

TE Bvwg Beschluss 2021/5/26 W134 2242488-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.05.2021

Entscheidungsdatum

26.05.2021

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §342 Abs2

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2242488-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch die Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 17.05.2021 das Bundesverwaltungsgericht möge „für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine Einstweilige Verfügung erlassen, in welcher a) dem Auftraggeber zu den Losen 4 und 5 untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren die Rahmenvereinbarung abzuschließen; b) dem Auftraggeber zu Los 3 untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren den Widerruf des Vergabeverfahrens zu erklären“, folgenden Beschluss:

A)

- I. Der Auftraggeberin wird gemäß § 351 BVerG 2018 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Widerruf des Vergabeverfahrens zu Los 3 zu erklären.
- II. Der Auftraggeberin wird gemäß § 351 BVerG 2018 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung zu Los 4 abzuschließen.
- III. Der Auftraggeberin wird gemäß § 351 BVerG 2018 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung zu Los 5 abzuschließen.

B)

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

Text

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 17.05.2021, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Entscheidungen vom 07.05.2021 zu den Losen 4 und 5 mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll und die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung zu Los 3, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügungen.

Begründend wurde von der Antragstellerin unter Bezugnahme auf die angefochtenen Lose 3, 4 und 5 Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin beabsichtige den Abschluss der Rahmenvereinbarung „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ in fünf Losen nach Durchführung eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Lieferauftrag. Angefochtene Entscheidung sei die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen in den Losen 4 und 5 und die Widerufsentscheidung zu Los 3.

Zur Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung zu Los 3 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

1. Ein sachlicher Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens sei nicht ersichtlich. Ein Widerruf unter Berufung auf eine „Unwirtschaftlichkeit“ scheide aus. Das Angebot der Antragstellerin sei im Vergleich zu den anderen Angeboten nicht „unwirtschaftlich“. Die Widerrufsentscheidung sei folglich für nichtig zu erklären.
2. Das Angebot der Antragstellerin zu Los 3 sei nicht ausgeschieden worden und sei auch nicht auszuscheiden.

Zur Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung zu Los 4 und Los 5 gab die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes an:

Die Billigstbieterin habe einen Eingabestift angeboten, der den technischen Anforderungen der bestandsfesten Ausschreibung nicht entspreche. Der angebotene Stift weise keine Drucksensoren auf und sei nicht geeignet, mit dem Tablet technisch zu interagieren. Das Angebot der Billigstbieterin zu den Losen 4 und 5 hätte daher ausgeschieden werden müssen. Die Auswahlentscheidung sowohl zu Los 4 als auch zu Los 5 sei rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, diese vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren mit EU-weiter Bekanntmachung nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Die Vergabe erfolge in 5 Losen. Die Bekanntmachung in der EU sei am 23.12.2020 und in Österreich am 21.12.2020 erfolgt. Am 07.05.2021 sei die Auswahlentscheidung für Los 4 und 5, mit welchem Partner

die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, den Biatern über die Vergabeplattform mitgeteilt worden. Die Widerrufsentscheidung für Los 3 sei am 07.05.2021 den Biatern über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellt worden.

Die Auftraggeberin brachte zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, dass das besondere Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des Verfahrens darin bestehe, dass ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmtem Aufgaben der Auftraggeberin benötigt werde. Es liege bereits eine hohe Dringlichkeit vor, da die Beauftragung spätestens für den 21.05.2021 vorgesehen worden sei, jede weitere Verzögerung die zeitgerechte Verfügbarkeit gefährden würde und die Ausrüstung der Schüler mit der verfahrensgegenständlichen Hardware im maßgeblichen öffentlichen Interesse stehe. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher abzuweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den BMBWF, hat für die Lose 1-5 den Lieferauftrag „Digitale Endgeräte für Schülerinnen, GZ. 3401.03677“ im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Es ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung beabsichtigt. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.12.2020 und in der EU am 23.12.2020 erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021).

