

TE Bvwg Beschluss 2017/4/5 W123 2151680-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.04.2017

Entscheidungsdatum

05.04.2017

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §131 Abs2

BVergG 2006 §151 Abs3

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 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 6 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

W123 2151680-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Einzelrichter über den Antrag der XXXX, XXXX, XXXX, vertreten durch Huber | Berchthold Rechtsanwälte OG, Riemergasse 9/9, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ELKOS Austria" der Auftraggeber 1. Bund, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, Minoritenplatz 9, 1014 Wien und 2. Land Niederösterreich, Amt der niederösterreichischen Landesregierung, Langenlebarner Straße 106, 3430 Tulln an der Donau, beide vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30.03.2017 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Einzelrichter über den Antrag der römisch 40, römisch 40, römisch 40, vertreten durch Huber | Berchthold Rechtsanwälte OG, Riemergasse 9/9, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ELKOS Austria" der Auftraggeber 1. Bund, vertreten durch den Bundesminister für Inneres, Minoritenplatz 9, 1014 Wien und 2. Land Niederösterreich, Amt der niederösterreichischen Landesregierung, Langenlebarner Straße 106, 3430 Tulln an der Donau, beide vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, vom 30.03.2017 beschlossen:

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "ELKOS Austria" die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie in weiterer Folge die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, wird gemäß § 328 Abs. 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "ELKOS Austria" die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie in weiterer Folge die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, wird gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 30.03.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 20.03.2017.

Die Antragstellerin habe einen vollständigen Teilnahmeantrag, ein vollständiges Erstangebot und am Ende ein vollständiges Letztangebot gelegt. Dennoch sei das Letztangebot der Antragstellerin ausgeschieden worden. Diese angefochtene Entscheidung sei mit einer Vielzahl an Gründen versehen, die – nach eingehender Durchsicht – allesamt nicht zutreffen würden. In der Folge widersprach die Antragstellerin den von den Auftraggebern in der Ausscheidensentscheidung vom 20.03.2017 angeführten Ausscheidensgründen detailliert.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die begehrten Maßnahmen zwingend erforderlich seien, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Antragstellerin eine spätere Zuschlagsentscheidung nicht mehr mitgeteilt werde.

2. Am 01.03.2017 erteilten die Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Verfahren befinde sich

im Stadium der Angebotsprüfung – vor Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden sollen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwiesen die Auftraggeber auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach einem ausgeschiedenen Bieter eine gemäß § 328 Abs. 1 BVergG zwingend geforderte "durch die behauptete Rechtswidrigkeit" der Ausscheidung "entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen" fehle.² Am 01.03.2017 erteilten die Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Verfahren befinde sich im Stadium der Angebotsprüfung – vor Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden sollen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwiesen die Auftraggeber auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach einem ausgeschiedenen Bieter eine gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zwingend geforderte "durch die behauptete Rechtswidrigkeit" der Ausscheidung "entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen" fehle.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:^{römisch} zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß 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 ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist der Bund. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Bund. Dieser ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, BVergG um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, 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 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, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. 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 gemäß

§ 328 Abs. 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

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.

Zur beantragten Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ist festzuhalten, dass die Antragstellerin diesbezüglich nicht substantiiert vorbringt, warum eine solche Maßnahme zwingend erforderlich wäre. Soweit die Antragstellerin behauptet, dass die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. in weiterer Folge der Zuschlagserteilung zwingend erforderlich sei, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Antragstellerin eine spätere Zuschlagsentscheidung nicht mehr mitgeteilt werde, verkennt sie, dass die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge das (rechtmäßige) Zustandekommen der betreffenden Rahmenvereinbarung voraussetzt (siehe BVwG 31.01.2017, W139 2141722-2/27E). Das Vergabeverfahren befindet sich allerdings noch im Stadium vor Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, und demnach noch vor Abschluss der betreffenden Rahmenvereinbarungen (BVA vom 13. Mai 2008, N/0052-BVA/06/2008-11EV; BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1/10E). Sohin droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages.

Die Auftraggeber sind gemäß § 151 Abs. 3 BVergG verpflichtet, den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. Diese Entscheidung kann sodann von der Antragstellerin angefochten werden. Es steht somit auch kein unmittelbarer Abschluss der Rahmenvereinbarung bevor, sodass insofern ebenso keine Gefährdung des Anspruches der Antragstellerin durch die Auftraggeber droht (zum Zweck einer einstweiligen Verfügung siehe EBRV1171 BlgNR XXII. GP, 141, siehe auch BVA 13.05.2008, N/0052-BVA/06/2008-11EV). Wenngleich der Gesetzgeber hier nicht wie bei den Bestimmungen über die Zuschlagsentscheidung von den "im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern" sondern von den "nicht berücksichtigten Bietern" spricht (siehe EBRV 327 BlgNR XXIV. GP, 24), so ist trotz des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts in Entsprechung des Grundsatzes der Effektivität des Rechtsschutzes und des Gebots der Gleichbehandlung jedenfalls auch ein Bieter, dessen Ausscheiden wie in der gegenständlichen Konstellation noch nicht bestandsfest geworden ist, als "nicht berücksichtigter Bieter" iSd § 151 Abs. 3 BVergG zu qualifizieren (in st RSp BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1/10E; BVwG 04.12.2015, W123 2117867-1/2E; BVwG 04.10.2016, W187 2135663-1/2E).

