

TE Bvwg Beschluss 2018/1/15 W138 2182130-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.01.2018

Entscheidungsdatum

15.01.2018

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

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 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

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

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

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

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 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

Spruch

W138 2182130-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Phillipp GÖTZL, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg betreffend das Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH" der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Wagramer Straße 19, 1220 Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien vom 08.01.2018, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Dr. Phillipp GÖTZL, Rechtsanwalt, Imbergstraße 19, 5020 Salzburg betreffend das Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH" der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung, Wagramer Straße 19, 1220 Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus CASATI, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien vom 08.01.2018, beschlossen:

I. Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der das Bundesverwaltungsgericht bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren der Auftraggeberin die Fortführung des Vergabeverfahrens, die Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten und/oder die Zuschlagsentscheidung bekanntzugeben, und/oder den Zuschlag zu erteilen, untersagen soll, bzw. die (Erst-) Angebotsfrist aussetzen soll, teilweise statt. Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der das Bundesverwaltungsgericht bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren der Auftraggeberin die Fortführung des Vergabeverfahrens, die Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten und/oder die Zuschlagsentscheidung bekanntzugeben, und/oder den Zuschlag zu erteilen, untersagen soll, bzw. die (Erst-) Angebotsfrist aussetzen soll, teilweise statt.

Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung gemäß §§ 328 Abs. 1, 329 Abs. 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH" die Aufforderung zu

Angebotsabgabe an die ausgewählten Bewerber zu versenden und allfällige bisher eingelangte Angebote zu öffnen. Weiters setzt das Bundesverwaltungsgericht die Angebotsfrist für den Fall aus, dass bereits Bewerber zur Angebotslegung eingeladen wurden. Die darüber hinausgehenden Anträge werden abgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH" die Aufforderung zu Angebotsabgabe an die ausgewählten Bewerber zu versenden und allfällige bisher eingelangte Angebote zu öffnen. Weiters setzt das Bundesverwaltungsgericht die Angebotsfrist für den Fall aus, dass bereits Bewerber zur Angebotslegung eingeladen wurden. Die darüber hinausgehenden Anträge werden abgewiesen.

II. 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:

Am 08.01.2018 beantragte die XXXX (im weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Philipp GÖTZL, Rechtsanwalt, "das Bundesverwaltungsgericht möge Am 08.01.2018 beantragte die römisch 40 (im weiteren Antragstellerin), vertreten durch Dr. Philipp GÖTZL, Rechtsanwalt, "das Bundesverwaltungsgericht möge

1. die Entscheidung der Auftraggeberin, Austro Control GmbH vom 29.12.2017 (Nichtzulassung zur Teilnahme) im Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH", den Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht weiter zu berücksichtigen und die Antragstellerin wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und wegen unzureichender Auskunftserteilung auszuschließen beziehungsweise dessen Teilnahmeantrag nicht weiter zu berücksichtigen bzw. die Antragstellerin nicht zum fortgesetzten Vergabeverfahren zuzulassen für nichtig erklären und
2. der Auftraggeberin auftragen, der Antragstellerin die Kosten (Pauschalgebühr) für die Nachprüfungsanträge hinsichtlich und für die einstweilige Verfügung zu ersetzen und
3. eine öffentliche Verhandlung über den Nachprüfungsantrag durchzuführen."

Weiters stellte die Antragstellerin den Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin, Austro Control GmbH, vertreten im Vergabeverfahren "IKT-Services für die Austro Control GmbH" für die Dauer des beim BVwG anhängigen Nachprüfungsverfahrens untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen und/oder untersagen, zur Abgabe von Erstangeboten aufzufordern und/oder die (Erst-) Angebotsfrist aussetzen, und/oder untersagen, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben, und/oder untersagen den Zuschlag zu erteilen."

