

# TE Bvwg Beschluss 2019/2/20 W187 2214491-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.02.2019

## Entscheidungsdatum

20.02.2019

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1  
BVergG 2006 §12 Abs3  
BVergG 2006 §172  
BVergG 2006 §2 Z5  
BVergG 2006 §4  
BVergG 2006 §5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §334  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §342 Abs2  
BVergG 2018 §344 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

W187 2214491-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der AAAA vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilfer Straße 1b/17, 1060 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ÖBB Linz - Summerau - Bauarbeiten zur Breitbandkommunikation" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, vom 13. Februar 2019 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge "folgende auf die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens befristete einstweilige Verfügung erlassen: ‚Der Auftraggeberin ist es bei sonstiger Exekution untersagt, bis zu rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den oben (vgl. 1.) bezeichneten Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens zum Vergabeverfahren ‚Steyregg - Staatsgrenze nächst Summerau, Bauarbeiten zur Breitbandkommunikation 2019 auf der Strecke Linz - Summerau, ProVia ID-Nr: 26429,‘ den Widerruf zu erklären“, gemäß §§ 350 Abs 1, 351 Abs 1, 3 und 4 BVergG statt.

Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG im Vergabeverfahren "ÖBB Linz - Summerau - Bauarbeiten zur Breitbandkommunikation", den Widerruf zu erklären.

B)

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

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2019, beim Bundesverwaltungsgericht am 14. Februar 2019 eingelangt, beantragte die AAAA vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilfer Straße 1b/17, 1060 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der erfolgten Widerrufsentscheidung vom 7. Februar 2019, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "ÖBB Linz - Summerau - Bauarbeiten zur Breitbandkommunikation" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und Angaben zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags führt die Antragstellerin aus, dass sie sich in ihren Rechten auf Unterlassung des Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Unterlassung einer diesbezüglichen Widerrufsentscheidung, Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu unseren Gunsten, Gleichbehandlung und Beachtung des Grundsatzes eines fairen und lautereren Vergabeverfahrens, in dessen Rahmen die Bieter berechtigt auf eine Zuschlagsentscheidung vertrauen zu dürfen, sowie ausreichende Begründung der Widerrufsentscheidung verletzt. Die Antragstellerin macht Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Nach Darstellung des Sachverhalts stellt die Antragstellerin ihr Interesse an der Zuschlagserteilung und den drohenden Schaden dar.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung für die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass den Auftraggeber auch nach Angebotsöffnung ein Gestaltungsspielraum beim Widerruf zukomme. Dieser Gestaltungsspielraum sei durch die Verfahrensgrundsätze des § 193 BVergG, insbesondere durch das Gleichbehandlungsgebot eingeschränkt. Der Auftraggeber habe die Sachlichkeit des Widerrufs nachzuweisen. Es seien keine derartigen sachlichen Gründe ersichtlich, die den beabsichtigten Widerruf rechtfertigen könnten. Die in der Widerrufsentscheidung genannten betrieblichen Gründe würden nicht erläutert. Schon deshalb sei der Nachweis der Sachlichkeit nicht gelungen und die Widerrufsentscheidung rechtswidrig.

1.3 Bei betrieblichen Gründen handle es sich um Gründe in der Sphäre der Auftraggeberin. Diesen seien enge Grenzen gesetzt. Es sei zwischen dem Widerruf aus sachlichen Gründen und einem willkürlichen Widerruf abzugrenzen. Die Grenze liege dort, wo dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zuzumuten sei. Die Angebotsöffnung stelle eine besondere Zäsur dar. Nach Angebotsöffnung kenne der Auftraggeber die Reihung der Bieter und es lasse sich nicht ausschließen, dass der Auftraggeber aus willkürlichen oder einen Bieter begünstigenden Gründen den Widerruf eines Vergabeverfahrens anstrebe. Die erfordere strenge Voraussetzungen. Es müsse sich um Gründe handeln, die objektiv nachvollziehbar seien und dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens unzumutbar machten. Angesichts der eingereichten Angebote und der verlesenen Gesamtpreise belegten, dass ein offenkundiger Wettbewerb und ein der Kostenschätzung und dem Budget der Auftraggeberin entsprechende Angebote vorlägen. Die terminlichen Gründe seien nicht näher ausgeführt. Diesem stehe die in der Ausschreibung der

Auftraggeberin eingeräumte Flexibilität bei der Ausgestaltung und dem Abruf der Bauleistung entgegen. Es liege kein sachlicher Grund für den Widerruf vor. Eine bloße Verschiebung von Bauleistungen mache die Fortführung des Vergabeverfahrens nicht unzumutbar, weil veränderliche Preise angeboten worden seien.

1.4 Der Zeitpunkt der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, die näheren Umstände dieser Widerrufsentscheidung und die unzureichende Begründung dieser Widerrufsentscheidung ließen die Antragstellerin vermuten, dass diese Widerrufsentscheidung erfolge, um "einen nicht erwarteten Bieter elegant loszuwerden".

