

TE Bvwg Beschluss 2015/11/20 W138 2117131-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.11.2015

Entscheidungsdatum

20.11.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs17

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §69 Z2

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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

- [illegible]

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 69 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 2117131-1/2E

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 "Möbliierung Projekt Medienstandort Königligberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien über den Antrag der XXXX, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 13.11.2015 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 "Möbliierung Projekt Medienstandort Königligberg" des Österreichischen Rundfunks (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 13.11.2015 beschlossen:

A)

Der Antrag "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Österreichischen Rundfunk im gegenständlichen Vergabeverfahren "Möbliierung Projekt Medienstandort Königligberg" die Erteilung des Zuschlages untersagt wird" wird gemäß § 328 Abs. 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Österreichischen Rundfunk im gegenständlichen Vergabeverfahren "Möbliierung Projekt Medienstandort Königligberg" die Erteilung des Zuschlages untersagt wird" wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 13.11.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz.

Im Schriftsatz vom 13.11.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren am 27.05.2015 die beabsichtigte Vergabe des Auftrages EU-weit bekannt gemacht habe. Der Auftragswert liege im Hinblick auf das Ergebnis der öffentlichen Angebotsöffnung im Oberschwellenbereich. Das Vergabeverfahren werde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung durchgeführt. Die Antragstellerin bekämpfe die gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung des am 03.11.2015 bekannt gegebenen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin. In Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich in Pkt. 4.1 Allgemeine Festlegungen zur Eignung und den Nachweisen finden. Demnach seien sämtliche erforderlichen Nachweise in aktueller Fassung vorzulegen. Dies sei bei der Rückstandbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde und bei dem Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt der letztgültige Nachweis. Die übrigen Nachweise dürften zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist nicht älter als sechs Monate sein. Weiters sei in Punkt 4.2.1 des Teils A - Besondere Teilnahmebestimmungen festgelegt, dass zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit unter anderem der letztgültige "Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen die Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen erfüllt, sowie die letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen seine Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Steuern und Abgaben erfüllt, vorzulegen. Alternativ könne der Bewerber bzw. die benannten Subunternehmer eine Eigenerklärung über das Vorliegen ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abgeben. Im Schriftsatz vom 13.11.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das gegenständliche Vergabeverfahren am 27.05.2015 die beabsichtigte Vergabe des Auftrages EU-weit bekannt gemacht habe. Der Auftragswert liege im Hinblick auf das Ergebnis der öffentlichen Angebotsöffnung im Oberschwellenbereich. Das Vergabeverfahren werde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung durchgeführt. Die Antragstellerin bekämpfe die gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung des am 03.11.2015 bekannt gegebenen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin. In Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich in Pkt. 4.1 Allgemeine Festlegungen zur Eignung und den Nachweisen finden. Demnach seien sämtliche erforderlichen Nachweise in aktueller Fassung vorzulegen. Dies sei bei der Rückstandbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde und bei dem Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt der letztgültige Nachweis. Die übrigen Nachweise dürften zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmefrist nicht älter als sechs Monate sein. Weiters sei in Punkt 4.2.1 des Teils A - Besondere Teilnahmebestimmungen festgelegt, dass zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit unter anderem der letztgültige "Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen die Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen erfüllt, sowie die letztgültige Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde oder gleichwertige Dokumente aus dem Herkunftsland des Unternehmers, aus denen hervorgeht, dass das Unternehmen seine Verpflichtungen nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zur Zahlung von Steuern und Abgaben erfüllt, vorzulegen. Alternativ könne der Bewerber bzw. die benannten Subunternehmer eine Eigenerklärung über das Vorliegen ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abgeben.

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht und sei mit Schreiben vom 27.07.2015 zur Angebotslegung eingeladen worden. Gemäß Pkt. 4.1. des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen habe der Bieter im Formblatt B4 die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Im Hinblick auf die anzubietenden Produkte sei in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses geregelt, dass die Nachlieferung der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Nach den Festlegungen in Pkt. 4.1.2 lit. a des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen seien für die Zwecke der qualitativen Bewertung des Angebotes im Rahmen der Bewertung des Subzuschlagskriteriums Bemusterung Musterprodukte in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen.

