jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Beschluss 2020/9/9 W139 2234548-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 09.09.2020

Entscheidungsdatum

09.09.2020

Norm

BVergG 2006 §169
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §180 Abs1 Z1
BVergG 2006 §197 Abs3
BVergG 2006 §2 Z16 lita
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §6
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs2
BVergG 2018 §351 Abs1
BVergG 2018 §351 Abs3
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W139 2234548-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der XXXX vertreten durch Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG, Schottenring 25, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen in zwei Losen über MEDOS – Managed e-Document an Output Service; GZ Provia ID 9281/2017“ der Auftraggeberin ÖBB-Business Competence Center GmbH, Erdberger Lände 40-48, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, 1010 Wien, Bartensteingasse 2, 1010 Wien:

A)

Der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren ‚MEDOS – Managed e-Document and Output Service' untersagen", wird abgewiesen.

B)

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

Text

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 28.08.2020, beim BVwG außerhalb der Amtsstunden eingelangt, stellte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 20.08.2020, einem Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie einem Antrag auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe beginnend im Jahr 2018 im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb den Abschluss einer Rahmenvereinbarung in 2 Losen im Bereich Managed e-Document and Output Service inklusive Dienstleistungen im Bereich Laser Technologie ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein finales Angebot am 20.05.2020 abgegeben.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung vom 20.08.2020 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

Die Antragsgegnerin habe mit Schreiben vom 20.08.2020 mitgeteilt, dass die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Diese Entscheidung sei damit begründet worden, dass

? die Tagsätze auf Basis von 7,5 Stunden statt auf Basis von 8 Stunden kalkuliert worden seien;

? dem Aufklärungsersuchen hinsichtlich der „Einzelpreise für Übersiedlungskosten" nur unzureichend nachgekommen worden sei;

? ein Austausch von Ersatzteilen durch die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen ist, die Antragstellerin aber durch ihre Lieferung von Ersatzteilen (insbesondere „CRUTeile") ohne Austausch einen solchen notwendig mache;

? die Preispositionen „Base pro Monat" sowie „Click pro Seite" nicht ausschreibungskonform ausgefüllt wurden, da das „Verbrauchs- und Verschleißmaterial" nicht in die Preispositionen „Click pro Seite" einkalkuliert worden sei und die Kosten für Wartung/Reparatur der Hardware ausschreibungswidrig sowohl in den Preispositionen „Base pro Monat" als auch „Click pro Seite" eingepreist worden seien;

? eine Verschiebung von Kostenfaktoren zwischen den unterschiedlichen Geräteklassen vorliege und eine solche gemäß Punkt 8.4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässig sei sowie dass gewissen Positionen gemäß Aufklärungsschreiben vom 15. Juni 2020 von Seiten der Antragstellerin eine Mischkalkulation zu Grunde liege, gemäß Information der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch die Kosten zwischen den einzelnen „Click pro Seite"-Preisen variieren und dies einen Widerspruch darstelle.

Sämtliche von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidengründe würden nicht zutreffen. Die angefochtene Ausscheidensentscheidung sei tatsächlich nicht begründet. Die von der Antragsgegnerin getroffenen Annahmen würden zum Teil auf unrichtigen Tatsachen basieren, hätten gegebenenfalls durch Nachfrage bei der Antragstellerin leicht aufgeklärt werden können und würden den begründeten Anschein erwecken, dass Ausscheidensgründe gesucht, das Protokoll des Aufklärungsgesprächs vom 16.07.2020 daraufhin textiert und unter Zuhilfenahme dieses Protokolls

