

TE Bvwg Beschluss 2018/7/12 W134 2200335-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.07.2018

Entscheidungsdatum

12.07.2018

Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W134 2200335-1/4E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Etappe 1 - Teilleistungsvergabe" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX, 2. XXXX und Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Etappe 1 - Teilleistungsvergabe" der Auftraggeberin Autobahnen- und

Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40, 2. römisch 40 und

3. XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, vom 06.07.2018 "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn Etappe 1, Donaubrücke und Rampentunnel" untersagen" folgenden Beschluss: 3. römisch 40, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, vom 06.07.2018 "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn Etappe 1, Donaubrücke und Rampentunnel" untersagen" folgenden Beschluss:

A)

Der Auftraggeberin wird gemäß § 328 BVergG 2006 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

B)

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:

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

Mit Schreiben vom 06.07.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei der Abschluss des Bauauftrages "A26 Linzer Autobahn Etappe 1, Donaubrücke und Rampentunnel" nach Durchführung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich. Angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

1. Verkürzung der Ausführungsdauer, Alternativangebot mangels Hauptangebot auszuscheiden:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe Verkürzungen bei der Ausführungsdauer angeboten. Die Auftraggeberin habe jedoch festgelegt, dass eine über die jeweils vorgesehene maximale Verkürzung der Ausführungsdauer hinausgehende Verkürzung als Alternative gewertet werde. Nach Punkt 1.1.27.1 des Teiles B.1 seien Alternativangebote nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot zulässig. Nach dem Zuschlagskriterium Pos 00B106R5 des Leistungsverzeichnisses "Verkürzung der Ausführungsdauer" wären für Baulos 2 maximal 60 Kalendertage bewertungsrelevant. Nach dem Protokoll über die Angebotsöffnung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch für Baulos 2 nicht 60 Kalendertage, sondern 90 Kalendertage angeboten. In Pos 00B108A des Leistungsverzeichnisses sei ausdrücklich vorgesehen, dass "eine Verkürzung der Gesamtbauzeit welche über jene aus der Position 00B106Rff (Zuschlagskriterium: Verkürzung Ausführungsdauer) hinausgeht (...) als Alternative" anzusehen sei. Eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 90 Tagen könne nur mit einer Änderung des Bauablaufes begründet werden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei als Alternativangebot anzusehen und mangels ausschreibungskonformen Hauptangebotes daher auszuscheiden. Für Baulos 1 und 2 sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jeweils eine Verkürzung von 90 Kalendertagen angeboten worden. Die sich aus den Baulosen 1 und 2 für das Gesamtangebot ergebenden Verkürzung der Ausführungsdauer von insgesamt 180 Kalendertagen

(Baulos 1: 90 Kalendertage + Baulos 2: 90 Kalendertage) übersteige die wiederum für das Gesamtangebot vorgegebenen maximalen Verkürzungsmöglichkeit von 150 Kalendertagen. Auch das Gesamtangebot stelle sohin ein unzulässiges Alternativangebot dar.

2. Gesamtpreis ist weder erklär- noch nachvollziehbar, Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen, auszuschcheidende Alternativen mangels Hauptangebot:

Eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 90 Tagen, aber auch die für das Gesamtangebot ausgewiesene Reduktion könnten nur über unzulässige Änderungen des Bauablaufes begründet werden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

3. Ausschreibungswidrige Leistungsansätze (Leistungssteile Tunnel):

Die im Teil B.3.5 Kalkulations- und Abrechnungsbestimmungen für den Tunnelbau unter Punkt 3.5.1.26 geregelten Abschläge für das Nachtsprengverbot und das Nachtbohrverbot seien nicht von allen Bietern und wohl auch nicht von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingehalten worden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

4. Fehlende Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, Verstoß gegen das Verbot der Weitergabe an Subunternehmer:

