

TE Bvwg Beschluss 2015/5/19 W138 2107225-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.05.2015

Entscheidungsdatum

19.05.2015

Norm

BVergG 2006 §107 Abs4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 Iita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §56 Abs6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

- [illegible]

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 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 56 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 56 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016

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 2107225-1/2E

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 "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA- Sanierung Dach Hauptgebäude-Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle OM-Team Niederösterreich Süd, Burgenland, Burgplatz 2, 2700 Wiener Neustadt über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Bernhard Kall, Rechtsanwalt, Rockhgasse 6/4, 1010 Wien vom 13.05.2015 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 "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA- Sanierung Dach Hauptgebäude-Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle OM-Team Niederösterreich Süd, Burgenland, Burgplatz 2, 2700 Wiener Neustadt über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Dr. Bernhard Kall, Rechtsanwalt, Rockhgasse 6/4, 1010 Wien vom 13.05.2015 beschlossen:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA-Sanierung Dach Hauptgebäude-Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution den Zuschlag zu erteilen", wird gemäß § 328 Abs. 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagen, im Vergabeverfahren "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA-Sanierung Dach Hauptgebäude-Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution den Zuschlag zu erteilen", wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 13. Mai 2015 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz.

Der vorgenannte Schriftsatz langte am 13.05.2015 außerhalb der Amtsstunden beim Bundesverwaltungsgericht ein und wurde aus diesem Grunde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert. Der Antrag ist somit jedenfalls fristgerecht eingebracht. Im Schriftsatz vom 13.05.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG sei. Das Bundesverwaltungsgericht sei somit zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG sei im offenen Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung mit Schreiben vom 08.05.2015 per Fax übermittelt worden. Die Frist für die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung sei somit gewahrt. Die Pauschalgebühr sei bezahlt worden. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit bereits ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlages in Höhe des kalkulierten Gewinns der Angebotssumme. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot, sowie der Verlust in Folge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatkungskosten. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen, worin ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin zu erblicken sei. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolge nach dem Bestbieterprinzip. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung die billigste Bieterin. Überdies habe die Antragstellerin eine Verlängerung der Gewährleistung um 5 Jahre angeboten. Aus diesem Grunde sei von der