Zusätzlich habe der Bieter ergänzende Informationen zu den Musterprodukten gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummer zu illustrieren und zu beschreiben. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingereicht und sei mit Schreiben vom 27.07.2015 zur Angebotslegung eingeladen worden. Gemäß Pkt. 4.1. des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen habe der Bieter im Formblatt B4 die von ihm angebotenen Produkte durch Fotos und erforderliche Produktangaben zu spezifizieren. Im Hinblick auf die anzubietenden Produkte sei in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses geregelt, dass die Nachlieferung der angebotenen Möbel gewährleistet sein müsse und daher möglichst Serienmöbel angeboten werden sollten. Nach den Festlegungen in Pkt. 4.1.2 Litera a, des Teiles A1 - Besondere Angebotsbestimmungen seien für die Zwecke der qualitativen Bewertung des Angebotes im Rahmen der Bewertung des Subzuschlagskriteriums Bemusterung Musterprodukte in der jeweils angegebenen Stückzahl auf einer Musterfläche zur Verfügung zu stellen. Zusätzlich habe der Bieter ergänzende Informationen zu den Musterprodukten gemäß Formblatt B4 zu der jeweils entsprechenden Positionsnummer zu illustrieren und zu beschreiben.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Mit der Anlieferung der Mustermöbel am 07.09.2015 sei dem Auftraggeber von der Antragstellerin ein Infoblatt vorgelegt worden. Mit E-Mail vom 08.09.2015 habe die vergebende Stelle den Inhalt eines mit der Antragstellerin geführten Telefonats zur Aufklärung von Themen für die Bewertungskommissionssitzung zusammengefasst und mit E-Mail vom 09.09.2015 sei der zusammengefasste Telefoninhalt von der Antragstellerin bestätigt worden. Mit Fax und per E-Mail vom 18.09.2015 habe der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist das Angebot der Bene AG zu erteilen.

Die Antragstellerin habe gegen die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung fristgerecht einen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Mit Fax vom 16.10.2015 vom Vertreter des Auftraggebers und mit Schreiben vom 19.10.2015 vom Bundesverwaltungsgericht sei die Antragstellerin darüber informiert worden, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 18.09.2015 zurückgezogen werde.

Mit E-Mail vom 03.11.2015 sei der Antragstellerin die jetzt angefochtene Ausscheidensentscheidung übermittelt worden und mitgeteilt worden, dass ihr Angebot aufgrund von Verstößen gegen die Ausschreibungsbestimmungen sowie wegen mangelndem Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im vorliegenden Fall sei die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin am 03.11.2015 per E-Mail und per Fax übermittelt worden. Ein Nachprüfungsantrag sei daher bis zum 13.11.2015 einzubringen. Die am 13.11.2015 innerhalb der Amtsstunden des BVwG eingebrachten Anträge seien daher rechtzeitig. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführungen der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt. Der Auftraggeber habe in der Ausscheidensentscheidung angeführt, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin keine der in Punkt 4.2.1 des Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen genannten Nachweise für den Subunternehmer XXXX beigelegt worden seien und aus diesem Grunde mit Schreiben vom 24.06.2015 zur Vorlage eines letztgültigen Kontoauszuges der Sozialversicherungsanstalt sowie einer letztgültigen Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörde für den namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert worden. Sowohl die Antragstellerin als auch der Subunternehmer hätten mit dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zu beruflichen Zuverlässigkeit mit dem dafür vorgesehenen Formblatt B7 abgegeben. Der entsprechend seitens des Auftraggebers erfolgten Aufforderung zur Vorlage der oben genannten Unterlagen sei die Antragstellerin nachgekommen und habe mit Schreiben vom 29.06.2015 die verlangten Nachweise vorgelegt. Diese Aufforderung des Auftraggebers, die Eignungsnachweise aufgrund einer abgegebenen Eigenerklärung nachzureichen sei nicht als Aufforderung zur Mängelbehebung zu qualifizieren. Eine Mängelbehebung bzw. Verbesserung erfolge erst dann, wenn die betreffende Vorlage unvollständig erfolge. Der Auftraggeber wäre daher verpflichtet gewesen, die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Selbst wenn die vorgelegten Nachweise ausreichen würden, wäre die Ausscheidensentscheidung daher rechtswidrig. Gemäß § 69 Z 2 BVergG müsse beim nicht offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In den Teilnahmeunterlagen, insbesondere im Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich keine von der gesetzlichen Bestimmung abweichenden Festlegungen finden, wonach das Nichtvorliegen