konstruiert worden seien. Die Antragstellerin habe sich bei der Erstellung ihres Angebotes selbstverständlich an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen gehalten. Sie habe das Preisblatt entsprechend ausgefüllt und keine Änderungen vorgenommen. Der vom ihr angebotene Tagsatz gelte damit für 8 Stunden. Es sei unrichtig, dass die Antragstellerin dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin nicht nachgekommen sei. Dabei habe die Antragstellerin erklärt, dass die Leistungen (Übersiedlungskosten) von einer Subunternehmerin erbracht würden und daher eine Aufschlüsselung sämtlicher Positionen nicht bekannt gegeben werden könne. Abgesehen davon sei der angebotene Preis für die Übersiedlung für 5% der Geräte auch nicht ungewöhnlich niedrig. Hinsichtlich der monierten Ausschreibungswidrigkeit betreffenden den Austausch von Ersatzteilen, würden hier tatsächlich Begriffe miteinander vermengt. Die Antragstellerin sehe den Austausch von Techniker-Ersatzteilen durch Kunden nicht vor und habe auch keine derartige Auskunft erteilt. Hingegen sei in der Branche Unternehmensbrauch, dass Verbrauchs- und Verschleißteile vom Kunden selbst entfernt und ersetzt werden, so dass die Auftragnehmerin mangels gegenteiliger Festlegungen davon ausgehen habe dürfen, dass dies von der Auftraggeberin ebenso gewünscht sei. Weiters habe die Antragstellerin bereits in der schriftlichen Aufklärung „Vertiefte Angebotsprüfung vom 15. Juni 2020“ bestätigt, dass alle Kosten in den jeweiligen Preisen pro Monat/Seite entsprechend den Ausschreibungsunterlagen enthalten seien. Die Antragstellerin habe unmissverständlich erklärt, dass die Verbrauchs- und Verschleißmaterialien (ausschreibungskonform) in den Preispositionen „Click pro Seite“ eingetragen worden seien. Die Protokollierung des Aufklärungsgespräches, das unter großem Zeitdruck erfolgt sei, sei unter Punkt 3. Click insofern unter der nunmehr von der Auftraggeberin vorgenommenen Darstellung nicht korrekt erfolgt. Weiters treffe insofern auch der Vorwurf nicht zu, dass das Angebot der Antragstellerin den Festlegungen zur Kalkulation in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Auch wenn die Kosten für Wartung und Reparatur in der Preisposition „Base pro Monat“ einzutragen gewesen seien, so habe die Antragstellerin dennoch betriebswirtschaftlich zu kalkulieren und ihre Kosten nach ebensolchen Kriterien zu berechnen. Es stünde der Antragsgegnerin nicht zu (und wäre überdies unsinnig) vorzugeben, dass betriebswirtschaftlich falsche Kalkulationsmethoden anzuwenden wären – also etwa davon auszugehen sei, dass bestimmte Wartungs- und Reparaturarbeiten lediglich zeitabhängig (pro Monat) und nicht gebrauchsabhängig (clicks) anfallen würden. Die Festlegung der Antragsgegnerin in Punkt 8.4 der Angebotsaufforderung sei daher auch nicht in diesem Sinne zu verstehen. Weiters sei festzuhalten, dass die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch den Begriff Wartung/Reparatur weit verstanden habe und in ihrer Antwort in diesem Zusammenhang auch die Kosten für das Verschleißmaterial miteinbezogen habe. Die Kalkulation entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Darüber hinaus liege keine unzulässige spekulative Mischkalkulation vor. Die Ausscheidenentscheidung sei diesbezüglich nicht nachvollziehbar begründet und bereits insofern für nichtig zu erklären. Alle Click-Preise konnten und mussten zu einem Einheitspreis kalkuliert werden. Lediglich Schwarz/Weiß Clicks würden bei den Farbgeräten geringfügig mehr an Kosten als bei Schwarz/Weiß-Geräten verursachen. Diese Kosten seien aber jeweils ohnehin durch den jeweiligen Click-Preis (auch der Schwarz/Weiß-Geräte) abgedeckt. Der einheitliche Preis für Schwarz/Weiß Clicks sowohl bei Schwarz/Weiß Geräten als auch bei Farbgeräten solle die Abwicklung für den Auftraggeber und auch die Antragstellerin vereinheitlichen und vereinfachen. Entgegen den Behauptungen der Auftraggeberin in ihrer Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch daher auch nicht angegeben, dass die Kosten zwischen den einzelnen „Click pro Seite“-Preisen variieren. Abgesehen davon vermenge die Auftraggeberin in ihrer Ausscheidenentscheidung mehrere Begrifflichkeiten. Bei Zumessung des korrekten (und beim Aufklärungsgespräch besprochenen) Bedeutungsinhalts sei die Ausscheidungsentscheidung nicht begründbar.

