

TE Bvwg Beschluss 2018/11/13 W138 2209026-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.11.2018

Entscheidungsdatum

13.11.2018

Norm

BVergG 2006 §180 Abs1 Z1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W138 2209026-1/4E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER über den Antrag der XXXX , vertreten durch Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Informations- und Telekommunikations-Service - IKT 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, Mariahilfer Straße 1b/17, 1060 Wien vom 07.11.2018:

A)

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Informations- und Telekommunikations-Service - IKT für die Austro Control GmbH" die Bieter zur Abgabe weiterer Zwischenangebote aufzufordern, Verhandlungen mit den verbliebenen Bietern (Hearing der Bieter samt

anschließender Bewertung der Qualitätsangebote) zu führen und die verbliebenen Bieter zur Abgabe von Letztangeboten aufzufordern.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 07.11.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher ua begehrt wurde, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren zu untersagen, die Bieter zur Abgabe weiterer Zwischenangebote aufzufordern bzw. den Bietern den Abschluss der Verhandlung bekannt zu geben und diese zur Abgabe des Letztangebotes aufzufordern, verbunden mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 29.10.2018, einem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie einem Antrag auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach dem Bestbieterprinzip eingeleitet. Die Antragstellerin habe einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag gestellt, sei zur Angebotslegung eingeladen worden und habe ein ausschreibungskonformes Erstangebot gelegt. Die Antragstellerin sei am 05.10.2018 zur Legung eines Zweitangebotes eingeladen worden. Die Zweitangebotsfrist sei mit 24.10.2018 10:00 Uhr festgelegt worden. Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass die Zweitangebote elektronisch über das ANKÖ-Portal abzugeben seien. Weiters sei festgelegt gewesen, dass die Angebote gemäß Signatur- und Vertrauensdienstegesetz rechtsverbindlich zu unterfertigen seien. Die physische Abgabe von Angeboten sowie die Übermittlung von Angeboten per E-Mail bzw. Telefax sei ausdrücklich ausgeschlossen gewesen. Die Antragstellerin habe die Angebotsdokumente am 23.10.2018 am ANKÖ Portal hochgeladen.

In der Zeit ab 24.10.2018, 09:14 Uhr habe die Antragstellerin mehrfach versucht, das Zweitangebot am Portal elektrisch zu signieren. Dies sei jedoch am von der Auftraggeberin festgelegten Portal technisch nicht möglich gewesen. Es würden jedenfalls keine der Antragstellerin zurechenbare Gründe vorliegen, warum die Abgabe des Zweitangebots im gegenständlichen Verfahren technisch nicht möglich gewesen sei.

Am 29.10.2018 sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin mitgeteilt worden, dass die Abgabe des zweiten überarbeiteten Zwischenangebots nicht innerhalb der festgesetzten Frist erfolgt und daher auszuschneiden bzw. ein weiteres Zwischenangebot nicht zuzulassen sei.

Die Antragstellerin habe ein evidentes und rechtliches Interesse, weiterhin an der Ausschreibung teilzunehmen. Die Aufwendungen der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren wären frustriert und der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Durch die Vorgangsweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus:

Die Antragstellerin habe gegenständlich sämtliche Vorgaben der Ausschreibung zur Abgabe des Zweitangebots eingehalten. Es seien insbesondere sämtliche Angebotsdokumente vollständig, ausschreibungskonform und fristgerecht vor Ablauf der Angebotsfrist am von der Auftraggeberin geforderten Portal hochgeladen worden. Es sei eine gültige elektronische Signatur verwendet worden, um das Zweitangebot am Portal rechtsverbindlich zu signieren. Technische Ursachen, die in der Sphäre der Antragstellerin gelegen wären, würden gegenständlich nicht vorliegen. Es sei weder am von der Antragstellerin verwendeten Rechner, noch am verwendeten Kartenleser, noch am verwendeten

