

# TE Bvwg Beschluss 2018/10/3 W139 2206369-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.10.2018

## Entscheidungsdatum

03.10.2018

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §126 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §132 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §342 Abs2

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W139 2206369-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der XXXX , vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer, Dr. Siegfried Sieghartsleitner, Dr. Michael Pichlmair, Ing.MMag. Michael A. Gütlbauer Rechtsanwälte, Eisenhowerstraße 27, 4600 Wels, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Verbandskläranlage Korneuburg, Errichtung 2. Ausbaustufe, Erweiterung auf 85.000 EW, maschinelle Ausrüstung und Schlosserarbeiten" des Auftraggebers Abwasserverband "Raum Korneuburg", Donaulände 22, 2100 Korneuburg, vertreten durch Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, vom 25.09.2018 beschlossen:

A) I. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Antragsgegner bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag die Fassung einer Zuschlagsentscheidung untersagen" wird gemäß § 350 Abs 1 BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Antragsgegner bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages untersagen" wird gemäß § 350 Abs 1 BVergG abgewiesen.

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

## Text

### BEGRÜNDUNG:

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

Mit Schriftsatz vom 25.09.2018, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Antragsgegners vom 20.09.2018, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 auszuscheiden, gleichzeitig auf Nichtigerklärung einer bereits ergangenen oder binnen 15 Tagen ab Zustellung der angefochtenen Ausscheidentscheidung vom 20.09.2018 ergehenden Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Verbandskläranlage Korneuburg, 2. Ausbauabschnitt, Erweiterung auf 85.000 EW (Maschinelle Ausrüstung und Schlosserarbeiten)", auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Das gegenständliche Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip geführt. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt, welches hinsichtlich sämtlicher Angebote preislich an erster Stelle liege. Das Angebot der Antragstellerin sei im Sinne der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien nicht nur preislich das günstigste, sondern auch insgesamt tatsächlich das Beste. Als Bestbieterin sei ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Angemerkt werde überdies, dass das nach der fortlaufenden Eingangsnummer dritteingelangte Angebot nach Ende der Angebotsfrist, d.h. verspätet eingelangt sei und zudem nicht eindeutig erkennbar sei, wer hier konkret als Bieter auftrete.

Es drohe bei Entgang bzw Nichtdurchführung des gegenständlichen Auftrages ein Schaden in der Höhe der Kosten der Angebotslegung, des entgangenen Gewinnes, sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten, sohin das Erfüllungsinteresse. Die Nichterteilung des Zuschlages würde insbesondere auch eine fehlende Auslastung des Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und dergleichen mit sich bringen. Die Antragstellerin habe ein immanentes Interesse an diesem Auftrag, welches sich einerseits im dargestellten drohenden Schaden und andererseits im Umstand, dass es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um ein weiteres Referenzprojekt im gegenständlichen Geschäftszweig handelt, hinreichend manifestiere. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Nichtausscheidung des Angebotes, auf Zuschlagserteilung, auf Gleichbehandlung sowie auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens als verletzt.

Der Abwasserverband Raum Korneuburg sei ein bundesgesetzlich eingerichteter Selbstverwaltungskörper dessen Vollziehung dem Landeshauptmann in mittelbarer Bundesverwaltung zukomme; er sei Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes (Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG). Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren sowie zu Erlassung Einstweiliger Verfügungen nach dem 4. Teil des BVergG 2018 sei sohin entgegen den Angaben des Auftraggebers gegeben.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin im Einzelnen aus, dass sie mit E-Mail vom 05.09.2018 der Aufforderung des Auftraggebers vom 29.08.2018 um Vorlage der Detailkalkulation für die Position 90.0602F "Az SRs Formst.alle L.4" entsprochen habe und die konkrete Detailkalkulation vorgelegt und nachvollziehbar dargestellt habe, dass beim Einheitspreis in der LG-Pos.Nr. 90.0602F ein evidenter Erklärungssirrtum vorliege, nämlich insoweit als sich ein Rechenfehler eingeschlichen habe und ein rund um das Zehnfache zu hoher Einheitspreis eingetragen worden sei. Grundsätzlich werde von der Antragstellerin die - gesondert anzubietende - Aufzahlung (konkret in den LG-Pos.Nr. 90.0602A bis 90.0602F) für die erforderlichen Form- und Verbindungsstücke und das Befestigungsmaterial (Formst.)

