

TE Bvwg Beschluss 2014/1/10 W138 2000166-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.01.2014

Entscheidungsdatum

10.01.2014

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

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

Spruch

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 292 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idF (BVergG) durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Duale Zustellung" (BBG-interne GZ: 3801.01619) der Auftraggeber XXXX sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9 b, 1020 Wien, wiederum alle vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der XXXX, vom 30.12.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 292, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idF (BVergG) durch den Richter Mag. Klaus Hochsteiner als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Duale Zustellung" (BBG-interne GZ: 3801.01619) der Auftraggeber römisch 40 sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9 b, 1020 Wien, wiederum alle vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über den Antrag der römisch 40, vom 30.12.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Dem Antrag der XXXX, vom 30.12.2013, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner untersagen, im Vergabeverfahren "Duale Zustellung", (Internes Geschäftszeichen der BBG: GZ 3801.01619) die Rahmenvereinbarung bis zur Entscheidung über den in Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag abzuschließen", wird gem. §§ 312 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 328 und 329 BVergG Dem Antrag der römisch 40, vom 30.12.2013, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "das Bundesvergabeamt möge dem Antragsgegner untersagen, im Vergabeverfahren "Duale Zustellung", (Internes Geschäftszeichen der BBG: GZ 3801.01619) die Rahmenvereinbarung bis zur Entscheidung über den in Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag abzuschließen", wird gem. Paragraphen 312, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, 328 und 329 BVergG

s t a t t g e g e b e n.

Im Vergabeverfahren "Duale Zustellung" (BBG-interne GZ: 3801.01619) wird den Auftraggebern, XXXX sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht gegenständlich geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Im Vergabeverfahren "Duale Zustellung" (BBG-interne GZ: 3801.01619) wird den Auftraggebern, XXXX sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich für die Dauer des beim Bundesverwaltungsgericht gegenständlich geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

II. römisch zwei.

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

Text

BEGRÜNDUNG

zu I. zu römisch eins.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2013, eingelangt beim Bundesvergabeamt, nunmehr zuständig das Bundesverwaltungsgericht, am 30.12.2013, brachte die XXXX (im Weiteren: Antragstellerin) einen Nachprüfungsantrag ein. Neben dem Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Beschlusses wörtlich wiedergegeben, beantragt. Mit Schriftsatz vom 30.12.2013, eingelangt beim Bundesvergabeamt, nunmehr zuständig das Bundesverwaltungsgericht, am 30.12.2013, brachte die

römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin) einen Nachprüfungsantrag ein. Neben dem Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung wurde auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Beschlusses wörtlich wiedergegeben, beantragt.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichen zusammengefasst - sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz - damit, dass die XXXX sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich (im Weiteren: Auftraggeber) ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung eingeleitet hätten. Am 19.12.2013 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der Postserver XXXX(im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen. Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichen zusammengefasst - sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz - damit, dass die römisch 40 sowie alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG im Gebiet der Republik Österreich (im Weiteren: Auftraggeber) ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung eingeleitet hätten. Am 19.12.2013 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung mit der Postserver XXXX(im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin) abzuschließen.

Gegen diese Auswahlentscheidung (Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Auswahlentscheidung sei rechtswidrig, da davon ausgegangen werde, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest im Bereich des Drucks, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei und diese Leistungen weit unter den Gestehungskosten von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten würden.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise seien im Bereich Druck als unplausibel niedrig, nicht marktüblich und mit ziemlicher Sicherheit auch klar unter Gestehungskosten liegend.

Die Preisbildung der Antragstellerin sei plausibel, betriebswirtschaftlich voll erklärbar und nachvollziehbar.