Browser, noch an der Internetverbindung gelegen. Die Antragstellerin habe die Angebotsdokumente bereits am Vortag des Ablaufs der Angebotsfrist hochgeladen. Am 24.10.2018 in der Früh sei lediglich noch eine geringfügige Letztkorrektur an wenigen Dokumenten erfolgt. Um 09:12 Uhr seien sämtliche Dateien final am Portal gewesen. Ab diesem Zeitpunkt sei eine elektronische Signierung - wenn keine Funktionsstörung des Portals vorläge - binnen weniger Minuten möglich. Die Antragstellerin habe daher jedenfalls auch rechtzeitig mit dem Abgabevorgang begonnen. Auch insoweit liege kein der Antragstellerin zurechenbarer Umstand vor. Dies auch insofern nicht, als eine elektronisch signierte Abgabe von Unterlagen über das ANKÖ-Portal von der Antragstellerin auch am Vortag bewerkstelligt worden sei und die Antragstellerin sich auch insoweit zeitgerecht Klarheit verschafft habe, ob Funktionsstörungen vorliegen würden. Weiters habe die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist auch noch sowohl bei der Auftraggeberin als auch beim ANKÖ angerufen und darauf hingewiesen, dass die Abgabe nicht möglich sei. Die Ursache dafür, dass der Antragstellerin eine Abgabe des Zweitangebots auf dem vorgesehenen Weg nicht möglich gewesen sei, liege in der Sphäre der Auftraggeberin und nicht der Antragstellerin. Die Antragstellerin sei durch von der Auftraggeberin zu vertretende Umstände daran gehindert, das Angebot in der (einzig) dafür vorgesehenen Form abzugeben. Funktionsstörungen des Portals seien dem Auftraggeber zuzurechnen. Technische Probleme aus der Sphäre des Auftraggebers dürften nicht zu Lasten des Bieters gehen.

Die angefochtene Entscheidung sei daher rechtswidrig und verstoße insbesondere auch gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung.

Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise hätte die Auftraggeberin den von ihr in den Ausschreibungsbestimmungen vorgesehenen Kommunikationsweg so bereitzustellen gehabt, dass es der Antragstellerin möglich gewesen wäre, das Angebot auf diesem Weg abzugeben. Die Authentizität des Angebotsinhaltes könne im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist nachvollzogen werden kann. Die Erstellung des Angebotsentwurfs sei auch vom Portal protokolliert worden. Allenfalls wäre in einem derartigen Fall auch die Angebotsfrist zu erstrecken (bzw. neu zu eröffnen) oder das Vergabeverfahren zu widerrufen gewesen. Den betroffenen Bieter aus nicht von ihm zu vertretenden Umständen auszuschließen bzw. nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, sei rechtswidrig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde ausgeführt, dass die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch eine Fortführung des Vergabeverfahrens, insbesondere durch eine Aufforderung zur Abgabe weiterer Zwischenangebote bzw. eine Bekanntgabe des Abschlusses der Verhandlungen samt Aufforderung zur Abgabe des Letztangebots sowie eine Angebotsöffnung oder Zuschlagserteilung, unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten.

Um der Antragstellerin im Falle einer Nichtigerklärung der gegenständlich angefochtenen Entscheidung eine weitere Beteiligung am Vergabeverfahren ohne Wettbewerbsnachteile zu ermöglichen, sei es erforderlich, dieses für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im gegenwärtigen Stand zu halten. Sollte die Auftraggeberin die verbliebenen Bieter zur Abgabe weiterer Angebote auffordern (oder die weiteren oben genannten Schritte setzen) hätten diese auch im Falle einer Nichtigerklärung der gegenständlich angefochtenen Entscheidungen einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung gegenüber der Antragstellerin, dies schon insofern, als sie die Ausschreibungsunterlagen für die weiteren Runden früher kennen würden.

Damit würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden, die dazu führen würden, dass die Antragstellerin selbst im Falle eines Obsiegens im Hauptverfahren unwiederbringliche Nachteile zu befürchten hätte.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründe insbesondere darauf, dass die Auftraggeberin eine Ausscheidensentscheidung getroffen habe und dementsprechend beabsichtige, der Antragstellerin rechtswidrig den Zuschlag nicht zu erteilen.

Aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten wäre damit eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden. Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Am 12.11.2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zur beantragten Erlassung der einstweiligen Verfügung führte die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin bis zum Ablauf der Angebotsfrist kein Angebot über das festgelegte Vergabeportal des ANKÖ eingereicht habe. Eine elektronische Signatur durch die Antragstellerin und damit das Verfügbarmachen der Unterlagen für die Auftraggeberin sei nicht erfolgt. Vielmehr habe die Antragstellerin einen Abgabeentwurf (Angebotsfragmente, ohne Angebotsformular) hochgeladen, der nicht elektronisch signiert und somit auch nicht im Vergabeportal im Sinne einer Angebotsabgabe gespeichert worden sei. Da die lokale Bürgerkartenumgebung der Antragstellerin nicht reagiert habe und die Signatur deshalb nicht erfolgen habe können, seien keine Datenübertragungen zu einer erfolgten Signatur der Antragstellerin aus ihrer lokalen Bürgerkartenumgebung in den Serverlogs des ANKÖ ersichtlich. Auf die lokale Software bzw. auf die Bürgerkartenumgebung habe der Plattformbetreiber keine Einsicht oder sonstigen Zugriff bzw. Einfluss. Die für den Signaturprozess mit der Signaturkarte notwendige Bürgerkartenumgebung bzw. deren lokale Einrichtung treffe nicht den ANKÖ und liege somit in der Sphäre der Antragstellerin. Hierbei trage die Antragstellerin das Übermittlungsrisiko und die Verantwortung für das Einrichten und Funktionieren der lokalen Bürgerkartenumgebung auf ihrem Rechner.

Die erste Kontaktaufnahme der Antragstellerin mit der ANKÖ Support-Stelle sei durch einen Anruf am 24.10.2018 kurz vor 10:00 Uhr geschehen, in dem mitgeteilt worden sei, dass es Probleme beim Signieren mit der Bürgerkarte gebe. Von einer rechtzeitigen Kontaktaufnahme mit ANKÖ könne daher keinesfalls die Rede sein. Das Vergabeportal des ANKÖ habe einwandfrei funktioniert und den anderen Bieter im Vergabeverfahren sowie anderen Unternehmen in anderweitigen Vergabeverfahren sei es zur dieser Zeit möglich gewesen ihre Angebote elektronisch signieren. Im Wesentlichen habe sich herausgestellt, dass die Antragstellerin kein elektronisch signiertes Angebot abgegeben habe, obwohl das Vergabeportal des ANKÖ voll funktions- und empfangsfähig gewesen sei. Da der Angebotstermin mit 24.10.2018, 10.00 Uhr festgesetzt und im Übrigen auch mit den Bietern in den Verhandlungsgesprächen erörtert worden sei, jedoch bis zu diesem Termin seitens der Antragstellerin kein Angebot eingelangt sei, sei aufgrund der unmissverständlichen Festlegungen in der Ausschreibung das nicht fristgerecht eingereichte und nicht korrekt gezeichnete Zwischenangebot auszuschneiden gewesen bzw. der Bieter nicht weiter zu berücksichtigen. Zudem würden die nicht signierten Angebotsfragmente der Antragstellerin, welche nachträglich am 05.11.2018 via E-Mail übermittelt worden seien, nicht ansatzweise alle erforderlichen Unterlagen aufweisen. So hätten die via E-Mail übermittelten Angebotsfragmente kein Angebotsformular, kein Preisblatt, sowie die Eigen-/Bietererklärung enthalten. Selbst wenn die Antragstellerin die elektronische Signatur zustande gebracht hätte, wäre ihr elektronisch signiertes Angebot daher mangels Vollständigkeit auszuschneiden gewesen.

Die Auftraggeberin habe inhaltlich keine Einwendung gegen den Erlass einer Einstweiligen Verfügung, ersuche das BVwG jedoch die einstweilige Verfügung längstens für die Dauer von 6 Wochen zu erlassen. Ein lang andauerndes Nachprüfungsverfahren würde wirtschaftlich in erster Linie der Auftraggeberin zum Nachteil gereichen. Die Antragstellerin als Bestandsproviderin profitiere aufgrund der derzeitigen Preise hingegen von einem lange andauernden Vergabenachprüfungsverfahren.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen sowie der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird vorerst im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Im August 2017 schrieb sie die verfahrensgegenständliche Leistung "IKT-Services für die Austro Control GmbH" in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip.

Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie die Aufforderung zur Abgabe des ersten Zwischenangebotes blieben unangefochten. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren mit der Legung eines Erstangebotes.

Am 05.10.2018 wurde die Antragstellerin zur Legung eines Zweitangebots eingeladen. Die Zweitangebotsfrist war festgelegt mit 24.10.2018, 10:00 Uhr.