In Pos 00B405E der Leistungsverzeichnisse werde festgelegt, dass der Auftragnehmer mit Aushub bzw Abbruch Eigentümer der Abfälle und auch Abfallbesitzer iSd AWG werde. Der Bieter müsse grundsätzlich selbst über die Befugnis zur Abfallsammlung verfügen. Keines der Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verfüge jedoch über eine abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen. Es reiche nicht, einen befugten Subunternehmer zu nennen, welcher das Material letztendlich deponiert oder verwertet, sondern entsprechend § 15 AWG dürfe der Abfallbesitzer den Abfall nur an einen berechtigten Sammler und Behandler übergeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die geforderte Befugnis und habe wohl auch im Hinblick auf eine (nur partiell) zulässige Substituierung keinen geeigneten Subunternehmer für den Abtransport mittels Schiff namhaft gemacht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher zwingend auszuschneiden. Gemäß Punkt In Pos 00B405E der Leistungsverzeichnisse werde festgelegt, dass der Auftragnehmer mit Aushub bzw Abbruch Eigentümer der Abfälle und auch Abfallbesitzer iSd AWG werde. Der Bieter müsse grundsätzlich selbst über die Befugnis zur Abfallsammlung verfügen. Keines der Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verfüge jedoch über eine abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen. Es reiche nicht, einen befugten Subunternehmer zu nennen, welcher das Material letztendlich deponiert oder verwertet, sondern entsprechend Paragraph 15, AWG dürfe der Abfallbesitzer den Abfall nur an einen berechtigten Sammler und Behandler übergeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die geforderte Befugnis und habe wohl auch im Hinblick auf eine (nur partiell) zulässige Substituierung keinen geeigneten Subunternehmer für den Abtransport mittels Schiff namhaft gemacht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher zwingend auszuschneiden. Gemäß Punkt

1.1.24 der Unterlage B.1 "Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" dürften kritische Leistungen nur vom Bieter, einem Mitglied der Bietergemeinschaft oder einem mit diesen verbundenen Unternehmen erbracht werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe als einzige Bieterin die abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung und Behandlung von Abfällen gänzlich substituiert. Dies sei unzulässig, da die abfallrechtliche Befugnis für bestimmte, kritische Leistungen, welche nicht weitergegeben werden dürften, erforderlich sei. Mit der gänzlichen Substituierung der Befugnis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch gegen das Weitergabeverbot gem Pos 00B103A des Leistungsverzeichnisses verstoßen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellerbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 05.12.2017, in der EU am 06.12.2017 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2018 sei zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1.

XXXX., 2. XXXX, und 3. XXXX ergangen. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 05.12.2017, in der EU am 06.12.2017 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2018 sei zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40, 2. römisch 40, und 3. römisch 40 ergangen.

Die Auftraggeberin erstattet ausdrücklich kein Vorbringen zum Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 05.12.2017, in der EU am 06.12.2017 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2018 ist zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX, 2. XXXX, und Die Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 05.12.2017, in der EU am 06.12.2017 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2018 ist zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch 40, 2. römisch 40, und

3. XXXX ergangen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018) 3. römisch 40 ergangen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen einzubringen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte per Fax am 29.06.2018. Der Nachprüfungsantrag ist am 06.07.2018 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer

gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen einzubringen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte per Fax am 29.06.2018. Der Nachprüfungsantrag ist am 06.07.2018 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

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

Die Antragstellerin hat den Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung gestellt.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018 die Vergabe an die Bietergemeinschaft, bestehend aus der 1. XXXX, 2. XXXX und 3. XXXX beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018 die Vergabe an die Bietergemeinschaft, bestehend aus der 1. römisch 40, 2. römisch 40 und 3. römisch 40 beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die

Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin erstattet ausdrücklich kein Vorbringen zum Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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

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

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

Schlagworte

Alternativangebot, Bauauftrag, Bietergemeinschaft, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Schaden, Subunternehmer, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W134.2200335.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.08.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at