

TE Bvwg Beschluss 2018/1/16 W138 2182639-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.01.2018

Entscheidungsdatum

16.01.2018

Norm

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

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 § 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
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 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

- [illegible]

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 2182639-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung der Systemprüfungen zum Verwaltungs- und Kontrollsystem des operationellen Programms (OP) "Beschäftigung Österreich" des Europäischen Sozialfonds (ESF) für die Programmperiode 2014 bis 2020" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, vergebende Stelle Gruppe I/B des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Sozialministerium), Stubenring 1, 1010 Wien aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 11.01.2018: Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung der Systemprüfungen zum Verwaltungs- und Kontrollsystem des operationellen Programms (OP) "Beschäftigung Österreich" des Europäischen Sozialfonds (ESF) für die Programmperiode 2014 bis 2020" der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, vergebende Stelle Gruppe I/B des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Sozialministerium), Stubenring 1, 1010 Wien aufgrund des Antrages der römisch 40, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien vom 11.01.2018:

A)

Dem Antrag "Das BVwG möge eine einstweilige Verfügung gem. § 329 BVergG erlassen, mit der im Vergabeverfahren "Durchführung der Systemprüfungen zum Verwaltungs- und Kontrollsystem des operationellen Programms (OP) "Beschäftigung Österreich" des Europäischen Sozialfonds (ESF) für die Programmperiode 2014 bis 2020" der Lauf der Angebotsfrist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote untersagt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird" wird dahingehend stattgegeben, als im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird. Dem Antrag "Das BVwG möge eine einstweilige Verfügung gem. Paragraph 329, BVergG erlassen, mit der im Vergabeverfahren "Durchführung der Systemprüfungen zum Verwaltungs- und Kontrollsystem des operationellen Programms (OP) "Beschäftigung Österreich" des Europäischen Sozialfonds (ESF) für die Programmperiode 2014 bis 2020" der Lauf der Angebotsfrist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote untersagt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt wird; in eventu der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird" wird dahingehend stattgegeben, als im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren 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 11.01.2018, am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. einzelner Ausschreibungsbestimmungen. Weiters beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Einsicht in den Vergabeakt sowie den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (in der Folge Auftraggeberin) habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 12.09.2017 ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Werkvertrages über Dienstleistungen eingeleitet. Die Angebotsfrist sei nach Berichtigung der Ausschreibungsunterlage und des Leistungsvertrages vom 09.01.2018 auf den 19.01.2018, 15:00 Uhr verlängert worden. Bekämpft werde die Ausschreibungsunterlage der Auftraggeberin die gem. § 2 Abs. 16 lit. a sub.lit.dd BVergG gesondert anfechtbar sei. Die Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrags ende am 11.01.2108, 15:00 Uhr. Die Antragstellung sei daher rechtzeitig erfolgt. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (in der Folge Auftraggeberin) habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 12.09.2017 ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Werkvertrages über Dienstleistungen eingeleitet. Die Angebotsfrist sei nach Berichtigung der Ausschreibungsunterlage und des Leistungsvertrages vom 09.01.2018 auf den 19.01.2018, 15:00 Uhr verlängert worden. Bekämpft werde die Ausschreibungsunterlage der Auftraggeberin die gem. Paragraph 2, Absatz 16, Litera a, sub.lit.dd BVergG gesondert anfechtbar sei. Die Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrags ende am 11.01.2108, 15:00 Uhr. Die Antragstellung sei daher rechtzeitig erfolgt.

In der Ausschreibungsunterlage werde festgelegt, dass die Vergabe des Auftrages nach dem Bestbieterprinzip erfolge. Als Zuschlagskriterium seien der Preis und die Qualität festgelegt. Das Zuschlagskriterium Qualität werde untergliedert in Sub- und Subsubkriterien. Die Auftraggeberin habe am 09.01.2018 die Ausschreibungsunterlage und den Leistungsvertrag berichtigt. Die Auftraggeberin habe diese Änderungen der Ausschreibungsunterlagen in einer Art und Weise vorgenommen, dass die Änderungen selbst nicht gekennzeichnet wurden und es nahezu unmöglich wäre zu erkennen, dass überhaupt Änderungen vorgenommen worden seien. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am

Vertragsabschluss durch die Ausarbeitung und Übersendung der Teilnahmeunterlagen eindeutig dargelegt. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich einerseits daraus, dass die ausgeschriebene Leistung ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin sei und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden zu entstehen drohe. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden. Bei vergabekonformer Vorgangsweise der Auftraggeberin seien näher bezeichnete Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen vom 09.01.2018 von der Auftraggeberin abzuändern bzw. vom BVwG für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin werde durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in näher bezeichneten Rechten verletzt.

Als Rechtswidrigkeiten werden geltend gemacht, dass die Auftraggeberin die vorgenommenen Änderungen der Ausschreibungsunterlage und des Leistungsvertrages nicht als solche gekennzeichnet habe.

Eine objektive Ermittlung des Bestbieters sei aufgrund der Kriterien für die Bewertung der vorzulegenden Konzepte im Subkriterium 1 und 2 nicht nachvollziehbar. Die gesamte Systematik der Ausschreibung würde dazu führen, dass trotz erfolgter Berichtigung im Zuge der Fragebeantwortung weiterhin nicht vergleichbare Angebote einlangen würden, und dass die anzubietenden Preise von den Bietern nur mit Übernahme unkalkulierbarer Risiken ermittelt werden können.

Bezüglich des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die beantragte Aussetzung der Angebotsfrist zwingend erforderlich sei, weil die Auftraggeberin mit Erteilung des Zuschlages sowie dem Abschluss des Werkvertrages unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. In der vorliegenden Konstellation würden die Interessen der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVwG sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Am 16.01.2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erstattete zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ein Vorbringen, welches sich im Wesentlichen darauf beschränkte, ohne nähere Angaben einen dringenden Beschaffungsbedarf der Auftraggeberin zu behaupten und die Zurück- bzw. Abweisung des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zu beantragen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:^{römis}ch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

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

Auftraggeberin ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Sozial und Konsumentenschutz. Diese schrieb im September 2017 in einer EU-weiten Bekanntmachung ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Werkvertrages über Dienstleistungen aus. (EU-weite Bekanntmachung vom 12.09.2017, 2017/S 174-356472).

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde nach Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen und des Leistungsvertrages vom 09.01.2018 auf den 19.01.2018, 15:00 Uhr verlängert. Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag wurde am 11.01.2018 beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete für ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Pauschalgebühr von € 1.026,-. 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 Antrages

Auftraggeberin iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit,

Soziales und Konsumentenschutz. Als vergebende Stelle tritt die Gruppe I/B des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Sozialministerium) auf. Auftraggeberin iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. Als vergebende Stelle tritt die Gruppe I/B des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Sozialministerium) auf.

Die Republik Österreich (Bund), ist öffentliche Auftraggeberin gem. § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gem. Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit.a 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 BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Die Republik Österreich (Bund), ist öffentliche Auftraggeberin gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gem. Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, 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 BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gem. Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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 § 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 Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung 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.

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 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. 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 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.

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 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 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, Aussetzung der Angebotsfrist,
Berichtigung der Ausschreibung, Bewertung, Dauer der Maßnahme,

Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist,
Frist, Fristenlauf, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel,
Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung der Ausschreibung,
öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse,
Provisorialverfahren, Risikotragung, Schaden, Untersagung der
Angebotsöffnung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote,
Verhandlungsverfahren, Werkvertrag

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W138.2182639.1.00

Zuletzt aktualisiert am

20.02.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at