

TE Bvwg Beschluss 2015/6/30 W114 2108953-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2015

Entscheidungsdatum

30.06.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 § 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 § 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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 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. 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

W114 2108953-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Bernhard DITZ im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, auf Grund des Antrages der XXXX, vertreten durch XXXX vom 22.06.2015 Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den

Richter Mag. Bernhard DITZ im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, auf Grund des Antrages der römisch 40, vertreten durch römisch 40 vom 22.06.2015

"Der Auftraggeberin möge untersagt werden

* für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens das antragsgegenständliche Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" fortzuführen,

* für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" die Bieter zur Abgabe des Zweitangebots aufzufordern bzw. den Bietern den Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und diese zur Abgabe des letztgültigen Angebots (LAFO) aufzufordern,

* für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" Zweit- bzw. Letztangebote zu öffnen sowie

* für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" den Zuschlag zu erteilen"

wie folgt beschlossen:

A) Der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren "AACM

[ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" wird gemäß § 328 Abs. 1 BVergG für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht zu W114 2108953-2 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" zur Abgabe des Zweitangebots aufzufordern bzw. den Bietern den Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und diese zur Abgabe des letztgültigen Angebots (LAFO) aufzufordern.[ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht zu W114 2108953-2 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" zur Abgabe des Zweitangebots aufzufordern bzw. den Bietern den Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und diese zur Abgabe des letztgültigen Angebots (LAFO) aufzufordern.

Das darüber hinausgehende Begehren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren wird gemäß § 329 Abs. 3 BVergG abgewiesen.Das darüber hinausgehende Begehren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren wird gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG abgewiesen.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien:römisch eins. Vorbringen der Parteien:

Mit Schriftsatz vom 22.06.2015, beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) am selben Tag eingelangt, beehrte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch XXXX, die Nichtigklärung der Festlegung im Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" "Der Punkt 1 Prüfung der Kompatibilität des Identmediums konnte daher nicht erfüllt werden. (Protokoll des QuickChecks vom 10.06.2015)", die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.06.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin, Akteneinsicht in den Vergabeakt sowie die Erlassung der im Spruch dieses Beschlusses genannten einstweiligen Verfügung.Mit Schriftsatz vom 22.06.2015, beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) am selben Tag eingelangt, beehrte die römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch römisch 40, die Nichtigklärung der Festlegung im Vergabeverfahren "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" "Der Punkt 1 Prüfung der Kompatibilität des Identmediums konnte daher nicht erfüllt werden. (Protokoll des QuickChecks vom 10.06.2015)", die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.06.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin, Akteneinsicht in den Vergabeakt sowie die Erlassung der im Spruch dieses Beschlusses genannten einstweiligen Verfügung.

Dazu wurde - soweit für das Provisorialverfahren von Relevanz - von der Antragstellerin im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes ausgeführt:

Es werde auf das Protokoll der vergebenden Stelle hinsichtlich des am 10.06.2015 durchgeführten QuickChecks hingewiesen. Darin werde bestätigt, dass bei diesem QuickCheck von der vergebenden Stelle die Funktion des Identmediums an einem Offline- und an einem Funk-Offline Beschlag der Antragstellerin erfolgreich durchgeführt worden sei. In diesem Protokoll sei jedoch auch enthalten, dass der Punkt 1 der Kompatibilität des Identmediums leider nicht habe erfüllt werden können. Es werde davon ausgegangen, dass diese Bemerkung im Protokoll des QuickChecks vom 10.06.2015 rein mitteilenden Charakter habe und sich ein entsprechender Entscheidungswille der Auftraggeberin erst in der ebenfalls angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 16.06.2015 manifestiere.