von Ausschlussgründen bereits zum Zeitpunkt des Schlusstermines für den Eingang der Teilnahmeanträge vorliegen müsse. Die Antragstellerin sei am 27.07.2015 zur Angebotslegung aufgefordert worden. Die Eignung müsse daher spätestens am 27.07.2015 vorliegen. Die Antragstellerin habe dies anhand der auf Aufforderung des Auftraggebers binnen wenigen Tagen vorgelegten Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 01.06.2015 und dem Kontoauszug der OÖGKK vom 29.06.2015 nachgewiesen. Der in der Ausscheidungsentscheidung angeführte Ausschlussgrund liege daher nicht vor. Als die Antragstellerin vom Auftraggeber aufgefordert worden sei, die Nachweise vorzulegen sei ihr aktuellster und somit für sie letztgültiger Nachweis im Hinblick auf die Finanzbehörde die Buchungsmitteilung vom 01.06.2015 vorgelegen. Sei bei einem Nachweis über den Rückstand beim zuständigen Finanzamt ein solcher Rückstand ersichtlich, könne nicht automatisch angenommen werden, dass das betroffene Unternehmen der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht nachkomme. Stattdessen sei im Einzelfall zu prüfen, worum im jeweiligen Nachweis ein Rückstand aufscheine und in welcher Höhe ein Rückstand vorliege. Die in der Ausscheidungsentscheidung aufgestellte Behauptung, der Subunternehmer hätte mangelhafte Nachweise zu beruflichen Zuverlässigkeit vorgelegt und die Antragstellerin hätte somit ihre Eignung nicht nachgewiesen, sei haltlos. Der Auftraggeber habe in Pkt. 4.1.2 lit. b des Teiles A1 im Zusammenhang mit den angebotenen Musterprodukten keinen zwingenden Ausscheidenstatbestand definiert, sondern sich hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten, wenn die angeführten bzw. angebotenen Produkte nicht für die Bemusterung bereit gestellt werden könnten, einen Ermessensspielraum vorbehalten. Tatsächlich sei der Auftraggeber zuvor der Ansicht gewesen, dass die von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Musterprodukte für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Die Antragstellerin habe die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung bekämpft, worauf sie der Auftraggeber zurückgezogen habe. Nunmehr habe der Auftraggeber seine Meinung geändert und behauptet, dass die Musterprodukte nicht für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Dass diese Vorgehensweise dem Gebot der sachlichen Ermessensausübung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung widersprechen würde, sei offensichtlich. Bei rechtskonformer Ermessensübung sei das Angebot der Antragstellerin selbst bei unvollständiger Bemusterung nicht auszuschneiden, da eine Qualitätsbewertung möglich gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Aus der Festlegung in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses sei klar ersichtlich, dass das Anbieten von Serienmöbeln kein Musskriterium darstellen würde, sondern die Bieter auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel anbieten könnten. Daraus resultiere jedoch, dass die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien anhand der Musterprodukte gar nicht möglich sei. Das Ausscheiden eines Angebotes mit der Begründung, dass Musterprodukte bestimmte Anforderungen nicht erfüllen würden, sei daher nach den Festlegungen des Auftraggebers nicht möglich. Mit E-Mail vom 03.11.2015 sei der Antragstellerin die jetzt angefochtene Ausscheidungsentscheidung übermittelt worden und mitgeteilt worden, dass ihr Angebot aufgrund von Verstößen gegen die Ausschreibungsbestimmungen sowie wegen mangelndem Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auszuschneiden wäre. Im vorliegenden Fall sei die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 03.11.2015 per E-Mail und per Fax übermittelt worden. Ein Nachprüfungsantrag sei daher bis zum 13.11.2015 einzubringen. Die am 13.11.2015 innerhalb der Amtsstunden des BVwG eingebrachten Anträge seien daher rechtszeitig. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführungen der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Der Auftraggeber habe in der Ausscheidungsentscheidung angeführt, dass dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin keine der in Punkt 4.2.1 des Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen genannten Nachweise für den Subunternehmer XXXX beigelegt worden seien und aus diesem Grunde mit Schreiben vom 24.06.2015 zur Vorlage eines letztgültigen Kontoauszuges der Sozialversicherungsanstalt sowie einer letztgültigen Rückstandsbescheinigung der Finanzbehörde für den namhaft gemachten Subunternehmer aufgefordert worden. Sowohl die Antragstellerin als auch der Subunternehmer hätten mit dem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zu beruflichen Zuverlässigkeit mit dem dafür vorgesehenen Formblatt B7 abgegeben. Der entsprechend seitens des Auftraggebers erfolgten Aufforderung zur Vorlage der oben genannten Unterlagen sei die Antragstellerin nachgekommen und habe mit Schreiben vom 29.06.2015 die verlangten Nachweise vorgelegt. Diese Aufforderung des Auftraggebers, die Eignungsnachweise aufgrund einer abgegebenen Eigenerklärung nachzureichen sei nicht als Aufforderung zur Mängelbehebung zu qualifizieren. Eine Mängelbehebung bzw. Verbesserung erfolge erst dann, wenn die betreffende Vorlage unvollständig

