

TE Bvwg Beschluss 2017/10/30 W138 2174162-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.10.2017

Entscheidungsdatum

30.10.2017

Norm

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §337

BVergG 2006 §58 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

B-VG Art.133 Abs9

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 337 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 337 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 337 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 58 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W138 2174162-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Übergangskonstruktionen-Schraubentausch, ID-Nr. 11821" der Auftraggeberin Autobahnen-und

Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien: Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien aufgrund des Antrages der römisch 40, vertreten durch DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien:

A)

Dem Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens den

Lauf der Angebotsfrist im nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes aussetzen und die Öffnung der Angebote bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes untersagen" wird dahingehend stattgegeben, als im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "Übergangskonstruktionen-Schraubentausch, ID-Nr. 11821" für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm. Abs. 9 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, in Verbindung mit Absatz 9, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

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

Mit Schriftsatz vom 20.10.2017, am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung bzw. einzelner Ausschreibungsbestimmungen. Weiters beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge Auftraggeberin) führe ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages durch. Die Auftragsbekanntmachung sei am 04.10.2017 in der Onlineausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers des Amtsblattes der Wiener Zeitung erfolgt und sei als Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 30.10.2017 (10:00 Uhr) festgelegt.

Angefochten werde als gesondert anfechtbare Entscheidung die Ausschreibung gem. § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin beabsichtige im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen und habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss. Aufgrund der vergaberechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen drohe ein – von der Antragstellerin näher bezifferter – Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlags in Höhe des kalkulierten Gewinns inklusive Deckungsbetrag sowie der Verlust der bisher aufgelaufenen Bearbeitungskosten für das Angebot. Weiters drohe ein Verlust infolge der bisherigen und zukünftigen Rechtsberatungskosten sowie der Entgang eines bedeutenden Referenzprojektes. Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Angefochten werde als gesondert anfechtbare Entscheidung die Ausschreibung gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Antragstellerin beabsichtige im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen und habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Vertragsabschluss. Aufgrund der vergaberechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen drohe ein – von der Antragstellerin näher bezifferter – Schaden aufgrund des Entganges des Zuschlags in Höhe des kalkulierten Gewinns inklusive Deckungsbetrag sowie der Verlust der bisher aufgelaufenen Bearbeitungskosten für das Angebot. Weiters drohe ein Verlust infolge der bisherigen und zukünftigen Rechtsberatungskosten sowie der Entgang eines bedeutenden Referenzprojektes. Die Antragstellerin bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte.

Zu den Rechtswidrigkeiten führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit behaftet wäre, weil die Auftraggeberin unklare und widersprüchliche Festlegungen betreffend den Gegenstand des Vergabeverfahrens, konkret hinsichtlich der Frage, ob ein Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung zur Vergabe gelange, treffe. Für den Fall, dass Gegenstand des Vergabeverfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei, werde geltend gemacht, dass von der Auftraggeberin kein konkretes Mengengerüst angegeben wäre. Der Antragstellerin sei auf Grundlage der angefochtenen Ausschreibung nicht möglich, eine Angebotskalkulation nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten durchzuführen. Die Ausschreibung sei aus diesem Grund in ihrer Gesamtheit mit Rechtswidrigkeit behaftet und daher für nichtig zu erklären.

Die Festlegung der Auftraggeberin, dass bis spätestens vier Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist Antworten zu den eingelangten Fragen erteilt würden, stünden in eindeutigem Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen des § 58 Abs. 2 BVergG. Die Auftraggeberin lege in unzulässiger Weise Ausscheidenstatbestände, welche nicht in § 129 BVergG genannt würden, fest. Diese Festlegungen wären rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Die von der Auftraggeberin intendierte Beschränkung der Haftung für Schadenersatz widerspreche den Bestimmungen des § 337

