

TE Bvwg Beschluss 2017/8/7 W187 2165912-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.08.2017

Entscheidungsdatum

07.08.2017

Norm

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169 Abs1

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

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

- [illegible]

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

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

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute

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

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

4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2165912-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der XXXX, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" der ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Am Hauptplatz 2, 1100 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 28. Juli 2017 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der römisch 40, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" der ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Am Hauptplatz 2, 1100 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 28. Juli 2017 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der XXXX auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "mit welcher im Vergabeverfahren ‚Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr‘ der Lauf der Frist zur Abgabe von Letztangeboten für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Letztangebote untersagt wird", gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 3 BVergG statt. Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der römisch 40 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "mit welcher im Vergabeverfahren ‚Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr‘ der Lauf der Frist zur Abgabe von Letztangeboten für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Letztangebote untersagt wird", gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz 3, BVergG statt.

Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" die Letztangebote zu öffnen und setzt in diesem Vergabeverfahren die Frist zur Abgabe von Letztangeboten für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 28. Juli 2017 beantragte die XXXX, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Letztangebotsabgabe vom 8. Juni 2017 samt Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot, der Berichtigung Muster-Liefervertrag und Beilage C Anlage B-A Fahrzeugkasten vom 20. Juli 2017, der Berichtigung Beilage C vom 21. Juli 2017 samt einer Reihe näher bezeichneter Dokumente, und der Berichtigung Rahmenvereinbarung und Liefervertrag vom 21. Juli 2017, in eventu näher bezeichneter Bestimmungen der Unterlagen für das Last and Final Offer, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Ersatz der Pauschalgebühr sowie Rückerstattung zu viel gezahlter Pauschalgebühr, sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Am Hauptplatz 2, 1100 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien. 1. Mit Schriftsatz vom 28. Juli 2017 beantragte die römisch 40, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Letztangebotsabgabe vom 8. Juni 2017 samt Ausschreibungsunterlagen für das Letztangebot, der Berichtigung Muster-Liefervertrag und Beilage C Anlage B-A Fahrzeugkasten vom 20. Juli 2017, der Berichtigung Beilage C vom 21. Juli 2017 samt einer Reihe näher bezeichneter Dokumente, und der Berichtigung Rahmenvereinbarung und Liefervertrag vom 21. Juli 2017, in eventu näher bezeichneter Bestimmungen der Unterlagen für das Last and Final Offer, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Ersatz der Pauschalgebühr sowie Rückerstattung zu viel gezahlter Pauschalgebühr, sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Am Hauptplatz 2, 1100 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, macht die Antragstellerin als drohenden Schaden die Kosten von zumindest € 2.000.000 ohne USt für die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, den entgangenen Gewinn, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren von zum Zeitpunkt der Antragstellung von rund € 3.000 sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren geltend. Sie macht ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss geltend, das sich durch die Angebotslegung und die Stellung des Nachprüfungsantrags zeige. Sie sieht sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen in einer Weise, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können, in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Beschreibung der Leistung, in ihrem Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit ihr, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf Widerruf verletzt.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin in der Aufforderung zur Letztangebotsabgabe gravierende Änderungen der Fahrzeugspezifikationen (MUSS-Kriterien) vorgenommen habe. Das betreffe die Anforderungen an die Wagenkastenfestigkeit, den Energieversorgungsblock und das Drehgestell.

1.3 Für das Erstangebot habe der Fahrzeugkasten die Festigkeitsanforderungen der Kategorie P-I erfüllen müssen, die dem aktuellen Standard für die Festigkeit und Sicherheit von Reisezugwagen entspreche. In der Aufforderung zur Letztangebotsabgabe sei dies seitens der Auftraggeberin dahingehend adaptiert worden, dass es ausreichen solle, dass der Fahrzeugkasten nur mehr die Festigkeitsanforderungen der Kategorie P-II erfülle, somit einen niedrigeren Standard für Festigkeit und Sicherheit. Es werde ein signifikant anderes Fahrzeugkonzept definiert. Die Wagenkastenfestigkeit wirke sich insbesondere auf die Dimensionierung des Wagenkastens, sämtlicher Anbauteile, des Fahrwerks sowie der Fahrwerksanbindung und somit de facto des gesamten Fahrzeugs aus. Im Grunde müssten durch die im Vergleich zu Erstangebot geänderte Spezifikation alle Wagentypen neu konstruiert werden. Durch die Berichtigung habe sich nichts daran geändert.

1.4 Die Anforderungen an den Energieversorgungsblock habe die Auftraggeberin massiv geändert. Noch in der Aufforderung zur Abgabe des Letztangebots habe die Auftraggeberin verlangt, dass jeder Wagen eine Energieversorgung haben und eine Redundanz gegeben sein müsse.