erfolge. Der Auftraggeber wäre daher verpflichtet gewesen, die Antragstellerin unter Fristsetzung zur Behebung des Mangels durch Nachreichung bzw. Vervollständigung der fehlenden Eignungsnachweise aufzufordern. Dies habe der Auftraggeber unterlassen. Selbst wenn die vorgelegten Nachweise ausreichen würden, wäre die Ausscheidensentscheidung daher rechtswidrig. Gemäß Paragraph 69, Ziffer 2, BVergG müsse beim nicht offenen Verfahren die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In den Teilnahmeunterlagen, insbesondere im Teil A - Besondere Teilnahmebestimmungen würden sich keine von der gesetzlichen Bestimmung abweichenden Festlegungen finden, wonach das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen bereits zum Zeitpunkt des Schlusstermines für den Eingang der Teilnahmeanträge vorliegen müsse. Die Antragstellerin sei am 27.07.2015 zur Angebotslegung aufgefordert worden. Die Eignung müsse daher spätestens am 27.07.2015 vorliegen. Die Antragstellerin habe dies anhand der auf Aufforderung des Auftraggebers binnen wenigen Tagen vorgelegten Buchungsmitteilung des Finanzamtes vom 01.06.2015 und dem Kontoauszug der OÖGKK vom 29.06.2015 nachgewiesen. Der in der Ausscheidensentscheidung angeführte Ausschlussgrund liege daher nicht vor. Als die Antragstellerin vom Auftraggeber aufgefordert worden sei, die Nachweise vorzulegen sei ihr aktuellster und somit für sie letztgültiger Nachweis im Hinblick auf die Finanzbehörde die Buchungsmitteilung vom 01.06.2015 vorgelegen. Sei bei einem Nachweis über den Rückstand beim zuständigen Finanzamt ein solcher Rückstand ersichtlich, könne nicht automatisch angenommen werden, dass das betroffene Unternehmen der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht nachkomme. Stattdessen sei im Einzelfall zu prüfen, worum im jeweiligen Nachweis ein Rückstand aufscheine und in welcher Höhe ein Rückstand vorliege. Die in der Ausscheidensentscheidung aufgestellte Behauptung, der Subunternehmer hätte mangelhafte Nachweise zu beruflichen Zuverlässigkeit vorgelegt und die Antragstellerin hätte somit ihre Eignung nicht nachgewiesen, sei haltlos. Der Auftraggeber habe in Pkt. 4.1.2 Litera b, des Teiles A1 im Zusammenhang mit den angebotenen Musterprodukten keinen zwingenden Ausscheidenstatbestand definiert, sondern sich hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten, wenn die angeführten bzw. angebotenen Produkte nicht für die Bemusterung bereit gestellt werden könnten, einen Ermessensspielraum vorbehalten. Tatsächlich sei der Auftraggeber zuvor der Ansicht gewesen, dass die von der Antragstellerin zur Verfügung gestellten Musterprodukte für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Die Antragstellerin habe die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung bekämpft, worauf sie der Auftraggeber zurückgezogen habe. Nunmehr habe der Auftraggeber seine Meinung geändert und behauptet, dass die Musterprodukte nicht für eine Qualitätsbewertung ausreichen würden. Dass diese Vorgehensweise dem Gebot der sachlichen Ermessensausübung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung widersprechen würde, sei offensichtlich. Bei rechtskonformer Ermessensübung sei das Angebot der Antragstellerin selbst bei unvollständiger Bemusterung nicht auszuschneiden, da eine Qualitätsbewertung möglich gewesen sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei keine Rede davon, dass die Prüfung der Erfüllung der Mindestanforderungen anhand der Musterprodukte erfolgen solle. Aus der Festlegung in Pkt. A2 des Leistungsverzeichnisses sei klar ersichtlich, dass das Anbieten von Serienmöbeln kein Musskriterium darstellen würde, sondern die Bieter auch auf die Anforderungen des Auftraggebers angepasste Möbel anbieten könnten. Daraus resultiere jedoch, dass die Prüfung der Erfüllung der Musskriterien anhand der Musterprodukte gar nicht möglich sei. Das Ausscheiden eines Angebotes mit der Begründung, dass Musterprodukte bestimmte Anforderungen nicht erfüllen würden, sei daher nach den Festlegungen des Auftraggebers nicht möglich.

