

# TE Bvwg Beschluss 2016/9/29 W187 2135580-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.09.2016

## Entscheidungsdatum

29.09.2016

## 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 2135580-1/2E

### **BESCHLUSS**

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 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 römisch 40, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 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 XXXX "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag den Abschluss der Rahmenvereinbarung betreffen gegenständliche Dienstleistungen im Vergabeverfahren 'Programm GP Maut 2.0/Mauttechnik' untersagen", gemäß § 328 Abs 1 BVergG ab. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der römisch 40 "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag den Abschluss der Rahmenvereinbarung betreffen gegenständliche Dienstleistungen im Vergabeverfahren 'Programm Gesetzgebungsperiode Maut 2.0/Mauttechnik' untersagen", gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ab.

II. römisch zwei.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG**

## I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Am 23. September 2016 beantragte die XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, den Ersatz der Pauschalgebühr, Akteneinsicht, Ausnahme näher bezeichneter Unterlagen von der 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 23. September 2016 beantragte die römisch 40, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, den Ersatz der Pauschalgebühr, Akteneinsicht, Ausnahme näher bezeichneter Unterlagen von der 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 Ausführungen zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sämtliche von der Auftraggeberin angeführten Ausscheidensgründe unrechtmäßig seien. Die Aufklärungsersuchen seien ausreichend konkret gewesen. Die Auftraggeberin habe das Ermessen unrechtmäßig ausgeübt. Allfällige Kalkulationsfehler seien so geringfügig, dass sie keine wesentlichen Auswirkungen auf den Gesamtpreis hätten. Die Antragstellerin habe kein spekulatives Angebot abgegeben. Es sei nur der Pauschalpreis maßgeblich. Das Angebot müsse nicht kostendeckend sein. Die Auftraggeberin habe die Kalkulationsformblätter im Zuge des Vergabeverfahrens oft geändert und es sei davon auszugehen, dass aufgrund der zahlreichen Änderungen, des Umfangs und der Komplexität kein Bieter adäquate Kalkulationen beibringen habe können. Aufgrund der vielen Modifikationen und Preisauflärungsverhandlungen habe man davon ausgehen können, dass "geringfügige Modifizierungen" zulässig seien.

1.2. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin weder mit einem Gesamtzuschlag von XXXX noch mit einem Gesamtzuschlag von XXXX kalkuliert. Die Berechnung im von der Auftraggeberin vorgegebenen Kalkulationsformblatt, das die Antragstellerin am 6. Juli 2016 abgegeben habe, habe insgesamt einen Gesamtzuschlag von XXXX ergeben. Mit dem Aufklärungsschreiben vom 11. August 2016 habe die Antragstellerin den Gewinnzuschlag erklärt. Dieser errechne sich als Prozentsatz aus der Summe aus Gewinn und allgemeinem Ausfallrisiko durch die Summe aus Einzelkosten, Gemeinkosten und Versicherungskosten. Das sei betriebswirtschaftlich üblich. Dieser Prozentsatz sei auf alle ihre Kosten angewandt worden. Im Aufklärungsschreiben sei eine Differenz in der Höhe von 0,064 % vom angebotenen Gesamtpreis für den Systemaufbau aufgetreten, was nicht dazu führen könne, dass das Angebot als "nicht erklär- und nachvollziehbar" betrachtet werden könne. Aus diesem Grund sei die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig und für nichtig zu erklären. 1.2. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin weder mit einem Gesamtzuschlag von römisch 40 noch mit einem Gesamtzuschlag von römisch 40 kalkuliert. Die Berechnung im von der Auftraggeberin vorgegebenen Kalkulationsformblatt, das die Antragstellerin am 6. Juli 2016 abgegeben habe, habe insgesamt einen Gesamtzuschlag von römisch 40 ergeben. Mit dem Aufklärungsschreiben vom 11. August 2016 habe die Antragstellerin den Gewinnzuschlag erklärt. Dieser errechne sich als Prozentsatz aus der Summe aus Gewinn und allgemeinem Ausfallrisiko durch die Summe aus Einzelkosten, Gemeinkosten und Versicherungskosten. Das sei betriebswirtschaftlich üblich. Dieser Prozentsatz sei auf alle ihre Kosten angewandt worden. Im Aufklärungsschreiben sei eine Differenz in der Höhe von 0,064 % vom angebotenen Gesamtpreis für den Systemaufbau aufgetreten, was nicht dazu führen könne, dass das Angebot als "nicht erklär- und nachvollziehbar" betrachtet werden könne. Aus diesem Grund sei die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