Nach Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin und der Darstellung des Sachverhaltes bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und zeitgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gelegt habe, das Interesse am Vertragsabschluss evident sei. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Nichtzulassungsentscheidung vom 29.12.2017. Zumal die Antragstellerin bereits einen Nachprüfungsantrag betreffend das vorliegend gewählte Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eingebracht habe, betrage die Pauschalgebühr gemäß § 318 Abs. 1 Z 5 BVergG insgesamt € 2.462, 40,-. Die Pauschalgebühr sei von der Antragstellerin bezahlt worden. Sollte die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren rechtswirksam ausgeschieden werden und ihr damit nicht der Zuschlag erteilt werden, drohe ihr ein näher bezeichneter Schaden. In weiterer Folge führte die Antragstellerin aus, worin die Rechtsverletzungen liegen würden. Nach Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin und der Darstellung des Sachverhaltes bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe und zeitgerecht einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gelegt habe, das Interesse am Vertragsabschluss evident sei. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Nichtzulassungsentscheidung vom 29.12.2017. Zumal die Antragstellerin bereits einen Nachprüfungsantrag betreffend das vorliegend gewählte Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eingebracht habe, betrage die Pauschalgebühr gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG insgesamt € 2.462, 40,-. Die Pauschalgebühr sei von der Antragstellerin bezahlt worden. Sollte die

Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren rechtswirksam ausgeschieden werden und ihr damit nicht der Zuschlag erteilt werden, drohe ihr ein näher bezeichneter Schaden. In weiterer Folge führte die Antragstellerin aus, worin die Rechtsverletzungen liegen würden.

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag samt geforderter Eigenerklärung auch zur verfahrensgegenständlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgegeben. Die den Teilnahmeantrag zu Grunde liegenden Ausschreibungsunterlagen/Bewerbungsunterlagen seien aufgrund nicht vorgenommener Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden. Die Eignung der Antragstellerin für das vorliegende Verfahren ergebe sich bereits aus der den Ausschreibungsunterlagen entsprechend mit dem Teilnahmeantrag ordnungsgemäß abgegebenen Eigenerklärung.

Die Ausschreibungsunterlagen würden festlegen, dass die Nachweise bezüglich der Eigenerklärung auch bei Angebotslegung beigelegt werden könnten.

Für den Nachweis der Eignung sei nach dem Wortlaut der Teilnahmeunterlagen für den Teilnahmeantrag bereits die Eigenerklärung ausreichend. Nachweise seien nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Angebot zu legen. Der Nachweis der Haftpflichtversicherung in Höhe von zumindest € 10.000.000 pro Schaden und € 20.000.000 pro Jahr auf die Projektlaufzeit für Sach-, Personen- und Vermögensschäden sei seitens der Antragstellerin mit Eigenerklärung und zusätzlich einer Versicherungsbestätigung erbracht worden. Im Sinne der vorgenannten Interpretation sei auch eine Fragenbeantwortung seitens der Auftraggeberin erfolgt, die überdies klargestellt habe, dass keine Versicherungsdeckung über die gesamte Vertragslaufzeit nachzuweisen sei. Mit Schreiben vom 03.11.2017 habe die Auftraggeberin um ergänzende Aufklärung gemäß § 126 BVergG hinsichtlich des Teilnahmeantrages ersucht. Die Antragstellerin habe dazu fristgerecht mit Aufklärungsschreiben vom 09.11.2017 Stellung genommen. Unter anderem sei der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung übermittelt worden, woraus sich ergebe, dass die Antragstellerin über eine Versicherung in der entsprechend geforderten Höhe verfüge. Obwohl die Antragstellerin den bestandfesten Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bereits ausreichend nachgekommen sei, sei sie seitens der Auftraggeberin mit Schreiben vom 30.11.2017 ein weiteres zur Aufklärung aufgefordert worden. Für den Nachweis der Eignung sei nach dem Wortlaut der Teilnahmeunterlagen für den Teilnahmeantrag bereits die Eigenerklärung ausreichend. Nachweise seien nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Angebot zu legen. Der Nachweis der Haftpflichtversicherung in Höhe von zumindest € 10.000.000 pro Schaden und € 20.000.000 pro Jahr auf die Projektlaufzeit für Sach-, Personen- und Vermögensschäden sei seitens der Antragstellerin mit Eigenerklärung und zusätzlich einer Versicherungsbestätigung erbracht worden. Im Sinne der vorgenannten Interpretation sei auch eine Fragenbeantwortung seitens der Auftraggeberin erfolgt, die überdies klargestellt habe, dass keine Versicherungsdeckung über die gesamte Vertragslaufzeit nachzuweisen sei. Mit Schreiben vom 03.11.2017 habe die Auftraggeberin um ergänzende Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG hinsichtlich des Teilnahmeantrages ersucht. Die Antragstellerin habe dazu fristgerecht mit Aufklärungsschreiben vom 09.11.2017 Stellung genommen. Unter anderem sei der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung übermittelt worden, woraus sich ergebe, dass die Antragstellerin über eine Versicherung in der entsprechend geforderten Höhe verfüge. Obwohl die Antragstellerin den bestandfesten Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bereits ausreichend nachgekommen sei, sei sie seitens der Auftraggeberin mit Schreiben vom 30.11.2017 ein weiteres zur Aufklärung aufgefordert worden.