Die Auftraggeberin gehe davon aus, dass eine Kompatibilität des Identmediums nicht gegeben wäre und daher das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden sei. Diese Annahme sei jedoch nicht richtig, da es sich beim bestehenden Zutrittssystem um ein System der Firma SALTO handle. Das von der Antragstellerin angebotene System entspreche in Fabrikat und Type diesem bereits im Einsatz befindlichen Bestandssystem. Damit sei aus diesem Umstand bereits erkennbar, dass die geforderte Kompatibilität gegeben sein müsse und das Gegenteil auch aus einem QuickCheck nicht abgeleitet werden könnte. Die Auftraggeberin vermende in ihren diesbezüglichen Schlussfolgerungen die Kompatibilität mit der Frage der Zutrittsberechtigung. Die Zutrittsberechtigung sei erfolgreich beim QuickCheck getestet worden, was die Auftraggeberin in ihrem Protokoll auch bestätige. Die Karte der Antragstellerin sei erkannt worden, daher sei die Kompatibilität ohne jeden Zweifel gegeben. Lediglich die Zutrittsberechtigung der von der Antragstellerin verwendeten Karte sei beim QuickCheck nicht gegeben gewesen. Diese liege entweder daran, dass die Zutrittsberechtigung der Karte für den entsprechenden Beschlag von vornherein nicht gegeben gewesen wäre oder seitens der Auftraggeberin im Bestandssystem (bzw. auf der von der Auftraggeberin für den Quick Check übergebenen Karte) ein überschreibbarer "Factory Key" verwendet worden wäre. Dieser sei jedoch nur dem Nutzer (Auftraggeberin), nicht jedoch einem Bieter (Antragstellerin) bekannt. Beim Verwenden eines überschreibbaren Factory-Keys im "Echtbetrieb" eines Zutrittssystems bestehe die Gefahr, dass dieses durch ein Überschreiben ohne größeren Aufwand lahmgelegt werden könnte, was jedenfalls nicht dem Stand der Technik entspreche. Es sei daher davon ausgegangen worden, dass die Auftraggeberin im Bestandssystem SAM-Keys verwendet habe, zumal sie in den Ausschreibungsunterlagen selbst mehrfach auf die hohen Sicherheitsanforderungen verwiesen habe. Diese könne ein ohne weiteres beschreibbarer Factory-Key von Vornherein nicht erfüllen. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich kein Hinweis, dass die Auftraggeberin in ihrem Bestandssystem - entgegen dem Stand der Technik und den von ihr selbst betonten hohen Sicherheitsanforderungen - vom Hersteller gelieferte Factory-Keys verwenden würde.

Die Ausscheidensentscheidung sei auch deshalb vergaberechtswidrig, weil der Antragstellerin der behauptete Ausscheidensgrund nicht vorgehalten worden wäre und sie keine Möglichkeit zur Stellungnahme bzw. zur Aufklärung gehabt habe. Die Ausscheidensentscheidung sei nicht hinreichend begründet.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen drohe in weiterer Folge, dass die Auftraggeberin die Verhandlungen mit den im Vergabeverfahren verbleibenden Bietern abschließt und diese auffordert, weitere Angebote bzw. ein Letztangebot zu stellen. Um das zu vermeiden und keine unumkehrbaren Tatsachen zu schaffen, sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erforderlich. Anderenfalls würden der Antragstellerin Wettbewerbsnachteile drohen oder sie nur mehr den ordentlichen Rechtsweg zur Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche bestreiten können.

Im Hinblick auf die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung habe eine Interessenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Die Auftraggeberin übermittelte am 25.06.2015 eine Stellungnahme vom 25.06.2015, in der sie angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren abgab. Insbesondere gab sie auch den von ihr geschätzten Auftragswert bekannt.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung erfolgte kein gesondertes Vorbringen.

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

1. Sachverhalt:

Die Auftraggeberin hat in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich eine Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung des Vergabeverfahrens "AACM [ASFINAG CONTROL MANAGEMENT]" öffentlich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich durch die Abgabe eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt.

Im Vergabeverfahren wurde hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin am 10.06.2015 eine Teststellung ("QuickCheck") durchgeführt. Darüber wurde ein Protokoll verfasst. In diesem Protokoll wird festgehalten, dass hinsichtlich der Teststellung der Antragstellerin der Punkt 1 der Kompatibilität des Identmediums nicht erfüllt werden konnte.