Am 29.10.2018 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr zweites Zwischenangebot gemäß den einschlägigen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes und den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen auszuschneiden sei. Die Abgabe des zweiten überarbeiteten Zwischenangebots sei nicht innerhalb der festgesetzten Frist korrekt gezeichnet erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 07.11.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung ein. Die Antragstellerin entrichtete eine Pauschalgebühr in der Höhe von insgesamt EUR 19.440,--.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

1. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

2.1. Anzuwendendes Recht

Am 21.08.2018 ist das Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I, Nr 65/2018, in Kraft getreten. Dessen § 376 lautet auszugsweise:

§ 376. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ausnahme der Einträge im Inhaltsverzeichnis zu den §§ 62, 66, 232, 237, 367 und 368 und der §§ 54 Abs. 2, 62 samt Überschrift, 66 samt Überschrift, 223 Abs. 2, 232 samt Überschrift, 237 samt Überschrift, 367 samt Überschrift, 368 samt Überschrift und des 2. Abschnittes von Anhang VIII samt Überschrift mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich tritt das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, außer Kraft.

(2) ...

(3) ...

(4) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 65/2018 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs. 1 und 2 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

(5) ...

In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 69 BlgNR XXVI. GP) wird hierzu ausgeführt: Wenn ein Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleitet war, ist es nach den materiellrechtlichen Vorschriften des BVergG 2006 zu Ende zu führen; wenn im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes ein Rechtsschutzverfahren anhängig gemacht wird, dann sind für das Rechtsschutzverfahren die Regelungen des 4. Teiles dieses Bundesgesetzes anzuwenden. (Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht, bleiben allerdings die Bestimmungen des BVergG 2006.) Ist ein Rechtsschutzverfahren hingegen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig, ist dieses Rechtsschutzverfahren gemäß Abs. 4 nach den Bestimmungen des BVergG 2006 fortzuführen.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im August 2017, somit vor In-Kraft-Treten des BVergG 2018 eingeleitet. Das Nachprüfungsverfahren wurde nach In-Kraft-Treten des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemacht. Daraus folgt, dass materiellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2006 und formellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2018 zur Anwendung kommen.

2.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß §

328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über die oben wiedergegebenen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 ist die Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs. 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs. 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 350 Abs. 1 BVergG 2018 genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 342 Abs. 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen.

Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 29.10.2018 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 342 Abs. 1 BVergG 2018 eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 343 Abs. 1 BVergG 2018 maßgeblichen Frist eingebracht, sodass dieser als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 350 Abs. 3 und 4 BVergG 2018).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die der Antragstellerin am 29.10.2018 mitgeteilte Ausscheidensentscheidung. Beim Ausscheiden eines Angebotes handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Vertrag nicht mit ihr abgeschlossen werden sollte, plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 350 Abs. 2 BVergG 2018. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet (§ 340 Abs. 1 Z 1, 3 und 4 BVergG 2018 iVm §§ 1 und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018).

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 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 § 351 Abs. 1 BVergG 2018 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 § 351 Abs. 3 BVergG 2018 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 § 351 Abs. 4 BVergG 2018 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 Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigklärung 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 29.10.2018 bekannt gegebenen Entscheidung, ihr Angebot aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Es kann daher nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da der Antragstellerin - wie nachfolgend gezeigt wird - bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines Abschlusses des Dienstleistungsauftrages mit der Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Dabei ist gemäß § 351 Abs. 3 BVergG 2018 die jeweils gelindeste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf finanzielle Einbußen, nämlich den frustrierten Aufwand der Verfahrensteilnahme und den Entgang des Gewinns verweist. Am Vorliegen dieses drohenden Schadens besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung erscheint - auch im Hinblick auf die geschätzte Höhe des Schadens - plausibel. Ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (siehe VfGH 22.06.2011, 2009/04/0128; 24.02.2006, 2004/04/0127).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm.).

Die Auftraggeberin hat sich inhaltlich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Dem Bundesverwaltungsgericht sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10; 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva).

Die Antragstellerin würde auch im Falle, dass sie mit ihrem Nachprüfungsbegehren im gegenständlichen Hauptverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Gänze durchdringen sollte, trotz der bestehenden Möglichkeit der Anfechtung und Nichtigklärung der Entscheidung über den Abschluss des Dienstleistungsauftrages nicht in die Lage versetzt werden, sich potentiell erfolgreich an diesem Vergabeverfahren beteiligen zu können.