Auftraggeberin bereits beabsichtigt gewesen den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend dem in der Ausschreibung vorgegebenen Leistungsverzeichnis zunächst digital in ihrem Kalkulationsprogramm erstellt. Im Anschluss daran sei eine Mitarbeiterin der Antragstellerin mit der Übertragung der einzelnen Werte vom elektronisch ausgearbeiteten Angebot auf das schlussendlich eingereichte Angebot beauftragt worden. Die Mitarbeiterin habe somit sämtliche Positionspreise sowie die Preisgrundlagen Lohn/Sonstiges etc. in die vorgesehenen Spalten des Angebotes übertragen. Bei der Übertragung seien unbestrittenermaßen in mehreren Leistungsverzeichnispositionen und in der Spaltenspalte für Nachlässe und Aufschläge in Summenblatt Übertragungsfehler entstanden, welche von der Mitarbeiterin umgehend korrigiert worden seien. Anhand des Angebotes der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese Korrekturen auch von der Mitarbeiterin durchgeführt worden seien müssten, da das Schriftbild definitiv ident wäre. Auch seien sämtliche Korrekturen deutlich erkennbar, sodass es sich lediglich um Abschreibfehler handle und nicht um eine etwaige nachträgliche Veränderung der einzelnen Werte. Da die Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt seien, sei auch nicht relevant, dass die Korrekturen ohne Angabe von Datum und Namen erfolgt seien. Eine nachträgliche Manipulation des Angebotes sei auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Korrekturen bei Angebotsöffnung bereits ersichtlich gewesen wären und die Antragstellerin nach Abgabe keinen Zugang mehr zu ihrem Angebot gehabt hätte. Am 27.04.2015 habe die Auftraggeberin den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, nicht jedoch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt wäre, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Gegen die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung habe die zweitgereichte Bieterin ein Nachprüfungsverfahren (GZ: W138 2106814-2) eingeleitet. Der vorgenannte Schriftsatz langte am 13.05.2015 außerhalb der Amtsstunden beim Bundesverwaltungsgericht ein und wurde aus diesem Grunde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert. Der Antrag ist somit jedenfalls fristgerecht eingebracht. Im Schriftsatz vom 13.05.2015 wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei. Das Bundesverwaltungsgericht sei somit zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG sei im offenen Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung mit Schreiben vom 08.05.2015 per Fax übermittelt worden. Die Frist für die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung sei somit gewahrt. Die Pauschalgebühr sei bezahlt worden. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit bereits ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Aufgrund der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlages in Höhe des kalkulierten Gewinns der Angebotssumme. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot, sowie der Verlust in Folge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatungskosten. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen, worin ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin zu erblicken sei. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erfolge nach dem Bestbieterprinzip. Die Antragstellerin sei nach Angebotsöffnung die billigste Bieterin. Überdies habe die Antragstellerin eine Verlängerung der Gewährleistung um 5 Jahre angeboten. Aus diesem Grunde sei von der Auftraggeberin bereits beabsichtigt gewesen den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend dem in der Ausschreibung vorgegebenen Leistungsverzeichnis zunächst digital in ihrem Kalkulationsprogramm erstellt. Im Anschluss daran sei eine Mitarbeiterin der Antragstellerin mit der Übertragung der einzelnen Werte vom elektronisch ausgearbeiteten Angebot auf das schlussendlich eingereichte Angebot beauftragt worden. Die Mitarbeiterin habe somit sämtliche Positionspreise sowie die Preisgrundlagen Lohn/Sonstiges etc. in die vorgesehenen Spalten des Angebotes übertragen. Bei der Übertragung seien unbestrittenermaßen in mehreren Leistungsverzeichnispositionen und in der Spaltenspalte für Nachlässe und Aufschläge in Summenblatt Übertragungsfehler entstanden, welche von der Mitarbeiterin umgehend korrigiert worden seien. Anhand des Angebotes der Antragstellerin sei ersichtlich, dass diese Korrekturen auch von der Mitarbeiterin durchgeführt worden seien müssten, da das Schriftbild definitiv ident wäre. Auch seien sämtliche Korrekturen deutlich erkennbar, sodass es sich lediglich um Abschreibfehler handle und nicht um eine etwaige nachträgliche Veränderung der einzelnen Werte. Da die Korrekturen vor Angebotsabgabe erfolgt seien, sei auch nicht relevant, dass die Korrekturen ohne Angabe von Datum und Namen erfolgt seien. Eine nachträgliche Manipulation des Angebotes sei auch schon deshalb ausgeschlossen, weil die Korrekturen bei Angebotsöffnung bereits ersichtlich gewesen wären und die Antragstellerin

nach Abgabe keinen Zugang mehr zu ihrem Angebot gehabt hätte. Am 27.04.2015 habe die Auftraggeberin den übrigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern, nicht jedoch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt wäre, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Gegen die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung habe die zweitgereichte Bieterin ein Nachprüfungsverfahren (GZ: W138 2106814-2) eingeleitet.