In der Ausscheidensentscheidung werde argumentiert, dass das Loungemöbel Einzel-Element (Einsitzer) gemäß Position 4.1.2 des Leistungsverzeichnisses nicht für eine Bemusterung zur Verfügung gestellt worden sei, sondern lediglich ein Dreisitzer angeliefert worden sei. Im Sortiment der Antragstellerin sei als Serienmöbel nur der Zweisitzer vorhanden. Der vom Auftraggeber geforderte Einsitzer sei bei der Antragstellerin nicht als Serienmöbel erhältlich und werde für den Auftraggeber angepasst produziert. Der Antragstellerin sei es nicht möglich gewesen zum geforderten Zeitpunkt den Einsitzer für die Bemusterung und Bewertung zur Verfügung zu stellen. Die Antragstellerin habe im Vorfeld der Bemusterung auf diesen Umstand hingewiesen.

Ein vermeintlicher Ausscheidensgrund werde auch damit argumentiert, dass das Loungemöbel Dreier-Element gemäß Position 4.1.4 des Leistungsverzeichnisses nicht die geforderte Breite von mindestens 230 cm erfüllen würde. Auch dieses Möbelstück habe die Antragstellerin nicht als Serienmöbel in ihrem Sortiment. Es werde für den Auftraggeber angepasst nach dem Muster des Zweisitzers produziert. Auch hier sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen zum geforderten Zeitpunkt den Dreisitzer für die Bemusterung und Bewertung zur Verfügung zu stellen. Das Dreier-Element werde im Falle der Zuschlagserteilung selbstverständlich gemäß den Spezifikationen des Auftraggebers produziert geliefert.