Anderenfalls wäre einem derartigen Bieter, und damit auch der Antragstellerin, welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten hat und bei der das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist, eine Anfechtung der Entscheidung über die Auswahl des in Aussicht genommenen Vertragspartners verwehrt, obwohl diese Entscheidung angesichts der fehlenden Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Falle des Abrufs aus einer Rahmenvereinbarung (§ 131 Abs. 2 Z 3 BVerfG) die letzte anfechtbare Entscheidung darstellen kann. Insofern ist auch die Rechtsprechung des EuGH in Erinnerung zu rufen, wonach die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen ist (EuGH vom 28. Oktober 1999, C-81/98, Alcatel Austria ua). Die Auftraggeber sind gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVerfG verpflichtet, den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. Diese Entscheidung kann sodann von der Antragstellerin angefochten werden. Es steht somit auch kein unmittelbarer Abschluss der Rahmenvereinbarung bevor, sodass insofern ebenso keine Gefährdung des Anspruches der Antragstellerin durch die Auftraggeber droht (zum Zweck einer einstweiligen Verfügung siehe EBRV1171 BlgNR römisch 22 . GP, 141, siehe auch BVA 13.05.2008, N/0052-BVA/06/2008-11EV). Wenngleich der Gesetzgeber hier nicht wie bei den Bestimmungen über die Zuschlagsentscheidung von den "im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern" sondern von den "nicht berücksichtigten Bietern" spricht (siehe EBRV 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24), so ist trotz des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts in Entsprechung des Grundsatzes der Effektivität des Rechtsschutzes und des Gebots der Gleichbehandlung jedenfalls auch ein Bieter, dessen Ausscheiden wie in der gegenständlichen Konstellation noch nicht bestandsfest geworden ist, als "nicht berücksichtigter Bieter" iSd Paragraph 151, Absatz 3, BVerfG zu qualifizieren (in st RSp BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1/10E; BVwG 04.12.2015, W123 2117867-1/2E; BVwG 04.10.2016, W187 2135663-1/2E). Anderenfalls wäre einem derartigen Bieter, und damit auch der Antragstellerin, welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten hat und bei der das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist, eine Anfechtung der Entscheidung über die Auswahl des in Aussicht genommenen Vertragspartners verwehrt, obwohl diese Entscheidung angesichts der fehlenden Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Falle des Abrufs aus einer Rahmenvereinbarung (Paragraph 131, Absatz 2, Ziffer 3, BVerfG) die letzte anfechtbare Entscheidung darstellen kann. Insofern ist auch die Rechtsprechung des EuGH in Erinnerung zu rufen, wonach die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen ist (EuGH vom 28. Oktober 1999, C-81/98, Alcatel Austria ua).

Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeber eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, treffen würde, wären diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen, zumal das Ausscheiden des Angebotes bislang seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes nicht als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen). Die Annahme der Antragstellerin, welche der Auftraggeberin rechtswidriges Verhalten, nämlich die Unterlassung der gebotenen Bekanntgabe der genannten Entscheidung an die Antragstellerin, unterstellt, kann nicht Grundlage der Anordnung vorläufiger Maßnahmen sein (BVwG 04.10.2016, W187 2135663-1/2E). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeber eine Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, treffen würde, wären diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen, zumal das Ausscheiden des Angebotes bislang seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes nicht als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen). Die Annahme der Antragstellerin, welche der Auftraggeberin rechtswidriges Verhalten, nämlich die Unterlassung der gebotenen Bekanntgabe der genannten Entscheidung an die Antragstellerin, unterstellt, kann nicht Grundlage der Anordnung vorläufiger Maßnahmen sein (BVwG 04.10.2016, W187 2135663-1/2E).

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidungen entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs. 1 BVerfG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung bzw. der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R.

Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2208). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidungen entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung bzw. der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss der Rahmenvereinbarung, nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2208).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B)

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter"

angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden (siehe dazu bereits BVwG 25. 2. 2014, W139 2001504-1/7E).

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgründe, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, Bestandsfestigkeit, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Gleichbehandlung, Informationspflicht, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter, Nichtigklärung, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Revision zulässig, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W123.2151680.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.04.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at