

# TE Bvwg Beschluss 2018/3/19 W139 2188956-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.03.2018

## Entscheidungsdatum

19.03.2018

## Norm

BVergG 2006 §164  
BVergG 2006 §169 Abs1  
BVergG 2006 §180 Abs1 Z1  
BVergG 2006 §2 Z20 litd  
BVergG 2006 §2 Z49  
BVergG 2006 §2 Z8  
BVergG 2006 §291  
BVergG 2006 §292 Abs1  
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2  
BVergG 2006 §312 Abs2  
BVergG 2006 §320 Abs1  
BVergG 2006 §328 Abs1  
BVergG 2006 §328 Abs2  
BVergG 2006 §329 Abs1  
BVergG 2006 §329 Abs3  
BVergG 2006 §329 Abs4  
BVergG 2006 §4  
BVergG 2006 §5  
BVergG 2006 §6  
BVergG 2006 §79 Abs3  
B-VG Art.133 Abs4  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W139 2188956-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der XXXX, vertreten durch Heid Schieder Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag über Lieferung, Betrieb und Instandhaltung von E-Ladestationen (ID10583)" der ÖBB- Infrastruktur Aktiengesellschaft (ÖBB-Infrastruktur AG), Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien:

A)

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Rahmenvertrag über Lieferung, Betrieb und Instandhaltung von E-Ladestationen (ID10583)" den Zuschlag zu erteilen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

### **Text**

#### **BEGRÜNDUNG:**

##### **I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:**

Mit Schriftsatz vom 12.03.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28.02.2018 verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz und einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Untersagung der Erteilung des Zuschlags begehrt wurde.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Auftraggeberin sei die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese sei öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Auftraggeberin führe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss eines Rahmenvertrags ohne Mindestabnahmepflicht nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich durch. Angefochten werde die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung vom 28.02.2018.

Die ausgeschriebenen Leistungen würden einen wesentlichen Geschäftszweig der Antragstellerin darstellen. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Ausarbeitung und Übersendung der Angebotsunterlagen eindeutig dargelegt. Bei korrekter Prüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden und der Zuschlag der Antragstellerin zu erteilen. Im Falle der Beibehaltung der Rechtswidrigkeit drohe der Antragstellerin ein Schaden, zumindest in Höhe der Kosten der bisherigen Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und der rechtsfreundlichen Vertretung sowie aufgrund des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren. 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 entrichtet worden, wobei mangels Unkenntnis des geschätzten Auftragswertes gegebenenfalls die entsprechende Gebühr nachgezahlt werde.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass bei der gegenständlichen Ausschreibung in der EU-weiten Bekanntmachung das Bestbieterprinzip festgelegt, dieses jedoch während des Vergabeverfahrens auf ein Billigstbieterprinzip geändert worden sei. Daher werde infolge dieser Änderung ein anderer Bieterkreis angesprochen, da zusätzliche Bieter ein Angebot hätten legen können. Da im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens die Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen nicht mehr in Betracht komme, sei das Vergabeverfahren verpflichtend zu widerrufen.

Weiters seien, wie die Auftraggeberin selbst in der Verhandlungsrunde ausführe, auch in der letztgültigen Ausschreibungsunterlage zur Bewertung der Angebote ausschließlich monetäre bewertbare Kriterien vorgesehen. Es handle sich somit zweifelsohne um ein (unzulässiges) Billigstbieterprinzip gemäß § 2 Z 20 lit d sublit bb BVergG. Die Wahl des Billigstbieterprinzips sei ausschließlich dann zulässig, wenn "der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist" (§ 79 Abs 3 BVergG). Da die Auftraggeberin die verfahrensgegenständliche Leistung im Wege des Verhandlungsverfahrens ausgeschrieben habe, habe sie klargestellt, dass "es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen und deswegen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird" (§ 79 Abs 3 Z 4 BVergG). In den Ausschreibungsunterlagen sei daher zwingend vorzusehen, den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Sei ein Prinzip gewählt worden, sei der Auftraggeber in der Folge daran gebunden. Zu einem vergleichbaren Sachverhalt habe der