Zur Position 4.3.1 (Einzel-Konzentrationsarbeitsplatz) des Leistungsverzeichnisses werde in der Ausscheidensentscheidung erklärt, dass das angebotene Produkt die geforderte Breite und Tiefe und keine integrierte Beleuchtung aufweisen würde. Tatsächlich habe die Antragstellerin auch für die Bemusterung des Einzelkonzentrationsarbeitsplatzes ein Standardprodukt zur Verfügung gestellt. Daher gelte auch hier das für die Loungemöbel Einzel-Element ausgeführt. Dies zeige, dass der Auftraggeber mit der Ausscheidensentscheidung von seinen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, wie auch von seinen Vorgaben im Vorfeld der Bemusterung abgewichen sei, weshalb die Ausscheidensentscheidung auch in diesem Punkt rechtswidrig wäre.

Der Auftraggeber verneine in einem weiteren Punkt der Ausscheidensentscheidung, dass die Antragstellerin die Produktangaben mangelhaft spezifiziert hätte. Nirgendwo habe der Auftraggeber festgelegt, welche Produktangaben aus seiner Sicht erforderlich seien. Keinesfalls sei der Auftraggeber berechtigt, jetzt nachträglich Informationen wie Produktlinien und Dimensionierungen als erforderliche Produktangaben zu fordern und Angebote auszuschneiden bei denen solche Produktangaben fehlen würden. Bezüglich der Produktnachweise für Loungemöbel sei anzumerken, dass die Einzeler und Dreier nicht als Serienmöbel zur Verfügung stünden, sondern den Vorgaben des Auftraggebers angepasst hergestellt würden. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin zum besseren Verständnis und zur besseren Übersicht für den Auftraggeber zusätzlich zur Power-Point Präsentation ein Beiblatt vorgelegt, das einen Auszug der jeweils relevanten Seiten der Power-Point Präsentation samt zusätzlichen Infoblättern enthalte. Die Antragstellerin habe alle angebotenen Produkte unter Beiziehung von Hilfsmitteln wie Beiblätter zum Produktnachweis oder Infoblatt spezifiziert. Dabei habe die Antragstellerin bei Fremdprodukten auch den Hersteller angeführt. Auch die Argumentation, dass bei den linearen Arbeitstischen nicht erkennbar sei, welche Produktlinie angeboten werde, gehe ins Leere, da es sich bei den angebotenen Produkten um Standardprodukte der Antragstellerin handle, da es im Auftragsfall jedenfalls gemäß der Spezifikation des Auftraggebers produziert und geliefert werde.

Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gleichzeitig mit dem Antrag auf Nichtigerklärung gestellt worden sei und der Antrag zur Erlassung der einstweiligen Verfügung daher jedenfalls rechtzeitig wäre.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei insbesondere deshalb zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstößen bei weitem gegenüber allfällig nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2015 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und äußerte sich hinsichtlich des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung dahin gehend, dass die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs. 1 BVergG nicht vorliegen würden. Wie die Antragstellerin selbst ausführe, könnten ihre Interessen ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung bloß durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden. Gerade diese mögliche Beeinträchtigung der Interessen der Antragstellerin drohe aber nicht unmittelbar, wie dies § 328 Abs. 1 BVergG verlange. Vielmehr befinde sich das Vergabeverfahren derzeit im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Wie zuletzt auch vom BVwG mehrfach festgestellt, stehe in diesem Stadium die Zuschlagserteilung nicht unmittelbar bevor, da dieser ja wiederum eine Zuschlagsentscheidung und das Abwarten einer Stillhaltefrist voraus gehen müsste. Demnach drohe der Antragstellerin in dieser Phase auch kein unmittelbarer Nachteil durch die Erteilung des Zuschlages. Der Auftraggeber beantragte daher die beantragte einstweilige Verfügung zurück- bzw. abzuweisen. Mit Schriftsatz vom 17.11.2015 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und äußerte sich hinsichtlich des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung dahin gehend, dass die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG nicht vorliegen würden. Wie die Antragstellerin selbst ausführe, könnten ihre Interessen ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung bloß durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden. Gerade diese mögliche Beeinträchtigung der Interessen der Antragstellerin drohe aber nicht unmittelbar, wie dies Paragraph 328, Absatz eins, BVergG verlange. Vielmehr befinde sich das Vergabeverfahren derzeit im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Wie zuletzt auch vom BVwG mehrfach festgestellt, stehe in diesem Stadium die Zuschlagserteilung nicht unmittelbar bevor, da dieser ja wiederum eine Zuschlagsentscheidung und das Abwarten