Auch diese Aufforderung sei von der Antragstellerin umgehend und fristgerecht am 30.11.2017 beantwortet worden. Darin sei nochmals im Sinne der bestandfesten Teilnahmeunterlagen bestätigt worden, dass der Versicherungsschutz für alle in der Versicherungsbestätigung angeführten mitversicherten Unternehmen, sohin auch für die Antragstellerin aufrecht gelte.

Daraufhin habe die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung vom 11.12.2017 übermittelt. Die Ausscheidensentscheidung sei nach Einbringung eines weiteren Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin seitens der Auftraggeberin mit Schreiben vom 28.12.2017 zurückgezogen worden. Umgehend nach Zurückziehung der ersten Ausscheidensentscheidung habe die Auftraggeberin die nunmehr gegenständlich zweite Entscheidung als Nichtzulassungsentscheidung vom 29.12.2017 erlassen.

Bereits formal habe sich die Auftraggeberin in der Entscheidung vergriffen, da für das nun herangezogene nicht Zulassen zur weiteren Teilnahme als gesondert anfechtbare Entscheidung keine Grundlage in den Ausschreibungsunterlagen gegeben sei. Tatsächlich ziehe die Auftraggeberin Ausscheidungsgründe heran, wobei ein

Ausscheiden jedoch ein abgegebenes Angebot voraussetze. Für die Nichtzulassung zur zweiten Stufe des Verfahrens, wie sie nun aufgrund des Teilnahmeantrages ausgesprochen worden sei, fehle auf Grundlage der bestandfesten Teilnahmeunterlagen jegliche Grundlage. Für den Teilnahmeantrag sei gemäß den bestandfesten Teilnahmeunterlagen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die geforderte Eigenerklärung und der abgegebenen Versicherungsbestätigung ausreichend nachgewiesen.