Die Auftraggeberin schied in weiterer Folge das Angebot der Antragstellerin mit der gegenständlich bekämpften Ausscheidensentscheidung aus. Begründet sei die Ausscheidensentscheidung damit worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbarren Mangel behaftet gewesen wäre. Das Ausscheiden sei rechtswidrig erfolgt, da tatsächlich kein Ausscheidensgrund vorläge. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung, entgegengesetzt zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung damit begründet, dass die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen einen unbehebbarren Mangel darstellen würden, weshalb das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden wäre. Dies wäre verfehlt, da die Korrekturen weder einen Widerspruch zur Ausschreibung darstellen würden, noch einen unbehebbarren Mangel. Es wäre zwischen den einzelnen Fallgruppen des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zu differenzieren. Es sei die Fallgruppe der mangelhaften Angebote von jenen des Ausschreibungswiderspruches zu trennen. Nur bei ersterer stelle sich die Frage der Behebbarkeit des Mangels. Bei letzterer sei eine Verbesserung ex lege ausgeschlossen. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, wie von der zweitgereichten Bieterin im Verfahren W138 2106814-2 behauptet, liege nicht vor. Ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen liege dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erkläre, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Widerspruch des Angebots vorliege, seien die zivilrechtlichen Interpretationsmaßstäbe anzuwenden und zunächst der Inhalt des Angebotes zu ermitteln. Ein den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot liege im gegenständlichen Fall nicht vor, da die vorgenommenen Korrekturen keinerlei Einfluss auf den abzuschließenden Leistungsvertrag hätten. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen ohne Angabe des Datums und rechtsgültiger Unterfertigung würden lediglich gegen die Angebotsformvorschriften verstoßen. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sei § 107 Abs. 4 BVergG als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Richtig sei, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchgeführt werden müssten, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Im gegenständlichen Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsabgabe keine Möglichkeit gehabt, Einfluss auf das Angebot zu nehmen. Auch die durch die Ausschreibungsbestimmungen vorgenommenen Verschärfungen der Ordnungsvorschrift führen jedenfalls nicht dazu, dass bei deren Nichtbeachtung ein neuer, gesetzlich nicht vorgesehener, Ausscheidenstatbestand geschaffen würde. Hätte die Auftraggeberin einen neuen Ausscheidensgrund schaffen wollen, hätten sie diesen explizit als solchen bezeichnen und die Rechtsfolge des Ausscheidens festlegen müssen. Nachdem kein ausschreibungswidriges Angebot vorliege, könne die Auftraggeberin ihre Entscheidung nur darauf stützen, dass ein fehlerhaftes Angebot vorliege, wobei der Fehler als unbehebbar zu qualifizieren sein müsste. Fehlerhaft sei ein Angebot, das nicht den Tatbestand des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot erfülle und sonst mangelhaft sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Korrekturen einen unwesentlichen Angebotsmangel darstellen würden, da sie weder eine nachträgliche Beeinflussung des Wertes der Leistung herbeiführen würden, noch die Antragstellerin in irgendeiner Weise gegenüber den übrigen Bietern begünstigen würde. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass keine der von der Auftraggeberin zur Begründung der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Judikate anwendbar sei. Vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin zwar mit einem Mangel behaftet, dieser sei aber nicht als wesentlich anzusehen und das Angebot somit zulässig und nicht auszuschneiden. Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei diese in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Insbesondere sei sie auch im Recht auf das nicht Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes verletzt. Die Auftraggeberin schied in weiterer Folge das Angebot der Antragstellerin mit der gegenständlich bekämpften Ausscheidensentscheidung aus. Begründet sei die Ausscheidensentscheidung damit worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbarren Mangel behaftet gewesen wäre. Das Ausscheiden sei rechtswidrig erfolgt, da tatsächlich kein Ausscheidensgrund vorläge. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung, entgegengesetzt zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung damit begründet, dass die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen einen unbehebbarren Mangel darstellen würden, weshalb das

Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden wäre. Dies wäre verfehlt, da die Korrekturen weder einen Widerspruch zur Ausschreibung darstellen würden, noch einen unbehebbarer Mangel. Es wäre zwischen den einzelnen Fallgruppen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu differenzieren. Es sei die Fallgruppe der mangelhaften Angebote von jenen des Ausschreibungswiderspruches zu trennen. Nur bei ersterer stelle sich die Frage der Behebbarkeit des Mangels. Bei letzterer sei eine Verbesserung ex lege ausgeschlossen. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot, wie von der zweitgereihten Bieterin im Verfahren W138 2106814-2 behauptet, liege nicht vor. Ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen liege dann vor, wenn der Bieter in seinem Angebot erkläre, den zu vergebenden Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Widerspruch des Angebots vorliege, seien die zivilrechtlichen Interpretationsmaßstäbe anzuwenden und zunächst der Inhalt des Angebotes zu ermitteln. Ein den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot liege im gegenständlichen Fall nicht vor, da die vorgenommenen Korrekturen keinerlei Einfluss auf den abzuschließenden Leistungsvertrag hätten. Die von der Antragstellerin vorgenommenen Korrekturen ohne Angabe des Datums und rechtsgültiger Unterfertigung würden lediglich gegen die Angebotsformvorschriften verstoßen. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden sei Paragraph 107, Absatz 4, BVergG als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Richtig sei, dass Korrekturen von Bieterangaben eindeutig und klar sein müssten und so durchgeführt werden müssten, dass zweifelsfrei feststehe, dass die Korrekturen vor der Angebotsabgabe erfolgt seien. Im gegenständlichen Fall hätte die Antragstellerin nach Angebotsabgabe keine Möglichkeit gehabt, Einfluss auf das Angebot zu nehmen. Auch die durch die Ausschreibungsbestimmungen vorgenommenen Verschärfungen der Ordnungsvorschrift führen jedenfalls nicht dazu, dass bei deren Nichtbeachtung ein neuer, gesetzlich nicht vorgesehener, Ausscheidensstatbestand geschaffen würde. Hätte die Auftraggeberin einen neuen Ausscheidensgrund schaffen wollen, hätten sie diesen explizit als solchen bezeichnen und die Rechtsfolge des Ausscheidens festlegen müssen. Nachdem kein ausschreibungswidriges Angebot vorliege, könne die Auftraggeberin ihre Entscheidung nur darauf stützen, dass ein fehlerhaftes Angebot vorliege, wobei der Fehler als unbehebbar zu qualifizieren seien müsste. Fehlerhaft sei ein Angebot, das nicht den Tatbestand des den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot erfülle und sonst mangelhaft sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Korrekturen einen unwesentlichen Angebotsmangel darstellen würden, da sie weder eine nachträgliche Beeinflussung des Wertes der Leistung herbeiführen würden, noch die Antragstellerin in irgendeiner Weise gegenüber den übrigen Bietern begünstigen würde. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass keine der von der Auftraggeberin zur Begründung der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Judikate anwendbar sei. Vielmehr sei das Angebot der Antragstellerin zwar mit einem Mangel behaftet, dieser sei aber nicht als wesentlich anzusehen und das Angebot somit zulässig und nicht auszuschneiden. Durch das rechtswidrige Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin sei diese in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Insbesondere sei sie auch im Recht auf das nicht Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes verletzt.

