

TE Bvwg Beschluss 2016/1/7 W138 2118883-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.01.2016

Entscheidungsdatum

07.01.2016

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §5

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 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 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 § 329 gültig von 01.01.2014 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 § 329 gültig von 01.01.2014 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 § 5 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

W138 2118883-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" der Republik Österreich/Bund (Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), vertreten durch die vergebende Stelle Republik Österreich/BMLVS, kaufmännische Abteilung, Referat 4, Roßauerlände 1, 1090 Wien über den Antrag der XXXX, vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, vom 23.12.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" der Republik Österreich/Bund (Bundesminister für Landesverteidigung und Sport), vertreten durch die vergebende Stelle Republik Österreich/BMLVS, kaufmännische Abteilung, Referat 4, Roßauerlände 1, 1090 Wien über den Antrag der römisch 40, vertreten durch GLO Gößeringer Löscher Oman Rechtsanwälte GmbH, Heuplatz 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, vom 23.12.2015 beschlossen:

A)

Der Antrag "dem Auftraggeber wird bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens jedoch bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" den Zuschlag zu erteilen" wird gemäß § 328 Abs. 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag "dem Auftraggeber wird bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens jedoch bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" den Zuschlag zu erteilen" wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

B)

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:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 23.12.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz.

Im Schriftsatz vom 23.12.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der Antragstellerin mit Telefax der Auftraggeberin vom 14.12.2015, übermittelt am 15.12.2015, mitgeteilt worden sei, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werde. Dagegen richte sich der gegenständliche fristgerechte Nachprüfungsantrag.

Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Angebotsfrist ende am 04.11.2015, 09:00 Uhr. Als Zuschlagsprinzip

sei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen sei auf Seite 5 eine Kautionsvorschrift vorgesehen. Die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise würden auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren innerhalb der Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Diesem Angebot sei unter anderem auch die geforderte Bankbestätigung ausgestellt von der XXXX vom 02.11.2015 beigelegt worden. Mit diesem Schreiben bestätige die Bank unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die gegenständliche Ausschreibung und unter Bezugnahme auf das bestehende Guthaben und die bestehenden Kreditlimiten der die Antragstellerin finanzierenden 100 prozentigen Muttergesellschaft, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könne. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Angebotsfrist ende am 04.11.2015, 09:00 Uhr. Als Zuschlagsprinzip sei der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen sei auf Seite 5 eine Kautionsvorschrift vorgesehen. Die vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise würden auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen geregelt. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren innerhalb der Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Diesem Angebot sei unter anderem auch die geforderte Bankbestätigung ausgestellt von der römisch 40 vom 02.11.2015 beigelegt worden. Mit diesem Schreiben bestätige die Bank unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die gegenständliche Ausschreibung und unter Bezugnahme auf das bestehende Guthaben und die bestehenden Kreditlimiten der die Antragstellerin finanzierenden 100 prozentigen Muttergesellschaft, dass die für die erwähnte Ausschreibung notwendige Garantie ausgestellt werden könne.

Die Angebotsöffnung habe ergeben, dass zwar zwei Bieter ein Angebot mit einer niedrigeren Angebotssumme gelegt hätten, jedoch seien die Angebote dieser beiden Bieter auf Grund der fehlenden Eignung bzw. der Ausschreibungswidrigkeit der Angebote zwingend auszuschneiden. Damit wäre das Angebot der Antragstellerin unter jenen Angeboten, die für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag in Frage kommen würden, das billigste Angebot und demgemäß bei rechtskonformer Vorgangsweise der Auftrag im gegenständlichen Verfahren an die Antragstellerin zu erteilen. Der Auftraggeber habe im gegenständlichen Vergabeverfahren weder die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben noch den Zuschlag erteilt. Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung sei aus folgenden Gründen rechtswidrig.

Richtig sei, dass es sich bei der vorgelegten Bankbestätigung um keine Garantie und auch um keine andere vom Auftraggeber oder von der Antragstellerin nötigenfalls einklagbare Verpflichtung der Bank handle. Vollkommen verfehlt sei jedoch die Rechtsansicht der Auftraggeberin, welche sie der Ausscheidensentscheidung zu Grunde lege, dass eine solche Garantie oder sonstige einklagbare Verpflichtung der Bank nach der maßgeblichen Bestimmung der Ausschreibungsunterlage gefordert gewesen wäre.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes seien Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel seien Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Schon auf Grund des ausdrücklichen Wortlautes ergebe sich im gegenständlichen Fall zweifelsfrei, dass eine solche Garantie auf Grund der zitierten Bestimmung auf Seite 5 erst auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb von zehn Tagen ab Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung vorzulegen sei.