1.5 Die Bieter könnten auf die Durchführung eines den Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechenden Verfahrens und auf die Auftragserteilung vertrauen, wenn sie das Best- oder Billigstangebot gelegt hätten. Dies rechtfertige das Recht auf Nachprüfung einer Widerrufsentscheidung. Die Sachlichkeit der Widerrufsentscheidung müsse einen objektiv nachvollziehbaren Grad haben. Es spreche nichts für die Rechtfertigung der bekannt gegebenen Widerrufsentscheidung. Die Auftraggeberin sehe es nicht für notwendig an, die bekannt gegebene Widerrufsentscheidung zu begründen.

1.6 Die Begründung der Widerrufsentscheidung müsse derart erfolgen, dass der Bieter die Chancen eines Nachprüfungsverfahrens abschließend zu beurteilen. Vorliegend reiche die Begründung der Widerrufsentscheidung dafür nicht aus. Nachgeschobene Gründe mögen zwar die beabsichtigte Widerrufsentscheidung plausibilisieren, den Begründungsmangel jedoch nicht beheben. In diesem Fall wäre die Widerrufsentscheidung wegen unzureichender Begründung für nichtig zu erklären und erst in einem zweiten Rechtsgang - nach unserer Kenntnis der substantiierten Widerrufsgründe - hierüber in der Sache selbst zu entscheiden.

1.7 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass sie ein erhebliches Interesse an der Auftragserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren, der Auslastung ihrer Kapazitäten vor Ort und der Erzielung von Deckungsbeiträgen zur Abdeckung der Geschäftsgemeinkosten habe. Die Erlassung einer auf die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens befristeten einstweiligen Verfügung berühre keine öffentlichen Interessen. Die Nachprüfung von Vergabeverfahren im Rahmen des Bundesvergabegesetzes liege selbst im öffentlichen Interesse. Die Auftraggeberin bezwecke durch die gegenständliche Widerrufsentscheidung ein neues Vergabeverfahren zu starten. Der damit verbundene Zeitverzug sei deutlich höher als das Zuwarten bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Die Antragstellerin habe durch die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung im Unterschwellenbereich zu erkennen gegeben, dass die Neuausschreibung nicht von hochrangigem Interesse sei. Andernfalls hätte sie schon von Gesetzes wegen einen bloßen Widerruf vornehmen können. Wenn die Auftraggeberin von dieser Möglichkeit des sofortigen Widerrufs im Unterschwellenbereich nicht Gebrauch mache, dann sei das Interesse der Auftraggeberin an einer sofortigen Neuausschreibung oder Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung als nicht gegeben anzunehmen. Sonstige Interessen, die durch Erlassung der einstweiligen Verfügung betroffen sein könnten, seien nicht ersichtlich.

2. Am 19. Februar 2019 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, hielt die telefonisch gewährte Fristerstreckung zur Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Erstattung der inhaltlichen Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag fest, bestritt das Vorbringen im Nachprüfungsantrag, sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung. Sie beantragt eine mündliche Verhandlung durchzuführen und den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die ÖBB-Infrastruktur AG schreibt unter der Bezeichnung "ÖBB Linz - Summerau - Bauarbeiten zur Breitbandkommunikation" Bauarbeiten mit dem CPV-Code 45232300-5 - Bauarbeiten und zugehörige Arbeiten für Fernsprech- und Fernmeldeleitungen im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Billigstangebotsprinzip ab. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags liegt unterhalb des Schwellenwerts. Der Auftrag soll von 1. April 2019 bis 20. Dezember 2019 ausgeführt werden. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 27. März 2018 zur Zahl L-645307-8322. Das Ende der Angebotsfrist war der 16. Jänner 2019, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte am 16. Jänner 2019, 10.00 Uhr, erfolgen. (Auskünfte der Auftraggeberin; Bekanntmachung der Ausschreibung Blg. /3 zum Nachprüfungsantrag)

1.2 Am 16. Jänner 2019 fand von 10.00 Uhr bis 10.10 Uhr die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden folgende Angebote mit den nebenstehenden Angebotspreisen ohne USt geöffnet:

1. XXXX € 2.199.287,34

2. XXXX € 1.294.745,43

3. XXXX € 1.893.529,88

4. XXXX € 2.010.000,00

5. XXXX € 1.947.537,37

6. XXXX € 1.996.774,27

7. XXXX € 2.043.338,45

8. XXXX € 1.364.686,29

9. XXXX € 1.984.907,71

10. XXXX € 1.655.143,18

11. AAAA € 1.138.867,57

12. XXXX € 1.798.988,18

13. XXXX € 1.268.941,05

(Auskünfte der Auftraggeberin; Protokoll der Angebotsöffnung Blg. /4 zum Nachprüfungsantrag)

1.3 Am 7. Februar 2019 gab die Auftraggeberin die nachstehende Widerrufsentscheidung bekannt:

"...

gemäß Bundesvergabegesetz in der geltenden Fassung teilen wir Ihnen mit, dass wir beabsichtigen die oben angeführte Ausschreibung wegen Vorliegens sachlicher Gründe zu widerrufen.

