jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Bvwg Beschluss 2019/3/1 W131 2214957-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.03.2019

**Entscheidungsdatum**

01.03.2019

**Norm**

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §334
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**

W131 2214957-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über den Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX (= ASt) auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Zusammenhang mit dem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Wiener Gebietskrankenkasse (= AG oder WGKK) im Vergabeverfahren, durchgeführt als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung betreffend einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, mit der Bezeichnung "Computertomograph (CT) für das Hanusch - Krankenhaus" beschlossen:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird stattgegeben und ist es der Wiener Gebietskrankenkasse für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gegen die Zuschlagsentscheidung untersagt, im Vergabeverfahren "Computertomograph (CT) für das Hanusch - Krankenhaus" den Zuschlag zu erteilen.

B)

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

**Text**

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Die ASt brachte am 22.02.2019 einen Nachprüfungsantrag gegen eine Zuschlagsentscheidung in dem im Spruch konkretisierten Vergabeverfahren ein, welches im Juni 2018 durch Vergabebekanntmachung eingeleitet worden war.

Zur Absicherung ihrer Nichtigerklärungsbegehren begehrte die ASt das im Entscheidungskopf wiedergegebenen Sicherungsmaßnahme mittels einstweiliger Verfügung (= eV).

2. Die AG und die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin traten dem Sicherungsbergehren im Provisorialverfahren verfahrensökonomisch sachorientiert nicht substantiiert entgegen. (Die AG teilte mit, dass nicht die Absicht bestünde, während des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen, stellte allerdings gleichzeitig - unsubstantiiert - einen Antrag auf Zurückweisung des eV - Begehrens. )

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Über den Verfahrensgang hinaus ist festzustellen, dass derzeit nicht ersichtlich ist, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde.

1.2. Die ASt behauptet betreffend die Interessen an der eV ihr dz drohende finanzielle Nachteile und einen Referenzauftragsentgang, der gerichtsnotorisch in der jetzigen Verfahrensphase nicht (endgültig) verneint werden kann.

Gegenläufige rechtserhebliche Interessen sind weder substantiiert behauptet noch sonst erkennbar.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang bzw die sonstigen Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt der Gerichtsakten bzw - betreffend die absehbare Verfahrensdauer - aus gerichtsnotorischen Tatsachen.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Da gegenständlich die gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung des Vergabeverfahrens im Juni 2018 erfolgte, findet auf das gegenständliche Vergabeverfahren grundsätzlich das BVergG 2006 Anwendung, während das am 20.08.2018 mit BGBl I 2018/65 kundgemachte BVergG 2018 für das Rechtsschutzverfahren einschlägig ist - § 376 Abs 4 BVergG 2018 e contrario. Zu entscheiden hatte damit gemäß § 6 VwGVG iVm § 328 BVergG 2018 der Einzelrichter, wobei mangels Sondervorschriften im BVergG 2018 subsidiär das VwGVG und das AVG anzuwenden waren - § 333 BVergG 2018.

A) Zur einstweiligen Verfügung

3.2.

3.2.1. Zu den Formalvoraussetzungen und gesetzlichen Eckdaten der eV ist auszuführen wie folgt:

Gemäß § 334 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) nach den §§ 350ff BVergG 2018 bis zum Zuschlag bzw Widerruf zulässig.

Der Zuschlag wurde nach den bisherigen Verfahrensergebnissen noch nicht erteilt und auch der Widerruf nicht erklärt.

Die Formalvoraussetzungen für einen eV - Antrag liegen zumindest bislang unstrittig vor.

Die §§ 350 bis 352 BVergG 2018 lauten idgF in den hier interessierenden Teilen:

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) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 343 genannten Fristen für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf der in § 343 genannten Fristen kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 343 genannten Fristen bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht hat den Auftraggeber und gegebenenfalls die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufes oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufes oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen, bzw.

2. das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.

3. die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Verständigung an den Auftraggeber und gegebenenfalls an die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf die Rechtsfolgen der Antragstellung gemäß § 351 Abs. 2 hinzuweisen.

(7) [...]

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) [...]

