

TE Bvwg Erkenntnis 2017/12/19 W131 2179704-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.12.2017

Entscheidungsdatum

19.12.2017

Norm

BVergG 2006 §131 Abs2

BVergG 2006 §132 Abs1

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §328 Abs5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §330

B-VG Art.133 Abs4

VwGG §25a Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
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

- [illegible]

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. VwGG § 25a heute
 2. VwGG § 25a gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. VwGG § 25a gültig von 01.01.2017 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGG § 25a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
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

W131 2179704-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über den Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX (= ASt) auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt vom 04.12.2017 im Vergabeverfahren der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport (= AG) "Soldatenmodernisierung Schutzbrille: offen – und Schutzbrille: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über den Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin römisch 40 (= ASt) auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt vom 04.12.2017 im Vergabeverfahren der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport (= AG) "Soldatenmodernisierung Schutzbrille: offen – und Schutzbrille:

geschlossen (Rahmenabrufvertrag)", dieses Vergabeverfahren bezeichnet in der Ausscheidensentscheidung zB auch als "SCHUTZBRILLE: offen – und SCHUTZBRILLE : geschlossen (Rahmenabrufvertrag)" beschlossen:

A)

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zur Gänze abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die ASt brachte am 14.12.2017 einen Nachprüfungsantrag gegen eine Ausscheidensentscheidung in dem im Entscheidungskopf ersichtlichen Vergabeverfahren ein. Zur Absicherung des Nachprüfungsantrags wurde eine einstweilige Verfügung. (= eV) beantragt.

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

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang hinaus ist vorerst festzustellen, dass gemäß den Angaben der AG eine Zuschlagserteilung bzw ein Widerruf bislang nicht erfolgt sind, jedoch auch die AG - Seite gegenständlich von einer künftigen Zuschlagserteilungsnotwendigkeit und damit von der grundsätzlichen Pflicht zu einer Zuschlagsentscheidung ausgeht, siehe dazu zB die Eingabe OZ 16 bzw synchron damit die Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag. (Mit der Eingabe OZ 16 wurde AG - seitig nicht mehr wie zuvor in der Eingabe OZ 14 von einer Rahmenvereinbarung gesprochen, sondern definitiv davon, dass die ASt künftig eine Zuschlagsentscheidung bekämpfen könnte und diesbezüglich einen eV - Antrag stellen könnte, vorgenannte Ordnungszahlen (= OZ) jeweils zitiert zur Verfahrenszahl W131 2179704-2.)

Unter Beachtung der gesetzlichen Geheimhaltungswertungen, dass im gegenständlichen Verhandlungsverfahren gemäß § 105 Abs 6 BVergG Namen und Anzahl der Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind, wobei das BVwG rechtlich vorwegnehmend iSv EuGH Rs C- 450/06 die insoweit bekannten Tatsachen dennoch verwerten kann, ist festzustellen, dass derzeit kein Sachverhalt gemäß § 131 Abs 2 BVergG vorliegt, der bedeuten würde, dass beim gegenständlichen von der Auftraggeberseite derart bezeichneten Rahmenabrufvertrag keine Zuschlagsentscheidung (vor der in den Vergabeunterlagen normierten Zuschlagserteilung) versendet werden müsste. Unter Beachtung der gesetzlichen Geheimhaltungswertungen, dass im gegenständlichen Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG Namen und Anzahl der Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind, wobei das BVwG rechtlich vorwegnehmend iSv EuGH Rs C- 450/06 die insoweit bekannten Tatsachen dennoch verwerten kann, ist festzustellen, dass derzeit kein Sachverhalt gemäß Paragraph 131, Absatz 2, BVergG vorliegt, der bedeuten würde, dass beim gegenständlichen von der Auftraggeberseite derart bezeichneten Rahmenabrufvertrag keine Zuschlagsentscheidung (vor der in den Vergabeunterlagen normierten Zuschlagserteilung) versendet werden müsste.

Primär wurde eine eV beantragt, zu untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen.

Ersteventualiter wurde beantragt, zu untersagen, einem anderen Angebot als dem der ASt den Zuschlag zu erteilen.

Zweiteventualiter wurde beantragt, zu untersagen, dass entschieden wird, einem anderen Angebot als dem der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung).

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang bzw die sonstigen Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG zur Vergabekontrolle ist gegenständlich unstrittig. 3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG zur Vergabekontrolle ist gegenständlich unstrittig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.

