

TE Bvwg Beschluss 2018/8/6 W123 2201798-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.08.2018

Entscheidungsdatum

06.08.2018

Norm

BVergG 2006 §171 Abs3
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §320 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

Spruch

W123 2201798-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER über die den Antrag der XXXX GmbH, Gonzagagasse 19 /3, 1010 Wien, vertreten durch SCHNITZER Rechtsanwalts GmbH, Stubenring 14, 1010 Wien, betreffend "GmbH digital gründen mit dem Notar" des Auftraggebers ÖGIZIN GmbH, Landesgerichtsstraße 20, Postfach 250, 1011 Wien, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien, vom 24.07.2018 beschlossen:

A)

Dem Antrag, "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, das gegenständliche Vergabeverfahren fortzusetzen", wird gemäß §§ 328 Abs. 1, 329 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2006 stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, das Vergabeverfahren "GmbH digital gründen mit dem Notar" fortzusetzen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 24.07.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am 25.07.2018 eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigklärung der unzulässigen Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe. In eventu wurden weitere Nichtigklärungs- bzw. Feststellungsanträge gestellt. Zur Begründung brachte die Antragstellerin im Wesentlichen folgendes vor:

Im Zusammenhang mit der Realisierung der digitalen GmbH-Gründung habe die Auftraggeberin gemeinsam mit der Österreichischen Notariatskammer 2017 das Pilotprojekt "Digitale GmbH-Gründung mit dem Notar" initiiert. Ziel des Pilotprojektes sei vor allem die Ermittlung sowie Testung unterschiedlicher sich am Markt befindlichen (technischen) Lösungen eines idealen digitalen "workflows". Die Antragstellerin habe sich am Pilotprojekt gemeinsam mit der XXXX GmbH beteiligt. Der Antragstellerin sei bekannt, dass sie noch weitere Unternehmen am Pilotprojekt beteiligt hätten. Die Antragstellerin sei auch darüber informiert worden, dass die Auftraggeberin nach erfolgreichem Abschluss des Pilotprojektes nunmehr eine rasche Realisierung des Projektes anstrebe. Umso verwunderter sei die Antragstellerin gewesen, als diese am 18.07.2018 informiert worden sei, dass die angekündigte Ausschreibung betreffend dieses Projekt nicht stattfinde. Dem Geschäftsführer der Antragstellerin sei ein E-Mail übermittelt worden, aus dem hervorgehe, dass der Präsidentenrat der Österreichischen Notariatskammer am 09.07.2018 entschieden habe, dass das Projekt in die Hände XXXX GmbH gelegt werde, die in Workshops eine alternative Vorgangsweise entwickeln solle, die den Anforderungen dieses Projektes entspreche. Damit sei die Ausschreibung, die bereits konzeptiv fertig vorbereitet gewesen sei, vorläufig eingestellt.

Eine solche (beabsichtigte) Beauftragung an die XXXX GmbH - ohne öffentliche Bekanntmachung und Durchführung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung - wäre jedoch vergaberechtswidrig. Daher werde die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens angefochten.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde insbesondere vorgebracht, dass die Untersagung der Verfahrensfortsetzung zwingend erforderlich sei, ansonsten die Auftraggeberin unumkehrbare Tatsachen schaffen würde.

