

TE Bvwg Beschluss 2017/3/16 W187 2149628-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.03.2017

Entscheidungsdatum

16.03.2017

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §131 Abs3

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs3

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2149628-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der AAAA , vertreten durch die SCHRAMM ÖHLER Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13,

Referenznummer der Bekanntmachung: 2016/276" der Auftraggeberin STATISTIK ÖSTERREICH, Guglgasse 13, 1110 Wien, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010

Wien, vom 9. März 2017 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge der AAAA

"Der STATISTIK ÖSTERREICH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen;

falls das Bundesverwaltungsgericht diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventu:

der STATISTIK ÖSTERREICH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bei sonstiger Exekution untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung zu treffen.

falls das Bundesverwaltungsgericht diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventu:

der STATISTIK ÖSTERREICH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bei sonstiger Exekution untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen."

gemäß §§ 328 Abs 1, 320 Abs 3 BVergG abgemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 320, Absatz 3, BVergG ab.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgangrömisches eins. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 9. März 2017, beim Bundesverwaltungsgericht am 10. März 2017 eingelangt, beantragte die AAAA, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens) "Das Ersuchen in der Verhandlung vom 16.2.2017 sowie mit Schreiben vom 24.2.2017 um Ermöglichung einer Teststellung wird als verspätet zurückgewiesen.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 2 des Schreibens unten) "Die Fristsetzung blieb unbekämpft und ist daher präkludiert. Es wurde auch keine Fristverlängerung beantragt. Diese Frist ist daher für Bieter wie Auftraggeberin bindend. Innerhalb dieser Frist hätte die AAAA Gelegenheit gehabt, den Wunsch einer Teststellung zu äußern, hat dies aber nicht getan.", der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 3 des Schreibens unten) "Die erneute Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung durch Einladung zu einer Teststellung würde ihr zudem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil ihr dies ermöglichen würde, ihre Mitarbeiter nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung noch zu einer Fortbildung zu schicken und Kenntnisse, die bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorliegen hätten müssen, später zu erwerben." sowie der Festlegung vom 28.2.2017 (Seite 4 des Schreibens) "Die anderen nunmehr vorgelegten Zeugnisse datieren jeweils vom 14.11.2016, sodass ein Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe damit jedenfalls nicht erbracht werden konnte, weshalb eine Berücksichtigung jedenfalls nicht erfolgen kann.", den Ersatz der Pauschalgebühr, die Ausnahme ihres Angebots von der Akteneinsicht durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und die Akteneinsicht sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, Referenznummer der Bekanntmachung:

2016/276" der Auftraggeberin STATISTIK ÖSTERREICH, Guglgasse 13, 1110 Wien, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und des Interesses am Vertragsabschluss macht die Antragstellerin als Schaden den Verlust der Chance, den Zuschlag zu erhalten, den Verlust der Chance, sich an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung zu beteiligen, den Verlust des Deckungsbeitrags, der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, die Kosten der Beratung durch Rechtsvertreter und der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin sieht sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem § 19 BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs sowie auf Zuschlagserteilung sowie auf Widerruf eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens verletzt. Weiters macht die Antragstellerin Ausführungen zu den angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen, zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages, zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Bezahlung der Pauschalgebühr.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und des Interesses am Vertragsabschluss macht die Antragstellerin als Schaden den Verlust der Chance, den Zuschlag zu erhalten, den Verlust der Chance, sich an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung zu beteiligen, den Verlust des Deckungsbeitrags, der bisher angelaufenen frustrierten

Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, die Kosten der Beratung durch Rechtsvertreter und der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin sieht sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen, insbesondere dem Paragraph 19, BVergG entsprechenden Vergabeverfahren, insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs sowie auf Zuschlagserteilung sowie auf Widerruf eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens verletzt. Weiters macht die Antragstellerin Ausführungen zu den angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen, zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages, zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Bezahlung der Pauschalgebühr.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der der Zuschlagsentscheidungen führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Ausschreibungsunterlagen bestandfest seien und von einer engen Bindung an diese auszugehen sei. Die Ausschreibung ermögliche den Nachweis der Computerkenntnisse durch eine Teststellung. Mit der Festlegung vom 28. Februar 2017 weiche die Auftraggeberin davon ab. Die Antragstellerin habe eine Teststellung rechtzeitig in der mündlichen Verhandlung und mit Schreiben vom 24. Februar 2017 beantragt, da sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung befinde. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin ua zur Nachreichung von Nachweisen der Computerkenntnisse des Leistungsteams aufgefordert.