Bei der maßgeblichen Bestimmung auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen gehe es jedoch um etwas völlig anderes. Nämlich um die Eignung des Bieters und die dafür vorzulegenden Eignungsnachweise. Zweifelsfrei gehe es dabei um einen Nachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei dabei zwischen dem Vorliegen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an sich, welche spätestens zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung vorliegen müsse und dem Nachweis derselben, welcher Nachweis auch entsprechend substituiert werden könne, zu unterscheiden.

Bei der auf Grund der maßgeblichen Bestimmung geforderten Bankbestätigung handle es sich zweifelsfrei um einen geforderten Nachweis für die Überprüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters in Form einer entsprechenden Bankerklärung. Gefordert sei daher selbstverständlich keine wie auch immer geartete Garantie oder Ähnliches, sondern lediglich eine Bestätigung der Bonität und Solvenz des Bieters in Form einer abgegebenen Absichtserklärung einer Bank für den Fall, dass der Bieter den Zuschlag erhalte, eine entsprechende Bankgarantie zu übernehmen. Eine solche Bankerklärung sei daher noch keine Vertragserfüllungsgarantie. Keinesfalls könne die maßgebliche Ausschreibungsbestimmung auf Seite 2 unter den dargelegten Auslegungsmaximen dahingehend

ausgelegt werden, dass damit bereits eine Bankgarantie oder eine vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Bieter einklagbare Verpflichtung der Bank vorliegen müsse. Es sei daher festzuhalten, dass entgegen der Rechtsmeinung des Auftraggebers die von der Antragstellerin vorgelegte Bankbestätigung die diesbezüglichen Vorgaben auf Seite 2 der Ausschreibungsunterlagen erfülle und damit die Antragstellerin die gegebene finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausreichend nachgewiesen habe, sodass die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei.

Selbst in dem Falle, dass die Zweifel des Auftraggebers über den Inhalt der Bankbestätigung berechtigt wären, hätte der Auftraggeber nicht mit dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin vorgehen dürfen. Nach der herrschenden Rechtsmeinung handle es sich nämlich bei fehlenden Bankerklärungen um einen behebbaren Mangel. Dementsprechend wäre auch in diesem Fall die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Ganz unabhängig dazu sei festzuhalten, dass der Auftraggeber bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durchaus auch seinen eigenen Wissens- und Erfahrungsstand einfließen lassen müsse. Tatsächlich sei es so, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits erfolgreich und zur allseitigen Zufriedenheit Aufträge in vergleichbarer Größenordnung für den Auftraggeber ausgeführt habe.

Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung befugtes und auf dem Sektor der Berufs- und Sportbekleidung führendes Unternehmen und daher im Bereich der ausschreibungsgegenständlichen Leistung seit Jahren gewerblich tätig. Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich selbstverständlich schon aus dem Umstand, dass die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe und den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht habe. Werde die Ausscheidensentscheidung nicht behoben und die Antragstellerin daher rechtswidrig vom Vergabeverfahren ausgeschieden, liege der große Schaden im Verlust der ansonsten an die Antragstellerin als Billigstbieterin vorzunehmenden Auftragserteilung. In Folge der Ausscheidung und damit der rechtswidrig vorenthaltene Auftragserteilung würde ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes erwachsen. Die Antragstellerin erachte sich durch die bekämpfte Entscheidung in ihrem Recht auf nicht Ausscheiden des ausschreibungskonformen Angebotes verletzt. Die für die Behandlung des Nachprüfungsantrages zu zahlende Pauschalgebühr sei entrichtet worden.

Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung wurde überdies ausgeführt, dass mit dem gegenständlichen Antrag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt werde. Es werde nicht verkannt, dass der Auftraggeber eine allfällige im derzeitigen Stadium des Verfahrens getroffene Zuschlagsentscheidung auch der Antragstellerin bekannt geben müsse und die Antragstellerin dann die Möglichkeit hätte auch diese Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen und im Zuge dessen eine entsprechende einstweilige Verfügung auf Untersagung der Zuschlagserteilung zu erwirken. Dieser Umstand stelle jedoch keinen adäquaten Schutz dar. Da nämlich eine unterlassene Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an uns nicht die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung zur Folge hätte, wäre ohne die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung die Auftraggeberin in die Lage versetzt, die Antragstellerin durch Unterlassung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und die nach Ablauf der Stillhaltefrist erfolgte Zuschlagserteilung vor vollendete Tatsachen zu stellen. Es stelle daher im gegenständlichen Fall die Untersagung der Zuschlagserteilung eine notwendige und auch die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme dar. Durch die Präkludierung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle der Zuschlagserteilung ohne Verständigung an die Antragstellerin würde der Antragstellerin die Chance auf den Erhalt des Zuschlages in einem vergaberechtskonformen Verfahren und damit auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb verlieren.