Die Antragstellerin habe durch Abgabe eines erfolgreichen Teilnahmeantrages und ihres Angebotes vom 20.05.2020, das zeitnahe Beibringen geforderter Informationen und Teilnahme an einem persönlichen Termin im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ihr Interesse an der gegenständlichen Ausschreibung kundgetan. Durch das Ausscheiden ihres Angebotes drohe ein Schaden, der in den frustrierten Verfahrensteilnahmekosten und externen Rechtsberatungskosten sowie im Entgang der Zuschlagserteilung und des angemessenen Gewinnes bestehe. Weiters entginge der Antragstellerin ein bedeutendes Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren. Die Antragstellerin bezeichnete die verletzten Rechte. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet.

Die Antragstellerin erklärte das Vorbringen zum Sachverhalt, zu den Interessen und zum Schaden auch zum Vorbringen im Provisorialverfahren. Ohne einstweilige Verfügung sei es der Auftraggeberin möglich, den Zuschlag zu erteilen, wodurch es der Antragstellerin nicht mehr möglich wäre, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten. Ihr drohe im Falle der Zuschlagserteilung der Entgang des Auftrags mit den aufgezeigten Nachteilen. Die beantragte Maßnahme

sei das gelindeste Mittel, weil nur auf diese Weise das der Antragstellerin eingeräumte Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sichergestellt werden könne. Die Interessenabwägung habe zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

2. Am 04.09.2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zur beantragten Erlassung der einstweiligen Verfügung führte sie aus, dass die Antragstellerin eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin sei, weshalb ihr die noch zu treffende Zuschlagsentscheidung (bzw. Mitteilung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) mitzuteilen sei, solange ihr Angebot (noch) nicht rechtswirksam ausgeschieden sei. Der Antragstellerin drohe sohin kein unmittelbarer Schaden. Darüber hinaus stelle die von der Antragstellerin beantragte Maßnahme – die Untersagung der Zuschlagserteilung – auch nicht das nötige und geeignete Mittel dar. Da überhaupt kein Schaden unmittelbar drohe, gehe die beantragte einstweilige Verfügung ins Leere. Die beantragte einstweilige Verfügung sei auch deshalb kein geeignetes und notwendiges Mittel, weil einer Zuschlagserteilung stets die Zuschlagsentscheidung voranzugehen habe, anderenfalls der Zuschlag gemäß § 306 BVergG 2018 mit absoluter Nichtigkeit belastet sei. Das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin wäre durch diese absolute Nichtigkeit gesichert.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

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

Auftraggeberin ist die ÖBB-Business Competence Center GmbH (ÖBB BCC-GmbH). Diese steht zu 100% im Eigentum der Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaftist (ÖBB-Holding AG) und ist ua für sämtliche Einkaufsagenden des ÖBB-Konzerns zentral zuständig. Im Juli 2017 schrieb sie die verfahrensgegenständliche Leistung „MEDOS – Managed e-Document and Output Service Aktenzeichen: BCC-512-ProVia IC 9281“ in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für eine achtjährige Laufzeit im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip in zwei Losen aus (CPV-Code: 30232100). Leistungsgegenstand bilden die Zurverfügungstellung von Druckern in unterschiedlichen Geräteklassen sowie die Bewirtschaftung, Wartung und Erbringung von Beratungs-Entwicklungs- und Implementierungsdienstleistungen (Punkt 1 der Anlage 3 zur Aufforderung zur Angebotsabgabe - Leistungsgegenstand „MEDOS“ Los 1).