Mit Schreiben vom 16.06.2015 wurde der Antragstellerin von der Auftraggeberin das Ausscheiden ihres Angebotes wegen negativer Prüfung der Mindestfunktionalität "Prüfung der Kompatibilität des Identmediums" mitgeteilt. Erklärend wird in der Ausscheidensentscheidung vom 16.06.2015 mitgeteilt, dass die erste Mindestfunktionalität "Prüfung der Kompatibilität des Identmediums" durch den Bieter im Zuge des Quick-Checks am 10.06.2015 nicht erfüllt habe werden können.

Die Antragstellerin hat am 22.06.2015 vor Beendigung der Amtsstunden des BVwG den verfahrenseinleitenden Schriftsatz eingebracht und einen "Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegung vom 10.06.2015 "Der Punkt 1 Prüfung der Kompatibilität des Identmediums konnte daher nicht erfüllt werden." (Protokoll des QuickChecks vom 10.06.2015) sowie der Ausscheidensentscheidung vom 16.06.2015" sowie den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

Die Antragstellerin hat für ihre Anträge ursprünglich Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.078.-- entrichtet.

Mit Schreiben vom 23.06.2015, W114 2108953-2/4Z, wurde seitens des Bundesverwaltungsgerichtes ein Verbesserungsauftrag erteilt und darauf hingewiesen, dass für die Begehren hinsichtlich Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einerseits und Nichtigerklärung der Auftraggeberfestlegung vom 10.06.2015 andererseits, jeweils eine gesonderte Pauschalgebühr zu entrichten ist und der Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zudem gesondert zu vergewähren ist. In Unkenntnis des tatsächlich von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes wurde die Antragstellerin aufgefordert einen Einzahlungsnachweis über einen weiteren einbezahlten Betrag in Höhe von Euro 1.642.-- zu übermitteln. In diesem Verbesserungsauftrag wurde darauf jedoch auch auf eine mögliche Anwendbarkeit des § 2 BVwG-PauschGebV hingewiesen. Mit Schreiben vom 23.06.2015, W114 2108953-2/4Z, wurde seitens des Bundesverwaltungsgerichtes ein Verbesserungsauftrag erteilt und darauf hingewiesen, dass für die Begehren hinsichtlich Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung einerseits und Nichtigerklärung der Auftraggeberfestlegung vom 10.06.2015 andererseits, jeweils eine gesonderte Pauschalgebühr zu entrichten ist und der Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zudem gesondert zu vergewähren ist. In Unkenntnis des tatsächlich von der Auftraggeberin geschätzten Auftragswertes wurde die Antragstellerin aufgefordert einen Einzahlungsnachweis über einen weiteren einbezahlten Betrag in Höhe von Euro 1.642.-- zu übermitteln. In diesem Verbesserungsauftrag wurde darauf jedoch auch auf eine mögliche Anwendbarkeit des Paragraph 2, BVwG-PauschGebV hingewiesen.

In den allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren teilte die Auftraggeberin mit, dass der von ihr geschätzte Auftragswert Euro 4.781.537,50 beträgt. Somit beträgt der von der Auftraggeberin im vergabeverfahren geschätzte Auftragswert den in § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG derzeit gültigen Betrag von Euro 207.000.-- um mehr als das 20fache dieses Betrages, sodass unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 2 BVwG-PauschGebV die zu entrichtende Pauschalgebühr das Sechsfache der jeweils gemäß § 1 BVwG-PauschGebV festgesetzten Gebühr beträgt. In den allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren teilte die Auftraggeberin mit, dass der von ihr geschätzte Auftragswert Euro 4.781.537,50 beträgt. Somit beträgt der von der Auftraggeberin im vergabeverfahren geschätzte Auftragswert den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG derzeit gültigen Betrag von Euro 207.000.-- um mehr als das 20fache dieses Betrages, sodass unter Berücksichtigung von Paragraph 2, Absatz 2, BVwG-PauschGebV die zu entrichtende Pauschalgebühr das Sechsfache der jeweils gemäß Paragraph eins, BVwG-PauschGebV festgesetzten Gebühr beträgt.