Die gegenständlich angefochtene Nichtzulassungsentscheidung sei "iv" unterfertigt. Gemäß Firmenbuchauszug sei einer der Unterfertigenden als Prokurist ausgewiesen und nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertretungsbefugt. Die weitere Unterfertigende sei weder als Geschäftsführerin noch als Prokuristin ausgewiesen. Die Unterschriften seien jeweils in Vertretung oder in Vollmachtnamen erfolgt. Eine entsprechende Vollmacht sei nicht beigelegt worden. Es liege sohin keine ordnungsgemäße Fertigung vertretungsbefugter Personen der Auftraggeberin vor. Im Vorfeld der zweiten Ausscheidensentscheidung sei eine vertiefte Prüfung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin durch die Auftraggeberin weder erwähnt noch durchgeführt worden. Eine weitere Prüfung des Teilnahmeantrages wäre aber aufgrund der eigenen Ausführungen in der ersten Ausscheidensentscheidung notwendig gewesen. Obwohl die Auftraggeberin im Gegensatz zur ersten Ausscheidensentscheidung in der Begründung ihrer gegenständlichen zweiten Nichtzulassungsentscheidung vom 29.12.2017 auf keine Bestimmung des BVergG ausdrücklich Bezug nehme, ergebe sich aus den Formulierungen der Nichtzulassungsentscheidung, dass sie formal unrichtig die Ausscheidensgründe des § 129 BVergG heranzuziehe. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin der geforderten Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist umfangreich, vollständig und ordnungsgemäß nachgekommen sei und sämtlichen nachgeforderten Unterlagen beigebracht habe. Auch sei die Antragstellerin im Sinne der § 126 BVergG zur Mängelbehebung und zur Aufklärung eingeladen worden, obwohl sich diese Bestimmung ausschließlich auf das Angebotsverfahren und nicht auf das Teilnahmeverfahren beziehe. Die Auftraggeberin habe offensichtlich versucht über ihre eigenen bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen hinausgehende Nachweise für das Vorliegen einer Betriebshaftpflichtversicherung zu verlangen, ohne dass dies Deckung in den Ausschreibungsunterlagen finden würde, was den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Bietergleichbehandlung entgegenstehe. Die Antragstellerin habe den aufgrund der Grundlage der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung mit Beantwortung des ersten Aufklärungsersuchens beigebracht. Ausdrücklich gefordert sei in der Ausschreibungsunterlage ein solcher Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung oder eine diesbezügliche Vorpromesse eines anerkannten Versicherungsinstitutes mit Sitz im EWR oder der Schweiz. Eine diesbezügliche Vorpromesse sei damit entsprechend der Ausschreibung bei beigebrachter Bestätigung über die Betriebshaftpflichtversicherung entgegen der Rechtsauffassung der Auftraggeberin nicht mehr erforderlich. Die gegenständlich angefochtene Nichtzulassungsentscheidung sei "iv" unterfertigt. Gemäß Firmenbuchauszug sei einer der Unterfertigenden als Prokurist ausgewiesen und nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertretungsbefugt. Die weitere Unterfertigende sei weder als Geschäftsführerin noch als Prokuristin ausgewiesen. Die Unterschriften seien jeweils in Vertretung oder in Vollmachtnamen erfolgt. Eine entsprechende Vollmacht sei nicht beigelegt worden. Es liege sohin keine ordnungsgemäße Fertigung vertretungsbefugter Personen der Auftraggeberin vor. Im Vorfeld der zweiten Ausscheidensentscheidung sei eine vertiefte Prüfung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin durch die Auftraggeberin weder erwähnt noch durchgeführt worden. Eine weitere Prüfung des Teilnahmeantrages wäre aber aufgrund der eigenen Ausführungen in der ersten Ausscheidensentscheidung notwendig gewesen. Obwohl die Auftraggeberin im Gegensatz zur ersten Ausscheidensentscheidung in der Begründung ihrer gegenständlichen zweiten Nichtzulassungsentscheidung vom 29.12.2017 auf keine Bestimmung des BVergG ausdrücklich Bezug nehme, ergebe sich aus den Formulierungen der Nichtzulassungsentscheidung, dass sie formal unrichtig die Ausscheidensgründe des Paragraph 129, BVergG heranzuziehe. Diesbezüglich sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin der geforderten Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist umfangreich, vollständig und ordnungsgemäß nachgekommen sei und sämtlichen nachgeforderten Unterlagen beigebracht habe. Auch sei die Antragstellerin im Sinne der Paragraph 126, BVergG zur Mängelbehebung und zur Aufklärung eingeladen worden, obwohl sich diese Bestimmung ausschließlich auf das Angebotsverfahren und nicht auf das Teilnahmeverfahren beziehe. Die Auftraggeberin habe offensichtlich versucht über ihre eigenen bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen hinausgehende Nachweise für das Vorliegen einer Betriebshaftpflichtversicherung zu verlangen, ohne dass dies Deckung in den Ausschreibungsunterlagen finden würde, was den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Bietergleichbehandlung entgegenstehe. Die Antragstellerin habe den aufgrund der Grundlage der bestandfesten

Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung mit Beantwortung des ersten Aufklärungsersuchens beigebracht. Ausdrücklich gefordert sei in der Ausschreibungsunterlage ein solcher Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung oder eine diesbezügliche Vorpromesse eines anerkannten Versicherungsinstitutes mit Sitz im EWR oder der Schweiz. Eine diesbezügliche Vorpromesse sei damit entsprechend der Ausschreibung bei beigebrachter Bestätigung über die Betriebshaftpflichtversicherung entgegen der Rechtsauffassung der Auftraggeberin nicht mehr erforderlich.