Die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages sowie die Aufforderungen zur Angebotsabgabe blieben unangefochten. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren, zuletzt mit der Legung eines Schlussangebotes zu Los 1.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe [Schlussrunde] vom 07.05.2020 lautet auszugsweise:

„I. Aufforderung zur Angebotsabgabe

[...]

4. Gegenstand des Vergabeverfahrens

4.1 Der Ausschreibungsgegenstand dieses Vergabeverfahrens ist die Vergabe einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen ohne Abnahmeverpflichtung für den Auftraggeber zur Erbringung - im Falle eines Abrufes durch den Auftraggeber aus der Rahmenvereinbarung - der folgenden Leistungen (kurz „Leistungsgegenstand“ genannt) im Wege von, auf Grundlage der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen, Abruf-Verträgen durch die zukünftigen Auftragnehmer zu den in den Ausschreibungsunterlagen und im Vergabeverfahren festgelegten technischen, kommerziellen und rechtlichen Bedingungen: [...]

14. Weiterer Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Mit dieser Aufforderung zur Angebotsabgabe für die Schlussangebote („Last and final offer“) gelten alle Bedingungen und Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand als definitiv gestellt, unabhängig davon, ob oder in welchem Umfang der Auftraggeber - nach seiner freien Entscheidung - bereits zuvor Bedingungen und Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand definitiv gestellt hat.

[...]“

Die bezugnehmende ProVia - Einladung zu schriftlicher Verhandlungsrunde vom 07.05.2020 lautet auszugsweise:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen des Verfahrens betreffend

MEDOS – Managed e-Document and Output Service

dürfen wir Sie zu einer schriftlichen Verhandlungsrunde einladen.

[...]

Angebotsabgabetermin: 18.05.2020 11:00 Uhr

Neues Angebot zwingend erforderlich: Ja

Das Ergebnis dieser Verhandlungsrunde (Schlussrunde) bildet die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung.

[...]“

Die Rahmenvereinbarung – Anlage 1 lautet auszugsweise:

„I. GRUNDLAGEN

1. ZIEL UND GEGENSTAND DIESER RAHMENVEREINBARUNG

[...]

1.5 Erstabruf aus der Rahmenvereinbarung

Unmittelbar mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung (siehe Punkt III.6.1) erfolgt ein Erstabruf aus der Rahmenvereinbarung, indem dem RV-Partner der Zuschlag zum Abschluss des Rahmenvertrages (Anlage 2a) erteilt wird. Dieser Erstabruf erfolgt mit Abschluss der Rahmenvereinbarung, ohne dass es eines gesonderten Abrufschreibens bedarf. Das im vorangegangenen Vergabeverfahren zum Abschluss dieser Rahmenvereinbarung abgegebene Angebot gilt sowohl für den Abschluss der Rahmenvereinbarung als auch für diesen ersten aufgrund der Rahmenvereinbarung abgeschlossenen Rahmenvertrag sowie für eventuelle Folgeabrufe aufgrund unmittelbarer Auftragserteilung oder Auftragserteilung nach Aufforderung zur neuerlichen Angebotsabgabe.

[...]

6. LAUFZEIT DER RAHMENVEREINBARUNG

6.1 Diese Rahmenvereinbarung kommt mit Zuschlagserteilung zustande.

[...]“

Am 20.08.2020 wurde der Antragstellerin über die elektronische Beschaffungsplattform www.provia.at mitgeteilt, dass ihr Schlussangebot vom 20.05.2020 in Los 1 gemäß § 269 Abs 1 Z 3 bzw 5 und Abs 3 BVergG 2006 ausgeschieden werden müsse. Das Angebot stehe Widerspruch zu den Festlegungen und Kalkulationsvorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Zweifel an der Plausibilität bzw Auskömmlichkeit der Preise hätten nicht ausgeräumt werden können. Es liege eine unzulässige spekulative Mischkalkulation vor.