einer Stillhaltefrist voraus gehen müsste. Demnach drohe der Antragstellerin in dieser Phase auch kein unmittelbarer Nachteil durch die Erteilung des Zuschlages. Der Auftraggeber beantragte daher die beantragte einstweilige Verfügung zurück- bzw. abzuweisen.

Am 19.11.2015 erstattete die Antragstellerin eine Replik und führte im Wesentlichen aus, dass § 131 BVergG so interpretiert werden könnte, dass ein Zustellung der Zuschlagsentscheidung an ausgeschiedene Bieter nicht erforderlich sei. Ohne die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nicht auszuschließen, dass das Vergabeverfahren seitens des Auftraggebers fortgeführt werde und die Antragstellerin von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt würde. In diese Richtung deute auch die Entscheidung des VwGH 09.08.2010, 2010/04/0024). Aus diesen Gründen sei ersichtlich, dass die Erlassung der Einstweiligen Verfügung unbedingt erforderlich sei. Am 19.11.2015 erstattete die Antragstellerin eine Replik und führte im Wesentlichen aus, dass Paragraph 131, BVergG so interpretiert werden könnte, dass ein Zustellung der Zuschlagsentscheidung an ausgeschiedene Bieter nicht erforderlich sei. Ohne die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nicht auszuschließen, dass das Vergabeverfahren seitens des Auftraggebers fortgeführt werde und die Antragstellerin von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt würde. In diese Richtung deute auch die Entscheidung des VwGH 09.08.2010, 2010/04/0024). Aus diesen Gründen sei ersichtlich, dass die Erlassung der Einstweiligen Verfügung unbedingt erforderlich sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der bezugnehmenden Beilagen und der bisher vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserhebliche Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "Möblierung Projekt Medienstandort Künglberg" ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Beim Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag. Am 03.11.2015 ist der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Antragstellerin hat am 13.11.2015 mit Schriftsatz vom selben Tag einen gegen die Ausscheidensentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Der Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung ist rechtzeitig.

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus der Veröffentlichung und den Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den mit Schriftsatz der Auftraggeberin vom 17.11.2015 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. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 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 der Österreichische Rundfunk. Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren geht das Bundesverwaltungsgericht für das Provisorialverfahren davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk um einen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist. 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 BVergG um mehr als das 20 fache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung 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 Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Österreichische Rundfunk. Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren geht das Bundesverwaltungsgericht für das Provisorialverfahren davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk um einen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist. 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, BVergG um mehr als das 20 fache. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung 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 Nichtigerklärung 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 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)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 Bieter 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 Bieter 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 Bieter, 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 Bieter 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 Bieter 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 Bieter 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 Bieter, 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 Bieter 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 Nichtigerklärungsbegehrens 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, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, Bestandsfestigkeit, Bietergleichbehandlung, Diskriminierungsverbot, Eigenerklärung, Eignungsnachweis, einstweilige Verfügung, Ermessensspielraum, Informationspflicht, Interessenabwägung, Lieferauftrag, Mängelbehebung, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Revision zulässig, Schaden, Stillhaltefrist, Subunternehmer, Unbehebbarkeit, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Verbesserung, verbesserungsfähiger Mangel, Vergabeverfahren, Verständigungspflicht, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, Zustellung, Zuverlässigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2117131.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at