1.3 Die Frist zur Beantragung einer Teststellung sei nicht abgelaufen. Die Antragstellerin sei diesem Ersuchen durch Vorlage der Anmeldebestätigungen für Computerkurse nachgekommen. Dass sie die Teststellung hätte beantragen müssen, sei ihr nicht ersichtlich gewesen. Sie hätte darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin eine solche durchführen würde. Die nunmehrige Behauptung einer Präklusion durch die Auftraggeberin sein nicht nachvollziehbar und unrichtig. Die Festlegung vom 28. Februar 2017 sei daher für nichtig zu erklären.

1.4 Die Abhaltung einer Teststellung würde nicht zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen. Würde keine Teststellung durchgeführt, würde die Antragstellerin diskriminiert werden, weil die Möglichkeit der Teststellung in der Ausschreibung festgehalten sei. Diese können nur nach Angebotsabgabe stattfinden.

1.5 Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. Februar 2017 Nachweise über Aufzugswärterprüfungen vom 14. November 2016 vorgelegt. Diese erkenne die Auftraggeberin nicht an. Da sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung befinde, müsse die Auftraggeberin diese anerkennen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe Nachweise in der mündlichen Verhandlung übergeben. Auch bei der Vorlage der Nachweise über die Aufzugswärterprüfung handle es sich um einen verbesserbaren Mangel. Die Auftraggeberin hätte daher die vorgelegten Nachweise über die Aufzugswärterprüfung anerkennen müssen.

1.6 Die Antragstellerin erklärt ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und bringt im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Antragstellerin in ihrem Recht auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren verletze und damit die Chance auf Zuschlagserteilung bzw auf die Chance, eine Teststellung absolvieren zu dürfen beeinträchtige. In diesem Fall entstünde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrags bzw Gewinns sowie in Form des Verlustes eines Referenzprojekts. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stehe kein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Die Auftraggeberin müsse die Dauer des Nachprüfungsverfahrens in die Dauer des Vergabeverfahrens einrechnen. Auch die Sicherstellung des tatsächlichen Bestbieters sei bei der Interessensabwägung im öffentlichen Interesse zu berücksichtigen.

2. Am 15. März 2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und legte die Unterlagen des Vergabeaktes im Original vor.

2.1 Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bringt die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass sie noch keine neue Zuschlagsentscheidung getroffen habe. Der Antragstellerin sei diese jedenfalls bekannt zu geben und sie könne diese dann anfechten und eine einstweilige Verfügung erwirken. Der Antragstellerin drohe derzeit kein Schaden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei schon aus diesem Grund abzuweisen. Die Anträge auf Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens und auf Untersagung der Zuschlagserteilung seien

überschießend. Auch der Antrag auf Untersagung auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung sei keine geeignete Maßnahme, weil diese Handlung der Auftraggeberin die Antragstellerin nicht schädige. Die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien daher abzuweisen.

2.2 Bei der Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit einigen Rechtsfragen auseinandergesetzt, die auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren von Bedeutung seien. Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handle es sich um nichtprioritäre Dienstleistungen. Das anwendbare Recht ergebe sich daher ausschließlich aus § 141 Abs 1 und 2 BVergG.2.2 Bei der Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit einigen Rechtsfragen auseinandergesetzt, die auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren von Bedeutung seien. Bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen handle es sich um nichtprioritäre Dienstleistungen. Das anwendbare Recht ergebe sich daher ausschließlich aus Paragraph 141, Absatz eins und 2 BVergG.