1.5 Die Anforderungen an den Energieversorgungsblock habe die Auftraggeberin massiv geändert. Noch in der Aufforderung zur Abgabe des Letztangebots habe die Auftraggeberin verlangt, dass jeder Wagen eine Energieversorgung haben und eine Redundanz gegeben sein müsse, damit vier solcher Anlagen in Summe sieben Wagen versorgen könnten. In der Berichtigung Beilage C vom 21. Juli 2017 sei diese Anforderung in Punkt RE 1.52 Anlage H-A Wagenenergieversorgung insoweit komplett "gedreht", als es nunmehr auch zulässig sein solle, nur einen Teil der Wagen mit einem Energieversorgungsblock auszustatten, wodurch im Ergebnis auch die Redundanzanforderung hinfällig wären. Dieses gänzlich andere Elektrik-Konzept habe auch erhebliche Auswirkungen auf die Kosten.

1.6 Zu den Drehgestellen sei bisher in Beilage C Anlage E-C Radsystem, Punkt RE 1.7 auch nicht in der Aufforderung zur Abgabe eines Letztangebots vorgesehen gewesen, dass die Radsätze grundsätzlich mit außenliegenden Radsatzlagern zu konstruieren seien. Abweichende Lösungen seien nur nach schriftlicher Genehmigung der Auftraggeberin zulässig. Mit der Berichtigung Beilage C vom 21. Juli 2017 habe die Auftraggeberin auch Radsätze mit innenliegenden Radsatzlagern, die einen schlechteren Fahrkomfort bewirkten, zugelassen, sofern eine Instandhaltungsdokumentation übergeben werde.

1.7 Die genannten Änderungen hätten maßgeblichen Einfluss auf die Bewertung und seien daher jedenfalls auch wettbewerbsrelevant. Neben dem Anschaffungspreis spiele auch das Gewicht der Wagen eine Rolle für die Bewertung. Weniger feste Wagen seien leichter. Die höhere Wagenkastenfestigkeit sei im TCO-Modell nicht entsprechend abgebildet. Die Änderungen in den genannten technischen Spezifikationen hätten daher auch erhebliche Auswirkungen auf den potentiellen Bieterkreis und seien insbesondere auch im TCO-Modell nicht nachvollzogen.

1.8 Änderungen der Ausschreibungsbedingungen seien auch im Verhandlungsverfahren nur so weit zulässig, als dadurch der Gegenstand nicht derart verändert werde, dass – wäre dies vorher bekannt gewesen – wesentlich andere Angebote zu erwarten seien. Maßgeblich seien sowohl der Leistungsgegenstand als auch die wesentlichen Bedingungen der Leistungserbringung. Sie verpflichteten zur Neuausschreibung. Die Auftraggeberin habe mit der Änderung des Konzepts für zulässige Fahrzeugtypen den zulässigen Spielraum für Änderungen jedenfalls überschritten.

1.9 Im Zuge der Verhandlungen sei die Liste der zwingend zu verwendenden Markenkomponenten mit der Auftraggeberin abzustimmen. Die Antragstellerin habe eine solche Liste vorgelegt, die Auftraggeberin sich jedoch nicht derart dazu geäußert, die einen klareren Rückschluss auf die Kriterien für das Letztangebot ermögliche. Die Auftraggeberin habe gegen ihre eigenen Festlegungen in der Ausschreibung verstoßen. Andererseits lasse sie die Bieter im Unklaren, ob sie die angegebenen Komponenten letztlich akzeptiere. Schließlich nähmen die Komponenten einen wesentlichen Einfluss auf den Preis.

1.10 Punkt 1.5 des Muster-Leistungsvertrags sehe zusammengefasst vor, dass die Auftraggeberin berechtigt sein solle, vom Auftragnehmer zu verlangen, die ÖBB-Technische Services GmbH im Rahmen der Fahrzeugendmontage im Umfang bis zu 600 h à € 120 je Wagen (Option 1) oder 1.200 h à € 90 je Wagen (Option 2) als Subunternehmer einzusetzen. Beim geschätzten Bedarf von 700 Wagen entspreche ds einem Auftragswert von rund € 125.000.000, den der An bei einer Ziehung dieser Option an die ÖBB-Technische Services GmbH zu zahlen habe. Es bestünde auch die Möglichkeit, Montageleistungen der Optionen 1 und 2 alternativ auch in anderen Fahrzeugprojekten des Auftragnehmer zu erbringen, was mit dem Know-How-Transfer nichts mehr zu tun habe und vergaberechtswidrig sei. Auch in der Berichtigung vom 21. Juli 2017 sei diese Möglichkeit vorgesehen. Die Berichtigung greife einerseits in das Fertigungskonzept, andererseits in die bisherige Kalkulation ein und überschreite den vergaberechtlich zulässigen Rahmen.

1.11 Unter der Annahme der Zulässigkeit der Änderungen sei die Letztangebotsfrist bei Weitem zu kurz bemessen.

1.12 Die Antragstellerin erklärt ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und bringt im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin durch die angefochtene Entscheidung unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Interessen der Antragstellerin überwögen die Interessen aller anderen Bieter. Eine

Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung sei zwar nicht nichtig, aber rechtswidrig. Daher habe die Antragstellerin ein evidentes Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Das Vergabeverfahren müsse zur Sicherung der Rechte der Antragstellerin in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Legung eines Letztangebots und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermögliche. Bei beabsichtigter Öffnung der Angebote sei dies insbesondere auch die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist. Dadurch werde verhindert, dass eine im Hauptverfahren nachfolgende Nichtigerklärung unmöglich bzw. obsolet werde. Weiters habe die Antragstellerin die Möglichkeit, nach Ende des Nachprüfungsverfahrens ein Angebot zu legen.