Der Antragstellerin drohe der Entgang eines wichtigen Prestigeprojektes. Weiters drohe ihr ein Schaden in Höhe des marktüblichen entgangenen Gewinns und der Frustration der Kosten, die mit dem Studium der Ausschreibungsunterlagen und den bisherigen Vorbereitungsarbeiten für die gegenständliche Ausschreibung verbunden gewesen seien.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht, dass ein gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG idGF auszuschließender Bieter auch tatsächlich ausgeschlossen werde und diesem nicht der Zuschlag erteilt werde, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des § 19 BVergG idGF und unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs, im Recht darauf, dass eine Ausschreibung widerrufen werde, sofern alle Bieter auszuscheiden seien, so wie überhaupt im Recht, dass das gesamte Vergaberechtsregime eingehalten werde, verletzt. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht, dass ein gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG idGF auszuschließender Bieter auch tatsächlich ausgeschlossen werde und diesem nicht der Zuschlag erteilt werde, im Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG, insbesondere des Paragraph 19, BVergG idGF und unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes und entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs, im Recht darauf, dass eine Ausschreibung widerrufen werde, sofern alle Bieter auszuscheiden seien, so wie überhaupt im Recht, dass das gesamte Vergaberechtsregime eingehalten werde, verletzt.

Mit Telefax vom 03.01.2014 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokurator, dem Bundesverwaltungsgericht allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, zum Antrag auf Erlassung der Einstweiligen Verfügung und zum Nachprüfungsantrag. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Auftrages einer prioritären Dienstleistung, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle, liege im Oberschwellenbereich. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gem. § 30 Abs. 1 Z 2 BVergG idGF. Der Versand der EU-weiten Bekanntmachung sei am 21.1.2013 erfolgt. Am 20.12.2013 sei der Versand der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung elektronisch erfolgt. Das BMI habe der vergebenden Stelle mitgeteilt, dass auf Grund interner Projektvorgaben besondere Dringlichkeit zur Beschaffung vorliege. Da

Sicherheitsinteressen der Republik betroffen seien, liege ein öffentliches Interesse an der Ausschreibung vor. Im Rahmen der Projektplanung sei ein erstes Nachprüfungsverfahren eingeplant gewesen. Den Auftraggeber treffe an den Verzögerungen kein Verschulden. Mit Telefax vom 03.01.2014 erteilten die Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokurator, dem Bundesverwaltungsgericht allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und zum Nachprüfungsantrag. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Auftrages einer prioritären Dienstleistung, der nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle, liege im Oberschwellenbereich. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gem. Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG idgF. Der Versand der EU-weiten Bekanntmachung sei am 21.1.2013 erfolgt. Am 20.12.2013 sei der Versand der Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung elektronisch erfolgt. Das BMI habe der vergebenden Stelle mitgeteilt, dass auf Grund interner Projektvorgaben besondere Dringlichkeit zur Beschaffung vorliege. Da Sicherheitsinteressen der Republik betroffen seien, liege ein öffentliches Interesse an der Ausschreibung vor. Im Rahmen der Projektplanung sei ein erstes Nachprüfungsverfahren eingeplant gewesen. Den Auftraggeber treffe an den Verzögerungen kein Verschulden.

Die Voraussetzungen der Dringlichkeit und der anderweitigen konkreten Nachteile sei jedenfalls gegeben.

Auf Grund der Stellungnahme der Antragstellerin vom 30.12.2013 und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 03.01.2014 samt den vorgelegten Verfahrensunterlagen wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserhebliche Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin führte unter der Bezeichnung "Duale Zustellung" ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch. Es handelt sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung prioritärer Dienstleistungen mit einem geschätzten jährlichen Auftragswert von €

1,397 Mio. exkl. USt. (5 Jahre € 6,985 Mio. exkl. USt.) Die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgte durch Versand an die Bieter am 20.12.2013. Ein Zuschlag wurde bisher nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen.