für alle Leitungen zu den bezüglichen Rohren (LG-Pos.Nr. 90.0601A bis 90.0601F) als Zuschlag zum Rohrpreis der betreffenden Dimension auf den Anteil "Sonstiges" in der Höhe von rund 150 % kalkuliert. In der LG-Pos.Nr. 90.0602F sei dieser Aufschlag konkret bei 145,56 % gelegen. Genau hier sei nun auf EP-Ebene ein Rechenfehler unterlaufen, indem fälschlicherweise mit einem (um den Faktor 10 zu hohen!) prozentuellen Zuschlag von 1455,60 % gerechnet und damit ein rund um das 10-fache zu hoher Einheitspreis, nämlich anstatt richtig € 31,03 ein solcher (evident falscher) von € 310,20, eingetragen bzw angeboten worden sei. Es sei in der gegenständlichen Branche allgemein üblich und gängige Praxis für die erforderlichen Form- und Verbindungsstücke und das Befestigungsmaterial (Formst.) für alle Leitungen zu den bezüglichen Rohren einen Zuschlag zum Rohrpreis auf den Anteil "Sonstiges" in der Höhe von rd. 150 % zu verrechnen. Für die ausschreibende Stelle und damit auch den Auftraggeber sei dieser Erklärungsschluss sohin evident. Der Vorwurf in der Ausscheidensentscheidung, wonach die Antragstellerin "keinen Erklärungsansatz für die Plausibilisierung dieses Preisansatzes geliefert" hätte, gehe am Kern der Sache vorbei und sei unrichtig.

Ein spekulatives Angebot liege in concreto definitiv nicht vor. Eine Spekulation liege von vornherein nur dann vor, wenn die Möglichkeit einer gravierenden Abweichung zwischen ausgeschriebener und voraussichtlich abgerechneter Menge bestehe. Könne eine Menge - wie im vorliegenden Fall - genau bestimmt werden und sei sie in richtiger Größe ausgeschrieben, könne auch kein spekulativer Einheitspreis vorliegen; die Preisstabilität des Angebotes sei gegeben. Eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, wie vom Auftraggeber behauptet, liege tatsächlich nicht vor. Auch sonst seien keine Gründe ersichtlich, auf welche ein Ausscheiden des Angebotes gestützt werden könnte.

Der Auftraggeber verkenne, dass die Berichtigung eines Rechenfehlers in einem Angebot unter den Voraussetzungen des § 126 Abs 4 BVergG 2006 nicht nur zulässig, sondern auch tatsächlich vorzunehmen sei. Auch hinsichtlich der Einheitspreise gelte die Rechenfehlerregelung des § 126 Abs 4 BVergG 2006. Das (irrtümliche) Verrechnen eines um den Faktor 10 überhöhten und für jeden redlichen, zumal sachkundigen Erklärungsempfänger eindeutig erkennbar überhöhten Zuschlages stelle jedenfalls einen solchen Rechenfehler dar. Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation komme es nach dieser Bestimmung und der höchstgerichtlichen Judikatur nicht an. Gemäß § 126 Abs 4 BVergG 2006 und den Festlegungen in der gegenständlichen Ausschreibung sei der vorliegend bei 1,83% und damit unter 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer liegende Rechenfehler zu berücksichtigen und damit der Einheitspreis sowie der Gesamtpreis entsprechend zu berichtigen. Es sei weder der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt, noch das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend.

