfalls vertieft zu überprüfen gewesen.

Im Jahr 2010 habe die Auftraggeberin zudem die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erstmals für die Dauer von 5 Jahren ausgeschrieben (in der Folge: "Ausschreibung 2010"). Ausgehend von der Überwachung von 300 Personen hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei deutlich geringeren Systemanforderungen ein finales Angebot in Höhe von XXXX gelegt. Dies entspräche einem Preis von EUR 4,91 pro Person und Tag. Inflationsbereinigt wären dies im Jahr 2017 ca. XXXX. Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspräche somit nicht einmal deren inflationsbereinigtem Angebotspreis des Jahres 2010. Tatsächlich seien jedoch die technischen (Mindest-)Anforderungen an das in der gegenständlichen Ausschreibung anzubietende System signifikant höher und erheblich teurer (z.B. Alkohol-Monitoring-System und GPS-Überwachung), sodass der Marktpreis für die nun ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nahezu doppelt so hoch wäre. Im Jahr 2010 habe die Auftraggeberin zudem die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erstmals für die Dauer von 5 Jahren ausgeschrieben (in der Folge: "Ausschreibung 2010"). Ausgehend von der Überwachung von 300 Personen hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei deutlich geringeren Systemanforderungen ein finales Angebot in Höhe von römisch 40 gelegt. Dies entspräche einem Preis von EUR 4,91 pro Person und Tag. Inflationsbereinigt wären dies im Jahr 2017 ca. römisch 40. Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspräche somit nicht einmal deren inflationsbereinigtem Angebotspreis des Jahres 2010. Tatsächlich seien jedoch die technischen (Mindest-)Anforderungen an das in der gegenständlichen Ausschreibung anzubietende System signifikant höher und erheblich teurer (z.B. Alkohol-Monitoring-System und GPS-Überwachung), sodass der Marktpreis für die nun ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nahezu doppelt so hoch wäre.

2016 habe die Auftraggeberin die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen unter BGG-GZ 2391.02614 (In der Folge: "Ausschreibung 2016") erneut ausgeschrieben. Das LVZ und der Rahmenvertrag der Ausschreibung 2016, die nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem BVwG W138 2134578-2/36Z nach Ende der Angebotsfrist widerrufen wurde, entspreche – mit Ausnahme der ausgeschriebenen Mengen und dem Verhältnis zwischen GPS und RF-Technologie – weitestgehend der antragsgegenständlichen Ausschreibung. Im Gegensatz zur antragsgegenständlichen Ausschreibung hätte das Preisblatt 2017 jedoch ca. 1/3 mehr (Preis)Positionen (die Positionen 10.1 bis 10.9) als das Preisblatt der Ausschreibung 2016 enthalten. Da sich der (bewertungsrelevante) Gesamtpreis in den Ausschreibungen 2016 und 2017 aus der Summe aller Positionspreise errechne, führe die Zunahme von 1/3 zusätzlichen Preispositionen zu einem höheren Gesamtpreis im Vergleich zur Ausschreibung 2016, weshalb sich auch der Angebotspreis der Antragstellerin von XXXX in der Ausschreibung im Jahr 2016 auf nun XXXX erhöht habe. 2016 habe die Auftraggeberin die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen unter BGG-GZ 2391.02614

(In der Folge: "Ausschreibung 2016") erneut ausgeschrieben. Das LVZ und der Rahmenvertrag der Ausschreibung 2016, die nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem BVwG W138 2134578-2/36Z nach Ende der Angebotsfrist widerrufen wurde, entspreche – mit Ausnahme der ausgeschriebenen Mengen und dem Verhältnis zwischen GPS und RF-Technologie – weitestgehend der antragsgegenständlichen Ausschreibung. Im Gegensatz zur antragsgegenständlichen Ausschreibung hätte das Preisblatt 2017 jedoch ca. 1/3 mehr (Preis)Positionen (die Positionen 10.1 bis 10.9) als das Preisblatt der Ausschreibung 2016 enthalten. Da sich der (bewertungsrelevante) Gesamtpreis in den Ausschreibungen 2016 und 2017 aus der Summe aller Positionspreise errechnen, führe die Zunahme von 1/3 zusätzlichen Preispositionen zu einem höheren Gesamtpreis im Vergleich zur Ausschreibung 2016, weshalb sich auch der Angebotspreis der Antragstellerin von römisch 40 in der Ausschreibung im Jahr 2016 auf nun römisch 40 erhöht habe.

Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte sich hingegen trotz der Verdreifachung des auszureisenden Leistungsvolumens (durch Hinzunahme der (Preis)Positionen 10.1 bis

10.9) von XXXX (2016) nur um ca. EUR 335.000,00 (somit um ca. 10%) auf gegenständlich XXXX erhöht (10.9) von römisch 40 (2016) nur um ca. EUR 335.000,00 (somit um ca. 10%) auf gegenständlich römisch 40 erhöht.

Im Lichte der eigenen Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Ausschreibungen 2010 und 2016 und bei einem Vergleich der jeweils ausgeschriebenen Quantitäten und Leistungen sei die mangelnde Preisangemessenheit des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenkundig, sodass eine vertiefte Angebotsprüfung zwingend vorzunehmen gewesen wäre.

Unter Berücksichtigung der zusätzlichen Preispositionen und der erheblich erweiterten Mengen im Vergleich zur Ausschreibung 2016 hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin deren Gesamtpreis (und somit zwingend auch deren Einheits- und Positionspreise) um ca. 68% (verglichen zum letzten Angebot im Jahr 2016) reduziert. Es bestünde daher jedenfalls Grund zur Annahme, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in folgenden Positionen zu niedrige (insbesondere nicht kostendeckende) Einheitspreise angeboten habe:

9.4 RF Überwachungsstation

9.5 RF Überwachungsstation mit technischer Umsetzung einer Alkoholkontrolle

9.6 GPS Überwachungsstation

9.7 "RF Fußfessel

9.8 "GPS Fußfessel

9.9 "Mobile Überwachungsstation

10.1 RF Überwachungsstation zusätzliche Abrufmenge

10.2 RF Überwachungsstation mit technischer Umsetzung einer Alkoholkontrolle - zusätzliche Abrufmenge

10.3 GPS Überwachungsstation - zusätzliche Abrufmenge

10.4 GPS Überwachungsstation - zusätzliche Abrufmenge

10.5 GPS Überwachungsstation - zusätzliche Abrufmenge

10.6 RF Fußfessel - zusätzliche Abrufmenge

10.7 GPS Fußfessel - zusätzliche Abrufmenge

10.8 GPS Fußfessel - zusätzliche Abrufmenge

Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin läge zumindest ca. 50 % unter (i) den relevanten Marktpreisen und der Kostenschätzung der Auftraggeberin sowie (ii) 40 % unter den (Gesamt)Preisen der anderen Angebote. Er sei genauso wie die ihm zu Grunde liegenden Einheitspreise in keiner Weise erklär- oder nachvollziehbar. Es handle sich vielmehr um einen ruinösen Unterpriß, der weit unter den Gestehungskosten liege und nicht einmal die Herstellungskosten oder ausgabenwirksamen Kosten decke. Dies würde sich besonders deutlich bei einem Vergleich der Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen im Rahmen der letzten Ausschreibungen zeigen.

Die Auftraggeberin wäre daher jedenfalls verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und die Preise auf deren Erklär- und Nachvollziehbarkeit hin zu prüfen. Bei ordnungsgemäß durchgeführter (vertiefter) Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch auszuschneiden und dem der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Hinzu komme, dass sich das Preisblatt in Positionen für definitive Leistungsteile und solche für optionale Leistungsteile (Positionen 10.1 – 10.9) gliederte. Das Beschaffungsvolumen (d.h. die auszureisenden Mengen bzw. Geräte) im optionalen Teil sei um ein Vielfaches höher angesetzt worden als im definitiven Teil, sodass über 50% des Gesamtpreises ausschließlich durch die optionalen Prädispositionen gebildet würden. Während der Abruf der definitiven Leistungsteile fix erfolge, sei der Abruf der optionalen Mengen (zusätzlichen Geräte) nach derzeitiger Einschätzung der Antragstellerin eher unwahrscheinlich.

Es sei daher davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die optionalen Preispositionen 10.1 bis 10.9 unter der Annahme, dass diese nicht oder kaum zum Abruf gelangen, bewusst unwirtschaftlich durch Angabe eines fiktiven, bei Weitem nicht kostendeckenden Preises ausgepreist habe, um so den Gesamtpreis künstlich niedrig zu halten. Damit hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenkundig ein spekulatives und zwingend auszuschneidendes Angebot abgegeben.

Die Antragstellerin erklärte ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag vollinhaltlich auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und brachte diesbezüglich im Wesentlichen vor, dass durch eine solche verhindert werden solle, dass die Auftraggeberin unumkehrbarer Tatsachen schaffen können.

