

TE Bwvg Beschluss 2019/3/21 W123 2216051-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.03.2019

Entscheidungsdatum

21.03.2019

Norm

BVergG 2006 §2 Z5
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §334
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

W123 2216051-1/4E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER über den Antrag der Bewerbergemeinschaft XXXX GmbH, XXXX , und XXXX , XXXX GmbH, XXXX , XXXX , vertreten durch die Muhri & Werschitz Partnerschaft von Rechtsanwälten GmbH, Neutorgasse 47, 8010 Graz, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AMS Graz-West - neuer Standort" des Auftraggebers Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Marc-Aurel-Straße 6, 1010 Wien, vom 15.03.2019 beschlossen:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird gemäß §§ 350 Abs. 1, 351 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018 im folgenden Umfang stattgegeben:

1. Die Angebotsfrist wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.
2. Dem Auftraggeber ist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Angebote zu öffnen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die Antragsteller stellten am 15.03.2019 Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen in Verbindung mit dem Antrag auf Nichtigklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Begründend brachten sie - nach Wiederholung des Sachverhaltes, der bereits im ersten Nachprüfungsverfahren (W123 221311-2) streitgegenständlich war - zusammenfassend vor:

Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Erkenntnis vom 28.02.2019 dem Antrag der Antragsteller stattgegeben und die Entscheidung, die Antragsteller nicht zum Vergabeverfahren zuzulassen, für nichtig erklärt. Mit Schreiben vom 04.03.2019 habe der Auftraggeber die Antragsteller im Sinne der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Mängelbehebung aufgefordert und diese eingeladen, bis 10.03.2019, 18:00 Uhr, den fehlenden Strafregisterauszug für XXXX, aus dem sich ergebe, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorliege, zu übermitteln. Gleichsam sei festgehalten worden, dass die vorgelegte Strafregisterauskunft vom 11.01.2019 zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht ausreiche. Dieser Aufforderung seien die Antragsteller fristgerecht mit Schreiben vom 07.03.2019 durch eine notariell beglaubigte eidesstattliche Erklärung des XXXX vom 06.03.2019 nachgekommen. Ferner wurde ein Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 vorgelegt, dem zu entnehmen sei, dass rückwirkend keine Strafregisterauszüge ausgestellt würden. Trotz des nunmehr erbrachten Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 13.03.2019 mitgeteilt, dass aus seiner Sicht der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit nicht erbracht worden sei, die Bewerbung von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschieden werde und die Antragsteller zum weiteren Verfahren nicht zugelassen würden. Begründend wies er darauf hin, dass der Nachweis betreffend XXXX auch im ANKÖ nicht hinterlegt sei und der geforderte Strafregisterauszug nicht vorgelegt worden sei.

Der Auftraggeber habe in seiner Ausschreibungsunterlage nicht festgelegt, dass Nachweise auch mittels des ANKÖ erbracht werden können oder gar müssen. Auch hätten die Antragsteller im Rahmen ihres Teilnahmeantrages nicht darauf verwiesen, dass sie sich hinsichtlich der Eignungsnachweise auf Einträge im ANKÖ bzw. auf diese im Sinne des § 80 Abs. 5 BVergG 2018 stützen würden. Der Auftraggeber weiche bei seiner Entscheidung massiv von seinen eigenen Festlegungen in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 3.5. ab und verstoße in diesem Sinne auch gegen § 82 Abs. 4 BVergG 2018. Dabei sei zu beachten, dass die bestandfesten Festlegungen im Punkt 3.5. Der Ausschreibungsunterlage wesentlich weiter gingen, als § 82 Abs. 4 BVergG 2018. Vor diesem Hintergrund könne, wenn im Herkunftsland des Bewerbers die eingeforderte Bescheinigung nicht ausgestellt werde, der Bewerber eine Bescheinigung durch eine eidesstattliche Erklärung oder eine vor einem Notar abgegebene Erklärung abgeben. Die Festlegung in Punkt 3.5. reduziere diese Möglichkeit weder auf Drittstaatenangehörige, noch schließe sie österreichische Unternehmer und Staatsbürger aus, noch schränke sie diese Möglichkeit iSd § 82 Abs. 4 BVergG 2018 auf Nachweise bezüglich des Nichtvorliegens von aus Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 BVergG 2018 ein. In der Republik Österreich als Herkunftsland der Bewerbergemeinschaft und des XXXX werde nur eine stichtagsbezogene Strafregisterauskunft am Tage der Ausstellung erteilt. Rückwirkend erfolge eine derartige Ausstellung eines Strafregisterauszug nicht. Dies gehe auch aus dem Schreiben der LPD Steiermark vom 06.03.2019 hervor.

Die Antragsteller seien ihrer Nachweisverpflichtung aber auch bereits durch die Vorlage der Strafregisterbescheinigung vom 11.01.2019 nachgekommen. In den Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt worden, dass die Vorlage einer Strafregisterbescheinigung nicht älter als drei Monate sein dürfe. Die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage ließen auch ausdrücklich die Vorlage von Nachweisen zu, die nach dem Ende der Teilnahmefrist datiert seien, da ja verpflichtend zunächst die Eigenerklärungen gemäß Punkt 3.1. der Ausschreibungsunterlage abzugeben seien. Auch die Vorgabe, dass ein Strafregisterauszug nicht älter als drei Monate sein dürfe, impliziere, dass er jedenfalls aber jünger sein könne.