Mit Schriftsatz vom 28.08.2020, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag außerhalb der Amtsstunden eingelangt, brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung ein. Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in entsprechender Höhe.

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

2. 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 Juli 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 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 ÖBB-Business Competence Center GmbH. Sie ist Sektorenauftraggeberin gemäß § 165 iVm § 169 BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 iVm § 174 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.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Anträge auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 zulässig sind, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG 2018 iVm §§ 1 und 2 Abs 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die der Antragstellerin am 20.08.2020 bekanntgegebene Entscheidung, ihr Angebot auszuscheiden. Dabei handelt es sich jedenfalls um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006.

2.3. 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.

Vorliegend hat die Antragstellerin ausschließlich die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt. Die Verfügung dieser begehrten Sichermaßnahme kommt gegenständlich allerdings aufgrund der nachstehenden Erwägungen nicht in Betracht.

So ist zum einen festzuhalten, dass selbst in der gegenständlichen Konstellation, in welcher mit dem Abschluss der Rahmenvereinbarung bereits ein Erstabruf aus der Rahmenvereinbarung getätigt wird, die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich des Erstabrufs (siehe Punkt 1.5 und 6.1 der Rahmenvereinbarung, Anlage 1) und weiterer auf der Rahmenvereinbarung beruhender Aufträge das (rechtmäßige) Zustandekommen der betreffenden Rahmenvereinbarung und damit die nachweisliche Mitteilung gemäß § 197 Abs 3 BVergG 2006 voraussetzen. Das vorliegende Vergabeverfahren befindet sich allerdings noch im Stadium vor Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung (im Los 1) abgeschlossen werden soll, und demnach ohnehin noch vor Abschluss der betreffenden Rahmenvereinbarung (siehe BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1/10E).

Versteht man angesichts der von der Auftraggeberin verwendeten und offenbar der geschilderten Konstellation der unmittelbar mit dem Rahmenvereinbarungsabschluss erfolgenden partiellen Zuschlagserteilung geschuldeten Terminologie (siehe etwa ProVia-Einladung zur schriftlichen Verhandlungsrunde vom 07.05.2020 [Zuschlagsentscheidung] sowie Punkt 1.5 und 6.1 der Rahmenvereinbarung, Anlage 1) die „Zuschlagserteilung“ als den „Abschluss der Rahmenvereinbarung“, so mangelt es zum anderen diesbezüglich beim derzeitigen Stand des Vergabefahrens am Vorliegen einer – wie von der Antragstellerin vorgebracht – in der Erteilung des Zuschlages an einen anderen Bieter (bzw. im Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter und im unmittelbaren Erstabruf) liegenden unmittelbar drohenden Schädigung von Interessen der Antragstellerin. Denn die Antragstellerin müsste gegen eine allfällige, ihr – wie nachfolgend gezeigt wird – als nicht berücksichtige Bieterin bekanntzugebende

Entscheidung über den beabsichtigten Rahmenvereinbarungspartner (welche vorliegend partiell mit der Zuschlagsentscheidung zusammenfällt) ohnehin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vorgehen, um deren Bestandskraft zu verhindern und um die Chance auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung und die Zuschlagserteilung (Erstabruf und weiterer Leistungsabruf aus der Rahmenvereinbarung) zu wahren (siehe in diesem Sinne ua BVwG 21.02.2019, W139 2214380-1/2E; 03.10.2018, W139 2206369-1/2E; 19.12.2017, W131 2179704-1/3E; 04.12.2015, W123 2117867-1/2E; 25.02.2014, W139 2001504/1-7E).