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 352. (1) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber. Soweit eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchführt, tritt sie als Partei des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung an die Stelle des Auftraggebers. Der Auftraggeber kann, soweit die zentrale Beschaffungsstelle an seine Stelle tritt, dem Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als Nebenintervenient beitreten; §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 und 19 Abs. 1 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wird ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so bilden die in der Ausschreibung genannten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden.

(2) Über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unverzüglich, längstens jedoch binnen 10 Tagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen 15 Tagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(3) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt§ 35 AVG mit der Maßgabe, dass [...]

3.2. Voranzustellen ist, dass die Bestimmungen zur einstweiligen Verfügung zur Absicherung eines Nachprüfungsantrags im BVergG 2018 im Wesentlichen den Bestimmungen des BVergG 2006 und des BVergG 2002 entsprechen. Insoweit sind die materiellen Determinanten, ob eine einstweilige Verfügung zu erlassen ist, weiterhin nach den Grundsätzen der bisherigen Rsp zu beurteilen.

§ 351 Abs 1 BVergG 2018 verlangt iZm der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ident wie die früheren §§ 328 und 329 BVergG 2006 insb eine Interessensabwägung.

3.2.1. Das BVA hat insoweit zB bereits am 05.02.2013 zu N/0006-BVA/08/2013-EV33 zur Zwecksetzung der eV [damals formal zu den §§ 328ff BVergG 2006] und in der Grundaussage fortgesetzt gültig ausgeführt wie folgt:

... 328 Abs 2 Z 1 BVergG verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt; bzw die eV nach § 328 Abs 4 BVergG 2006 bei Zurückziehung des Nachprüfungsantrags außer Kraft tritt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVergG ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung (-en) gemäß § 312 Abs 2 BVergG während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. ...

Wenn § 351 BVergG 2018 bei der Interessensabwägung pro und contra eV die Interessen der ASt den sonstigen potentiell gegenläufigen Interessen gegenüberstellt und die Provsiorialmaßnahme der Untersagung der

Zuschlagserteilung bei der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung evident dazu dient, eine Zuschlagserteilung, die ihrerseits eine Nichtigerklärung gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 unzulässig macht, zu verhindern, werden die gerichtsnotorisch typischen Interessen der ASt an der Verhinderung der Nichtigerklärung vor einer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag entsprechend zu bewerten sein.

3.2.2. Zusammenfassend: Gegenständlich wurden keine substantiierten Interessen gegen die eV vorgebracht und sind auch sonst nicht ersichtlich. Das Interesse der ASt an der Verhinderung der Zuschlagserteilung an die Konkurrentin kann vor Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gegenständlich nicht auf Tatsachenebene verneint werden, da mit der Zuschlagserteilung an die Konkurrentin die Geschäfts- und Referenzauftragschance endgültig auch bei Zutreffen der Behauptungen des Nachprüfungsantrags nicht mehr existent wäre. Erst mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wird klar sein, ob die ASt tatsächlich eine Geschäfts- und Referenzauftragschance hatte, was aber nicht im Provisorialverfahren zu klären ist. Mangels substantiiert vorgebrachter und mangels sonst erkennbarer gegenteiliger Interessen war daher die Zuschlagserteilung - als die gelindeste zum Ziel der Verhinderung der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags führende Maßnahme - zu untersagen.

Dementsprechend war die formulierte Sicherungsmaßnahme als gelindestes zum Ziel führendes Mittel auszusprechen. Zum formal auftraggeberseitg vorgetragenen Zurückweisungsantrag ist festzuhalten, dass kein Grund für die Unzulässigkeit des Sicherungsbegehrens substantiiert vorgetragen wurde und auch sonst nicht bekannt ist. Dieser Zurückweisungsantrag ist implizit durch die stattgebende Entscheidung miterledigt - § 59 AVG.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

3.3. 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 war gemäß Art 133 Abs 4 B-VG gegenständlich nicht zuzulassen, weil gegenständlich eine Einzelfallentscheidung bei einer Interessensabwägung auf Basis eines klaren Gesetzeswortlauts auszusprechen war.

**Schlagworte**

Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme,
gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Lieferauftrag,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen,
Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung,
Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des
Nachprüfungsverfahrens

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W131.2214957.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

17.06.2019

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at