1.3 Die Auftraggeberin begründe ihre Ausscheidensentscheidung weiters damit, dass die Antragstellerin nachträglich wesentliche Grundlagen ihrer Kalkulation geändert habe. Aufgrund der kurzfristigen Änderung der Kalkulationsformblätter sei es zu Übertragungsfehlern gekommen. Die Antragstellerin habe auf das Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin vom 26. Juli 2016 entsprechend geantwortet und ihre Kalkulation erklärt. Es gehe um den "Zeitaufwand je Einheit" in näher genannten Positionen. Die Übermittlung eines neuen Kalkulationsformblattes sei nicht möglich gewesen. Die Antragstellerin habe die entsprechenden Spalten des

Aufklärungsersuchens ausgefüllt. Die Lohnkosten insgesamt hätten sich dadurch nicht geändert. Die Antragstellerin habe ihr Angebot dadurch nicht geändert. Sie habe ihre Personalplanung unter Angabe sämtlicher relevanter Details vollständig offengelegt.

1.4 Die Kosten für die Kalkulationsposition "Service-Desk, Notfall- und Risikomanagement" der Preisposition LCM 1.1 "Fixkosten Betrieb zentrale und dezentrale LCM Organisation" seien in den Kosten der Kalkulationsposition "Operatives Monitoring und Event-Handlung" derselben Preisposition LCM 1.1 berücksichtigt. Dies sei im Betriebskonzept der Antragstellerin (Grobkonzept Betrieb), Kapitel 4.1.1, Seite 19, klar ersichtlich. Diese Kosten seien kalkuliert und in nur einer einzigen Kalkulationsposition berücksichtigt worden, weil diese Services vom selben Personal bereitgestellt würden. Bei der "Lieferung der wartungsarmen Halterung" habe die Antragstellerin die Montage an den schwenkbaren Auslegern der OKS vorgesehen, weshalb keine zusätzlichen Teile notwendig und auf nicht kalkuliert worden seien. Bei Hybridstandorten habe die Antragstellerin berücksichtigt, dass das Tragwerk, auf dem die Mautkomponenten zu montieren seien, immer begehrbar ausgeführt sei. Dabei handle es sich um eine von der Auftraggeberin durch Punkt 4.2.1.2 in der Ausschreibungsunterlage D.5.4 verursachte Fehleinschätzung der Antragstellerin.

1.5 Der Vorwurf der Auftraggeberin, die Antragstellerin habe Kosten in leistungsfremde Preis- und Kalkulationspositionen verlagert, gehe ins Leere. Die Antragstellerin habe die Lohnkosten entsprechend der Erledigung durch ihr Personal kalkuliert. Die Kosten für die Zentrale und dezentrale Lagerverwaltung seien als sprungfixe Kosten der zentralen und dezentralen LCM Organisation zu versehen und damit der Preisposition LCM 1.1 "Fixkosten Betrieb zentrale und dezentrale LCM Organisation" zuzuordnen. Eine andere Zuordnung sei in den vorgegebenen Kalkulationsformblättern nicht möglich. Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Ziffern 13, 24, 25, 26 und 27 der Ausscheidensentscheidung. Zur Ziffer 13 sei anzumerken, dass DSRC-Baken nicht präventiv zu warten sondern auszutauschen seien und daher keine Kosten für präventive Wartung anfielen. Zur Ziffer 14 sei anzumerken, dass die Auftraggeberin im Verhandlungsgespräch vom 15. März 2016 angegeben habe, dass für den "Systemaufbau" beim Abruf der Leistung keine Entwicklungskosten einzeln abgefragt würden. Zur Ziffer 15 sei anzumerken, dass das Projektmanagement der Komponenten MKE und VKS von selben Projektmanagement-Personal ausgeführt werde. Daher sei es nicht sinnvoll, die Lohnkosten in unterschiedliche Stunden für einzelne Projektmanagement-Aktivitäten für die einzelnen Komponenten zu splitten. Dies sei auch für die Ziffern 17 und 20 anwendbar. Zur Ziffer 16 sei anzumerken, dass sämtliche QA-Tests sämtlicher Komponenten vom selben Test-Team ausgeführt würden und es daher nicht sinnvoll sei, die Lohnkosten in unterschiedliche Stunden für einzelne Testaktivitäten zu splitten. Die Ausführungen zu Ziffer 18 entsprechen jenen zu Ziffer 15. Die in Ziffer 19 genannten Integrationstätigkeiten für die MKE seien Teil des Aufbaus und Tests des Gesamtsystems. Daher müssten die Lohnkosten gemeinsam kalkuliert werden. Zur Ziffer 21 sei anzumerken, dass die Kosten für die Installation in der ersten Kalkulationsposition abgebildet und dabei auch die Kosten für die Halterung in dieser Position berücksichtigt seien. Zu Ziffer 22 sei anzumerken, dass es ein marktüblicher Standard und geübte Praxis sei, dass die Kosten der vom Schulungsanbieter bereitgestellten Infrastruktur in den Tagessätzen ("Lohnkosten") seiner Mitarbeiter inkludiert seien. Dies stelle somit keine unzulässige Verlagerung von Kosten für Material in Lohnkosten dar. Zur Ziffer 23 sei anzumerken, dass auch hier keine unzulässige Verlagerung von Materialkosten in Lohnkosten stattgefunden habe. Zu den Ziffern 24 bis 27 verweist die Antragstellerin auf ihre Ausführungen zu Ziffer 12. Zu den Ziffern 28 bis 32 verweist die Antragstellerin auf ihre Ausführungen zu Ziffer 23. Zur Ziffer 33 führt die Antragstellerin aus, dass das Projektmanagement einheitlich zu gestalten sei. Zur Ziffer 34 führt die Antragstellerin aus, dass die Ausführungen zu Ziffer 33 auch anwendbar seien. Aus diesen Gründen sei die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären.

