

TE Bvwg Beschluss 2016/10/4 W187 2135663-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.10.2016

Entscheidungsdatum

04.10.2016

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §151 Abs3

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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

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

1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2135663-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der Bietergemeinschaft XXXX, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Programm GO Maut 2.0/Mauttechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der Bietergemeinschaft römisch 40, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Programm GO Maut 2.0/Mauttechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, beschlossen:

I.römisch eins.

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft XXXX, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Begehren der Antragstellerin stattgeben und mit einstweiliger Verfügung dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu: für die Dauer von sechs Wochen) die Erteilung des Zuschlags untersagen", gemäß § 328 Abs 1 BVergG ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft römisch 40, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Begehren der Antragstellerin stattgeben und mit einstweiliger Verfügung dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu: für die Dauer von sechs Wochen) die Erteilung des Zuschlags untersagen", gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ab.

II.römisch zwei.

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

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Am 26. September 2016 beantragte die Bietergemeinschaft XXXX, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, den Ersatz der Pauschalgebühr, Akteneinsicht und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter I. wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Programm GO Maut 2.0/Mauttechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien. 1. Am 26. September 2016 beantragte die Bietergemeinschaft römisch 40, vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Nußdorfer Straße 38/DG, 1090 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, den Ersatz der Pauschalgebühr, Akteneinsicht und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter römisch eins. wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Programm GO Maut 2.0/Mauttechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts und Nennung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags, Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss und des drohenden Schadens in Form der frustrierten Kosten für die Erstellung des Angebots, der Rechtsberatung, des Verlustes der Vergütung für die Angebotserstellung sowie dem Verlust eines Referenzprojekts führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie sich in ihren subjektiven Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, insbesondere Gleichbehandlung aller Bieter, Einhaltung der bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen sowohl durch die Bieter als auch durch den Auftraggeber, Nicht-Ausscheiden ihres Angebots, weil dieses mit keinem Ausscheidungsgrund belastet, vollständige Prüfung und Bewertung ihres als ausschreibungskonform nicht auszuschheidenden Angebots, nach Bewertung der Angebote der im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter - so auch der Antragstellerin - gegebenenfalls Fassung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin und letztlich Auftragserteilung an sie und in allen anderen subjektiven Rechten der Antragstellerin, mögen sie auch nicht an dieser Stelle des Nachprüfungsantrages genannt sein, sich aber aus der Gesamtheit des Vorbringens ergeben.

1.2. Zur Begründung des Nachprüfungsantrags führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie sich an die Gliederung der Ausscheidensentscheidung halte. Zum ersten Punkt sei anzuführen, dass sich aus Punkt 4.2.3 Ausschreibungsunterlage D.5 Leistungsbeschreibung Systemaufbau wie auch aus der Fragebeantwortung der Auftraggeberin ergebe, dass die Auftraggeberin die Baustellenabsicherung während der Migration kostenfrei zur Verfügung stelle. Diese Zusage beziehe sich nicht auf den Neuausbau. Da dort die Anlagen nicht unter Verkehr errichtet würden, sei auch keine Baustellenabsicherung notwendig. Es sei daher richtig, keine Kosten dafür zu kalkulieren. Selbst wenn Kosten anfielen, müsse die Antragstellerin diese tragen, weil sie in ihre Sphäre fielen. Der Ausscheidungsgrund der Unvollständigkeit des Angebots und der fehlerhaften Kalkulation treffe daher nicht zu. Dies gelte für die Ausscheidungsgründe 1 bis 7.