Maßgebend für diese Entscheidung war, dass das Bauvorhaben aus betrieblichen Gründen terminlich nicht so umgesetzt werden kann wie ursprünglich ausgeschrieben und sich dadurch die kalkulatorischen Grundlagen wesentlich geändert haben.

In oben angeführten Vergabeverfahren erfolgt daher der Widerruf aufgrund von notwendigen und wesentlichen Adaptierungen der Ausschreibungsunterlagen (Änderungen der Ausführungsbedingungen aufgrund von Änderungen des Leistungszeitraumes sowie Änderungen des Leistungsumfanges - Entfall von Leistungsteilen).

Es wurden somit Umstände bekannt, die, wären sie schon vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Die Stillhaltefrist endet am 18.02.2019, 24:00 Uhr.

..."

(Auskünfte der Auftraggeberin; Widerrufsentscheidung Blg. /1 zum Nachprüfungsantrag)

1.4 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.5 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

4.861,50. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### 3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG, BGBl I 2013/10, idgF lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

..."

3.1.3 Der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält, geht als *lex specialis* den Bestimmungen des BVergG vor. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idgF, lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes

## 1. Abschnitt

### Allgemeine Bestimmungen

#### Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

#### Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

## 2. Abschnitt

### Nachprüfungsverfahren

#### Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

## 3. Abschnitt

### Einstweilige Verfügungen

#### Antragstellung

§ 350. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 342 Abs. 1 genannten Voraussetzungen,

3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) ...

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 351. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar.

..."

3.2 Zu Spruchpunkt A) -Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG, da sie durch die Bereitstellung von Schieneninfrastruktur zum Zweck der Erbringung im Allgemeininteresse stehender Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet wurde und diese betreibt, als Aktiengesellschaft vollrechtsfähig ist und zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich steht. Sie übt eine Sektorentätigkeit iSd § 172 BVergG aus, da sie ein Netz zur Versorgung der Öffentlichkeit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene betreibt. Sie ist daher öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 167 BVergG (st Rspr zB BVwG 17. 7. 2015, W138 2109261-2/32E; 30. 5. 2016, W187 2121663-2/41E; 19. 3. 2018, W139 2188956-1/2E; BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40 mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 4 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 Abs 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 342 Abs 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen

zuständig.

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 344 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte.

3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegen.

### 3.2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

3.2.2.1 Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 351 Abs 1 BVergG 2018 sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs beabsichtigt ist. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 351 Abs 1 BVergG 2018 - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (BVwG 29. 1. 2015, W187 2017416-1/3E).

3.2.2.2 Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens und im Erhalt des Auftrags.

3.2.2.3 Die Auftraggeberin sprach sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus.

3.2.2.4 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 (siehe zB BVwG 22. 8. 2014, W187 2010665-1/11E; 11. 7. 2017, W187 2163208-1/3E), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVwG 2. 3. 2015, W187 2101270-1/6E; 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E). Es besteht ein Primat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (EuGH 9. 4. 2003, C-424/01, CS Austria, Rn 30, Slg 2003, I-3249).

3.2.2.5 Öffentliche Interessen, die eine sofortige Erklärung des Widerrufs und Neuausschreibung des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

3.2.2.6 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. Ungeachtet eines gesetzlichen Auftrags wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen. Schließlich hat sie von ihrer Möglichkeit, in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich den Widerruf ohne vorherige Bekanntgabe einer Widerrufsentscheidung zu erklären, nicht Gebrauch gemacht, was gegen eine besondere Dringlichkeit einer Neuausschreibung und möglichst raschen Vergabe des Auftrags spricht.

3.2.2.7 Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der



eine allfällige Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Dabei ist gemäß § 351 Abs 3 BVergG 2018 die jeweils gelindeste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

3.2.2.8 Bei der bevorstehenden Erklärung des Widerrufs ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 351 Abs 3 BVergG 2018 die vorläufige Untersagung derselben (zB BVwG 26. 6. 2015, W138 2108837-1/2E; 19. 10. 2017, W131 2173580-1/2E; 5. 10. 2018, W187 2206750-1/2E; BVA 3.7. 2013, N/0062-BVA/10/2013-EV7). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 7. 8. 2017, W187 2165912-1/2E; 27. 2. 2018, W187 2186439-1/2E; BVA 9. 3. 2007, N/0018-BVA/10/2007-EV011).

3.2.2.9 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst/Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>3</sup> [2015], § 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. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts 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 (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; 4. 5. 2015, W187 2106525-1/2E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

3.2.2.10 Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

### 3.3 Zu Spruchpunkt B) - Nichtzulassung der Revision

3.3.1 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.

3.3.2 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 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**

Bauftrag, Begründungsmangel, Begründungspflicht,  
Bietergleichbehandlung, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung,  
Entscheidungsfrist, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel,  
Gleichbehandlung, Interessenabwägung, Kalkulation,  
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit,  
Nichtigerklärung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber,  
Provisorialverfahren, sachlicher Grund, Sachlichkeitsprüfung,  
Schaden, Untersagung, Vergabeverfahren, Wettbewerb, Widerruf des  
Vergabeverfahrens, Widerrufsentscheidung

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W187.2214491.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

10.05.2019

**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)