Detaillierte Angaben dazu, wie der Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung zu erfolgen habe, beziehungsweise von wem eine entsprechende Bestätigung auszustellen sei, würden sich in den Teilnahmeunterlagen nicht finden. Für den Nachweis der Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung sei darüber hinaus nicht gefordert, dass sich die entsprechende Deckung lediglich aus einer für den jeweiligen Bewerber exklusiv abgeschlossenen Haftpflichtversicherung ergebe und somit eine Versicherungsdeckung im Rahmen einer Mitversicherung durch die Betriebshaftpflichtversicherung der Konzernmutter für den Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht ausreichend wäre. Durch die Mitversicherung werde ein persönlicher Anspruch des Mitversicherten erzeugt. Jedenfalls besitze die Antragstellerin die bezüglich aktive Deckung bereits jetzt. Sie müsse dabei auch nicht auf Ressourcen eines verbundenen Unternehmens zurückgreifen, wie die Auftraggeberin offenbar rechtsirrtümlich annimmt, sondern sei in eigener Person versichert, sodass sie die diesbezügliche Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung bereits jetzt vollständig ausschreibungskonform vorliege. Zusammengefasst habe die Antragstellerin die geforderten Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für den Teilnahmeantrag beigebracht.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Antragstellerin einen unmittelbaren Schaden bedeuten würde. Die vom Gesetz geforderte Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen. Ohne eine einstweilige Verfügung könne die Auftraggeberin das Vergabeverfahren trotz vergabewidrigen Nichtzulassens der Antragstellerin weiterführen. Das mit der einstweiligen Verfügung beantragte Verbot der Fortsetzung des Verfahrens, der Untersagung zur Abgabe von Erstangeboten aufzufordern und jedenfalls aber die beantragte Aussetzung der ersten Angebotsfrist sei für die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gegenständlich das gelindeste Mittel um das Interesse der Antragstellerin abzusichern, weil ihr so die Zuschlagschance aufrecht erhalten werden könnte. Besondere Umstände, an einer raschen Auftragserteilung seien in der Ausschreibung nicht erwähnt. Die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens sei ausreichend, da das Gesetz keine Höchstfrist festsetze, weshalb nach der jüngeren Spruchpraxis von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist abgesehen werden könne.

Mit Schriftsatz vom 08.01.2018, eingelangt im BVwG am 10.01.2018, erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und führte bezüglich des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aus, dass die Auftraggeberin inhaltlich keinen Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von sechs Wochen untersagt werde, habe. Alle übrigen Anträge seien als überschießend abzuweisen.

Mit 11.01.2018 erteilte das BVwG der Antragstellerin einen Verbesserungsauftrag, da die Pauschalgebühr nicht in ordnungsgemäßer Höhe entrichtet worden ist.

Fristgerecht wurde von Seiten der Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag entsprochen und die ausständigen Pauschalgebühren bezahlt.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19 und andere). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19 und andere).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 6 BVergG zu qualifizieren. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren.

Es handelt sich nach den Angaben der Auftraggeberin um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert des § 12 Abs. 1 BVergG um mehr als das 20fache. Es handelt sich nach den Angaben der Auftraggeberin um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um mehr als das 20fache.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgte am 20.09.2017.

Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29.12.2017 wurde die Antragstellerin von der Nichtzulassung zum weiteren Vergabeverfahren verständigt. (Auskunft der Auftraggeberin).

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

Nach Verbesserungsauftrag hat die Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 14.774,00 ordnungsgemäß entrichtet (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. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. 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. Insbesondere Einstweilige Verfügungen sind davon ausgenommen. Die 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. Insbesondere Einstweilige Verfügungen sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl I 33/2013 idF BGBl I 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, Bundesgesetzblatt Teil eins, 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 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 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl 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 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt 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 in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in 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 § 328 Abs. 1 BVergG 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 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 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 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 können mit einer einstweiligen Verfügung 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung 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.

Gemäß § 329 Abs. 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung 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.

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19 und andere). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 13.08.2009, N/0059-BVA/02/2009-19 und andere).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 6 BVergG zu qualifizieren. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren.

Es handelt sich nach den Angaben der Auftraggeberin um eine Vergabe im Oberschwellenbereich.

