

# TE Bvwg Beschluss 2019/1/8 W138 2211900-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.01.2019

## Entscheidungsdatum

08.01.2019

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §2 Z5

BVergG 2006 §4

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W138 2211900-1/3E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Akademiestr. 23, PH Hochschulgebäude Salzburg, Sanierung und Erweiterung, Elektrotechnische Anlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vom 27.12.2018:

A)

Dem Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren n "Pädagogische Hochschule Salzburg Sanierung und Erweiterung, Elektrotechnische Anlagen" die Stillhaltefrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen, der Auftraggeberin letztlich die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des

Nachprüfungsverfahrens zu untersagen." wird gemäß §§ 350 Abs. 1, 351 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018 dahingehend stattgegeben, dass die Erteilung des Zuschlags im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen wird.

Der Auftraggeberin ist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

B)

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

### **Text**

#### **BEGRÜNDUNG:**

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

Mit Schriftsatz vom 27.12.2018, am 28.12.2018 mit eingeschriebenem Brief an das BVwG gesandt und am 02.01.2019 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2018. Weiters beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Einsicht in den Vergabeakt sowie den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (im Weiteren Auftraggeberin) habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 24.08.2018 ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Bauleistung eingeleitet. Bekämpft werde die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 20.12.2018, die gemäß § 312 BVergG 2018 gesondert anfechtbar sei. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Oberschwellenbereich seien binnen 10 Tagen beim BVwG einzubringen. Die Antragstellung sei daher rechtzeitig erfolgt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe kein entsprechendes Angebot gemäß den Ausschreibungsunterlagen und § 125 BVergG abgegeben. In den Bieterlücken der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien überhaupt keine Hersteller- und Produktangaben angeführt. Zudem seien nur unzureichende Herstellernamen ohne jegliche Typenangaben eingetragen worden. Andererseits seien auch keine konkreten Produktzuordnungen in den Bieterlücken der Unterleistungsgruppen zu den einzelnen Leistungspositionen vermerkt worden. Bieterlücken (insbesondere in Unterleistungsgruppen) müssten sorgfältig, eindeutig, vollständig und zuordenbar ausgefüllt werden, sodass jedenfalls für jede betroffene Leistungsposition das angebotene Produkt durch die Auftraggeberin geprüft werden könne und auch nicht mehrere Produkte für eine einzige Leistungsposition in Frage kommen könnten.

In den Ausschreibungsunterlagen werde gefordert, dass alle Leistungspositionen "gänzlich" angeboten werden müssten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe einige Leistungspositionen mit EUR "0" und infolgedessen nicht vergabekonform angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe zudem kein Begleitschreiben, sohin kein Gleichwertigkeitsschreiben gem. § 125 (7) BVergG bzw gem. Angebotsschreiben Punkt 21.6 mit dem Angebot abgegeben. Ein nachträglicher Rückgriff auf das Leitprodukt bei einem fehlenden Gleichwertigkeitsnachweis eines angebotenen Produktes, sei nicht möglich sowie ein solcher Mangel auch nicht im Nachhinein behebbbar.

Durch die Rechtswidrigkeiten würde der Antragstellerin die Möglichkeit auf die spätere Zuschlagserteilung entgehen, weshalb ihr ein wirtschaftlicher Verlust drohe. Die Antragstellerin erachte sich insbesondere im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und habe Pauschalgebühren in ordnungsgemäßer Höhe entrichtet.

Bezüglich des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Verhinderung der Auftragserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zwingend erforderlich sei, da ansonsten die Chance zur Auftragserteilung vernichtet wäre, bevor über ihr Rechtsgestaltungsbegehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung entschieden sei. Überdies könnte die Auftraggeberin ansonsten unumkehrbare Tatsachen schaffen. In der vorliegenden Konstellation würden die Interessen der Antragstellerin auf Beseitigen der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin überwiegen. Es seien keine besonderen

Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVwG sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Am 07.01.2019 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab keine inhaltliche Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung ab.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen und der bezugnehmenden Beilagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Diese schrieb im August 2018 in einer EU-weiten Bekanntmachung ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Bauauftrages zwecks Sanierung und Erweiterung elektrotechnischer Anlagen aus (EU-weite Bekanntmachung vom 24.08.2018; Tag der Absendung 23.08.2018, ABl. 2018/S 162-369597).

Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag wurde nach postalischer Aufgabe am 28.12.2018 fristgerecht am 02.01.2019 beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderlichen Pauschalgebühren. Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Maßgebliche Rechtslage

Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs. 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft. Da das gegenständliche Vergabeverfahren am 23.08.2018 eingeleitet wurde, ist gemäß § 376 BVergG 2018 das BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 anwendbar.

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung z. B. BVwG 13.10.2016, W123 2133597-2/24E mit weiteren Nachweisen). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag, der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs. 2 BVergG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs. 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 28. 12.2018 mit eingeschriebenem Brief an das Bundesverwaltungsgericht gesandt. An diesem Tag hat sie den Nachprüfungsantrag der Post zur Beförderung übergeben, womit der Postlauf beginnt (zB VwGH 23.10.2017, Ro 2017/17/0008 ua). Damit hat sie auch das Postenlaufprivileg des § 33 Abs 3 AVG iVm § 311 BVergG in Anspruch genommen, sodass er als am 28.12.2018 eingebracht gilt.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs. 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs. 2 BVergG vorliegen.

Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung wurden in ausreichendem Umfang bezahlt.

## 2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

### Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 343 Abs. 1 BVergG 2018 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen einzubringen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte mit Schreiben vom 20.12.2018. Der Nachprüfungsantrag gilt auf Grund des Postlaufprivilegs als am 28.12.2018 beim BVwG eingebracht und ist somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergewährt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

### Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 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 § 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 2018 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat ua den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 20.12.2018 die Vergabe an die XXXX beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, 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 Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin erstattet ausdrücklich kein Vorbringen zum Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie

des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 351 Abs 4 BVergG 2018 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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**

Bauftrag, Bieterlücke, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W138.2211900.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

05.03.2019

**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)