Dem zwingenden Interesse der Antragstellerin auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers an Fortführung des Vergabeverfahrens gegenüber. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünde auch kein öffentliches Interesse entgegen.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und führte hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung aus, dass aus Sicht der Auftraggeberin keine zwingenden Gründe vorliegen würden, das Vergabeverfahren vor Klärung der in Rede stehenden Angelegenheit fortzuführen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der derzeitigen Fortführung des Verfahrens im Sinne des § 329 BVergG liege daher nicht vor. Mit Schriftsatz vom 30.12.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren und führte hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung aus, dass aus Sicht der Auftraggeberin keine zwingenden Gründe vorliegen würden, das Vergabeverfahren vor Klärung der in Rede stehenden Angelegenheit fortzuführen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der derzeitigen Fortführung des Verfahrens im

Sinne des Paragraph 329, BVergG liege daher nicht vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der bezugnehmenden Beilagen und der bisher vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt.

Die Auftraggeberin führt unter der Bezeichnung "Ausschreibung über Nässeschutzjacke Alpin und Nässeschutzhose (Rahmenabrufvertrag) für das Jahr 2016 und 2017 (Option 2018 bzw. 2019)" ein offenes Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip im Oberschwabenbereich durch. Beim Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag.

Mit Schreiben vom 14.12.2015, bei der Antragstellerin per Telefax am 15.12.2015 eingelangt, wurde der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Die Antragstellerin hat am 23.12.2015 mit Schriftsatz vom selben Tag einen gegen die Ausscheidungsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

Der Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung ist rechtzeitig. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus der Veröffentlichung und den Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den mit Schriftsatz der Auftraggeberin vom 30.12.2015 erteilten allgemeinen Auskunft. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 in der Fassung BGBl. I 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, das Agrarverfahrensgesetz - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, das Agrarverfahrensgesetz - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene

verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 311 BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich/Bund. Nach Angaben des Auftraggebers handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 iVm Z 2 und Anhang VI BVergG um mehr als das Zehnfache, nicht jedoch das Zwanzigfache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als offenes Verfahren durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im voll Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. 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 Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich/Bund. Nach Angaben des Auftraggebers handelt es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 2 und Anhang römisch sechs BVergG um mehr als das Zehnfache, nicht jedoch das Zwanzigfache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als offenes Verfahren durchgeführt wird, ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im voll Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist sohin gegeben. 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 Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher 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. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher 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.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht 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. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht 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.

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

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, dem Auftraggeber zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG W138 2117131-1/2E vom 20.11.2015, W139 2001504-1/7E vom 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG vom 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; sowie bereits BVA vom 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA vom 04.07.2011, N/0056- BVA/12/2011-EV6; BVA vom 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA vom 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA vom 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141). Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, dem Auftraggeber zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG W138 2117131-1/2E vom 20.11.2015, W139 2001504-1/7E vom 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG vom 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; sowie bereits BVA vom 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA vom 04.07.2011, N/0056- BVA/12/2011-EV6; BVA vom 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA vom 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA vom 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 141).

Der Auftraggeber ist gemäß § 131 Abs. 1 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen 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. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann 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. Verbliebene Bieter gemäß § 131 Abs. 1 BVergG sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung 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 der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre dieser somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - 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 BVwG und des BVA). Der Auftraggeber ist gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen 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. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann 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. Verbliebene Bieter gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung 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 der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre dieser somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - 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 BVwG und des BVA).

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 der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). 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 Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu

beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigkeitsklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

Es war daher spruchgemäß zu beschließen. Die Kostenentscheidung ergeht gesondert.

Zu B) Zur Zulässigkeit der Revision:

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

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 09.08.2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt: 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 09.08.2010, 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)."

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.

Schlagworte

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bonitätsauskunft, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, gelindeste Maßnahme, Lieferauftrag,

Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvertrag, Revision zulässig, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W138.2118883.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.02.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at