2. Am 1. August 2017 teilte die rechtsfreundliche Vertreterin der Auftraggeberin das Vertretungsverhältnis mit.

3. Am 4. August 2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Die Auftraggeberin bestreitet das Vorbringen der Antragstellerin und beantragt die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung. Eine detaillierte inhaltliche Stellungnahme zum Vorbringen der Antragstellerin stellt sie fristgerecht in einem gesonderten Schriftsatz ebenso wie die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens in Aussicht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft schreibt unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarung über die Konstruktion, Herstellung und Lieferung von Reisezugwagen für den Tag- und Nachtverkehr" eine Rahmenvereinbarung über einen Lieferauftrag mit dem CPV-Code 34622200-5 – Eisenbahnpersonenwagen in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 1.340.000.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 25. Juni 2016, 2016/S 121-215685, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-601099-6622. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.2 Das Vergabeverfahren befindet sich in dem Stadium, dass gerade die Frist zur Abgabe von Letztangeboten läuft. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.3 Das Ende der Angebotsfrist nach der Aufforderung zur Abgabe von Letztangeboten war der 14. Juli 2017, 12.00 Uhr. Dieses setzte die Auftraggeberin am 6. Juli 2017 auf den 18. August 2017, 12.00 Uhr, neu fest. (Beilagen .1 und 2 zum Nachprüfungsantrag)

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

1.5 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von € 4.802. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

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

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10, idgF lauten:

"Einzelrichter

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

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I 2013/33 idGF, lauten:3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 idGF, lauten:

"Anwendungsbereich

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

Erkenntnisse

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

(2) Beschlüsse

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

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

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

Inkrafttreten

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

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

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2016/7 lauten:3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um

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

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

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

(2) 2. Hauptstück

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

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

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

Zuständigkeit

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

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

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

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

(3) 2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

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

Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) 3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

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

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Erlassung der einstweiligen Verfügung

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

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die

einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar."

3.2 Zu Spruchpunkt A) – Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweilige Verfügung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft. Diese ist eine hundertprozentige Tochter der ÖBB-Holding AG, die wiederum zu 100 % von der Republik Österreich gehalten wird. Sie betreibt Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen gemäß § 169 Abs 1 BVergG. Sie ist öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß §§ 3 Abs 1 Z 2 iVm 164 BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 11. 2015, W123 2116907-1/2E; 2. 12. 2016, W187 2137295-2/36E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass gemäß § 180 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft. Diese ist eine hundertprozentige Tochter der ÖBB-Holding AG, die wiederum zu 100 % von der Republik Österreich gehalten wird. Sie betreibt Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG. Sie ist öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit 164 BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 11. 2015, W123 2116907-1/2E; 2. 12. 2016, W187 2137295-2/36E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, sodass gemäß Paragraph 180, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

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

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

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

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

3.2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

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

3.2.2.2 Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens, der Möglichkeit der Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, der Möglichkeit der Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und im Erhalt des Auftrags, allenfalls im Widerruf des Vergabeverfahrens.

3.3.2.3 Die Auftraggeberin brachte keine grundsätzlich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden eigenen und öffentlichen Interessen vor.

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

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

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

3.2.2.6 Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

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

3.2.2.8 Bei der bevorstehenden Angebotsabgabe ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs 3 BVergG die vorläufige Untersagung der Angebotsöffnung (zB BVwG 16. 6. 2014, W187 2008561-1/9E). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigserklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23). 3.2.2.8 Bei der bevorstehenden Angebotsabgabe ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG die vorläufige Untersagung der Angebotsöffnung (zB BVwG 16. 6. 2014, W187 2008561-1/9E). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigserklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

3.2.2.9 Die Aussetzung der Angebotsfrist hat den Zweck, den Bietern die Abgabe von Angeboten nach Ende des Vergabeverfahrens zu ermöglichen, die dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens entsprechen. Es soll vermieden werden, dass Bieter Angebote auf Grundlage einer Ausschreibung vorbereiten müssen, die möglicherweise noch abgeändert werden wird. Angesichts der Größe und Komplexität des Ausschreibungsgegenstandes ist eine angemessene Zeit zur Erstellung der Angebote sicherzustellen (zB BVwG 30. 3. 2014, W139 2003185-1/11E).

3.2.2.10 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung³ [2015], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. 3.2.2.10 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung³ [2015], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

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

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

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

3.3 Zu Spruchpunkt B) – Nichtzulassung der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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

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

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

Schlagworte

Änderung des Leistungsinhalts, Angebotsabgabe, Angebotsbewertung, Angebotsfrist, Angebotsöffnung, Aussetzung, Aussetzung der Angebotsfrist, Berichtigung der Ausschreibung, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, Fristenlauf, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Kalkulation, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Neuausschreibung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, Untersagung der Angebotsöffnung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W187.2165912.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.08.2017

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at