VwGH festgehalten, dass für den Fall, dass in der Vergabebekanntmachung das Bestbieterprinzip festgelegt worden sei, eine spätere Umdeutung auf ein Billigstbieterprinzip nicht möglich sei. Wenn aufgrund der Zuschlagkriterien eine Ermittlung des Bestbieters nicht möglich sei (da wie im vorliegenden Fall nur der Billigstbieter ermittelt werden könne), sei die Ausschreibung verpflichtend zu widerrufen. Dies gelte aufgrund der Bindung an die Grundsätze des Vergabeverfahrens nach einhelliger Literatur auch im Sektorenbereich.

Überdies wäre das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen. In der Teilnahmeunterlage vom 22.10.2017 sei unter Punkt 3.2 bestandsfest festgelegt worden, dass der Bewerber eine Mitgliedschaft bei einer E-Roaming-Plattform wie zB Hubjet, e-clearing.net, ChargePoint oder einer vergleichbaren Plattform nachzuweisen habe. Es handle sich hierbei um eine Grundbedingung mit einem "G+", dh der Bewerber müsse die im betroffenen Punkt angeführten Mindestanforderungen vollständig abgeben, diese vollständig erfüllen sowie die geforderten Nachweise vollständig beibringen. Die von den ÖBB ausgegebenen RFID Karten seien aus technischer Sicht an den Ladestationen der Mitglieder des Bundesverbands Elektromobilität Österreich (BEO) zwar funktionstüchtig, jedoch sei die präsuntive Zuschlagsempfängerin - laut der Information der Antragstellerin - kein Mitglied einer e-Roaming Plattform. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin könne die Mindestanforderungen nicht erfüllen, weshalb diese gar nicht zur zweiten Stufe zugelassen hätte werden dürfen.

Weiters sei gemäß Punkt 4.1 "Betreibermodell" eine einfache und eindeutige Schnittstelle zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer durch ein Kooperationsmodell zu gewährleisten. Der Auftragnehmer habe zudem sicherzustellen, dass dieser über Österreichweite Servicestationen/Stützpunkte verfüge und ausreichend Serviceteams sowie Servicetechniker zur Verfügung stelle (Punkt 5.2). Aufgrund der umfassenden Marktkenntnis der Antragstellerin gehe diese davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin lediglich über 200 Ladepunkte verfüge und damit diese Anforderung nicht erfüllen könne. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin wäre somit auszuschneiden gewesen.

Darüber hinaus finde sich im vorliegenden Fall keine betriebswirtschaftliche Erklärung für den Gesamtangebotspreis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei in der Position LG 1 des Preisblattes um EUR 721.672,61 billiger, die Angebotspreise in der Position LG 2 seien bei beiden Angeboten ident, das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der Position LG 3 sei um EUR 362.346,50 billiger als jenes der Antragstellerin. Aufgrund der umfassenden Marktkenntnis der Antragstellerin sei davon auszugehen, dass kein adäquates Verhältnis von Preis und Leistung vorliege und von keinem angemessenen Preis ausgegangen werden könne. Im Ergebnis bedeute dies, dass die Zuschlagsentscheidung aufgrund fehlender Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung für nichtig zu erklären und das Vergabeverfahren in den Status der Angebotsprüfung zurückzusetzen sei.

Weiters sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben. Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen und insbesondere dem Rahmenvertrag ergebe, sei der gegenständliche Rahmenvertrag ohne jegliche Abrufverpflichtungen ausgestaltet worden (vgl Punkt 2.1 des Rahmenvertrags: "dieser Rahmenvertrag ist kein Leistungsvertrag und ergeben sich aus diesem [...] keine unmittelbaren wechselseitigen Leistungspflichten). Problematisch sei bei dieser Bestimmung, dass der Auftragnehmer keinen Anspruch auf Abruf einer bestimmten Mindestmenge habe. Diese Tatsache bewirke, dass den Bietern ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden werde. Um dem Erfordernis einer vorsichtigen Kalkulation des Angebots Genüge zu tun, hätten die Bieter unweigerlich von gewissen (unter dem Mengengerüst liegenden) Abrufmengen ausgehen und diese als Risikoaufschlag der Kalkulation zugrunde legen müssen. Da diese Annahmen auf keinen konkreten Festlegungen der Auftraggeberin beruhen können, seien die Angebote bereits aus diesem Grund nicht vergleichbar.

