

# TE Bvwg Beschluss 2019/1/21 W138 2212892-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.01.2019

## Entscheidungsdatum

21.01.2019

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §141

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §334

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §24 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W138 2212892-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "AkademierInnenzentrum Graz (P289.986)", des Auftraggebers Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vergebende Stelle Arbeitsmarktservice Steiermark, Babenbergerstraße 33, 8020 Graz, vertreten durch Dr. Christian Fink, Rechtsanwalt, Stiftgasse 21/16, 1070 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der a XXXX und

2. der U XXXX , vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt, Neubaugasse 64-66/1/12, 1070 Wien, vom 14.01.2019 "das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber (Antragsgegner) mittels einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen"

folgenden Beschluss:

A)

Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber (Antragsgegner) mittels einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, wird gemäß §§ 350 Abs. 1, 351 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018 stattgegeben.

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

B)

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

### **Text**

#### **BEGRÜNDUNG:**

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

Mit Schreiben vom 14.01.2019, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, beehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der am 04.01.2019 übermittelten Zuschlagsentscheidung, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch den Auftraggeber und die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Der Auftraggeber habe nicht-prioritäre Dienstleistungen im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung vom 04.01.2019. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

1. Die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auffällig und erstaunlich niedrig und daher nicht erklär- und nachvollziehbar. Selbst bei Heranziehen von (schon unrealistisch niedrigen) Mindestansätzen sei die Kalkulation zu den "wirklich gestaltbaren" Positionen zu niedrig, sodass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise jedenfalls nicht die realen Kosten abbilden würden.

2. Die Pausen- und Aufenthaltsflächen seien zwar im inhaltlichen Angebot zu finden und somit bei der Angebotsbewertung berücksichtigt worden, aber könnten nicht in vollem Ausmaß kalkulatorisch in der Plausibilisierung aufscheinen. Darüber hinaus seien die ordnungsgemäßen und bestandsfest festgelegten Nachweise nicht umfassend vorhanden. Dazu sei wesentlich, dass die bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die "räumliche Ausstattung" kalkulatorisch verbleibenden (exorbitant niedrigen) Kosten nur dann erzielbar wären, wenn dazu Synergien und / oder irgendwelche Erfahrungswerte behauptet werden würden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gelungen sei, allfällige Synergie- oder andere Effekte ausreichend und umfassend nachzuweisen bzw dass diese auch nicht plausibel im Sinne der Ausschreibung wären.

3. Auch für den Aufwandsbereich "technischen Ausstattung" habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur (exorbitant niedrige) Kosten zur Verfügung. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine ausreichende Plausibilisierung derartiger niedriger Kosten erfolgt sei (und auch gar nicht erfolgen könne). Der jeweilige Nachweis müsse die behaupteten Umstände konkret und zur Gänze abdecken.

4. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei unmittelbar auszuschneiden. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dürfe schon im Sinne der Gleichbehandlung keine weitere Chance zur Aufklärung eingeräumt werden.

5. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei aus mehreren Gründen auszuschneiden. Zunächst würden unauflösbare Widersprüche zwischen der inhaltlichen Angebotskomponente sowie den plausibilisierten Kalkulationsgrundlagen (vor allem zu den angebotenen Flächen) bestehen. Weiters würden aus inhaltlicher Sicht die insgesamt erforderlichen und umfassenden Nachweise zum Beleg für die Verfügbarkeit von Ausstattungsgegenständen (vor allem zur "technischen Ausstattung") fehlen. Damit seien diese als nicht angeboten zu betrachten (und dürften in der Folge auch nicht in der Bewertung berücksichtigt werden). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihre Kalkulation nicht ordnungsgemäß und umfassend plausibilisiert. Dabei habe sie auch keine weitere Chance zur Nachholung von Plausibilisierungsschritten. Das Preisangebot der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin sei unplausibel und betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sowie ausschreibungswidrig. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Plausibilisierung gemachten Angaben seien bei einer kompetenten Prüfung als nicht plausibel einzustufen.

