

TE Vwgh Erkenntnis 2011/4/14 2008/04/0065

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.04.2011

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs1 lita;
BVergG 2006 §320 Abs1 Z2;
BVergG 2006 §328 Abs1;
BVergG 2006 §328 Abs5 Z3;
BVergG 2006 §329;
BVergG 2006 §338 Abs1;
BVergG 2006 §338 Abs2;
EURallg;
VwGG §42 Abs2 Z1;

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 § 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 § 338 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 338 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 338 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 338 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X GmbH in Y, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in 1220 Wien, Wagramer Straße 19 (IZD Tower), gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. April 2008, Zl. N/0048-BVA/13/2008-6, betreffend einstweilige Verfügung im Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger in 1030 Wien, Kundmanngasse 21; weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat einen Lieferauftrag zur Beschaffung eines Impfstoffes gegen Rotaviren im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 1,920.000,-- nach dem "Billigstbieterprinzip" ausgeschrieben.

Mit Nachprüfungsantrag vom 18. April 2008 begehrte die Beschwerdeführerin die Nichtigerklärung der (bzw. eines Teiles der) Ausschreibung und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühr (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2008/04/0104) sowie unter einem die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Nachprüfungsantrag vom 18. April 2008 begehrte die Beschwerdeführerin die Nichtigerklärung der (bzw. eines Teiles der) Ausschreibung und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühr vergleiche , dazu das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2008/04/0104) sowie unter einem die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit dem hier angefochtenen Bescheid wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG 2006 abgewiesen. Mit dem hier angefochtenen Bescheid wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 abgewiesen.

Nach der Begründung dieses Bescheides habe die Beschwerdeführerin mit dem gegenständlichen Antrag begehrt, bis zur Entscheidung der belangten Behörde über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen und das Vergabeverfahren sowie die Angebotsfrist (diese ende am 28. April 2008) auszusetzen, in eventu die Öffnung und Prüfung der Angebote zu untersagen, in eventu die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu untersagen. Im angefochtenen Bescheid wird die Antragsbegründung im Wesentlichen wörtlich wiedergegeben. Demnach hat die Beschwerdeführerin zunächst näher ausgeführt, weshalb im gegenständlichen Fall die Wahl des Billigstbieterprinzips in der Ausschreibung rechtswidrig sei, und darauf hingewiesen, dass die Auftraggeberin in einem vorangegangenen Vergabeverfahren die Lieferung des genannten Impfstoffes nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben habe, wobei das Produkt der Beschwerdeführerin qualitativ besser bewertet worden sei als das zweite am Markt befindliche Produkt. Da die Beschwerdeführerin beabsichtige, sich auch am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, habe sie auch ein Interesse daran, dass auch im gegenständlichen Verfahren die Zuschlagsentscheidung nach dem dem Gesetz entsprechenden Bestbieterprinzip und nicht nach dem Billigstbieterprinzip getroffen werde. Das von der Auftraggeberin nunmehr gewählte

Billigstbieterprinzip führe nämlich dazu, dass kein Wettbewerb vergleichbarer Angebote sichergestellt werde (wird im Antrag näher begründet) und dass die Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung rechtswidriger Weise beeinträchtigt würden. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die am 28. April 2008 endende Angebotsfrist, nach deren Ablauf die Auftraggeberin die Möglichkeit habe, den Zuschlag auf die bis dahin einlangenden Angebote zu erteilen, ergebe sich nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, weil sie gezwungen wäre, auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen (Billigstbieterprinzip) ein Angebot zu erstellen und dieses abzugeben. In der Begründung des Antrages finden sich weiters Ausführungen zur Interessenabwägung im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG 2006. Nach der Begründung dieses Bescheides habe die Beschwerdeführerin mit dem gegenständlichen Antrag begehrt, bis zur Entscheidung der belangten Behörde über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen und das Vergabeverfahren sowie die Angebotsfrist (diese ende am 28. April 2008) auszusetzen, in eventuelle Öffnung und Prüfung der Angebote zu untersagen, in eventuelle Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu untersagen. Im angefochtenen Bescheid wird die Antragsbegründung im Wesentlichen wörtlich wiedergegeben. Demnach hat die Beschwerdeführerin zunächst näher ausgeführt, weshalb im gegenständlichen Fall die Wahl des Billigstbieterprinzips in der Ausschreibung rechtswidrig sei, und darauf hingewiesen, dass die Auftraggeberin in einem vorangegangenen Vergabeverfahren die Lieferung des genannten Impfstoffes nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben habe, wobei das Produkt der Beschwerdeführerin qualitativ besser bewertet worden sei als das zweite am Markt befindliche Produkt. Da die Beschwerdeführerin beabsichtige, sich auch am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, habe sie auch ein Interesse daran, dass auch im gegenständlichen Verfahren die Zuschlagsentscheidung nach dem dem Gesetz entsprechenden Bestbieterprinzip und nicht nach dem Billigstbieterprinzip getroffen werde. Das von der Auftraggeberin nunmehr gewählte Billigstbieterprinzip führe nämlich dazu, dass kein Wettbewerb vergleichbarer Angebote sichergestellt werde (wird im Antrag näher begründet) und dass die Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung rechtswidriger Weise beeinträchtigt würden. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die am 28. April 2008 endende Angebotsfrist, nach deren Ablauf die Auftraggeberin die Möglichkeit habe, den Zuschlag auf die bis dahin einlangenden Angebote zu erteilen, ergebe sich nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, weil sie gezwungen wäre, auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen (Billigstbieterprinzip) ein Angebot zu erstellen und dieses abzugeben. In der Begründung des Antrages finden sich weiters Ausführungen zur Interessenabwägung im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006.