2.3 Es wäre insbesondere im Antwortschreiben vom 27. Oktober 2016 der Antragstellerin offen gestanden, zum Nachweis der Computerkenntnisse der Mitglieder des Leistungsteams eine Teststellung zu beantragen. Das nachzuweisende Niveau sei der ECDL-Führerschein oder gleichwertig. Die Art des Nachweises obliege der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin im Schreiben vom 20. Oktober 2016 darauf hingewiesen und ihr eine Frist bis 27. Oktober 2016 gesetzt. Dieses Fristende sei bestandsfest geworden. Ein Bieter sei aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter nur einmal zur Mängelbehebung aufzufordern. Die Antragstellerin habe bereits Gelegenheit dazu gehabt. Als Möglichkeit des Nachweises sei der Antragstellerin auch eine Teststellung offen gestanden. Sie hätte sie bereits bis zum 27. Oktober 2016 beantragen können. Die Anträge vom 16. Februar 2017 und vom 24. Februar 2017 seien daher verspätet. Beim Nachweis der Computerkenntnisse handle es sich nicht um eine Mindestanforderung an die Eignung sondern um ein Zuschlagskriterium, das die Wettbewerbsstellung des Bieters direkt beeinflusse. Auch aus diesem Grund sei nunmehr eine Teststellung nicht möglich.

2.4 Die Auftraggeberin könne die vorgelegten Aufzugswärterprüfungen nicht berücksichtigen, weil diese das Datum 14. November 2016 trügen und somit nach der Angebotsabgabe erstellt worden seien. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes könnten diese nicht den Nachweis für den relevanten Zeitpunkt liefern. Für die genannten Herren habe die Antragstellerin in ihrem Angebot das Vorliegen der Aufzugswärterprüfung nicht behauptet. Die Vorlage käme daher einer unzulässigen Angebotsänderung gleich und wäre wegen der damit verbundenen Änderung der Wettbewerbsstellung unzulässig. Nach Ausführungen zur Akteneinsicht beantragt die Auftraggeberin, das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung sämtliche Anträge auf Nichtigerklärung sowie den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr zurück-, in eventu abweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1. Die STATISTIK ÖSTERREICH schreibt unter der Bezeichnung "Sicherheitsdienstleistungen für das Bürogebäude Guglgasse 13, Referenznummer der Bekanntmachung: 2016/276" einen Dienstleistungsauftrag über Reinigungsleistungen mit dem CPV-Code 79713000-5 – Bewachungsdienste in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 390.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 16. Juli 2016, 2016/S 136-244761, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 12. Juli 2016 zur Zahl L-600616-6615, beide abgesandt am 12. Juli 2016. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin)

1.2 Die Auftraggeberin öffnete am 23. August 2016 die Teilnahmeanträge, nach deren Prüfung sie am 5. September 2016 zur Angebotsabgabe einlud und die nicht zugelassenen Bieter verständigte. Am 21. September 2016 versandte die Auftraggeberin eine Fragenbeantwortung. Am 6. Oktober 2016 fand die öffentliche Angebotsöffnung statt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin)

1.3 Die Angebotsöffnung fand am 18. Oktober 2016 um 14.30 Uhr statt.

Die Angebotspreise ohne USt waren folgende:

* ?AAAA € 360.000,00

* ?BBBB € 360.000,00

* ?CCCC € 366.658,00

(Auskünfte der Auftraggeberin)

1.4 Am 18. Oktober 2016 und am 20. Oktober 2016 fanden die Bieterpräsentationen statt. Danach erfolgten die Angebotsbewertung und die interne Beschlussfassung der Auftraggeberin.