Die Auftraggeberin verwechsle überdies das Wesen einer Rahmenvereinbarung mit einem Rahmenvertrag, wenn sie festlege, dass es "dem Auftraggeber frei[steht], jederzeit Parallelvergaben des Leistungsgegenstands des Rahmenvertrags durchzuführen und von einem Abruf aus dem Rahmenvertrag abzusehen." Der Rahmenvertrag sei als "Auftrag" iSd §§ 4 bsi 6 BVergG und als beidseitig verpflichtender Leistungsvertrag zu qualifizieren und entfalte daher insbesondere auch eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen. Auch diese Bestimmung bewirke, dass den Bietern ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden werde. Schließlich führe auch die Festlegung der Auftraggeberin, dass "auch eine deutliche Überschreitung des ursprünglich geschätzten, in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Auftragsvolumens nicht zur Beendigung des Rahmenvertrags führt" ebenso wie die einseitige Kündigungsmöglichkeit der Auftraggeberin bei Überschreitung des geschätzten Bedarfs zu

unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken und damit zur mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote und damit verpflichtend zum Widerruf des Vergabeverfahrens.

Die beantragte Untersagung der Erteilung des Zuschlags sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin mit der Erteilung des Zuschlags sowie dem Abschluss des Rahmenvertrags unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. In der vorliegenden Konstellation überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Würden die in der Ausschreibung enthaltenen Rechtswidrigkeiten nicht behoben werden, so sei die Antragstellerin nicht in der Lage, sich erfolgversprechend an der Ausschreibung zu beteiligen. Es würden die aufgezeigten Schäden drohen bzw seien diese bereits entstanden. Im Fall der Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits und wäre mit einer ungebührlichen Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden.

Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Jeder umsichtige Auftraggeber habe bei der Planung eines Vergabeverfahrens bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einzukalkulieren. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVWG sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Am 14.03.2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, gab allerdings den geschätzten Auftragswert angesichts des noch laufenden Vergabeverfahrens vorerst nicht bekannt. Zur beantragten Erlassung der einstweiligen Verfügung verwies die Auftraggeberin darauf, dass eine Verzögerung des Leistungsbeginns mit erheblichen Nachteilen verbunden sei. Die ausgeschriebenen Leistungen seien zentraler Bestandteil der "E-Mobility"-Strategie der Auftraggeberin. Durch die unberechtigte Verzögerung des Vergabeverfahrens werde auch die Fortführung des Projektes verzögert. Die genannten Verzögerungen könnten bei kontextbezogenen Projekten nicht eingeplant werden und es würde dadurch eine projektübergreifende Planung verunmöglicht werden. Der damit entstehende Schaden und die resultierenden Folgekosten müssten im Rahmen einer umfassenden Analyse innerhalb der Auftraggeberin tiefgreifend analysiert und beziffert werden. Vor dem Hintergrund der mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entstehenden Verzögerungen des Leistungsbeginns und den damit für die Auftraggeberin und ihren Kunden entstehenden Schäden, bestehe ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, das größer wiege als jenes der Antragstellerin. Aus den genannten Gründen sei dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht stattzugeben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Sachverhalt:

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

Auftraggeberin ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese schrieb die verfahrensgegenständliche Leistung "Rahmenvertrag über Lieferung, Betrieb und Instandhaltung von E-Ladestationen (ID10583)" im Oktober 2017 als Lieferauftrag in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwelkenbereich aus (CPV-Code: 31600000). Als Vertragslaufzeit wird in der Auftragsbekanntmachung der Zeitraum von 01.01.2018 bis 31.12.2020 angeführt, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe Version 1.3 vom 10.01.2017 wird der Zeitraum 01.03.2018 bis 28.02.2021 angeführt. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe wird ua festgelegt, dass die angeführten geschätzten Mengen den geschätzten Gesamtbedarf darstellen, der je nach tatsächlichem Bedarf (auch deutlich) über- oder unterschritten werden kann. Weiters besteht ausdrücklich keine Mindestabnahmeverpflichtung für den Auftraggeber aus dem Rahmenvertrag - gleich welcher Art (Punkt 1.4; 2.1). Gemäß Punkt

2.1. der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist dieser Rahmenvertrag kein Leistungsvertrag und ergeben sich aus diesem - sofern im Folgenden nichts Abweichendes festgelegt ist - keine unmittelbaren wechselseitigen Leistungspflichten. Überdies steht es dem Auftraggeber frei, jederzeit Parallelvergaben des Leistungsgegenstands des Rahmenvertrags durchzuführen und von einem Abruf aus dem Rahmenvertrag abzusehen (Punkt 2.1).

Die Antragstellerin beteiligte sich am Vergabeverfahren und gab fristgerecht ein Letztangebot ab.

Am 28.02.2018 wurde der Antragstellerin per E-Mail über die Plattform ProVia bekannt gegeben, den Zuschlag der XXXX, erteilen zu wollen.

Mit Schriftsatz vom 12.03.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung ein. Gleichzeitig beantragte sie die Untersagung der Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Die Antragstellerin entrichtete in Unkenntnis des geschätzten Auftragswertes eine Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 1.026,00 für die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie EUR 2.052,00 für den Nachprüfungsantrag.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

## II.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 AG. Sie übt eine Sektorentätigkeit iSd § 169 Abs 1 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, sie steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. Die Auftraggeberin ist daher öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG (ua BVwG 30.05.2016, W187 2121663-2/41E mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 1 BVergG, sodass gemäß § 180 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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.

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.

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 eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher vorläufig 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.

### 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 § 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 § 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 § 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 28.02.2018 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag der XXXX erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen 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 einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG - 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 grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Vorbehaltlich der Entscheidung im Hauptverfahren wird vorerst vom Vorliegen einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49 BVergG im Rahmen eines Verfahrens zum Abschluss eines Rahmenvertrages ausgegangen, wenngleich nicht übersehen wird, dass die Auftraggeberin selbst in den Ausschreibungsunterlagen ua festgelegt hat, dass "dieser Rahmenvertrag [...] kein Leistungsvertrag [ist]".

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf finanzielle Einbußen, nämlich entgangenen Gewinn, frustrierten Aufwand der Verfahrensbeteiligung und der rechtsfreundlichen Vertretung sowie auf den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Am Vorliegen dieses drohenden Schadens besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung ist plausibel. Ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten; vorliegend beziffert die Antragstellerin aber ohnehin die Kosten der Verfahrensbeteiligung und der rechtsfreundlichen Vertretung (siehe VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127). Beim Verlust eines Referenzprojektes 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; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 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 Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf 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 insbesondere bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45).

Soweit die Auftraggeberin gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung Einwendungen erhebt und vorbringt,