Diesem Vorbringen der Beschwerdeführerin, so die belangte Behörde weiter, habe die Auftraggeberin entgegnet, dass im Falle der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung eine "aufklaffende Versorgungslücke" beim genannten Impfstoffe entstehe, sodass öffentliche Interessen der Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung entgegenstünden.

In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde von der Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 aus, weil der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg. cit - so auch ein drohender Schaden durch die behauptete Rechtswidrigkeit - nicht offensichtlich fehlten. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei aber abzuweisen, weil beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens eine Schädigung der Interessen der Beschwerdeführerin nicht "unmittelbar drohe" (§ 328 Abs. 1 BVergG 2006). Die von der Beschwerdeführerin befürchtete Erteilung des Zuschlags und daraus resultierend ein Entgang des Gewinnes und der Verlust eines Referenzprojektes seien nämlich erst nach Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung, gegen die aber mit gesondertem Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgegangen werden könne, denkbar. Daher drohe der Beschwerdeführerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit (lediglich) der Ausschreibung (noch) nicht unmittelbar die Schädigung ihrer Interessen. Soweit die Beschwerdeführerin aber vorbringe, sie sei gezwungen, auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung ein Angebot zu erstellen, so werde damit eine entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen nicht konkret dargetan, eine solche sei auch nicht ersichtlich. In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde von der Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 aus, weil der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit - so auch ein drohender Schaden durch die behauptete Rechtswidrigkeit - nicht offensichtlich fehlten. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei aber abzuweisen, weil beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens eine

Schädigung der Interessen der Beschwerdeführerin nicht "unmittelbar drohe" (Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006). Die von der Beschwerdeführerin befürchtete Erteilung des Zuschlags und daraus resultierend ein Entgang des Gewinnes und der Verlust eines Referenzprojektes seien nämlich erst nach Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung, gegen die aber mit gesondertem Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgegangen werden könne, denkbar. Daher drohe der Beschwerdeführerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit (lediglich) der Ausschreibung (noch) nicht unmittelbar die Schädigung ihrer Interessen. Soweit die Beschwerdeführerin aber vorbringe, sie sei gezwungen, auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung ein Angebot zu erstellen, so werde damit eine entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen nicht konkret dargetan, eine solche sei auch nicht ersichtlich.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007, lauten: Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, lauten:

"Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

...

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat 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. Paragraph 328, (1) Das Bundesvergabeamt hat 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.

1. (2) Absatz 2, Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist beim Bundesvergabeamt einzubringen. Er hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,

1. 3. Ziffer 3

die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

2. 4.Ziffer 4

die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

3. 5.Ziffer 5

die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

4. 6.Ziffer 6

die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

...

1. (5)Absatz 5, Das Bundesvergabeamt hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. 1.Ziffer eins

bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, bzw.

2. 2.Ziffer 2

bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.

3. die Angebote nicht öffnen.

...

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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.

2. (2)Absatz 2, Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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.

..."