Darüber hinaus verfüge die Antragstellerin entgegen der Ansicht des Auftraggebers über die geforderten projektspezifischen Referenzen und habe diese ausschreibungskonform angegeben. Als Referenzprojekt sei in der Ausschreibung unmissverständlich die Beauftragung mit der maschinellen und gastechnischen Ausrüstung für den Neubau oder die Sanierung oder den Umbau eines Faulturmes (d.h. nur den Neubau oder die Sanierung oder den Umbau des ersten Teiles der sogenannten "Gaslinie") definiert. Mindestkriterium sei dabei die gastechnische Ausrüstung für einen Faulturm mit einem Gasanfall von mindestens 50 m<sup>3</sup>/h inklusive Gasdom, Schlammabzugseinrichtung, Rührwerk, Gaspeicherung, Gasreinigung und BHKW Installation. Es sei damit auch in diesem Zuschlagskriterium die maximale Punkteanzahl zuzuteilen. Soweit die Antragsgegnerin nun dahin argumentiere, dass die von uns ausgeführten Faultürme (Referenz 2 und 3) nicht anerkannt werden würden, weil diese im Rahmen eines Auftrages von uns ausgeführt worden wären, so sei dies ausschreibungswidrig.

Vorsichtshalber werde gemäß § 342 Abs 2 BVergG 2018 auch eine bereits ergangene oder binnen 15 Tagen (Übermittlung der Ausscheidensentscheidung erfolgte mittels Telefax) ab Zustellung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 20.09.2018 ergehende Zuschlagsentscheidung angefochten. Die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung sei auch im Hinblick auf die Legitimation zur Anfechtung des Ausscheidens erforderlich bzw geboten. Die Zuschlagsentscheidung sei bereits aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass aufgrund der aufgezeigten nachhaltig rechtswidrigen Vorgehensweise des Antragsgegners sowie im Lichte der einschlägigen vorliegenden Judikatur nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Antragstellerin aufgrund des (wenngleich nicht bestands- bzw rechtskräftigen) Ausscheidens ihres Angebotes keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung mehr erhalte und somit auch keine Möglichkeit mehr habe, die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes sei daher im Rahmen einer einstweiligen Verfügung auch die Fassung einer Zuschlagsentscheidung und die Zuschlagserteilung zu untersagen. Die bloße Behebung der Ausscheidensentscheidung wäre ohne die

beantragte Einstweilige Verfügung im Ergebnis wertlos, weil dadurch keine Möglichkeit eröffnet werde, eine allfällige nicht mitgeteilte Zuschlagsentscheidung mittels Nachprüfungsantrag anzufechten, falls die diesbezügliche Frist bereits abgelaufen sei.

Am 28.09.2018 erteilte der Auftraggeber die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Verfahren befindet sich im Stadium der Angebotsprüfung, eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht mitgeteilt worden. Der gegen die nicht existente Entscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag sei demnach unzulässig. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde ausgeführt, dass eine Zuschlagsentscheidung auch der Antragstellerin, deren Ausscheiden noch nicht rechtskräftig sei, als "im Verfahren verbliebener Bieterin" mitzuteilen wäre, was der Auftraggeber hiermit verbindlich zusage. Gemäß § 132 Abs 1 BVergG 2006 wäre ein dennoch erteilter Zuschlag absolut nichtig, denn eine rechtskonforme Zuschlagserteilung setze den Ablauf der Stillhaltefrist voraus. Die Antragstellerin habe sohin keinerlei Sicherungsinteresse. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei nicht erforderlich und mittels einstweiliger Verfügung auch nicht möglich, weil bereits das Gesetz anordne, dass eine Zuschlagserteilung ohne vorherige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und Abwarten der Stillhaltefrist nicht rechtswirksam möglich sei. Wollte daher der Auftraggeber vor Beendigung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens einen Zuschlag erteilen, müsste er zuvor ohnedies der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen; diese könnte von ihr dann bekämpft werden. Für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens drohe oder entstehe der Antragstellerin daher noch kein Schaden. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei daher zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruchs auf Abschluss des Vertrags nach der Judikatur des BVwG daher nicht notwendig. Dasselbe gelte für die beantragte Untersagung der „Fassung einer Zuschlagsentscheidung“, zumal diese - wie erwähnt - ohnehin entsprechend angefochten werden könne. Das Verbot der „Fassung einer Zuschlagsentscheidung“ wäre daher jedenfalls überschießend, weil es den Auftraggeber in unnötiger Weise an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens hindern würde, ohne für die Antragstellerin einen zur Sicherstellung ihrer rechtlich geschützten Interessen unbedingt erforderlichen Mehrwert für ihren Rechtsschutz zu bieten. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher vollumfänglich abzuweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Sachverhalt:

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

Der Auftraggeber, der Abwasserverband "Raum Korneuburg", schrieb im Juni 2018 die gegenständliche Leistung "Verbandskläranlage Korneuburg, Errichtung 2. Ausbaustufe, Erweiterung auf 85.000 EW, maschinelle Ausrüstung und Schlosserarbeiten" in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code: 45300000). Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert des Bauvorhabens wie auch des gegenständlichen Loses jeweils unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes für Bauaufträge gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2006.

Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Die Angebotsöffnung fand am 20.08.2018 statt. Die Antragstellerin legte das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis.

Mit E-Mail vom 29.08.2018 wurde die Antragstellerin ua um Vorlage der Detailkalkulation für die Position 90.0602FZ "Az SRs Formst.alle L.4" ersucht. Diesem Ersuchen kam die Antragstellerin fristgerecht nach.

Mit Telefax vom 20.09.2018 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebots gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 bekannt gegeben.

Am 25.09.2018 brachte die Antragstellerin die gegenständlichen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit Nachprüfungsanträgen beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die Antragstellerin entrichtete für ihre Anträge (auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 1.621,-.

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

#### 2. Rechtliche Beurteilung:

##### 2.1. Anzuwendendes Recht

Am 21.08.2018 ist das Bundesvergabegesetz 2018, BGBl I, Nr 65/2018, in Kraft getreten. Dessen § 376 lautet auszugsweise:

§ 376. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit Ausnahme der Einträge im Inhaltsverzeichnis zu den §§ 62, 66, 232, 237, 367 und 368 und der §§ 54 Abs. 2, 62 samt Überschrift, 66 samt Überschrift, 223 Abs. 2, 232 samt Überschrift, 237 samt Überschrift, 367 samt Überschrift, 368 samt Überschrift und des 2. Abschnittes von Anhang VIII samt Überschrift mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich tritt das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, außer Kraft.

(2) ...

(3) ...

(4) Für das Inkrafttreten der durch das BundesgesetzBGBl. I Nr. 65/2018 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Abs. 1 und 2 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Abs. 1 und 2 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

(5) ...

In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 69 BlgNR XXVI. GP) wird hierzu ausgeführt: Wenn ein Vergabeverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits eingeleitet war, ist es nach den materiellrechtlichen Vorschriften des BVergG 2006 zu Ende zu führen; wenn im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes ein Rechtsschutzverfahren anhängig gemacht wird, dann sind für das Rechtsschutzverfahren die Regelungen des 4. Teiles dieses Bundesgesetzes anzuwenden. (Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht, bleiben allerdings die Bestimmungen des BVergG 2006.) Ist ein Rechtsschutzverfahren hingegen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits anhängig, ist dieses Rechtsschutzverfahren gemäß Abs. 4 nach den Bestimmungen des BVergG 2006 fortzuführen.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im Juni 2018, somit vor In-Kraft-Treten des BVergG 2018 eingeleitet. Das Nachprüfungsverfahren wurde nach In-Kraft-Treten des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemacht. Daraus folgt, dass materiellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2006 und formellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2018 zur Anwendung kommen.

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 § 328 Abs 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über die oben wiedergegebenen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Zu A)

## 2.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 ist der Abwasserverband "Raum Korneuburg". Dieser wurde auf Grundlage der §§ 87 ff WRG gegründet. Es handelt sich damit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Verbandszweck ist die Reinigung von Abwässern sowie die Reinhaltung von Gewässern. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts und genießt daher Rechtsfähigkeit. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Der Abwasserverbandverband "Raum Korneuburg" ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG 2006 um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2006, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 350 Abs 1 BVergG 2018 genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 342 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidungen am 20.09.2018 wurden die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welche zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 342 Abs 1 BVergG 2018 eingebracht wurden, innerhalb der gemäß § 343 Abs 1 BVergG 2018 maßgeblichen Frist eingebracht, sodass diese als rechtzeitig zu qualifizieren sind (§ 350 Abs 3 und 4 BVergG 2018).