2. Mit Schriftsatz vom 31.07.2018 erstattete die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Antrag auf einstweilige Verfügung sowie zum Nachprüfungsantrag/Feststellungsantrag. Zunächst wurde auf die "Nichtauftraggebereigenschaft" der Österreichischen Notariatskammer hingewiesen. Mögliche Auftraggeberin im Falle eines Vergabeverfahrens sei ausschließlich die ÖGIZIN. Bislang sei aber von der Auftraggeberin weder eine Wahl für ein bestimmtes Vergabeverfahren getroffen, noch wurde ein Auftrag zu Realisierung an die XXXX GmbH erteilt; vielmehr befinde sich die Auftraggeberin noch immer im Vorbereitungsstadium zur Projektrealisierung. Die Prüfung der Machbarkeit alternativer Möglichkeiten sei von der XXXX GmbH unentgeltlich angeboten worden und es solle diese in einem 2-tägigen Workshop (20. - 23.08.2018) rasch durchgeführt werden. Ein Auftrag zur technischen Realisierung des Projektes wurde der XXXX GmbH nicht erteilt. Die Prüfung der Machbarkeit alternativer Möglichkeiten solle Entscheidungsgrundlage für die weitere Umsetzung des Projektes sein. Insofern sei das E-Mail vom 17.07.2018 von der Antragstellerin falsch interpretiert worden. Es sei nur davon die Rede, dass (im Vergleich zum Pilotprojekt) alternative Vorgangsweisen entwickelt werden sollen. Weiters sei auch nicht davon die Rede, dass keine Ausschreibung stattfinden werde. Im Gegenteil, es werde klar kommuniziert, dass die Ausschreibung nur "vorläufig" eingestellt worden sei, um nach Klarheit über die Möglichkeiten, die entsprechenden vergaberechtlichen Schritte zu setzen. Da bislang von der Auftraggeberin weder die Wahl einer bestimmten Verfahrensart getroffen worden sei, noch eine unzulässig Direktbeauftragung erfolgt sei, wurde der Antrag gestellt, alle von der Antragstellerin gestellten Anträge abzuweisen, in eventu zurückzuweisen sowie den Antrag auf Einstweilige Verfügung mangels Aussicht auf Erfolg abzuweisen, in eventu zurückzuweisen.

3. In einer Replik vom 01.08.2018 brachte die Antragstellerin vor, dass es irrelevant sei, dass bislang kein Auftrag zur technischen Realisierung erteilt worden sei. In erster Linie habe die Antragstellerin die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe angefochten. Ob eine Auftragserteilung tatsächlich stattgefunden habe, sei somit nicht maßgeblich. Entscheidend sei, ob aus dem Wortlaut der E-Mail 18.07.2018 objektiv ableitbar sei, ob sich die Auftraggeberin zu einer direkten Beauftragung an die XXXX GmbH entschieden habe. Dabei sei relevant, dass eine derartige Entscheidung schriftlich, aber auch konkludent nach außen in Entscheidung treten müsse. Aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers habe die E-Mail nur dahingehend verstanden werden können, dass sich die Auftraggeberin dazu entschieden habe, die XXXX GmbH direkt mit dem Projekt zu beauftragen. Auch würden die Ausführungen der Auftraggeberin in der Stellungnahme ins Leere gehen, wonach die Durchführung eines 2-tägigen Workshops seitens

XXXX GmbH initiiere, dass noch keine Auftragsvergabe erfolgt wäre.

Das Gegenteil sei der Fall: Hiermit belege die Auftraggeberin gerade, dass die Wahl einer Direktvergabe erfolge. XXXX GmbH beginne bereits in diesem Workshop mit einer Leistungserbringung. Mit der E-Mail 18.07.2018 liege eine nach außen in Erscheinung tretende Festlegung vor, welche eben gesondert anfechtbar sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Zu Spruchpunkt A)

1. Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung 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 2006 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 Nichtigkeitserklärung 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.

2. Das E-Mail von Mag. XXXX (Anm. beigezogener Berater der Auftraggeberin) vom 18.07.2018 (unter anderem an die Antragstellerin ergangen) lautet auszugsweise:

"Der Präsidentenrat der Österreichischen Notariatskammer hat am 9. Juli 2018 entschieden, dass das Projekt in die Hände der XXXX GmbH gelegt wird, die in Workshops eine alternative Vorgangsweise entwickeln soll, die den Anforderungen unseres Projektes entspricht. Damit ist die Ausschreibung, die bereits konzeptiv fertig vorbereitet war, vorläufig eingestellt."