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen, weil der Beschwerdeführerin durch die (mit dem gleichzeitig gestellten Nachprüfungsantrag) bekämpfte Ausschreibung noch keine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 drohe. Eine unmittelbar drohende Schädigung (in Form des entgangenen Gewinns und eines entgangenen Referenzprojekts bei Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter) könne nach Ansicht der belangten Behörde erst durch die Zuschlagsentscheidung bewirkt werden. Die belangte Behörde hat daher den Antrag der Beschwerdeführerin schon wegen der Nichterfüllung der Erfolgsvoraussetzungen des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 abgewiesen und hat sich folglich mit der Interessenabwägung des § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht mehr befasst. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen, weil der Beschwerdeführerin durch die (mit dem gleichzeitig gestellten Nachprüfungsantrag) bekämpfte Ausschreibung noch keine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 drohe. Eine unmittelbar drohende Schädigung (in Form des entgangenen

Gewinns und eines entgangenen Referenzprojekts bei Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter) könne nach Ansicht der belangten Behörde erst durch die Zuschlagsentscheidung bewirkt werden. Die belangte Behörde hat daher den Antrag der Beschwerdeführerin schon wegen der Nichterfüllung der Erfolgsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 abgewiesen und hat sich folglich mit der Interessenabwägung des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht mehr befasst.

Soweit die belangte Behörde damit zum Ausdruck bringt, im Falle eines Antrages auf Nichtigerklärung einer Ausschreibung komme die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, weil die Ausschreibung für sich noch keine zu einem unmittelbaren Schaden führende Entscheidung des Auftraggebers darstellen könne, ist darauf hinzuweisen, dass § 328 Abs. 1 BVergG 2006 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar vom Bestehen (und von der behaupteten Rechtswidrigkeit) einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers abhängig macht, aber nicht auf bestimmte gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidungen reduziert. Vielmehr ergibt sich auch aus § 328 Abs. 5 Z. 3 BVergG 2006, wonach durch eine einstweilige Verfügung u.a. das Öffnen der Angebote vorläufig untersagt werden kann (was im Übrigen gegenständlich beantragt wurde), dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch im Falle der Anfechtung einer Ausschreibung möglich ist (was im Übrigen den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 89/665/EWG entspricht). Soweit die belangte Behörde damit zum Ausdruck bringt, im Falle eines Antrages auf Nichtigerklärung einer Ausschreibung komme die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, weil die Ausschreibung für sich noch keine zu einem unmittelbaren Schaden führende Entscheidung des Auftraggebers darstellen könne, ist darauf hinzuweisen, dass Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar vom Bestehen (und von der behaupteten Rechtswidrigkeit) einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers abhängig macht, aber nicht auf bestimmte gesondert anfechtbare Auftraggeberentscheidungen reduziert. Vielmehr ergibt sich auch aus Paragraph 328, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2006, wonach durch eine einstweilige Verfügung u.a. das Öffnen der Angebote vorläufig untersagt werden kann (was im Übrigen gegenständlich beantragt wurde), dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch im Falle der Anfechtung einer Ausschreibung möglich ist (was im Übrigen den Anforderungen des Artikel 2, Absatz eins, Litera a, der Richtlinie 89/665/EWG entspricht).

Entscheidend ist daher im vorliegenden Fall, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 erfüllt waren, insbesondere ob der Beschwerdeführerin bei Erlassung des angefochtenen Bescheides eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen im Sinne der genannten Bestimmung drohte (eine bereits entstandene Schädigung wurde unstrittig nicht behauptet). Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 7 zu § 320 und T. Gruber, ebenda, Rz 29 zu § 328). Entscheidend ist daher im vorliegenden Fall, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 erfüllt waren, insbesondere ob der Beschwerdeführerin bei Erlassung des angefochtenen Bescheides eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen im Sinne der genannten Bestimmung drohte (eine bereits entstandene Schädigung wurde unstrittig nicht behauptet). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche , Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 7 zu Paragraph 320 und T. Gruber, ebenda, Rz 29 zu Paragraph 328.).

In der Begründung ihres Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hat die Beschwerdeführerin zur drohenden Schädigung sinngemäß ausgeführt (§ 328 Abs. 2 Z. 4 BVergG 2006), sie müsse, wenn diesem Antrag nicht stattgegeben werde, zum Zwecke der Aufrechterhaltung ihrer Chance auf Zuschlagserteilung ein Angebot auf Basis der angefochtenen Ausschreibung, somit auf der Grundlage des Billigstbieterprinzips, abgeben, obwohl ihre Chancen auf den Zuschlag dadurch beeinträchtigt seien (weil das Produkt der Beschwerdeführerin gegenüber jenem des Mitbewerbers die höhere Qualität aufweise und damit nur bei einer Ausschreibung nach dem Bestbieterprinzip im Vorteil sei). In der Begründung ihres Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hat die Beschwerdeführerin

zur drohenden Schädigung sinngemäß ausgeführt (Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006), sie müsse, wenn diesem Antrag nicht stattgegeben werde, zum Zwecke der Aufrechterhaltung ihrer Chance auf Zuschlagserteilung ein Angebot auf Basis der angefochtenen Ausschreibung, somit auf der Grundlage des Billigstbieterprinzips, abgeben, obwohl ihre Chancen auf den Zuschlag dadurch beeinträchtigt seien (weil das Produkt der Beschwerdeführerin gegenüber jenem des Mitbewerbers die höhere Qualität aufweise und damit nur bei einer Ausschreibung nach dem Bestbieterprinzip im Vorteil sei).