Gegenständlich befindet sich das Vergabeverfahren nach Auskunft der Auftraggeberin im Stadium vor dem Hearing der Bieter samt anschließender Bewertung der Qualitätsangebote und Abgabe des LAFO. Im Verhandlungsverfahren ist es aber auch nicht ausgeschlossen, dass sich die Auftraggeberin entscheidet, weitere Zwischenangebote einzuholen.

In diesem am Beginn von Verhandlungen und damit von - mitunter weitreichenden - Veränderungen der Ausschreibungsbedingungen und der Anforderungen an den Leistungsgegenstand stehenden Stadium des Verhandlungsverfahrens kann demnach keineswegs ausgeschlossen werden, dass hierdurch unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden, die einen späteren Abschluss des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages mit der Antragstellerin verunmöglichen.

Zentrales Gewicht für den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens kommt dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter in allen Phasen eines Verhandlungsverfahrens zu. Würde die Auftraggeberin sohin ohne Berücksichtigung der Antragstellerin das Vergabeverfahren fortführen, sohin allfällig zur Legung weiterer Angebote auffordern, Verhandlungen führen, allenfalls im Rahmen mehrerer Verhandlungsrunden, und Gelegenheit zur Verbesserung der Angebote geben, wäre jener im Rahmen der Verhandlungen gewonnene Informationsvorsprung und zeitliche Vorteil der sonstigen verbliebenen Bieter im Nachhinein durch Wiederholung der Verhandlungen unter Einbeziehung der Antragstellerin schwerlich aufzuholen und auszugleichen. Die neuerliche Durchführung von Verhandlungen wäre demnach mit dem vergaberechtlichen Grundsatz der Bietergleichbehandlung nicht vereinbar. Ein Abschluss des Dienstleistungsauftrages mit der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren käme folglich nicht mehr in Betracht.

Damit ist dieser Sachverhalt nicht mit jenen Konstellationen vergleichbar, in denen aufgrund der Möglichkeit zur Anfechtung der mitzuteilenden Entscheidung über den Abschluss des Dienstleistungsauftrages bzw. der Zuschlagsentscheidung der im Verlust des Auftrages liegende Schaden tatsächlich nicht unmittelbar droht, weil zwischenzeitig die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen nicht erfolgt und eine Nichtigerklärung tatsächlich eine weitere Verfahrensteilnahme eröffnet. Dies ist etwa bei Vorliegen einer Ausscheidensentscheidung unmittelbar vor Erlassung einer Zuschlagsentscheidung in einem offenen Verfahren sowie auch in einem Verhandlungsverfahren, sofern es sich um das letztgültige Angebot handelt, in der Regel anzunehmen (siehe auch BVwG 03.07.2015, W138 2109261-1/2E; BVwG 09.11.2018, W139 2208701-1/4E).

Abgesehen davon wäre mit der Anfechtung der Entscheidung über den Abschluss des Dienstleistungsauftrages der denkmögliche Anspruch auf den Abschluss des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages mit der Antragstellerin auch insofern nicht wirksam gesichert, als eine Rückkehr in die Verhandlungsphase angesichts der Geheimhaltungsverpflichtung der Auftraggeberin nicht mehr denkbar erscheint.

Da unter Zugrundelegung obiger Überlegungen somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 351 Abs. 1 BVergG 2018 nicht anzunehmen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen ist, war die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs. 3 BVergG 2018 auszusprechen, als damit die Schaffung von unumkehrbaren Tatsachen zum Nachteil der Wettbewerbsposition der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vermieden wird. Da dem Begehren der Antragstellerin auf Untersagung der Aufforderung der Bieter zu Verhandlungen und zur Abgabe des LAFO entsprochen wurde, kann im gegenständlichen Vergabeverfahren auch kein Abschluss des Dienstleistungsauftrages erfolgen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit herrschender Rechtsprechung gemäß § 351 Abs. 4 BVergG 2018 als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

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

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.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138;

30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 24.02.2006, 2004/04/0127;
01.03.2007, 2005/04/0239;

27.06.2007, 2005/04/0254; 10.12.2007, AW 2007/04/0054; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143;
14.04.2011, 2008/04/0065;

22.06.2011, 2009/04/0128; 29.09.2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsabgabe, Aufforderung Angebotsabgabe, Bietergleichbehandlung, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverbot, Verhandlungsverfahren, vorherige Bekanntmachung, Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W138.2209026.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.01.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at