Bei vergaberechtskonformer Bewertung und Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte die Antragstellerin das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt. Im Falle der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte sie nicht mehr die Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten. Daraus ergäbe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen, weil eine bloße ex post-Feststellung der Rechtswidrigkeit der Angebotsbewertung und des Nicht-Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Zuschlagsentscheidung die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne. Zudem entstünde der Antragstellerin ein bedeutender Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns bzw. des Deckungsbeitrags und in Gestalt des Verlusts eines Referenzprojekts

Der Anspruch der Antragstellerin könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten werde, der einen allfälligen späteren Abschluss des Rahmenvertrags mit der Antragstellerin ermögliche. Die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens sei für die Antragstellerin daher das notwendige und geeignete Mittel, zur Verhinderung der durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten drohenden Schäden.

Die Interessen der Antragstellerin überwögen zudem die Interessen aller anderen Bieter, da bei diesen keine besonderen Gründe vorlägen, die gegen die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung sprächen. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünde insbesondere auch kein besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen, zumal der bisherige zeitliche Ablauf des Vergabeverfahrens nicht auf eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorhabens schließen ließe, da die Auftraggeberin selbst ihren eigenen Zeitplan bereits um mehrere Wochen aus offenkundig internen Gründen überschritten hätte. Zudem hätte die Auftraggeberin bei der Erstellung des Zeitplans des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und auf daraus resultierende mögliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen gehabt.

Am 02.08.2017 teilte die Finanzprokuratur mit, die Auftraggeberin im Verfahren rechtsfreundlich zu vertreten.

Am 03.08.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und stellte unter einem den Antrag, den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zurück- bzw. abzuweisen. Als Begründung führte sie lediglich aus, dass ihr besonderes Interesse an der Fortführung des Verfahrens darin läge, dass ein dringender Beschaffungsbedarf bestünde, da die gegenständliche Beschaffung der Sicherstellung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf persönliche Freiheit der betroffenen Insassen diene. Die Auftraggeberin könne nicht beurteilen, ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beeinträchtigt würden.

Am 08.08.2017 teilte die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH dem Gericht mit, die Auftraggeberin im Verfahren künftig gemeinsam mit der Finanzprokuratur rechtsfreundlich zu vertreten. Mit gleichem Schriftsatz

replizierte die Auftraggeberin inhaltlich auf den Nachprüfungsantrag, ging jedoch nicht auf das Sicherungsverfahren ein.

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

1. Feststellungen:

Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Justiz, hat unter Einbindung der Bundesbeschaffung GmbH als vergebender Stelle unter der Bezeichnung "Elektronisch überwachter Hausarrest" (BBG-GZ 2391.02884) einen Rahmenvertrag über die Bereitstellung und Wartung von Hard- und Software für die elektronische Überwachung des Hausarrestes in ganz Österreich (Lieferauftrag) mit den CPV-Codes 75231200 (Hauptteil) und 75000000 (Ergänzender Gegenstand) in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 1,944.000,00 (ohne USt.) Die Auftraggeberin hat den Auftrag u.a. im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22.02.2017, 2017/S 037-66518, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 20.02.2017 zur Zahl L-616903-7216 veröffentlicht (Auskünfte der Auftraggeberin).

Die Antragstellerin hat am 04.04.2017 fristgerecht ein Angebot abgegeben.

Die Angebotsöffnung ist am 04.04.2017 erfolgt. Es haben nur zwei Bieter ein Angebot abgegeben, von denen keiner ausgeschlossen wurde (Auskünfte der Auftraggeberin).

Das Verfahren befindet sich im Stadium der Zuschlagsentscheidung, die den Bietern via auftrag.at (eTendering-Nachricht) am 21.07.2017 mitgeteilt wurde. Darin gab die Auftraggeberin bekannt, dass beabsichtigt sei, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen (Auskünfte der Auftraggeberin; Verfahrensakt).

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin brachte am 31.07.2017 fristgerecht einen Nachprüfungsantrag über webERV ein. Sie bezahlte Pauschalgebühren in Höhe von EUR 9.234,00 (Verfahrensakt).

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch davon ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind jedoch davon ausgenommen. Die gegenständliche Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idFBGBl. I Nr. 24/2017, geregelt (§ 1 leg. cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 24 aus 2017, geregelt (Paragraph eins, leg. cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über

Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, das Agrarverfahrensgesetz – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, das Agrarverfahrensgesetz – AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 – DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 311 BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin des verfahrensgegenständlichen Auftrages im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 Z 1 BVergG. Es liegt demnach ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG vor. Auftraggeberin des verfahrensgegenständlichen Auftrages im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Es liegt demnach ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit den Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht da-mit gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht da-mit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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 der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung, 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 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 der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung, 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 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 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. Die Antragstellerin hat von der ihr über die elektronische Vergabeplattform übermittelten Zuschlagsentscheidung am 21.07.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 31.07.2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 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. Die Antragstellerin hat von der ihr über die elektronische Vergabeplattform übermittelten Zuschlagsentscheidung am 21.07.2017 Kenntnis erlangt. Der Nachprüfungsantrag ist am 31.07.2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und somit 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 Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 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 Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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 Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des

Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesverwaltungsgerichts 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, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVwG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution zu untersagen, im Vergabeverfahren "Elektronisch überwachter Hausarrest" den Zuschlag zu erteilen.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 21.07.2017 die Vergabe an die präsumtive Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Sie führte im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 02.08.2017 dazu inhaltlich jedoch lediglich aus, dass das besondere Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des Verfahrens in einem dringenden Beschaffungsbedarf bestünde, da die gegenständliche Beschaffung der Sicherstellung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf persönliche Freiheit der betroffenen Insassen diene. Ob Interessen sonstiger Bieter durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung beeinträchtigt würden, könne die Auftraggeberin nicht beurteilen.

Dem von der Auftraggeberin behaupteten dringenden Beschaffungsbedarf zur Sicherstellung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts von Straftätern auf persönliche Freiheit ist entgegenzuhalten, dass zum einen derzeit ein funktionierendes System (der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) zur Überwachung von Straftätern, die sich in elektronisch überwachtem Hausarrest iSd §§ 156b StVG befinden, existiert, auf das sie zurückgreifen kann. Zum anderen dauert der Beschaffungsprozess insgesamt schon geraume Zeit, wobei die Verzögerungen durchaus auch in der Sphäre der Auftraggeberin liegen dürften. Sollten zudem die Behauptungen der Antragstellerin zutreffen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkte mannigfaltige Manipulationsmöglichkeiten bieten, geht sogar das öffentliche (staatliche) Interesse auf ordnungsgemäßen Strafvollzug und der Schutz der Bevölkerung vor Straftätern, die sich leicht ihrer Fußfesseln entledigen können, dem Ansinnen der Auftraggeberin vor. Der Beschaffung qualitativ bestmöglicher Mittel für den elektronisch überwachten Hausarrest und damit einer genauen Prüfung der von der Antragstellerin schlüssig aufgestellten Behauptungen ist jedenfalls höherer Stellenwert einzuräumen als dem Interesse der Auftraggeberin auf nunmehr raschen Abschluss eines schon geraume Zeit dauernden Beschaffungsprozesses. Dem von der Auftraggeberin behaupteten dringenden Beschaffungsbedarf zur Sicherstellung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts von Straftätern auf persönliche Freiheit ist entgegenzuhalten, dass zum einen derzeit ein funktionierendes System (der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) zur Überwachung von Straftätern, die sich in elektronisch überwachtem Hausarrest iSd Paragraphen 156 b, StVG befinden, existiert, auf das sie zurückgreifen kann. Zum anderen dauert der Beschaffungsprozess insgesamt schon geraume Zeit, wobei die Verzögerungen durchaus auch in der Sphäre der Auftraggeberin liegen dürften. Sollten zudem die Behauptungen der Antragstellerin zutreffen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkte mannigfaltige Manipulationsmöglichkeiten bieten, geht sogar das öffentliche (staatliche) Interesse auf ordnungsgemäßen Strafvollzug und der Schutz der Bevölkerung vor Straftätern, die sich leicht ihrer Fußfesseln entledigen können, dem Ansinnen der Auftraggeberin vor. Der Beschaffung

qualitativ bestmöglicher Mittel für den elektronisch überwachten Hausarrest und damit einer genauen Prüfung der von der Antragstellerin schlüssig aufgestellten Behauptungen ist jedenfalls höherer Stellenwert einzuräumen als dem Interesse der Auftraggeberin auf nunmehr raschen Abschluss eines schon geraume Zeit dauernden Beschaffungsprozesses.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin, 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. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren (siehe zB BVwG 22. 8. 2014, W187 2010665-1/11E; 11. 7. 2017, W187 2163208-1/3E).

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 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 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.

Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes 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 (vgl. BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

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

Angebotsbewertung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausschreibung, Berechnung, Dauer der Maßnahme, Eignung, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Frist, Interessenabwägung, Kalkulation, Kostenschätzung, Lieferauftrag, Mangelhaftigkeit, Marktanalyse, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Preisvergleich, Provisorialverfahren, Punktevergabe, Rahmenvertrag, Schaden, spekulativer Preis, Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Überwachungsmaßnahme, Untersagung der Zuschlagserteilung, Unvollständigkeit, Vergabeverfahren, Vergleich, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Vertraulichkeit, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W267.2165989.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.08.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at