Damit hat die Beschwerdeführerin zunächst erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass ihr im Falle der Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung ein unmittelbarer Vermögensschaden infolge der (frustrierten) Kosten für die Angebotserstellung drohe, weil sie bei Aufrechterhaltung des Billigstbieterprinzips (somit bei Nichtberücksichtigung der besseren Qualität ihres Impfstoffes) geringe Chancen auf den Zuschlag habe. In diesem Zusammenhang bringt sie auch in der Beschwerde vor, dass für ihre höherwertige Leistung auch ein höherer Preis verlangt werden müsse (womit sie abermals auf die verringerten Chancen ihres Angebotes beim vorgegebenen Billigstbieterprinzip verweist).

Dieses für einen unmittelbar drohenden Vermögensschaden sprechende Argument ist nicht von der Hand zu weisen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es nämlich, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (vgl. dazu das Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2007/04/0010, mwN). Dass die von der Beschwerdeführerin in ihrem Antrag angesprochenen Kosten einer frustrierten Angebotserstellung bereits einen drohenden Schaden nach § 328 Abs. 1 BVergG 2006 darstellen, zeigt auch die Bestimmung des § 338 BVergG 2006. 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 2006 zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen kann. Dennoch hat die belangte Behörde, ohne sich mit diesem Argument inhaltlich auseinander zu setzen, den der Beschwerdeführerin unmittelbar drohenden Schaden im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 verneint. Schon deshalb erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig. Dieses für einen unmittelbar drohenden Vermögensschaden sprechende Argument ist nicht von der Hand zu weisen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es nämlich, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten vergleiche , dazu das Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2007/04/0010, mwN). Dass die von der Beschwerdeführerin in ihrem Antrag angesprochenen Kosten einer frustrierten Angebotserstellung bereits einen drohenden Schaden nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 darstellen, zeigt auch die Bestimmung des Paragraph 338, BVergG 2006. 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 2006 zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen kann. Dennoch hat die belangte Behörde, ohne sich mit diesem Argument inhaltlich auseinander zu setzen, den der Beschwerdeführerin unmittelbar drohenden Schaden im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 verneint. Schon deshalb erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig.

Die Beschwerde ist aber auch im Recht, wenn sie darauf hinweist, dass ihr bei Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung auch ein Vermögensschaden in Form des entgangenen Gewinns unmittelbar drohe, weil dieser Schaden, anders als die belangte Behörde meine, nicht durch die Bekämpfung der (zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides bevorstehenden) Zuschlagsentscheidung abgewendet werden könne:

Durch die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung hätte die Beschwerdeführerin nämlich nichts mehr an dem bereits durch die Ausschreibung vorgegebenen Billigstbieterprinzip ändern können, weil der Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung an seine diesbezügliche Festlegung in der Ausschreibung gebunden war (vgl. dazu auch Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 54 und 136 zu § 80). Durch die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung hätte die Beschwerdeführerin nämlich nichts mehr an dem bereits durch die Ausschreibung vorgegebenen Billigstbieterprinzip ändern können, weil der Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung an seine diesbezügliche Festlegung in der Ausschreibung gebunden war vergleiche , dazu auch Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 54 und 136 zu Paragraph 80,).

Zusammengefasst hat die belangte Behörde daher eine unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Beschwerdeführerin durch das mit der Ausschreibung festgelegte Billigstbieterprinzip zu Unrecht ausgeschlossen und, ausgehend davon, die Interessenabwägung im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG 2006 unterlassen. Zusammengefasst hat die belangte Behörde daher eine unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Beschwerdeführerin durch das mit der Ausschreibung festgelegte Billigstbieterprinzip zu Unrecht ausgeschlossen und, ausgehend davon, die Interessenabwägung im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 unterlassen.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 und 6 VwGG abgesehen werden, zumal es im vorliegenden Fall ausschließlich um die Klärung der Rechtsfrage der Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung geht. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 4, und 6 VwGG abgesehen werden, zumal es im vorliegenden Fall ausschließlich um die Klärung der Rechtsfrage der Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung geht.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 14. April 2011

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Allgemein

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2008040065.X00

Im RIS seit

19.05.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at