Die Nachprüfungsanträge richten sich gegen die der Antragstellerin per Telefax am 20.09.2018 mitgeteilte Ausscheidentscheidung einerseits und eine allenfalls bereits ergangene bzw binnen 15 Tagen ab Zustellung der angefochtenen Ausscheidentscheidung ergehende Zuschlagsentscheidung andererseits. Beim Ausscheiden eines Angebotes und bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006. Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Vertrag nicht mit ihr abgeschlossen werden sollte, plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllen auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 340 Abs 1 Z 1, 3 und 4 BVergG 2018 iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018).

### 2.3. Inhaltliche Beurteilung der Anträge

Gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzutreten, 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 § 351 Abs 1 BVergG 2018 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 § 351 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 gelindste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Das Begehr der Antragstellerin ist darauf gerichtet, dem Auftraggeber zu untersagen, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und (in eventu) den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Da somit die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevorsteht, droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG 19.02.2015, W139 2100854-1/2E; BVwG 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LWwG Wien 26.02.2015, VGW- 123/V/072/627/2015-2; LVwG 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014;

sowie bereits BVA 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA 04.07.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVA 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141).

Auch ist kein Grund ersichtlich, dem Auftraggeber das Treffen einer Zuschlagsentscheidung zu untersagen, da auch insofern der im Verlust des Auftrages liegende Schaden nicht unmittelbar droht. Die Antragstellerin müsste gegen eine allfällige, ihr - wie nachfolgend gezeigt wird - als verbliebener Bieterin bekanntzugebende Zuschlagsentscheidung ohnehin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vorgehen, um deren Bestandskraft zu verhindern und um die Chance auf Zuschlagserteilung zu wahren.

Der Auftraggeber ist gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85; siehe in diesem Sinne auch die Erläuterungen zum BVergG 2018 RV 69 BlgNR XXVI GP, 156). Gemäß Art 2a Abs. 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß § 131 Abs. 1 BVergG 2006 sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (siehe zu einer vergleichbaren Konstellation insbesondere VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0029; siehe auch J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel<sup>3</sup>, § 131 Rz 16).

Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre dieser somit - wie er auch selbst ausdrücklich zusagt - verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (wiederum VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0029; J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel<sup>3</sup>, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA; zu den Rechtsschutzinstrumentarien gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung bzw bei etwaiger Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung siehe auch LWWG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014). Die Annahme der Antragstellerin, welche dem Auftraggeber 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 Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 350 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des auf die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung gerichteten Begehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2208).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

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 vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als uneinheitlich zu beurteilen ist. So geht der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 09.08.2010, AW 2010/04/0024, 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" gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden. Demgegenüber führt der Verwaltungsgerichtshof allerdings in seinem Beschluss vom 23.11.2016, Ra 2015/04/0029, aus, dass als "verbliebene" Bieter, welchen gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 die Zuschlagsentscheidung nachweislich mitzuteilen ist, jene Bieter gelten, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw deren Angebote zwar - wie in der dortigen wie auch in der vorliegenden Konstellation - ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidentscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Dass der Revisionswerberin durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlags untersagt werde, eine bessere Rechtsposition eingeräumt werden sollte als den übrigen im Verfahren verbliebenen Bieter, ist nicht begründet. Der Verwaltungsgerichtshof verneinte angesichts der insoweit eindeutigen Rechtslage das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung und wies die gegen die Abweisung des Sicherungsbegehrens gerichtete Revision zurück.

### **Schlagworte**

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidentscheidung, Bauauftrag, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Informationspflicht, Irrtum, Kalkulation, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter, notwendige Maßnahme, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Rechenfehler, Rechtsschutzinteresse, Revision zulässig, Schaden, Sicherungsbedarf, spekulativer Preis, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W139.2206369.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

19.12.2018

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