Im Zuge des Parteiengehörs der von der Auftraggeberin übermittelten allgemeinen Informationen zum Vergabeverfahren wurde in Ergänzung des Verbesserungsauftrages vom 23.06.2015, W114 2108953-2/4Z mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.06.2015, W114 2108953-2/8Z, die Antragstellerin unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 13 Abs. 3 AVG aufgefordert zu den von ihr einbezahlten Pauschalgebühren in Höhe von Euro

3.078.-- einen weiteren Betrag in Höhe von Euro 25.240.-- einzuzahlen und einen entsprechenden Einzahlungsnachweis vorzulegen. Im Zuge des Parteiengehörs der von der Auftraggeberin übermittelten allgemeinen Informationen zum Vergabeverfahren wurde in Ergänzung des Verbesserungsauftrages vom 23.06.2015, W114 2108953-2/4Z mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25.06.2015, W114 2108953-2/8Z, die Antragstellerin unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des Paragraph 13, Absatz 3, AVG aufgefordert zu den von ihr einbezahlten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 3.078.-- einen weiteren Betrag in Höhe von Euro 25.240.-- einzuzahlen und einen entsprechenden Einzahlungsnachweis vorzulegen.

In Entsprechung des Verbesserungsauftrages wurden von der Antragstellerin letztlich Pauschalgebühren in Höhe von Euro 28.318.-- einbezahlt.

Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den von den Verfahrensparteien vorgelegten Schriftsätzen. Deren inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel.

2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Vergabeverfahren in einem Stadium vor Zuschlagsentscheidung befindet. Es wurden gesondert anfechtbare Entscheidungen - das Ausscheiden eines Angebotes sowie eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG - angefochten. Unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 BVergG ist das Nachprüfungsbegehren rechtzeitig und erfüllt alle anderen in § 328 Abs. 2 BVergG enthaltenen Voraussetzungen. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG liegt ebenfalls nicht vor. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Vergabeverfahren in einem Stadium vor Zuschlagsentscheidung befindet. Es wurden gesondert anfechtbare Entscheidungen - das Ausscheiden eines Angebotes sowie eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, BVergG - angefochten. Unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ist das Nachprüfungsbegehren rechtzeitig und erfüllt alle anderen in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG enthaltenen Voraussetzungen. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG liegt ebenfalls nicht vor.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren ist die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies mit 6 Wochen begrenzt ist (§ 326 BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E mit weiteren Nachweisen). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies mit 6 Wochen begrenzt ist (Paragraph 326, BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E mit weiteren Nachweisen).

Im gegenständlichen Vergabeverfahren droht nach Abschluss der Prüfung der Teststellungen, dass mit den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern weitere Verhandlungen geführt werden, allenfalls weitere Aufforderungen zur Legung weiterer Angebote erfolgen, dass die Verhandlungen mit den verbliebenen Bietern abgeschlossen werden oder dass die verbliebenen Bietern zur Legung eines LAFO eingeladen werden. Nachdem die Ausscheidensentscheidung des Angebotes der Antragstellerin durch die Auftraggeberin erlassen wurde, würden allfällige weitere Verhandlungen, eine

weitere Aufforderung zur Legung eines Angebotes oder des LAFO ohne Information der Antragstellerin erfolgen. Derartige Auftraggeberentscheidungen wären der Antragstellerin nicht mehr bekanntzumachen. Diese Auftraggeberentscheidungen könnten auch nicht erfolgreich durch einen allfälligen Nachprüfungsantrag angefochten werden. Damit würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden, die dazu führen würden, dass sich die Antragstellerin auch im Falle, dass sie mit ihrem Nachprüfungsbegehren im gegenständlichen Hauptverfahren vor dem BVwG zur Gänze durchdringen sollte, verwehrt sein würde, sich erfolgreich am Vergabeverfahren zu beteiligen und den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erhalten. Daher war durch das Bundesverwaltungsgericht dem Provisorialbegehren der Antragstellerin insofern stattzugeben, als damit die Schaffung von unumkehrbaren Tatsachen zum Nachteil der Wettbewerbsposition der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vermieden wird.