BVergG, da für einen Schadenersatzanspruch wegen Vergaberechtsverstößen kein Verschulden erforderlich sei. Die von der Auftraggeberin festgelegten Baufertigstellungstermine seien unmöglich einzuhalten. Die Einhaltung der festgelegten Baufertigstellungstermine sei schlicht nicht durchführbar. Dies unabhängig davon, ob es um die Leistung eines Loses oder sämtlicher Lose gemeinsam gehe. Die Festlegung der Auftraggeberin, dass bis spätestens vier Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist Antworten zu den eingelangten Fragen erteilt würden, stünden in eindeutigen Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen des Paragraph 58, Absatz 2, BVergG. Die Auftraggeberin lege in unzulässiger Weise Ausscheidenstatbestände, welche nicht in Paragraph 129, BVergG genannt würden, fest. Diese Festlegungen wären rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Die von der Auftraggeberin intendierte Beschränkung der Haftung für Schadenersatz widerspreche den Bestimmungen des Paragraph 337, BVergG, da für einen Schadenersatzanspruch wegen Vergaberechtsverstößen kein Verschulden erforderlich sei. Die von der Auftraggeberin festgelegten Baufertigstellungstermine seien unmöglich einzuhalten. Die Einhaltung der festgelegten Baufertigstellungstermine sei schlicht nicht durchführbar. Dies unabhängig davon, ob es um die Leistung eines Loses oder sämtlicher Lose gemeinsam gehe.

Die Leistungserbringung in den von der Auftraggeberin festgelegten Leistungsfristen sei nicht möglich, dies insbesondere aufgrund der Verpflichtung zur Erlangung von behördlichen Genehmigungen durch die Auftragnehmerin. Die Festlegung der Auftraggeberin, dass für sämtliche Teile der Leistung eine Übernahme in einem (Gesamtübernahme) vorgesehen sei, sei schlicht unmöglich und könne folglich von den Bietern auch nicht kalkuliert werden. Dies deshalb, da ausschreibungsgegenständlich insgesamt 3.200 Systemübergänge österreichweit in stand zu setzen seien.

Die Auftraggeberin überbürde den Bietern ein unkalkulierbares Risiko betreffend Stau Bildung. Dieses sei somit rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Die Auftraggeberin verlange von den Bietern eine unmögliche Bietererklärung, zumal diese verlange, dass die Bieter innerhalb der 25-tägigen Angebotsfrist sämtliche der 3.200 österreichweit verteilten Systemübergänge besichtige. Dies sei schlicht unmöglich. Diese Festlegung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Auftraggeberin überbinde den Bietern unkalkulierbare Festlegungen betreffend die Pflichten des BauKG. Der von der Auftraggeberin geforderte Leistungsumfang im Zusammenhang mit dem BauKG sei nicht bestimmbar und seien die Bieter daher gehindert, ohne die Übernahme unkalkulierbarer Risiken Angebote zu erstellen. Die Auftraggeberin lege ein diskriminierendes Zuschlagskriterium "Beschäftigung Facharbeiter Bau" fest.

Die Auftraggeberin lasse vollkommen außer Acht, dass Facharbeiter nicht zwingend den Beschäftigungsgruppen I, IIa und IIb des Kollektivvertrages Bauindustrie und Baugewerbe zuzuordnen seien. Dies insbesondere dann, wenn der betreffende Bieter nicht diesem Kollektivvertrag unterworfen sei. Die Auftraggeberin lasse vollkommen außer Acht, dass Facharbeiter nicht zwingend den Beschäftigungsgruppen römisch eins, römisch zwei a und römisch zwei b des Kollektivvertrages Bauindustrie und Baugewerbe zuzuordnen seien. Dies insbesondere dann, wenn der betreffende Bieter nicht diesem Kollektivvertrag unterworfen sei.

Durch das alleinige Abstellen auf die Anwendbarkeit eines bestimmten Kollektivvertrages, ohne festzulegen, dass auch andere Facharbeiter – unter bestimmten Voraussetzungen – als Facharbeiter im Sinne der Ausschreibungsfestlegungen gelten könnten, habe die Auftraggeberin ein diskriminierendes Zuschlagskriterium festgelegt.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung, nämlich die Aussetzung der Angebotsfrist bzw. zumindest die Untersagung der Angebotsöffnung sei nötig und geeignet, die unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu verhindern. Dies stelle dabei auch das gelindeste zur Verfügung stehende Mittel dar. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine besonderen Interessen sonstiger Bieter entgegen. Einer Aussetzung der Angebotsfrist stehe auch kein anfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen, zumal sich in den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis finde, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte.

Öffentliche Interessen würden der Erlassung der einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht entgegenstehen.

Am 25.10.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren XXXX. Am 25.10.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren römisch 40.