Die Antragstellerin hat am 30.12.2013 mit Schriftsatz vom selben Tag einen gegen diese Auswahlentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht und hierfür unter Berücksichtigung von § 318 BVergG iVm § 1 und § 2 Abs. 2 der BVA-GebV 2012 Pauschalgebühren in Höhe von € 12.000,- für den Nachprüfungsantrag und € 6.000,- für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezahlt. Die Antragstellerin hat am 30.12.2013 mit Schriftsatz vom selben Tag einen gegen diese Auswahlentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht und hierfür unter Berücksichtigung von Paragraph 318, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins und Paragraph 2, Absatz 2, der BVA-GebV 2012 Pauschalgebühren in Höhe von € 12.000,- für den Nachprüfungsantrag und € 6.000,- für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezahlt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zu Grunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens. An deren Echtheit und Richtigkeit besteht kein Zweifel.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich zu beurteilen wie folgt:

Auftraggeber sind die XXXX sowie andere Bundesbehörden. Wie aus dem Vergabeakten ersichtlich (siehe "geschätzte Mengen, Mengen auf Basis Bedarfserhebung & Arbeitsgruppensitzung inkl. Hochrechnung"), haben nXXXX, die alle dem Vollziehungsbereich des Bundes unterliegen, nur die XXXX derzeit einen Bedarf an der gegenständlichen Leistung gemeldet. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich des Weiteren entnehmen, dass beim konkreten Vergabevorgang teilweise die XXXX als Auftraggeber auftritt. Da diese in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt, wäre das Bundesverwaltungsgericht insoweit somit grundsätzlich nicht zur Vergabekontrolle berufen. Auftraggeber sind die römisch 40 sowie andere Bundesbehörden. Wie aus dem Vergabeakten ersichtlich (siehe "geschätzte Mengen, Mengen auf Basis Bedarfserhebung & Arbeitsgruppensitzung inkl. Hochrechnung"), haben nXXXX, die alle dem Vollziehungsbereich des Bundes unterliegen, nur die römisch 40 derzeit einen Bedarf an der gegenständlichen Leistung gemeldet. Den Ausschreibungsunterlagen lässt sich des Weiteren entnehmen, dass beim konkreten Vergabevorgang teilweise die römisch 40 als Auftraggeber

auftritt. Da diese in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich nicht in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt, wäre das Bundesverwaltungsgericht insoweit somit grundsätzlich nicht zur Vergabekontrolle berufen.

Aus Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG ergibt sich jedoch, dass im Fall der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder die Vollziehung dem Bund obliegt, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu GZ N/0101-BVA/07/2013-39 wurde dem Bundesvergabeamt mit E-Mail vom 24.10.2013 bekannt gegeben, dass der Anteil der XXXX am geschätzten Auftragswert lediglich 9,91% beträgt. Angesichts der beabsichtigten gemeinsamen Vergabe unterliegt somit entsprechend Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. f B-VG der gesamte Beschaffungsvorgang dem Vollziehungsbereich des Bundes. Dies bedingt wiederum, dass gemäß § 291 BVergG idGF (allein) das Bundesverwaltungsgericht für die Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist. Aus Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG ergibt sich jedoch, dass im Fall der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder die Vollziehung dem Bund obliegt, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens zu GZ N/0101-BVA/07/2013-39 wurde dem Bundesvergabeamt mit E-Mail vom 24.10.2013 bekannt gegeben, dass der Anteil der römisch 40 am geschätzten Auftragswert lediglich 9,91% beträgt. Angesichts der beabsichtigten gemeinsamen Vergabe unterliegt somit entsprechend Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera f, B-VG der gesamte Beschaffungsvorgang dem Vollziehungsbereich des Bundes. Dies bedingt wiederum, dass gemäß Paragraph 291, BVergG idGF (allein) das Bundesverwaltungsgericht für die Überprüfung des gesamten Vergabeverfahrens zuständig ist.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Art 151 Abs. 51 Z 8 B-VG Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG.

Nach den Angaben der Auftraggeber handelt es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zeitgleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG idGF eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unter Berücksichtigung von § 328 iVm § 321 Abs. 1 BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG idGF. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zeitgleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG idGF eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unter Berücksichtigung von Paragraph 328, in Verbindung mit Paragraph 321, Absatz eins, BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG idGF.