A) Zur nicht erlassenen einstweiligen Verfügung

3.2. Zur Zulässigkeit und Unbegründetheit der einstweiligen Verfügung.

3.2.1. Zu den Formalvoraussetzungen und gesetzlichen Eckdaten der eV ist auszuführen wie folgt:

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG idGF ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) nach den §§ 328ff BVergG bis zum Zuschlag bzw Widerruf zulässig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG idGF ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) nach den Paragraphen 328 f, f, BVergG bis zum Zuschlag bzw Widerruf zulässig.

Der Zuschlag wurde nach den bisherigen Verfahrensergebnissen noch nicht erteilt und auch der Widerruf nicht erklärt.

Die §§ 328 bis 330 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden TeilenDie Paragraphen 328 bis 330 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen:

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
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,
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag []

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, []. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, []. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in Paragraph 321, bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, 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 des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, 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. bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen, bzw.
2. bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.
3. die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Verständigung an den Auftraggeber [...]

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß verbührt wurde.

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Paragraph 330, (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(4) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt § 35 AVG mit der Maßgabe, dass [] (4) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt Paragraph 35, AVG mit der Maßgabe, dass [].

3.2. § 329 Abs 1 BVergG verlangt iZm der Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Interessensabwägung. 3.2. Paragraph 329, Absatz eins, BVergG verlangt iZm der Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Interessensabwägung.

3.2.1. Das BVA hat insoweit zB bereits am 05.02.2013 zu N/0006-BVA/08/2013-EV33 zur Zwecksetzung der eV gemäß §§ 328ff BVergG ausgeführt wie folgt: 3.2.1. Das BVA hat insoweit zB bereits am 05.02.2013 zu N/0006-BVA/08/2013-EV33 zur Zwecksetzung der eV gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG ausgeführt wie folgt:

... 328 Abs 2 Z 1 BVergG verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert

anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.... 328 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt; bzw die eV nach § 328 Abs 4 BVergG 2006 bei Zurückziehung des Nachprüfungsantrags außer Kraft tritt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVergG ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG dient. Wenn nunmehr Paragraph 329, Absatz 4, BVergG jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt; bzw die eV nach Paragraph 328, Absatz 4, BVergG 2006 bei Zurückziehung des Nachprüfungsantrags außer Kraft tritt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den Paragraphen 328 f, f, BVergG ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (-en) gemäß § 312 Abs 2 BVergG während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. ...Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (-en) gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. ...

3.2.2. Der Ast ist unter Zugrundelegung des vorstehend dargestellten Zwecks der eV gemäß §§ 328ff BVergG kein rechtserhebliches Sicherungsinteresse an einem gänzlichen Verbot der Vergabeverfahrensfortsetzung zuzubilligen, wie im Primärbegehren beantragt, da ihr Rechtsgestaltungsbegehren erst mit Zuschlagserteilung unzulässig würde, wie entsprechend von der AG am Ende des Vergabeverfahrens beabsichtigt. 3.2.2. Der Ast ist unter Zugrundelegung des vorstehend dargestellten Zwecks der eV gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG kein rechtserhebliches Sicherungsinteresse an einem gänzlichen Verbot der Vergabeverfahrensfortsetzung zuzubilligen, wie im Primärbegehren beantragt, da ihr Rechtsgestaltungsbegehren erst mit Zuschlagserteilung unzulässig würde, wie entsprechend von der AG am Ende des Vergabeverfahrens beabsichtigt.

Das primäre Sicherungsbegehren war daher mangels rechtserheblichen Sicherungsinteresses der Ast abzuweisen.

3.2.3. Der Ast ist weiters kein rechtserhebliches Sicherungsinteresse an dem Zweiteventualbegehren zuzubilligen, welches auf Untersagung einer Zuschlagsentscheidung gerichtet ist, da eine künftige Zuschlagsentscheidung selbst den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung nicht unzulässig oder sinnentleert werden lässt, zumal der Ast - als einer derzeit mangels bestandfesten (= rechtskräftigen") Ausscheidens des Angebots der Ast noch im Vergabeverfahren verbliebenen Bieterin - nach dem derzeitigen Stand jedenfalls noch eine Zuschlagsentscheidung zuzumitteln wäre,

die dann für die Ast selbständig bekämpfbar wäre und bei deren Anfechtung eine eV beantragt werden kann, um die dann unmittelbar drohende Zuschlagserteilung zu verhindern, damit insoweit die eigene Vertragsabschlusschance gewahrt wird.