1.3 Der Ausscheidungsgrund 2, dass im Kalkulationsformblatt Subunternehmerkosten nicht in Lohn und Sonstiges aufgeschlüsselt seien, treffe nicht zu. Es gebe nur im Kalkulationsformblatt, nicht im Preisblatt Positionen, die nicht in Lohn und Sonstiges aufgeschlüsselt seien. Im Kalkulationsformblatt funktioniere die Aufgliederung in Lohn und Sonstiges nicht, wenn Lohn nach unterschiedlichen Stundensätzen zu kalkulieren sei oder Subunternehmer die Leistungen zu einem Pauschalhonorar anböten, was gerade bei Softwareprodukten üblich sei. Die Antragstellerin bestreitet die Verbindlichkeit des Kalkulationsformblattes und die dort vorgesehene Untergliederung der Kosten in Lohn und Sonstiges. Eine Untergliederung könne auch dort nicht zwingend sein, wo sie kalkulatorisch sachfremd und/oder sinnlos sei. Die Auftraggeberin habe die Kalkulationsformblätter K3 und K7 abgelehnt. Die Antragstellerin habe die Aufgliederung in Lohn und Sonstiges von ihren Subunternehmern übernommen. Die Auftraggeberin habe Wochen nach der Abgabe des LAFO das Kalkulationsformblatt von Version 5 auf Version 6 geändert. Änderungen seien zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich gewesen. Eine unzutreffende Aufteilung liege in der Risikosphäre der Antragstellerin. Bei den zu Punkt 2 genannten Preispositionen Punkt 8 bis 13 und 16 bis 20 habe die Antragstellerin nicht hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt. Bei Punkt 11 sei eine solche Untergliederung nicht sachgerecht. Bei den Punkten 8, 17, 18 werde der Aufwand durch den Schrottpreis kompensiert. Es handle sich um

Pauschalen, weshalb sich die Aufgliederung in dem Preisblatt nicht darstellen lasse. In Punkt 14 handle es sich nicht um einen besonders niedrigen Stundensatz. Der Vorwurf, dass es sich in Punkt 15 um einen besonders hohen Zeitansatz handeln solle, finde sich erstmals in der Ausscheidensentscheidung. Der Zeitansatz sei angemessen. Bei den Punkten 16 und 19 handle es sich um Pauschalpositionen. In Punkt 20 seien Lohnarbeiten relevant. Ein einheitlicher Stundensatz lasse sich im Kalkulationsformblatt nicht darstellen.

1.4 Das im Ausscheidensgrund 3 in den Punkten 21 bis 33 angesprochene Personal, Material und Arbeitsgerät sei schon in den Fixkosten der Position LCM 1.1 insoweit enthalten, als diese sowieso vom Auftragnehmer vorzuhalten seien. Dadurch fielen in den Positionen der LCM 2 keine weiteren Kosten an. Die Antragstellerin habe entgegen den Annahmen der Auftraggeberin die Positionen nicht von der LCM 2 in die LCM 1.1 verlagert. Vielmehr seien Positionen der LCM 1.1 nicht noch einmal in der LCM 2 angesetzt worden. Das Angebot bewirke keine wirtschaftliche Schlechterstellung der Auftraggeberin und sei nicht spekulativ.

1.5 Ausscheidensgrund 4 betreffe dieselbe Thematik wie Ausscheidensgrund 3, jedoch in der Phase Systemaufbau ("SA"); es kann daher grundsätzlich auf die dort ausgeführte Gegenargumentation verwiesen werden. Die von der Auftraggeberin behaupteten Verweisungen träfen nicht zu. Die Unterlagen seien nicht eindeutig. Die Positionen enthielten keine Kostenverlagerungen.

1.6 Auch bei Ausscheidensgrund 5 gehe es im Wesentlichen um die thematisch den Ausscheidensgründen 3 und 4 entsprechende Frage, ob (hier:) die Fuhrparkkosten in den Positionen SA 0.1 bzw LCM 1.1 oder in den jeweils zugeordneten Leistungspositionen auszuweisen seien. Es könne auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden.

1.7 Ausscheidensgrund 6 betreffe einen angeblichen Widerspruch zur Ausschreibung, da keine eigene Bildschirmmaske für ZNB-Verifikation vorgesehen sei. Diese sei aufgrund der Arbeitsabläufe und der Ergebnisse der zweiten Verhandlungsrunde auch nicht notwendig. Die Antragstellerin habe die Arbeitsabläufe vollständig abgebildet. In der zweiten Verhandlungsrunde sei eine "Ungereimtheit" und keine Ausschreibungswidrigkeit aufgezeigt worden. Wenn trotz der eindeutigen Nachweise für die Erfüllung der Mussanforderungen des Anforderungskatalogs noch Zweifel an der Ausschreibungskonformität bestünden, wären diese auf Grundlage des Leistungsvertrages aufzulösen.