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345 Abs.17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs.17 Z 2 BVergG idGF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idGF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0124-BVA/07/2013 am 30.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 128/2013 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt, nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 12.7.2013 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0124-BVA/07/2013 am 30.12.2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 12.7.2013 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 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, BVergG 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 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 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.

Gemäß § 329 Abs. 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche

diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeber beabsichtigt ist, mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die gegenständliche Rahmenvereinbarung abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeber beabsichtigt ist, mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die gegenständliche Rahmenvereinbarung abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge mit allen daraus erwachsenden Nachteilen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es auch, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten.

Dass die von der Antragstellerin in ihrem Antrag angesprochenen Kosten einer frustrierten Angebotserstellung bereits einen drohenden Schaden nach § 328 Abs. 1 BVergG darstellen, zeigt auch die Bestimmung des § 337 BVergG. Der erste Absatz dieser Bestimmung nennt nämlich ausdrücklich die Kosten der Angebotsstellung als Schaden und Abs. 2 verpflichtet den Geschädigten, diesen Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung (sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages) abzuwenden, was voraussetzt, dass ein solcher Schaden als drohender Schaden nach § 328 Abs. 1 BVergG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen kann. Dass die von der Antragstellerin in ihrem Antrag angesprochenen Kosten einer frustrierten Angebotserstellung bereits einen drohenden Schaden nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG darstellen, zeigt auch die Bestimmung des Paragraph 337, BVergG. Der erste Absatz dieser Bestimmung nennt nämlich ausdrücklich die Kosten der Angebotsstellung als Schaden und Absatz 2, verpflichtet den Geschädigten, diesen Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung (sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages) abzuwenden, was voraussetzt, dass ein solcher Schaden als drohender Schaden nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen kann.

Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt.

Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin u.a. auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; 9.6.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Die Auftraggeber haben darauf hingewiesen, dass auf Grund interner Projektvorgaben besondere Dringlichkeit zur Beschaffung der gegenständlichen Leistung vorliegt und man im Rahmen der Projektplanung ein erstes Nachprüfungsverfahren eingeplant hat.

Ein öffentliches Interesse allein reicht nicht aus, es ist nur ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bei der Interessenabwägung mit einzubeziehen. Dabei ist etwa an Gefahren für Leben und Gesundheit, drohende Umweltkatastrophen etc. zu denken. Worin die laut Auftraggeberin gefährdeten

Sicherheitsinteressen der Republik Österreich liegen, wurde nicht dargelegt und erscheint unter zu Grunde Legung des Ausschreibungsgegenstandes auch nicht nachvollziehbar.

Im Sinne der ständigen Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa bereits BVA vom 9.1.2004, 10N-3/04-4; 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-10; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25.1.2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend anzusehen.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen späteren Abschluss mit der Antragstellerin ermöglicht.

Bei beabsichtigtem Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch den Auftraggeber stellt dessen vorläufige Untersagung die gelindeste Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG dar. Bei beabsichtigtem Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch den Auftraggeber stellt dessen vorläufige Untersagung die gelindeste Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dar.

Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

zu II. Unzulässigkeit der Revision zu römisch zwei. 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. VwGH vom 6. November 2002, 2002/04/0138, VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028, VwGH vom 1. Februar 2005, 2005/04/0004, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, VwGH vom 1. März 2007, 2005/04/0239, VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0254, VwGH vom 29. Februar 2008, 2008/04/0019, VwGH vom 14. Jänner 2009, 2008/04/0143, VwGH vom 14. April 2011, 2008/04/0065 und VwGH vom 29. September 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. 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 VwGH vom 6. November 2002, 2002/04/0138, VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0028, VwGH vom 1. Februar 2005, 2005/04/0004, VwGH vom 29. Juni 2005, 2005/04/0024, VwGH vom 1. März 2007, 2005/04/0239, VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0254, VwGH vom 29. Februar 2008, 2008/04/0019, VwGH vom 14. Jänner 2009, 2008/04/0143, VwGH vom 14. April 2011, 2008/04/0065 und VwGH vom 29. September 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

einstweilige Verfügung, Rahmenvereinbarung, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2000166.1.00

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at