Das Zweiteventualbegehren war daher mangels einer durch eine Zuschlagsentscheidung unmittelbar drohenden Schädigung der gemäß § 328 Abs 1 Z 4 und § 329 BVergG rechtserheblichen Interessen der Antragstellerin abzuweisen. Das Zweiteventualbegehren war daher mangels einer durch eine Zuschlagsentscheidung unmittelbar drohenden Schädigung der gemäß Paragraph 328, Absatz eins, Ziffer 4 und Paragraph 329, BVergG rechtserheblichen Interessen der Antragstellerin abzuweisen.

3.2.4. Zur Abweisung des Ersteventualbegehrens, gerichtet auf die Erlassung eines Zuschlagsverbots an andere Bieter als die Ast, ist vorerst festzuhalten, dass eine Zuschlagschance für einen ausgeschriebenen Leistungsvertrag iSd unionsrechtlich zu prästierenden effektiven Rechtsschutzes unionsrechtskonform erst dann als verloren normiert sein kann, wenn zuvor sämtliche noch im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter die Chance hatten, die dem Zuschlag unmittelbar vorangehende Entscheidung mit Nachprüfungsantrag zu bekämpfen.

Dieses Konzept ist derzeit insb in Art 2a RL 89/665/EWG idgF unionsrechtlich positiviert, wo festgeschrieben ist, dass grundsätzlich jeder betroffene Bieter derzeit eine Zuschlagsentscheidung zugesandt zu erhalten hat; und dass dabei ein noch nicht endgültig ausgeschiedener Bieter betroffen von einer Zuschlagsentscheidung ist. Dieses Konzept ist derzeit insb in Artikel 2 a, RL 89/665/EWG idgF unionsrechtlich positiviert, wo festgeschrieben ist, dass grundsätzlich jeder betroffene Bieter derzeit eine Zuschlagsentscheidung zugesandt zu erhalten hat; und dass dabei ein noch nicht endgültig ausgeschiedener Bieter betroffen von einer Zuschlagsentscheidung ist.

3.2.4.1. Innerösterreichisch umgesetzt ist dieses Konzept damit, dass in einem Vergabeverfahren, das wie hier mit Zuschlagserteilung beendbar ist, zuvor grundsätzlich eine Zuschlagsentscheidung an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter - gemäß § 131 und § 132 Abs 1 BVergG idF BGBl I 2016/7 bei sonstiger Nichtigkeit zuzumitteln ist, wobei die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter danach einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung einbringen können und diesen mit einem eV - Begehren auf Untersagung des der Zuschlagserteilung absichern können. Bereits ab Zustellung eines solchen Antrags an den Auftraggeber durch das BVwG ist bewirkt, dass kein wirksamer Zuschlag mehr erteilt werden kann - § 328 Abs 5 Z 1 BVergG idF BGBl I 2016/7. Eine eV - Entscheidung des BVwG mit dem Ausspruch der Untersagung der Zuschlagserteilung ist danach mit der identen Nichtigkeitssanktion bewehrt - § 329 Abs 2 BVergG idgF. 3.2.4.1. Innerösterreichisch umgesetzt ist dieses Konzept damit, dass in einem Vergabeverfahren, das wie hier mit Zuschlagserteilung beendbar ist, zuvor grundsätzlich eine Zuschlagsentscheidung an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter - gemäß Paragraph 131 und Paragraph 132, Absatz eins, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 bei sonstiger Nichtigkeit zuzumitteln ist, wobei die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter danach einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung einbringen können und diesen mit einem eV - Begehren auf Untersagung des der Zuschlagserteilung absichern können. Bereits ab Zustellung eines solchen Antrags an den Auftraggeber durch das BVwG ist bewirkt, dass kein wirksamer Zuschlag mehr erteilt werden kann - Paragraph 328, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7. Eine eV - Entscheidung des BVwG mit dem Ausspruch der Untersagung der Zuschlagserteilung ist danach mit der identen Nichtigkeitssanktion bewehrt - Paragraph 329, Absatz 2, BVergG idgF.