Damit unterscheidet sich die gegenständliche Angelegenheit grundlegend von einem Vergabekontrollverfahren, in welchem in einem offenen oder nicht offenen Verfahren unmittelbar vor Erlassung einer Zuschlagsentscheidung Angebote von auszuscheidenden Angeboten ausgeschieden wurden und gleichzeitig von einem ausgeschiedenen Nachprüfungsnehmer mit seinem Nichtigerklärungsbegehren der Ausscheidensentscheidung ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wird, gestellt wird. In diesem Fall wäre nämlich dem ausgeschiedenen Bieter die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben, die dieser mittels gesonderten Nachprüfungsantrags anfechten könnte (vgl. bspw. BVwG vom 19.05.2015, W138 2107225-1/2E oder BVwG vom 22.05.2015, W149 2107188-1/2E). Damit unterscheidet sich die gegenständliche Angelegenheit grundlegend von einem Vergabekontrollverfahren, in welchem in einem offenen oder nicht offenen Verfahren unmittelbar vor Erlassung einer Zuschlagsentscheidung Angebote von auszuscheidenden Angeboten ausgeschieden wurden und gleichzeitig von einem ausgeschiedenen Nachprüfungsnehmer mit seinem Nichtigerklärungsbegehren der Ausscheidensentscheidung ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wird, gestellt wird. In diesem Fall wäre nämlich dem ausgeschiedenen Bieter die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben, die dieser mittels gesonderten Nachprüfungsantrags anfechten könnte (vergleiche bspw. BVwG vom 19.05.2015, W138 2107225-1/2E oder BVwG vom 22.05.2015, W149 2107188-1/2E).

Sofern von der Antragstellerin die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens im Rahmen der einstweiligen Verfügung beantragt wurde, ist dieses Begehren im Hinblick auf

§ 329 Abs. 3 BVergG als überschießend und nicht als gelindestes Mittel zu qualifizieren. Würde diesem Begehren stattgegeben werden wäre es beispielsweise der Auftraggeberin auch untersagt zum Vorteil der Antragstellerin beispielsweise die angefochtene Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG als überschießend und nicht als gelindestes Mittel zu qualifizieren. Würde diesem Begehren stattgegeben werden wäre es beispielsweise der Auftraggeberin auch untersagt zum Vorteil der Antragstellerin beispielsweise die angefochtene Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen.

Da dem Begehren der Antragstellerin auf Untersagung des Abschlusses der Verhandlungen im Vergabeverfahren sowie auf Untersagung der Aufforderung der Legung eines LAFO entsprochen wurde, kann im gegenständlichen Vergabeverfahren auch der Abschluss des Vergabeverfahrens und damit auch kein Zuschlag erfolgen, sodass daher dem diesbezüglichen Provisorialbegehren unter Hinweis auf § 329 Abs. 3 BVergG keine Folge gegeben werden konnte. Da dem Begehren der Antragstellerin auf Untersagung des Abschlusses der Verhandlungen im Vergabeverfahren sowie auf Untersagung der Aufforderung der Legung eines LAFO entsprochen wurde, kann im gegenständlichen Vergabeverfahren auch der Abschluss des Vergabeverfahrens und damit auch kein Zuschlag erfolgen, sodass daher dem diesbezüglichen Provisorialbegehren unter Hinweis auf Paragraph 329, Absatz 3, BVergG keine Folge gegeben werden konnte.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) Unzulässigkeit 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 nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsabgabe, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Untersagung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W114.2108953.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.09.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at