In der Judikatur werde die Verbesserungsfähigkeit von mangelhaften Nachweisen bzw. Nichtnachweisen der

beruflichen Zuverlässigkeit anerkannt. Wenn daher der Umstand einer älteren als in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Strafregisterauskunft als behebbarer Mangel zu qualifizieren sei, sei umso mehr die Vorlage eines Strafregisterauszuges, der insbesondere auch den Zeitraum bis zum Ende der Teilnahmefrist und darüber hinaus erfasse, geeignet, die berufliche Zuverlässigkeit nachzuweisen; dies selbst dann, wenn er zu einem Stichtag nach dem Ende der Teilnahmefrist ausgestellt worden sei.

2. Mit Schriftsatz vom 20.03.2019 erteilte der Auftraggeber zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und sprach sich nicht gegen die beantragte Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten brachte der Auftraggeber zusammenfassend vor:

Entgegen dem unrichtigen Vorbringen der Antragsteller hätten diese ihre Eignung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen. Seitens der Antragsteller sei dem Teilnahmeantrag kein Strafregisterauszug für Herrn XXXX beigelegt worden. In den Teilnahmeunterlagen sei festgelegt worden, dass als Nachweis eine Strafregisterauskunft zu übermitteln sei. Eine eidesstattliche Erklärung sei nicht vorgesehen, da eine solche lediglich dann vorgesehen sei, wenn im Herkunftsland des Unternehmens derartige Nachweise nicht ausgestellt würden. Dies liege gerade in Österreich nicht vor, da in Österreich die Möglichkeit bestehe, eine Strafregisterbescheinigung zu erhalten. Offensichtlich hätten die Antragsteller diese jedoch nicht fristgerecht in die Wege geleitet. Bis zur Versendung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme sei der Mangel nicht behoben worden. Der nach Versendung der Nicht-Zulassung eingeholte, übermittelte und datierte Strafregisterauszug sei nicht geeignet, ausschreibungskonform und vergaberechtskonform die Eignung nachzuweisen.

Der Strafregisterauszug von Herrn XXXX sei mit 11.01.2019 datiert und sei im Übrigen nicht einmal infolge des Schreibens vom 14.12.2018 beantragt worden, sondern erst nach Erhalt der Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Aus dem von den Antragstellern mit dem Nachprüfungsantrag vorgelegten Strafregisterauszug ergebe sich gerade nicht, dass zum relevanten Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist am 14.11.2018, 12:00 Uhr, kein Ausschlussgrund vorgelegen sei. Da somit wieder die eidesstattliche Erklärung, noch der unrichtig datierte Strafregisterauszug einen ausschreibungskonformen Nachweis darstellen würden, liege ein unbehebbarer Mangel vor.

Unbedenklich sei, da dies nicht zu einer Besserstellung eines Bieters führt, im Rahmen einer Mängelbehebung die nachträgliche Vorlage von Unterlagen, welche im maßgeblichen Zeitpunkt, dem Ende der Teilnahmefrist, bereits vorhanden gewesen seien. Das Nachreichen von erst im Nachhinein beigelegten Nachweisen führe zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung. Somit sei unabhängig davon, dass der Mangel nicht fristgerecht behoben wurde, gegenständlich ein unbehebbarer Mangel vorliegend, da die Antragsteller jedenfalls über einen längeren Zeitraum verfügen würden, um den Teilnahmeantrag auszuarbeiten, da ein erforderlicher Nachweis erst nach dem 14.11.2018 beschafft worden sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Gemäß § 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 ist im Anwendungsbereich des BVergG 2018 grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist das Arbeitsmarktservice Österreich. Es ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVwG 19. 1. 2015, W123 2015052-2/19E; 4. 12. 2015, W149 2112412-2/28E; 19. 6. 2017, W123 2161157-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5,7 Millionen und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers 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 des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass den Antragstellern die Antragsvoraussetzungen nach § 350 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs. 2 BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

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 2018 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 Nichtigkeitsklärung 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 Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 351 Abs. 1 BVergG 2018 sowie auch in Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass die Antragsteller die Rechtswidrigkeit der gegenständlich angefochtenen Entscheidung (in concreto: Nicht-Zulassung zur Teilnahme) behaupten und dieses Vorbringen nicht von vornherein als unzulässig zu qualifizieren ist. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat des Bundesverwaltungsgerichtes zu beurteilen sein. Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von den Antragstellern geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung an der zweiten Stufe des Verfahrens verunmöglicht wird, droht den Antragstellern durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141).

Bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist handelt es sich zudem nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 30.05.204, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7).

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 14.05.2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 01.08.2002, 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 05.02.2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Ein solches ist für das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht zu erkennen, zumal sich auch der Auftraggeber explizit nicht gegen die beantragte einstweilige Verfügung ausgesprochen hat.

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

Zur Klarstellung wird abschließend darauf hingewiesen, dass die beantragte Untersagung, die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten Bewerber zu versenden, ins Leere geht, da diese bereits am 10.01.2019 erfolgte (siehe dazu bereits die Entscheidung zur einstweiligen Verfügung im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren, BVwG 23.01.2019, W123 2213111-1/3E).

Zu Spruchpunkt B)

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.

Nach Art. 133 Abs. 9 iVm Abs. 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 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; 01.03.2007, 2005/04/0239; 27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 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

Ausscheidensgrund, Ausschlussstatbestände, Aussetzung der Angebotsfrist, Bauauftrag, Dauer der Maßnahme, Eignung, Eignungsnachweis, einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachweismangel, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Strafregisterauszug, Teilnahmeantrag, Unbehebbarkeit, Untersagung der Angebotsöffnung, Verbesserung der Wettbewerbsstellung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Zulassung, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W123.2216051.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.10.2019

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at