3.2.4.2. Da das gegen die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt gerichtete Nichtigerklärungsbegehren noch nicht entschieden ist, ist dieses Ausscheiden noch nicht bestandfest bzw noch nicht endgültig iSv Art 2a RI 89/665/EWG idgF; und hat die ASt derzeit noch den gesetzlichen und gemäß § 132 Abs 1 BVerG nichtigkeitssanktionierten Anspruch auf Zumittlung einer Zuschlagsentscheidung, die sie dann mit Nachprüfungsantrag bekämpfen könnte, wobei dieser mit dem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung geltend machbare Rechtsgestaltungsanspruch wiederum mit einem durch einen weiteren eV - Antrag, gerichtet auf Untersagung der Zuschlagserteilung, abgesichert werden kann. 3.2.4.2. Da das gegen die Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt gerichtete Nichtigerklärungsbegehren noch nicht entschieden ist, ist dieses Ausscheiden noch nicht bestandfest bzw noch nicht endgültig iSv Artikel 2 a, RI 89/665/EWG idgF; und hat die ASt derzeit noch den gesetzlichen und gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVerG nichtigkeitssanktionierten Anspruch auf Zumittlung einer Zuschlagsentscheidung, die sie dann mit Nachprüfungsantrag bekämpfen könnte, wobei dieser mit dem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung geltend machbare Rechtsgestaltungsanspruch wiederum mit einem durch einen weiteren eV - Antrag, gerichtet auf Untersagung der Zuschlagserteilung, abgesichert werden kann.

Dieser letztgenannte eV - Antrag würde der Wahrung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 312 Abs 2 BVergG dienen, wohingegen der ASt mangels bisheriger Zuschlagsentscheidung derzeit eben noch keine unmittelbare Schädigung ihrer gemäß § 328 Abs 1 Z 4 und § 329 rechtserheblichen Interessen droht. Dieser letztgenannte eV - Antrag würde der Wahrung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG dienen, wohingegen der ASt mangels bisheriger Zuschlagsentscheidung derzeit eben noch keine unmittelbare Schädigung ihrer gemäß Paragraph 328, Absatz eins, Ziffer 4 und Paragraph 329, rechtserheblichen Interessen droht.

Da der ASt durch die bislang ergangene Ausscheidensentscheidung maW noch keine unmittelbare Schädigung ihrer rechtserheblichen Interessen iSd § 328 Abs 1 Z 4 und § 329 BVergG droht, zumal eben wie oben dargelegt nach der eV - Zwecksetzung nur solche - hier nicht feststellbaren - Interessen der ASt relevant sein könnten, die im Zusammenhang mit der drohenden Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung bzw mit dessen drohender Sinnentleerung stehen, war das Ersteventualbegehren gleichfalls abzuweisen. Da der ASt durch die bislang ergangene Ausscheidensentscheidung maW noch keine unmittelbare Schädigung ihrer rechtserheblichen Interessen

iSd Paragraph 328, Absatz eins, Ziffer 4 und Paragraph 329, BVergG droht, zumal eben wie oben dargelegt nach der eV - Zwecksetzung nur solche - hier nicht feststellbaren - Interessen der AST relevant sein könnten, die im Zusammenhang mit der drohenden Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegen die Ausscheidensentscheidung bzw mit dessen drohender Sinnentleerung stehen, war das Ersteventualbegehren gleichfalls abzuweisen.

Zu B) Zulässigkeit der Revision

3.3. 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.3.3. 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.

Das BVwG hat bereits zu W123 2151680-1/2Eausgeführt wie folgt:

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 9. August 2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch – entgegen ihrer offenbaren Ansicht – nicht als ‚im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin‘ angesehen werden, der gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können).""Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten vergleiche etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch – entgegen ihrer offenbaren Ansicht – nicht als ‚im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin‘ angesehen werden, der gemäß Paragraph 131, Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann vergleiche dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden (siehe dazu bereits BVwG 25. 2. 2014, W139 2001504-1/7E).

Die Revision war daher auch im vorliegenden Fall wegen Abweichung von der Rsp des VwGH zuzulassen, da sich das BVwG in diesem Beschluss der Spruchpraxis der GAbt W123 des BVwG anschließt.

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung, Bestandsfestigkeit, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, Informationspflicht, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter, Provisorialverfahren, Revision zulässig, Sicherungsbedarf, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W131.2179704.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.01.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at