1.6 Die Auftraggeberin rüge, dass die Antragstellerin in einer Reihe von näher genannten Positionen keine Lohnkosten ausgewiesen habe. Die Kalkulationsformblätter dienten lediglich der Plausibilisierung des Preisblattes und würden nicht Vertragsbestandteil. Die Antragstellerin weise die Kosten für Subunternehmer korrekt aus. Die gesamte Kette der Subunternehmer könne nicht erfasst werden. Die Antragstellerin habe das fünfte Verhandlungsgespräch so verstanden, dass dem LAFO keine weiteren Begleitdokumente anzuschließen seien. Die verlangten Aufklärungen habe die Antragstellerin fristgerecht gegeben und nachvollziehbar begründet.

1.7 Die von der Antragstellerin angebotenen ANPR-Kameras seien witterungsunabhängig bei allen Temperaturen einsetzbar und vereisten aufgrund ihrer Konstruktion nicht.

1.8 Bei der geplanten Spurführung bei Baustellen habe die Antragstellerin nicht vorgesehen, dass der Verkehr

ausschließlich über den Pannestreifen geführt werde.

1.9 Das von der Antragstellerin angebotene Konzept verursache keinen Mautentgang in Baustellenanpassungen. Es seien entsprechende Abläufe vorgesehen, um dies sicherzustellen.

1.10 Dasa Vergabeverfahren sei zwingend zu widerrufen, weil die Auftraggeberin Informationen unvollständig, widersprüchlich oder verspätet gegeben habe und daraus nur auf die Bevorzugung eines Bieters geschlossen werden könne.

1.11 Die Verteilung der Softwareapplikation für den Betrieb der MKE widerspreche nicht dem vorgegebenen Konzept.

1.12 die Antragstellerin erachte sich daher aus all diesen Gründen durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom 15. September 2016 in ihren Rechten auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebots sowie in ihrem Recht auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Partners der Rahmenvereinbarung im Zuge des gegenständlichen Verfahrens, uU in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin macht ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Beteiligung am Vergabeverfahren und als drohenden Schaden die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn, die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten sowie den Entgang eines Referenzprojektes geltend.

1.13 Die Antragstellerin erhob ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und brachte im Wesentlichen vor, dass dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und daher die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter abschließen könne. Ein besonderes Interesse der Auftraggeberin und öffentliche Interessen am sofortigen Zuschlag der betreffenden Leistungen seien nicht erkennbar. Es bestehe keine Sicherheit, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin von der Entscheidung informiere, mit welchem Bieter sie die Rahmenvereinbarung abschließen wolle. Die Interessen der Antragstellerin überwögen die übrigen Interessen. Eine Verzögerung der Auftragsdurchführung verhindere die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht. Es bestehe keine besondere Dringlichkeit, Die Auftraggeberin habe die Dauer des Nachprüfungsverfahrens in ihre Zeitplanung einzubeziehen. Die Interessenabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausgehen. Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sei eine geeignete Maßnahme.

2. Am 28. 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. Vergebende 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.

Senatzuständigkeit 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 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 (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 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 § 131 Abs 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, § 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/Äicher/Äruhmann/Ähienel, 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 Ausscheidensentscheidung 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/Ä Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup>, 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.

3.3.2 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:

"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**

Abschlussverbot, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Ausschreibung, Bekanntgabepflicht, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Informationspflicht, Kalkulation, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Revision zulässig, Schaden, spekulativer Preis, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2016:W187.2135580.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.10.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)