3. Dem Fehlen jeglicher Erfolgsaussichten des Hauptantrages kann nach der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Rahmen des Provisorialverfahrens durchaus Beachtung geschenkt werden. Einer derartigen Vorgehensweise steht wohl auch der Wortlaut des § 171 Abs. 3 BVergG nicht entgegen. Wenn aber nach dem Ermittlungsstand im

Provisorialverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten - zumindest teilweise - tatsächlich vorliegen und daher dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung stattzugeben sein wird (die Behauptungen der Antragstellerin also nicht denkunmöglich erscheinen), dann ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig. Die vom Auftraggeber geltend gemachte mangelnde inhaltliche Begründetheit ist sodann Gegenstand des Hauptverfahrens (Götzl in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 15 zu § 328).

Nach der Rechtsprechung des VfGH sind die Vergabekontrollbehörden befugt, im Rahmen der vorläufigen Sicherstellung eines effektiven Vergaberechtsschutzes mittels rechtsschutzfreundlicher Interpretation im Zweifel die Zuständigkeit zu bejahen; dies im Hinblick darauf, dass Zuständigkeitsfrage eben erst im Nachprüfungsverfahren endgültig geklärt werden soll (VfGH 27.11.2001, B 1564/00).

4. Entgegen der Annahme der Auftraggeberin erachtet das Bundesverwaltungsgericht den gegenständlichen Hauptantrag der Antragstellerin nicht von vornherein für aussichtslos: Dies insbesondere vor dem Hintergrund der nicht denkunmöglichen Annahme der Antragstellerin, das E-Mail vom 18.07.2018 dahingehend zu interpretieren, dass die XXXX GmbH für eine allfällige Direktvergabe in Betracht gezogen wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG 2006 sowie auch in Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist daher zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der XXXX GmbH im Rahmen eines Workshops (vom 20. bis 23.08.2018) die Machbarkeit alternativer Möglichkeiten für die Auftraggeberin geprüft werden soll, dieser Umstand jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des durchzuführenden Ermittlungsverfahrens zum Ergebnis gelangt, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens" tatsächlich rechtswidrig erfolgt ist, wodurch aber der Antragstellerin aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber gegenständlich nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens (in concerto der Nichtdurchführung des in Aussicht genommenen Workshops vom 20. bis 23.08.2018) abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragsteller ermöglicht (zB BVA 18.01.2012, N/0004-BVA/10/2012-EV19). In Anbracht des Stadiums des Vergabeverfahrens (knapp 2 Wochen vor Beginn des Workshops) stellt sich diese Maßnahme auch als notwendig und zugleich als die gelindeste iSd §§ 328 Abs. 1 und 329 Abs. 3 BVergG 2006 dar.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (zB BVA 14.05.2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 01.08.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 05.02.2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Ein solches ist für das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht zu erkennen, zumal auch die Auftraggeberin kein besonderes öffentliches Interesse behauptet hat.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin, ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Obiter ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht - mit den Ausführungen der Auftraggeberin vom 31.07.2018 - davon ausgeht, dass gegenständlich ausschließlich die ÖGIZIN als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 in Betracht kommt. Das Nachprüfungsverfahren zur Zahl W123 2201789-2, in welchem die Österreichische Notariatskammer als Auftraggeber bezeichnet ist, wird daher - sollte die Antragstellerin ihre dahingehenden Anträge nicht zurückziehen - zurückzuweisen bzw. einzustellen sein.

Zu Spruchpunkt B)

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.

Nach Art. 133 Abs. 9 iVm Abs. 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 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; 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; 29.09.2011, 2011/04/0153) 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

Dauer der Maßnahme, Direktvergabe, effektiver Rechtsschutz, einstweilige Verfügung, Feststellungsantrag, Fortsetzung des Vergabeverfahrens, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, objektiver Erklärungswert, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung, Vergabeverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W123.2201798.1.00

Zuletzt aktualisiert am

06.09.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at