dass im Falle einer Verzögerung erheblicher Schaden drohen würde, so ist diese zum einen darauf hinzuweisen, dass sie eine besondere Dringlichkeit zwar behauptet, das diesbezügliche Vorbringen aber keineswegs hinreichend substantiiert belegt oder auch nur ansatzweise plausibel und nachvollziehbar begründet hat (siehe ua BVwG 24.02.2016, W187 2121663-1/2E). Die Auftraggeberin verweist lediglich ganz allgemein, ohne jegliche Konkretisierung, auf Nachteile für die Allgemeinheit und erheblichen Schaden für die Auftraggeberin und deren Kunden, welcher im Rahmen einer umfassenden Analyse innerhalb der Auftraggeberin tiefgreifend analysiert und beziffert werden müsste. Wenn das Vorbringen der Auftraggeberin dahingehend zu verstehen ist, dass mit einer einstweiligen Verfügung auch ein finanzieller Mehraufwand auf Seiten der Auftraggeberin verbunden wäre, so ist sie - abgesehen davon, dass ein solcher Mehraufwand bzw Folgekosten nicht einmal belegt werden - auf die diesbezüglich ständige Rechtsprechung der Vergabekontrolle zu verweisen, wonach ein solcher Mehraufwand in der Natur der Sache liegt. Als alleinige Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten. Demgegenüber ist aber ein solcher Mehraufwand vielmehr schon bei der Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 15.09.2017, W139 2170025-1/7E ua; BVwG 09.10.2014, W139 2012408-1/3E). Soweit die Auftraggeberin überdies auf ihren Kunden drohenden erheblichen Schaden hinweist, so ist für das Bundesverwaltungsgericht mangels jeglichen substanziellen Vorbringens nicht ersichtlich, worin dieser Schaden und dessen erhebliche Auswirkungen konkret liegen sollten. Jedenfalls aber ist festzuhalten, dass mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung im gegenständlichen Fall eine Gefährdung von Leib und Leben nicht einhergeht.

Zum anderen 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.). Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass bei "kontextbezogenen Projekten" allenfalls eintretende Verzögerungen infolge von Vergabekontrollverfahren in der Verfahrensplanung nicht berücksichtigt werden können und eine projektübergreifende Planung dadurch unmöglich wäre, so vermag das Bundesverwaltungsgericht nicht zu erkennen, dass in derartigen Konstellationen ganz allgemein entgegen der zuvor zitierten Judikatur des EuGH zum Vorrang des primären Rechtsschutzes das Instrument des provisorischen Rechtsschutzes gleichsam seiner Wirkung beraubt werden sollte. Gerade bei komplexen und vielschichtigen Projekten hat ein Auftraggeber grundsätzlich auch derartige, durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren bedingte Vorhabensverzögerungen in der Weise einzuplanen, dass hierdurch die Durchführung der betreffenden Vergabeverfahren ohne Beschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes gewährleistet ist. Weshalb dies im vorliegenden Fall nicht möglich gewesen sein sollte, hat die Auftraggeberin nicht einmal im Ansatz substantiiert dargelegt und ist dies für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar.

Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass der tatsächliche Bedarf der Auftraggeberin an den gegenständlich ausgeschriebenen E-Ladestationen ganz offenbar noch nicht feststeht, zumal ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wird, dass dieser entgegen den geschätzten Mengen (auch deutlich) über- oder unterschritten werden kann, sodass auch aus diesem Grund eine besondere Dringlichkeit der Beschaffung zumindest nicht in einem Ausmaß anzunehmen ist, welches der Erlassung der begehrten einstweiligen Maßnahme entgegensteht. Auch der Umstand, dass der ursprünglich vorgesehene Leistungsbeginn mit 01.01.2018 unterdessen bereits um zwei Monate nach hinten auf den 01.03.2018 verlegt wurde, deutet nicht auf die von der Auftraggeberin monierte besondere Dringlichkeit hin.

Darüber hinaus sind dem Bundesverwaltungsgericht keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

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 im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war.

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 (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; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

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.

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;

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**

Änderung des Bieterkreises, Angebotsbewertung, Ausscheiden eines Angebotes, bestandfeste Ausschreibung, Bindungswirkung, Dauer der Maßnahme, Dringlichkeit, effektiver Rechtsschutz, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Kalkulation, konkrete Darlegung, Konkretisierung, Lieferauftrag, Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Rahmenvertrag, Risikotragung, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Verhandlungsverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Verzögerung, Wahl des Vergabeverfahrens, Widerruf des Vergabeverfahrens, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W139.2188956.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

26.03.2018

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)