Die Widerrufsentscheidung zu Los 3 wurde am 07.05.2021 erklärt. Die Entscheidung mit der XXXX . die Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5 abschließen zu wollen wurde am 07.05.2021 versendet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.05.2021).

Angefochtene Entscheidungen sind die Widerufsentscheidung zu Los 3 sowie die beiden Auswahlentscheidungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5.

Die Auslieferungen der digitalen Endgeräte sind für einen Zeitraum von 3 Jahren beginnend mit 06.09.2021 bis 02.09.2024 geplant. (Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Punkt 4.2)

Der Terminplan der Rahmenvereinbarung sieht folgendes vor: „Nach dem Abruf für die Grundausstattungen, welcher spätestens Mitte Mai getätigkt wird, sind die abgerufenen Produkte inklusive der Geräte, die als Schwankung zu berücksichtigen sind, ab dem ersten Schultag des darauf folgenden Schuljahres an den Schulstandort zu liefern. Diese Lieferungen müssen spätestens 5 Wochen nach Beginn des Schuljahres abgeschlossen sein. Lieferungen großer Geräteanzahlen an die Schulstandorte in den Ferien sind nicht möglich. Sollte die Bestellung nach dem letzten Werktag der dritten Maiwoche des entsprechenden Jahres erfolgen, verschiebt sich der Liefertermin für die Grundausstattungen in gleichem Maße, wie die Bestellung zu spät erfolgt.“ (Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Punkt 8.3)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. vor dem Widerruf befindet, dass die Rechtswidrigkeit jeweils einer gesondert anfechtbaren Entscheidung – nämlich der Entscheidungen mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5 abgeschlossen werden soll bzw. der Widerrufsentscheidung – behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 343 Abs. 1 BVergG 2018 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen einzubringen. Die Bekanntgabe der Entscheidungen mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung zu

den Losen 4 und 5 abgeschlossen werden soll und die Widerrufsentscheidung erfolgten am 07.05.2021. Der Nachprüfungsanträge sind am 17.05.2021 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Die Anträge wurde auch vergebührt und erfüllen – soweit im Provisorialverfahren ersichtlich – auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 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.

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 Bundesverwaltungsgerichts 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.

Die Antragstellerin hat Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidungen mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5 abgeschlossen werden soll und auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung zu Los 3 gestellt.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Entscheidungen vom 07.05.2021 mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, beabsichtigt ist die Rahmenvereinbarung zu den Losen 4 und 5 mit der XXXX . abzuschließen, sowie auf Grund der Widerrufsentscheidung vom 07.05.2021 beabsichtigt ist, die Rahmenvereinbarung in Los 3 zu widerrufen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu den Losen 3-5 in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung und des Widerrufes abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Abschluss der Rahmenvereinbarung zu den Losen 3-5 nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung zu den Losen 3-5 mit der Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Es bestehe ein dringender Beschaffungsbedarf.

Laut Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Punkt 4.2 sind die Auslieferungen der digitalen Endgeräte für einen Zeitraum von 3 Jahren beginnend mit 06.09.2021 geplant. Es wird nicht übersehen, dass ein öffentliches Interesse an der Ausrüstung von Schülern mit den verfahrensgegenständlichen digitalen Endgeräten besteht. Allerdings überwiegt das öffentliche Interesse an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigstbieter zumal es lediglich möglicherweise bei einem Lieferzeitraum von 3 Jahren zu einer geringen Verzögerung von wenigen Wochen (Dauer des Nachprüfungsverfahrens) bei der ersten Teillieferung kommen könnte (vgl. Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung Punkt 8.3).

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigstbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte

Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmt gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 351 Abs 4 BVergG 2018 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) 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.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss 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. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Abschlussverbot Dauer der Maßnahme einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist Frist Interessenabwägung
Lieferauftrag Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen öffentlicher Auftraggeber
Provisorialverfahren Rahmenvereinbarung sachlicher Grund Schaden Untersagung Vergabeverfahren Widerruf des
Vergabeverfahrens Widerrufsentscheidung Widerrufsgründe

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W134.2242488.1.00

Im RIS seit

13.09.2021

Zuletzt aktualisiert am

13.09.2021

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