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

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Diese schrieb im Oktober 2017 in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich Bauleistungen aus (Bekanntmachung in der Onlineausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers am 14.10.2017, L-633100-7a3). Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 30.10.2017 (10:00 Uhr). Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag wurde am 20.10.2017 beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete für ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR 385,--.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrags

Auftraggeberin iSd § 2 Z 8 BVerfG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVerfG. Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gem. Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerfG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. c B-VG ist sohin gegeben. Auftraggeberin iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVerfG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG. Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gem. Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerfG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt bzw. die Rahmenvereinbarung nicht abgeschlossen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. § 312 Abs. 2 BVerfG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt bzw. die Rahmenvereinbarung nicht abgeschlossen wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. Paragraph 312, Absatz 2, BVerfG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVerfG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gem. § 328 Abs. 1 BVerfG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVerfG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVerfG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gem. Paragraph 328, Absatz eins, BVerfG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVerfG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVerfG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die

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

Gemäß § 328 Abs. 2 Z 5 BVergG hat der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ua die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme zu enthalten. Gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG hat der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ua die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme zu enthalten.

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

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

Gemäß § 329 Abs. 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Ausschreibung bzw. einzelner Festlegungen der Ausschreibung. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit

ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf einen beträchtlichen drohenden Gewinnentgang (inklusive Deckungsbeitrag), auf den frustrierten Aufwand der bisherigen Angebotsausarbeitung und der bisherigen Rechtsberatung sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts verweist. Beim Verlust eines Referenzprojekts handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E uva).

Darüber hinaus ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären – durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung hat ein gewissenhafter Auftraggeber die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen und einen eventuellen finanziellen Mehraufwand schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand bedingt sein kann. An dieser Stelle sei auch auf die Empfehlung des Rechnungshofes hingewiesen, Szenarien auszuarbeiten, um auf etwaige Terminverzögerungen flexibel reagieren zu können. Damit sollte verhindert werden, dass Terminverzögerungen automatisch große Kostenauswirkungen verursachen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen und insbesondere des Aspekts des auch im gegenständlichen Vergabeverfahren maßgeblichen Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist, erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht gegeben, sondern ist vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG auszusprechen war (R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 2220). Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen und insbesondere des Aspekts des auch im gegenständlichen Vergabeverfahren maßgeblichen Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist, erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht gegeben, sondern

ist vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war (R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 2220).

Bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG. Für den Fall, dass tatsächlich nur einzelne Ausschreibungsfestlegungen gestrichen werden können, wäre hiermit nämlich, durchaus auch im Interesse der Auftraggeberin liegend, das Fortführen des Vergabeverfahrens auf der Basis der geänderten Ausschreibungsbestimmungen gewährleistet (BVA 07.11.2013, N/0108-BVA/04/2013-EV6; BVA 23.05.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6 uva). Eine Öffnung allfälliger Angebote kommt daher bereits insofern nicht in Betracht, zumal sich dies aus § 118 BVergG ohnedies ergibt, da Angebote im offenen Verfahren erst nach Ablauf der Angebotsfrist, welche gegenständlich ausgesetzt wird, geöffnet werden dürfen. Bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Für den Fall, dass tatsächlich nur einzelne Ausschreibungsfestlegungen gestrichen werden können, wäre hiermit nämlich, durchaus auch im Interesse der Auftraggeberin liegend, das Fortführen des Vergabeverfahrens auf der Basis der geänderten Ausschreibungsbestimmungen gewährleistet (BVA 07.11.2013, N/0108-BVA/04/2013-EV6; BVA 23.05.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6 uva). Eine Öffnung allfälliger Angebote kommt daher bereits insofern nicht in Betracht, zumal sich dies aus Paragraph 118, BVergG ohnedies ergibt, da Angebote im offenen Verfahren erst nach Ablauf der Angebotsfrist, welche gegenständlich ausgesetzt wird, geöffnet werden dürfen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit herrschender Rechtsprechung gemäß § 329 Abs. 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts 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. (ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit herrschender Rechtsprechung gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts 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. (ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 06.11.2002, 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 VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138;

30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 24.02.2006, 2004/04/0127; 01.03.2007, 2005/04/0239;

27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 22.06.2011, 2009/04/0128;

29.09.2011, 2011/04/0153; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) 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

Angebotsfrist, Angebotsöffnung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Aussetzung der Angebotsfrist, Bauauftrag, Dauer der Maßnahme, Diskriminierungsverbot, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, Fristenlauf, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Ausschreibung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, Schadenersatz, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W138.2174162.1.00

Zuletzt aktualisiert am

05.12.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at