1.8 Die Ausscheidensgründe 7 bis 9 behandeln die Behauptung des Auftraggebers, die Antragstellerin hätte in Zusammenhang mit dem Problem Management (Ausscheidensgrund 7), den Baustellenanpassungen (Ausscheidensgrund 8) und der Montage und Inbetriebnahme (Ausscheidensgrund 9) ausschreibungswidrig dem Auftraggeber Mitwirkungspflichten überwältigt, die in der Ausschreibung nicht vorgesehen seien. Die Auftraggeberin hänge sich am - vielleicht unglücklich bezeichneten - Grobkonzept auf. Das Feinkonzept hätte diese Widersprüche nicht enthalten. Die Auftraggeberin hätte mit diesen Prozessen tatsächlich auch zu tun, weshalb ihre Einbeziehung nicht ausschreibungswidrig sei. Das LAFO habe nur Grobkonzepte enthalten müssen. Die Feinabstimmung solle im Betriebshandbuch erfolgen. Das Mautsystem, insbesondere der Teil Mauttechnik, könne nicht isoliert betrachtet werden, sondern sei Teil eines Gesamtsystems. Zu Ausscheidensgrund 7 ist anzumerken, dass Punkt

2.5 der Ausschreibungsunterlage D.6 der Leistungsbeschreibung Lifecycle Management hinreichend die Einbindung des Auftraggebers in die Prozesse des Problem Management erkennen lasse. Zu Ausscheidensgrund 8 sei anzumerken, dass es bei der Baustellenanpassung nach den Festlegungen der Ausschreibung eines ständigen Informationsflusses zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmer bedürfe. Die Antragstellerin überbinde der Auftraggeberin keine zusätzlichen Aufgaben. Der Ausscheidensgrund liege daher nicht vor. Zu Ausscheidensgrund 9 sei anzumerken, dass die Auftraggeberin bei den versetzbaren Kontrollstationen eine durchaus aktive Rolle habe.

1.9 Zu Ausscheidensgrund 10 sei anzumerken, dass die Antragstellerin in ihrem Konzept die Nutzung des ALM-Tools über die gesamte Vertragslaufzeit nicht beschränke, auch wenn sie es für sinnvoll halte, sämtliche Workflows über das ITSM-Tool abzubilden. Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin gemäß Schreiben vom 15. September 2016 sei rechtswidrig und werde für nichtig zu erklären sein.

1.10 Die Antragstellerin erhob ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und brachte nach dem Vorbringen zur Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen vor, dass dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und daher die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter abschließen könne. Der Antrag der Antragstellerin auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebots könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werde, der eine spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin

ermögliche. Der Schaden wäre nicht anders abwendbar. Ein besonderes Interesse der Auftraggeberin und öffentliche Interessen am sofortigen Zuschlag der betreffenden Leistungen seien nicht erkennbar. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Die Interessen der Antragstellerin überwögen die übrigen Interessen. Eine Verzögerung der Auftragsdurchführung verhindere die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht. Die Auftraggeberin habe die Dauer des Nachprüfungsverfahrens in ihre Zeitplanung einzubeziehen. Die Interessenabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausgehen. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei eine geeignete Maßnahme.

2. Am 30. September 2016 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt sie im Wesentlichen aus, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium der Angebotsprüfung befinde. Die Zuschlagserteilung stehe in diesem Stadium nicht unmittelbar bevor. Die unmittelbar "entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen" fehle einem ausgeschiedenen Bieter. Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sei zur Absicherung des gegenständlichen Nichtigkeitsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruchs auf Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht notwendig. Eine längere Verfahrensdauer als sechs Wochen hätte jedoch schwerwiegende nachteilige Folgen, sodass die Interessen der Auftraggeberin und ein besonderes öffentliches Interesse gegen die Fortsetzung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Die Mehrkosten würden sich in einer Größenordnung von rund € 20 Mio bewegen. Auch könnten die streng auf einander abgestimmten Teilbereiche Go Maut 2.0 Mauttechnik und GO Maut 2.0 Zentralsystem nicht wie geplant absolviert werden. Die Auftraggeberin beantragt, die gesamte Stellungnahme von der Akteneinsicht auszunehmen, weil sie vertrauliche Informationen zum Vergabeverfahren und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Dritter enthalte.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, schreibt unter der Bezeichnung "GO Maut 2.0 Mauttechnik" den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit den CPV-Codes 34927000-1 - Ausrüstung für die Erhebung von Straßengebühren, 34970000-7 - Verkehrsüberwachungseinrichtung, 48900000-7 - diverse Softwarepakete und Computersysteme, 72000000-5 IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung und 50312600-1 - Wartung und Reparatur von Informationstechnologeeinrichtungen in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer nach dem Bestbieterprinzip aus. Vergabende Stelle ist die ASFINAG Maut Service GmbH. Die Auftraggeberin machte den Auftrag ua im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 24. April 2015 zur Zahl 2015/S 080-141469 bekannt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