Die Auftraggeberin ist gemäß § 197 Abs 3 BVergG 2006 verpflichtet, den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. Diese Entscheidung kann sodann von der Antragstellerin angefochten werden (2 Z 15 lit a sublit jj BVergG 2018). Von einer derartigen Mitteilungspflicht (sowohl hinsichtlich der Entscheidung über den Rahmenvereinbarungspartner als auch die Zuschlagsentscheidung) geht auch die Auftraggeberin selbst in ihrer Stellungnahme zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Es steht somit ein unmittelbarer Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht bevor, sodass insofern keine Gefährdung des allfälligen Anspruches der Antragstellerin durch die Auftraggeberin droht (zum Zweck einer einstweiligen Verfügung siehe auch EBRV 69 BlgNr XXVI. GP 203). Wenngleich der Gesetzgeber hier nicht wie bei den Bestimmungen über die Zuschlagsentscheidung von den „im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern" sondern von den „nicht berücksichtigten Bietern" spricht, so ist trotz des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts in Entsprechung des Grundsatzes der Effektivität des Rechtsschutzes und des Gebotes der Gleichbehandlung jedenfalls auch ein Bieter, dessen Ausscheiden wie in der gegenständlichen Konstellation noch nicht bestandsfest geworden ist, als „nicht berücksichtigter Bieter" iSd § 197 Abs 3 BVergG 2006 zu qualifizieren (in st RSp BVwG 05.04.2017, W123 2151680-1/2E; 04.10.2016, W187 2135663-1/2E; 04.12.2015, W123 2117867-1/2E; 10.01.2014, W139 2000171-1/10E). Anderenfalls wäre einem derartigen Bieter, und damit auch der Antragstellerin, welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten hat und bei der das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist, eine Anfechtung der Entscheidung über die Auswahl des in Aussicht genommenen Vertragspartners verwehrt, obwohl diese Entscheidung angesichts der allenfalls fehlenden Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Falle des Abrufs aus einer Rahmenvereinbarung (§ 212 Abs 2 Z 2 BVergG 2006) die letzte anfechtbare Entscheidung darstellen kann. Insofern ist auch die Rechtsprechung des EuGH in Erinnerung zu rufen, wonach die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen ist (EuGH vom 28.10.1999, C-81/98, Alcatel Austria ua).

Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen, zumal das Ausscheiden Angebotes der Antragstellerin bislang seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes nicht als rechtmäßig erkannt wurde und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (siehe auch VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0029; auch J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 17; überdies die oben zitierten Entscheidungen).

Da sich das gegenständliche Vergabeverfahren im Stadium nach Legung der Letztangebote befindet (siehe Aufforderung zur Angebotsabgabe und ProVia-Einladung zur schriftlichen Verhandlungsrunde) und entsprechend den bestandsfesten Ausschreibungsfestlegungen mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe für die Schlussangebote („Last and final offer") alle Bedingungen und Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand automatisch als definitiv gestellt gelten (siehe Punkt 4 der Aufforderung zur Angebotsabgabe [Schlussrunde] vom 07.05.2020) und damit angesichts der Bindung der Auftraggeberin an die bestandsfeste Ausschreibung (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072) weitere Veränderungen der Ausschreibungsbedingungen und der Anforderungen an den Leistungsgegenstand nicht möglich sind, ist auch auszuschließen, dass zum Nachteil der Antragstellerin im Falle der Nichterlassung der beantragten einstweiligen Verfügung durch die Auftraggeberin unumkehrbare Tatsachen geschaffen würden, die die allfällige Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung ins Leere laufen ließen und eine weitere Verfahrensteilnahme der Antragstellerin vereiteln würden.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 350 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 der Rahmenvereinbarung (im verfahrensgegenständlichen Los 1) nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2208).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Über den Gebührenersatz wird gesondert entscheiden 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; 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; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) 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

Ausscheidensentscheidung Ausscheidensgrund Ausschreibung Bekanntgabepflicht Dienstleistungsauftrag drohende Schädigung einstweilige Verfügung gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Informationspflicht Mitteilung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter Provisorialverfahren Rahmenvereinbarung Schaden unmittelbar drohende Schädigung Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Verhandlungsverfahren Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W139.2234548.1.00

Im RIS seit

07.12.2020

Zuletzt aktualisiert am

07.12.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at