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. 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.

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. 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.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

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 nach Verbesserungsauftrag bezahlt. 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 nach Verbesserungsauftrag bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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 Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. 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 ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. 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 Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. 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 ermöglichen. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen im Erhalt des Auftrags und zu diesem Zweck der Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens.

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

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 BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), 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 BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). 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 BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), 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 BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

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

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen der Auftraggeberin 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.

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. Bei beabsichtigter Einladung von

Bewerbern zur Angebotslegung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Da die Zustellung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Auftraggeberin nicht gemäß § 328 Abs. 5 BVergG hindert, Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, sind darüber hinaus die Aussetzung der Angebotsfrist (st Rspr zB BVA 28. 9. 2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6) sowie die Untersagung der Angebotsöffnung (st Rspr zB BVA 19. 3. 2013, N/0018-BVA/06/2013-8) zweckmäßige Maßnahmen, um nach Ende des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Bieter und des freien und fairen Wettbewerbs fortführen zu können, ohne die Auftraggeberin in ihrer Freiheit über Gebühr einzuschränken. Die Aussetzung der Entscheidung über die Nichtzulassung der Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens könnte ihr die Teilnahme nicht zuletzt angesichts der Untersagung der Einladung von Bietern zur Angebotslegung nicht gewährleisten. Ihre Rechtmäßigkeit ist vielmehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und wird in diesem zu entscheiden sein. Die Aussetzung des Vergabeverfahrens und die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens würden der Auftraggeberin auch die Möglichkeit nehmen, freiwillig die angefochtene Entscheidung zurückzunehmen, oder andere Entscheidungen zu treffen, die den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht in Frage stellen. Die beiden genannten Maßnahmen schränken die Auftraggeberin daher über Gebühr ein und stellen nicht das gemäß § 329 Abs. 3 BVergG zu anzuordnende gelindeste Mittel dar (st Rspr zB BVA 19. 11. 2012, N/0105-BVA/12/2012-EV7). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigkeitsklärung 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). 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. Bei beabsichtigter Einladung von Bewerbern zur Angebotslegung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Da die Zustellung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Auftraggeberin nicht gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG hindert, Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, sind darüber hinaus die Aussetzung der Angebotsfrist (st Rspr zB BVA 28. 9. 2012, N/0089-BVA/12/2012-EV6) sowie die Untersagung der Angebotsöffnung (st Rspr zB BVA 19. 3. 2013, N/0018-BVA/06/2013-8) zweckmäßige Maßnahmen, um nach Ende des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Bieter und des freien und fairen Wettbewerbs fortführen zu können, ohne die Auftraggeberin in ihrer Freiheit über Gebühr einzuschränken. Die Aussetzung der Entscheidung über die Nichtzulassung der Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens könnte ihr die Teilnahme nicht zuletzt angesichts der Untersagung der Einladung von Bietern zur Angebotslegung nicht gewährleisten. Ihre Rechtmäßigkeit ist vielmehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens und wird in diesem zu entscheiden sein. Die Aussetzung des Vergabeverfahrens und die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens würden der Auftraggeberin auch die Möglichkeit nehmen, freiwillig die angefochtene Entscheidung zurückzunehmen, oder andere Entscheidungen zu treffen, die den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht in Frage stellen. Die beiden genannten Maßnahmen schränken die Auftraggeberin daher über Gebühr ein und stellen nicht das gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG zu anzuordnende gelindeste Mittel dar (st Rspr zB BVA 19. 11. 2012, N/0105-BVA/12/2012-EV7). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigkeitsklärung 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).

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 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; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). 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. 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; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

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 6. 11. 2002, 2002/04/0138; 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

Aufforderung Angebotsabgabe, Aussetzung, Aussetzung der Angebotsfrist, Austro Control, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, Eigenerklärung, Eignung, Eignungsnachweis, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, fairer Wettbewerb, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Leistungsfähigkeit, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Schaden, Teilnahmeantrag, Unterfertigung, Untersagung, Untersagung der Angebotsöffnung, Unterschrift, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Versicherungspflicht, Vertretungsbefugnis, Vollmacht, vorherige Bekanntmachung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W138.2182130.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.02.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at