2. Die Antragstellerin stellte neben anderen Bewerbern einen Teilnahmeantrag, legte in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens ein Erstangebot, nahm an Verhandlungsrunden teil und legte ein Letztangebot. Am 15. September 2016 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. (Auskünfte der Auftraggeberin)

3. Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium der Angebotsprüfung. Die Auftraggeberin hat noch keine Entscheidung bekannt gegeben, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. (Auskünfte der Auftraggeberin)

4. Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

5. Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von € 18.468. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10, idgF lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse. (3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, Absatz 4 und Paragraph 30, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft. Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2016/7 lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

enthält und daher als *lex specialis* den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl. römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl. römisch eins 2016/7 lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen. Paragraph 312, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

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

(3) ...

2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

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

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

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

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

(2) ...

3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

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

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

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

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,

3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) ...

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

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar."

3.2 Zu A) - Einstweilige Verfügung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 5. 2015, W187 2104454-2/35E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um eine Rahmenvereinbarung über prioritäre Dienstleistungen gemäß § 6 BVergG iVm Anh III zum BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, der geschätzte Auftragswert des Loses darunter, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr zB BVwG 16. 5. 2015, W187 2104454-2/35E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um eine Rahmenvereinbarung über prioritäre Dienstleistungen gemäß Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Anh römisch drei zum BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der geschätzte Auftragswert des Loses darunter, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. 3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

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

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. 3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte.

3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. 3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

3.2.2.1 Die Antragstellerin beantragt, der Auftraggeberin den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu untersagen. Nach Auskunft der Auftraggeberin hat sie bisher keine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bekannt gegeben. Es steht also der Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht unmittelbar bevor. Der Antragstellerin droht aus dem Abschluss der Rahmenvereinbarung noch kein unmittelbarer Schaden (siehe zur insofern vergleichbaren Erteilung des Zuschlags BVA 12. 1. 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; 4. 7. 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVwG 25. 2. 2014, W139 2001504-1/7E; 27. 11. 2015, W149 2117365-1/3E; 4. 12. 2015, W123 2117867-1/2E) Die Ausführungen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dass der Auftraggeberin rechtswidriges Verhalten, nämlich die Unterlassung der gebotenen Bekanntgabe der genannten Entscheidung an die Antragstellerin, unterstellt wird, kann nicht Grundlage der Anordnung vorläufiger Maßnahmen sein.

3.2.2.2 Die Auftraggeberin ist gemäß § 151 Abs 3 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter sie die Rahmenvereinbarung abschließen will. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen zur Zuschlagserteilung darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem 'endgültigen' Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Gemäß Art 2a Abs 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Im Sinne des Verständnisses der RMRL ist die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, der Zuschlagsentscheidung gleichzuhalten. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß § 131 Abs 3 BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig

angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin (als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin) - bei sonstiger Bekämpfbarkeit des nachfolgenden Abschlusses der Rahmenvereinbarung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA).

3.2.2.2 Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter sie die Rahmenvereinbarung abschließen will. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen zur Zuschlagserteilung darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem 'endgültigen' Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Im Sinne des Verständnisses der RMRL ist die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, der Zuschlagsentscheidung gleichzuhalten. Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß Paragraph 131, Absatz 3, BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, Paragraph 131, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin (als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin) - bei sonstiger Bekämpfbarkeit des nachfolgenden Abschlusses der Rahmenvereinbarung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA).

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

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

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

3.3 Zu B) - Unzulässigkeit der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt: 3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als ‚im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin‘ angesehen werden, der gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können).""Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten vergleiche etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als ‚im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin‘ angesehen werden, der gemäß Paragraph 131, Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann vergleiche dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

3.3.3 Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden (siehe dazu bereits BVwG 25. 2. 2014, W139 2001504-1/7E).

Schlagworte

Angebot ausschreibungswidrig, Angebotsbewertung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Bekanntgabepflicht, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Informationspflicht, Interessenabwägung, Kalkulation, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren

verbliebener Bieter, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse,
Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Revision zulässig,
Schaden, Subunternehmer, Untersagung der Zuschlagserteilung,
unvollständiges Angebot, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren,
Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W187.2135663.1.00

Zuletzt aktualisiert am

28.10.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at