Aufgrund der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin bestünde die Gefahr, dass die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten würde. Diesem Umstand könne nur durch ein Verbot der Zuschlagserteilung an die Auftraggeberin abgeholfen werden. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung würden keinerlei öffentliche Interessen des gegenständlichen Vergabeverfahrens oder der Auftraggeberin wesentlich beeinträchtigt oder gar verletzt. Die zeitlich befristete Untersagung des Zuschlages sei jedenfalls die einzige und die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Am 19.05.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab zur beantragten Einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

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

1. Festgestellter Sachverhalt:

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

Die Bundesimmobiliengesellschaft schrieb die gegenständliche Leistung "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA-Sanierung Dach Hauptgebäude- Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Am 08.05.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes, gestützt auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG per Telefax bekanntgegeben. Am 13.05.2015 langte der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht außerhalb der Amtsstunden ein. Dieser Antrag wurde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert und wurde somit fristgerecht eingebracht. Die Bundesimmobiliengesellschaft schrieb die gegenständliche Leistung "7423 Pinkafeld, Maierhofplatz 1, HTBL/HTBLVA-Sanierung Dach Hauptgebäude- Schwarzdecker- und Bauspengelarbeiten" in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Am 08.05.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes, gestützt auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG per Telefax bekanntgegeben. Am 13.05.2015 langte der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht außerhalb der Amtsstunden ein. Dieser Antrag wurde nach Wiederbeginn der Amtsstunden am 15.05.2015 protokolliert und wurde somit fristgerecht eingebracht.

Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin wurde weder eine Zuschlagsentscheidung bzw. eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben, noch wurde der Zuschlag erteilt bzw. der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

2.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobilien m. b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (stRspr, zB BVA 8. 8. 2012, N/0066-BVA/08/2012-54; 26. 11. 2012, N/0095-BVA/04/2012-24; 6. 5. 2013, N/0023-BVA/10/2013-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobilien m. b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (stRspr, zB BVA 8. 8. 2012, N/0066-BVA/08/2012-54; 26. 11. 2012, N/0095-BVA/04/2012-24; 6. 5. 2013, N/0023-BVA/10/2013-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und 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 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung per Telefax am 08.05.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 BVergG iVm § 56 Abs. 6 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung per Telefax am 08.05.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 56, Absatz 6, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

2.2. Inhaltliche Beurteilung

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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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, der Auftraggeberin 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).

Die Auftraggeberin 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 Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß § 131 Abs. 1 BVergG sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVwG und des BVA). Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr

unterzogen werden kann" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 131, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/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

Angebotsmangel, Ausscheiden eines Angebotes,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag,
Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, drohende Schädigung,
einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel,
Mängelbehebung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse,
Provisorialverfahren, Revision zulässig, Schaden, Unbehebbarkeit,
unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung der Zuschlagserteilung,
Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des
Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2107225.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at