

TE Bvwg Beschluss 2017/7/6 W149 2163019-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.07.2017

Entscheidungsdatum

06.07.2017

Norm

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169 Abs1

BVergG 2006 §180 Abs1 Z1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

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 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §5

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

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. BVergG 2006 § 5 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. 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

W139 2163019-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als erste Vertreterin der Vorsitzenden der Gerichtsabteilung W149 im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" (Verfahrens-ID: PROVIA 5930/2016)" der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH, Parkring 2, 1010 Wien, vom 30.06.2017: Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als erste Vertreterin der Vorsitzenden der Gerichtsabteilung W149 im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" (Verfahrens-ID: PROVIA 5930 aus 2016,) der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH, Parkring 2, 1010 Wien, vom 30.06.2017:

A) Dem Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber

mittels Einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag den Abschluss der Rahmenvereinbarung über die Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation (Verfahrens-ID: PROVIA 5930/2016) untersagen", wird stattgegeben. mittels Einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag den Abschluss der Rahmenvereinbarung über die Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation (Verfahrens-ID: PROVIA 5930 aus 2016,) untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" (Verfahrens-ID: PROVIA 5930/2016)" die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation" (Verfahrens-ID: PROVIA 5930 aus 2016,)" die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

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

Mit Schriftsatz vom 30.06.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.06.2017, der XXXX den Zuschlag erteilen zu wollen, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt, auf Bestellung eines Sachverständigen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Mit Schriftsatz vom 30.06.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 20.06.2017, der römisch 40 den Zuschlag erteilen zu wollen, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt, auf Bestellung eines Sachverständigen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Schreiben vom 20.06.2017 bekanntgegebene "Zuschlagsentscheidung". Die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit jj BVergG. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Schreiben vom 20.06.2017 bekanntgegebene "Zuschlagsentscheidung". Die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG.

Das gegenständliche Vergabeverfahren werde als Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung für sieben Jahre geführt. Das Vergabeverfahren betreffe Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Die Antragstellerin habe ihr Letztangebot am 09.04.2017 form- und fristgerecht gelegt.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ausschreibungskonform eine Erst- und eine Letztangebot gelegt. Sie habe ein Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss, da sie zukünftig zum Nachweis der Leistungsfähigkeit von der öffentlichen Hand beauftragte Referenzprojekte vorweisen müsse. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Deckungsbeitrages, der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Rechtsberatung. Sie bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht eingebracht worden. Die erforderlichen Pauschalgebühren für den Nachprüfungs- und den Provisorialantrag seien vergaberechtskonform in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass der definitivgestellte Kriterienkatalog der Anlage 3a der Ausschreibungsbedingungen Müssanforderungen aufliste. Das Nichterfüllen auch nur eines "K.O.-Kriteriums" führe demnach zum Ausscheiden des betroffenen Angebots aus dem Vergabeverfahren.

Das (Letzt-)Angebot der präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle – zumindest – zwei dieser Mussanforderungen nicht und wäre daher vom Auftraggeber bzw von der Vergebenden Stelle auszuschneiden gewesen. Gemäß zugänglicher Informationen über die Produkte der präsumtiven "Zuschlagsempfängerin" (zB Internetauftritt, Produktdarstellungen) verfüge diese einerseits über kein Storage System, das echte Active/Active Architektur unterstütze. Die Storage Systeme der präsumtiven Partnerin würde nur über Controller mit einer asymmetrischen Active/Active Architektur verfügen. Damit erfülle sie die Mussanforderung "Storage.5" nicht. Andererseits erfülle si auch die Mussanforderung "Storage.11" nicht. Demnach müsse das das Storage System eines Bieters den Einsatz der betriebssystemeigenen Failover-Treiber erlauben. Der Einsatz von spezieller Software des Storage System Herstellers sei nicht zulässig. Die in den Ausschreibungsbedingungen beschriebene Systemarchitektur des Auftraggebers verwende eine Virtualisierungssoftware des Unternehmens VMware, Inc. Gemäß der Knowledge Base von VMware, Inc. würden die Storage Systeme der präsumtiven Partnerin "XXXX" nicht den Einsatz eines betriebssystemeigenen Failover-Treibers erlauben. Es sei daher der gemäß Kriterienkatalog nicht zulässige Einsatz von zusätzlicher Software ("OceanStor UltraPath V1R8 oder neuer") erforderlich. Die präsumtive "Zuschlagsempfängerin" habe sohin ein nicht-ausschreibungskonformes und daher auszuschneidendes (Letzt)Angebot gelegt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass deren Erlassung erforderlich sei, da die Auftraggeberin ansonsten rechtswidrigerweise die Rahmenvereinbarung abschließen und den Erstabruf tätigen könnte. Die Auftraggeberin habe bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren ins Kalkül zu ziehen. Die Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen. Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sei nicht überschießend.

Am 05.07.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium nach Übermittlung der Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

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

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft, schrieb die gegenständliche Beschaffung von Echtzeitsystemen für betriebliche Kommunikation in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für eine siebenjährige Laufzeit aus (CPV-Code: 48820000-2). Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 5.682.000,-- ohne USt.

Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Letztangebot. Das Angebot wurde nicht ausgeschieden.

Mit als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bezeichnetem Schreiben (E-Mail) vom 20.06.2017 wurde der Antragstellerin unter Bekanntgabe der Punkte für die Kriterien "Preis" und "Qualität" mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der XXXXerteilen zu wollen.

Am 30.06.2017 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die Antragstellerin entrichtete für ihren Antrag (auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) eine Pauschalgebühr in der Höhe von insgesamt EUR 1.036,-.-.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen bzw ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft. Sie übt eine Sektorentätigkeit iSd § 169 1 Abs BVergG aus, da sie ein Netz zur Versorgung der Öffentlichkeit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene

betreibt. Sie ist öffentlicher Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, da sie durch die Bereitstellung von Schieneninfrastruktur zum Zweck der Erbringung im Allgemeininteresse stehender Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet wurde und diese betreibt, als Aktiengesellschaft vollrechtsfähig ist und zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich steht. Die Auftraggeberin ist daher öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG (zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40 mwN; BVwG 30.05.2016, W187 2121663-2/41E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung ist vom Vorliegen eines Lieferauftrages gemäß § 5 BVergG auszugehen. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB Infrastruktur Aktiengesellschaft. Sie übt eine Sektorentätigkeit iSd Paragraph 169, 1 Abs BVergG aus, da sie ein Netz zur Versorgung der Öffentlichkeit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene betreibt. Sie ist öffentlicher Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, da sie durch die Bereitstellung von Schieneninfrastruktur zum Zweck der Erbringung im Allgemeininteresse stehender Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet wurde und diese betreibt, als Aktiengesellschaft vollrechtsfähig ist und zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich steht. Die Auftraggeberin ist daher öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVergG (zB BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40 mwN; BVwG 30.05.2016, W187 2121663-2/41E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung ist vom Vorliegen eines Lieferauftrages gemäß Paragraph 5, BVergG auszugehen. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 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 ein Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und ein Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidungen am 20.06.2017 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem

Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass dieser als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidungen am 20.06.2017 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass dieser als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnete Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der XXXX GmbH erteilen zu wollen. Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung ist demnach noch nicht erfolgt, weswegen auch ein rechtskonformer Abruf aus der Rahmenvereinbarung noch nicht erfolgen kann (ua BVwG 31.01.2017, W139 2141722-2/27E mwN). Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich demnach nicht – wie von der Auftraggeberin fälschlicherweise bezeichnet – um eine Zuschlagsentscheidung, sondern um die in diesem Verfahrensabschnitt gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (§ 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG). Dass sich die Antragstellerin der unzutreffenden Terminologie der Auftraggeberin bedient, gereicht der rechtsschutzsuchenden Antragstellerin nicht zum Nachteil (siehe ua BVA 27.01.2011, N/0006-BVA/06/2011-8EV). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin als "Zuschlagsentscheidung" bezeichnete Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der römisch 40 GmbH erteilen zu wollen. Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung ist demnach noch nicht erfolgt, weswegen auch ein rechtskonformer Abruf aus der Rahmenvereinbarung noch nicht erfolgen kann (ua BVwG 31.01.2017, W139 2141722-2/27E mwN). Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich demnach nicht – wie von der Auftraggeberin fälschlicherweise bezeichnet – um eine Zuschlagsentscheidung, sondern um die in diesem Verfahrensabschnitt gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG). Dass sich die Antragstellerin der unzutreffenden Terminologie der Auftraggeberin bedient, gereicht der rechtsschutzsuchenden Antragstellerin nicht zum Nachteil (siehe ua BVA 27.01.2011, N/0006-BVA/06/2011-8EV). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe).

2. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor 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 ihr am 20.06.2017 bekannt gegebenen Entscheidung, im gegenständlichen Vergabeverfahren der XXXX GmbH den "Zuschlag" erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise zutreffen. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 20.06.2017 bekannt gegebenen Entscheidung, im gegenständlichen Vergabeverfahren der römisch 40 GmbH den "Zuschlag" erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise zutreffen. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und sohin auch eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung des Abschlusses einer entsprechenden

Rahmenvereinbarung und sohin auch eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den Gewinnentgang und frustrierten Aufwand der Verfahrensteilnahme sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Am Vorliegen dieser finanziellen Einbußen besteht jedenfalls dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung ist plausibel. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach stRsp 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; BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Die Auftraggeberin hat kein Vorbringen zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattet. Sie hat keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Dem Bundesverwaltungsgericht sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist 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 Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen, wonach 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).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die beantragte und im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die beantragte und im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit hRSp gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; 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 hRSp gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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

Abschlussverbot, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung,
gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung,
Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber,
Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Referenzprojekt, Schaden,
Untersagung, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren,
Vermögensnachteil, Verzögerung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W149.2163019.1.00

Zuletzt aktualisiert am

10.08.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at