1.5 Mit Schreiben vom 20. Oktober 2016 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin ua zur Vorlage von Nachweisen für die Computerkenntnisse auf. Die Antragstellerin legte in ihrem Schreiben vom 27. Oktober 2016 ua Anmeldebestätigungen der Mitglieder des von ihr angebotenen Leistungsteams zu einem Computerkurs vor. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin)

1.6 Am 5. Jänner 2017 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung bekannt. Am 12. Jänner 2017 übermittelte die Auftraggeberin der Antragstellerin das Protokoll über die Angebotsöffnung und die Niederschrift über die Angebotsprüfung. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin)

1.7 Mit Erkenntnis vom 22. Februar 2017, W187 2144680-2/30E, erklärte das Bundesverwaltungsgericht die Zuschlagsentscheidung vom 5. Jänner 2017 für nichtig. (Verfahrensakt zu W187 2144680-2)

1.8 Mit Schreiben vom 27. Februar 2017, am 28. Februar 2017 an die Antragstellerin per E-Mail versandt, traf die Auftraggeberin die angefochtenen Festlegungen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin)

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

1.10 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.463. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen und auch im Verfahren W187 2144680-2 herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

2.2 Das Verfahren W187 2144680-2 betraf auch die gegenständliche Ausschreibung und es waren die Antragstellerin und die Auftraggeberin Parteien. Ihnen wurde das zitierte Erkenntnis nachweislich zugestellt, weshalb es ebenso wie alle in diesem Verfahren erörterten Beweismittel auch ohne weiteren Vorhalt als heranzuziehende Urkunde verwendet werden kann.

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 Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) 2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

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

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) 3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

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

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

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

(3) (7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

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) – 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 STATISTIK ÖSTERREICH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVwG 31. 1. 2014, W139 2000171-1/34E; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die STATISTIK ÖSTERREICH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (st Rspr zB BVwG 31. 1. 2014, W139 2000171-1/34E; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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 d 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 d, B-VG ist sohin gegeben.

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

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. 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 Die Antragstellerin beantragt, der Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, in eventu die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung, in eventu die Zuschlagserteilung zu untersagen. Die Auftraggeberin hat bisher keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Es steht also die Zuschlagsentscheidung nicht unmittelbar

bevor. Der Antragstellerin droht derzeit noch kein unmittelbarer Schaden durch den Abschluss des Vertrags (BVA 12. 1. 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; 4. 7. 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVwG 25. 2. 2014, W139 2001504-1/7E; 27. 11. 2015, W149 2117365-1/3E; 4. 12. 2015, W123 2117867-1/2E).

3.2.2.2 Die Auftraggeberin ist gemäß § 131 Abs 3 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem ‚endgültigen‘ Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Gemäß Art 2a Abs 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs 1 BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin – bei sonstiger Bekämpfbarkeit des nachfolgenden Zuschlags und Vertrags – mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieter daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA).3.2.2.2 Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 131, Absatz 3, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem ‚endgültigen‘ Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, Paragraph 131, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin – bei sonstiger Bekämpfbarkeit des nachfolgenden Zuschlags und Vertrags – mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten

Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA).

3.3.2.3 Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss des Vertrags nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/?Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). 3.3.2.3 Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss des Vertrags nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/?Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

3.2.2.4 Die Antragstellerin beantragt, der Auftraggeberin zu untersagen, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen. Die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens ist überschießend, da der Auftraggeberin jede Dispositionsmöglichkeit auch im Sinne des Begehrens der Antragstellerin etwa durch Durchführung der beantragten Teststellung genommen wäre. Diese Maßnahme ist daher überschießend (zB BVwG 24. 7. 2015, W123 2110737-1/4E; 21. 8. 2015, W187 2112472-1/2E).

3.2.2.5 Auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wäre eine überschießende Einschränkung der Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, worin ihre Schädigung durch die Bekanntgabe einer neuerlichen Zuschlagsentscheidung bestünde. Eine solche ist dem Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar, da die Antragstellerin diese mitgeteilt bekommen müsste und diese auch anfechten könnte. Ihre Rechtsschutzmöglichkeiten wären gewahrt.

3.2.2.6 Zusammenfassend ist beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine drohende Schädigung der rechtlich geschützten Interessen erkennbar, die die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfordern würde.

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

3.3 Zu Spruchpunkt B) – Unzulässigkeit 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

Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, Fortsetzung des

Vergabeverfahrens, Informationspflicht, Mitteilung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren
verbliebener Bieter, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,
öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Schaden,
Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren,
Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W187.2149628.1.00

Zuletzt aktualisiert am

23.05.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at