6. Bei entsprechender fachkundiger Prüfung wären kalkulatorische Missverhältnisse im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erkennbar.

7. Der Auftraggeber habe mit der Aufforderung an die Bieter zur "vertieften Angebotsprüfung" weitere Festlegungen zur vertieften Angebotsprüfung getroffen. Insgesamt ergebe sich aus den Festlegungen des Auftraggebers, dass eine umfassende Preisprüfung erfolgen müsse, die jedenfalls auch die einzelnen Positionen zu umfassen habe. Es sei insbesondere der Frage auf den Grund zu gehen, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin so deutlich billig anbieten habe können. Schon aufgrund der konkreten Festlegungen des Auftraggebers wäre eine vertiefte Angebotsprüfung bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erforderlich gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde eine vertiefte Angebotsprüfung jedenfalls nicht bestehen, ihr Preis sei unzulässig niedrig und verstoße dementsprechend gegen Vorgaben der Ausschreibung, gegen allgemein gültige (in der Regel gesetzliche) Rahmenbedingungen oder gegen beides. Die Bedeute, dass das Preisangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unplausibel unterpreisig und ausschreibungswidrig sei; und zwar in unaufklärbarer Weise. Dementsprechend sei deren Angebot auf Basis der bestandsfesten Auftraggeberfestlegungen sowie der gesetzlichen Grundlagen rechtmäßigerweise auszuschneiden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 16.01.2019 erteilte dieser allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab bekannt, dass Auftraggeber der Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, vergebende Stelle Arbeitsmarktservice Steiermark, vertreten durch Dr. Christian Fink, Rechtsanwalt, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen nicht-prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem eigenständigen Vergabeverfahren (AMS-Standardverfahren) gemäß § 141 BVerGG 2006 mit EU-weiter Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in der EU und in Österreich sei am 16.08.2018 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 04.01.2019 erfolgt.

Die Auftraggeberin sehe im Hinblick auf die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung, von der Benennung entgegenstehender Interessen (vorerst) ab.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Der Auftraggeber, der Bund, vertreten durch das Arbeitsmarktservice, dieses vertreten durch die vergebende Stelle Arbeitsmarktservice Steiermark, hat einen nicht-prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich der in einem eigenständigen Vergabeverfahren (AMS-Standardverfahren) gemäß § 141 BVerGG 2006 nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU ist am 16.08.2018 erfolgt. (Schreiben des Auftraggebers vom 16.01.2019).

Am 04.01.2019 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zugunsten der b XXXX . (Schreiben der Auftraggeberin vom 16.01.2019).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

Der Antrag ist rechtzeitig. Die Pauschalgebühren wurden entrichtet.

2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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.

Nach § 376 Abs. 4 BVerGG 2018 sind Vergabeverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVerGG 2018

eingeleitet waren, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren am 16.08.2018 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen und zu beurteilen.

Nach § 376 Abs. 4 BVergG 2018 sind Nachprüfungsverfahren, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig waren, nach der nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Da das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nach diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde, ist es nach der Rechtslage des BVergG 2018 zu führen.

Gemäß § 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 ist im Anwendungsbereich des BVergG 2018 grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG 2006 ist der Bund. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

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 Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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 04.01.2019. Der Nachprüfungsantrag ist am 14.01.2019 vor Ende der Amtsstunden beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

### 3. 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 Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die

jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat den Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung gestellt.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 04.01.2019 die Vergabe an die b 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.

Der Auftraggeber 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 BVerfGG 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. Der Auftraggeber 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.

B) 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 VfGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 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**

Ausscheiden eines Angebotes, Bietergemeinschaft, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist,

Frist, Interessenabwägung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag,  
Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, öffentlicher  
Auftraggeber, öffentliches Interesse, Plausibilität, Preisvergleich,  
Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung,  
Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte)  
Preisprüfung, Zuschlagsverbot für die Dauer des  
Nachprüfungsverfahrens

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W138.2212892.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

25.04.2019

**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)