

# TE Bvwg Beschluss 2019/3/14 W187 2215690-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.03.2019

## Entscheidungsdatum

14.03.2019

## Norm

BVergG 2006 §106 Abs7

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §2 Z5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §4

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 2215690-1/4E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der AAAA , vertreten durch die MECENOVIC Rechtsanwalt GmbH, Burggasse 16/III, 8010 Graz, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "HTL-BULME Sanierung und Erweiterung, 8051 Graz, Ibererstraße 15-21/HKLS-MSR-

Arbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Unternehmensbereich Schulen, Anzengrubergasse 6, 8010 Graz, vom 8. März 2019 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht gibt dem Antrag der AAAA "Das Bundesverwaltungsgericht möge der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag untersagen, dem Angebot der BBBB (Nettoangebotssumme € 2,519.616,53) den Zuschlag zu erteilen.", gemäß §§ 350 Abs 1, 351 Abs 1, 3 und 4 BVergG statt.

Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "HTL-BULME Sanierung und Erweiterung, 8051 Graz, Ibererstraße 15-21/HKLS-MSR-Arbeiten", den Zuschlag zu erteilen.

B)

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

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Schriftsatz vom 8. März 2019, beantragte die AAAA , vertreten durch die MECENOVIC Rechtsanwalt GmbH, Burggasse 16/III, 8010 Graz, in der Folge Antragstellerin, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BBBB und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "HTL-BULME Sanierung und Erweiterung, 8051 Graz, Ibererstraße 15-21/HKLS-MSR-Arbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Unternehmensbereich Schulen, Anzengrubergasse 6, 8010 Graz.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts, der anzuwendenden Rechtslage und der angefochtenen Entscheidung führt die Antragstellerin zur Rechtswidrigkeit im Wesentlichen aus, dass die Position 01.62.16.310 keine Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts enthalte. Der Vorwurf, dass die Antragstellerin ein Produkt ohne Typenbezeichnung angeboten habe, gehe ins Leere. Die Antragstellerin habe zu den Bieterlücken in der OG 09 der MSR-Regelanlage durchgehend den Systemlieferanten " CCCC " und das Regelfabrikat "Deos" bekannt gegeben. In der Ausschreibung würden in den OG 09 Systeme beschrieben, die aus vielen Einzelkomponenten bestünden und keine direkte Typenbezeichnung aufwiesen. Es werde lediglich der Systemlieferant " CCCC " genannt, jedoch keine beispielhafte Bezeichnung eines Regelfabrikats vorgenommen. Der Lieferant CCCC sei kein Regelfabrikatshersteller und bediene sich verschiedener Fabrikate. Eine Überprüfung der von der Antragstellerin genannten Fabrikate sei jederzeit leicht möglich gewesen, weil die Spezifizierung eindeutig sei. Der Vorwurf, es liege ein fehlerhaftes und unvollständiges Angebot vor, sei zusammenfassen vollkommen unzutreffend. Die Entscheidungen der Auftraggeberin, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und den Zuschlag dem Angebot der BBBB zu erteilen, seien daher rechtswidrig.

1.2 Als drohenden Schaden nennt die Antragstellerin den Entgang des Gewinnes sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten (Erfüllungsinteresse), die fehlende Auslastung ihres Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und Vorhaltekosten für die Niederlassungen bis hin zum alternativen Einsatz ihrer Ressourcen bei anderen Bauaufträgen. Die Antragstellerin beziffert den Schaden. Es handle sich um ein wichtiges Referenzprojekt. Die Antragstellerin fechte die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung an. Sie habe bei pflichtgemäßiger Berücksichtigung ihres Angebotes das gemäß den Angaben in der Ausschreibung beste Angebot gelegt, sodass ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen sei und sie durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags an ihrem Angebot sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzesgemäßen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt sei. Es liege weiters auf der Hand, dass die Antragstellerin ein Interesse am Vertragsabschluss habe.

1.3 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass der Erlassung der einstweiligen Verfügung keine besonderen öffentlichen Interessenentgegenstüden. Es läge keine besondere Dringlichkeit vor, weil die Auftraggeberin statt des offenen Verfahrens ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hätte wählen können. Eine kurzfristige Verzögerung der Auftragsvergabe sei unschädlich. Die Verkürzung der Bauzeit spiele gegenständlich keine Rolle. Dem provisorischen Rechtsschutz sei der Vorrang einzuräumen. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Diese sei nur bei Erlassung der einstweiligen Verfügung gewährleistet. Die begehrte Maßnahme stelle die gelindeste nach zum Ziel führende Maßnahme dar.

2. Am 13. März 2019 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte.

3. Am 14. März 2019 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung.

3.1 Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei. Die Antragstellerin habe in den Bieterlücken gleichwertige Erzeugnisse angeben können. Sie habe mehrfach ihre Eintragungen zum Erzeugnis nicht spezifiziert, sodass das Angebot unbeherrschbar mangelhaft gewesen und ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei. Zur Spezifikation der Kriterien sei anzuführen, dass die Leistungsposition sowohl eine detaillierte Festlegung der technischen Daten als auch das Leitprodukt mit Fabrikat und Type samt den entsprechenden Gleichwertigkeitskriterien. Letztere seien für jeden durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt transparent festgelegt. Im Vorfeld der Angebotslegung habe es keine diesbezüglichen Anfragen gegeben und die Antragstellerin habe ihr Angebot auf Grundlage der bestandsfesten Ausschreibung abgegeben. Auch bei echten Bieterlücken seien die Produkte hinreichend genau zu spezifizieren.

3.2 In der OG 09 des Leistungsverzeichnisses seien die Leitfabrikate, dazugehörige Typen und Gleichwertigkeitskriterien detailliert angeführt. Die Antragstellerin habe die Bieterlücke mit " CCCC Group" ausgefüllt. Dies sei eine verkürzte Wiedergabe einer Firmenbezeichnung, vermutlich der " CCCC " und die Angabe von " EEEE " sei keine Typenangabe. Es könnte das Vertriebsunternehmen EEEE gemeint sein. Demnach habe es die Antragstellerin unterlassen, ihr Angebot hinreichend genau zu spezifizieren, womit die Auftraggeberin nicht einmal in die Lage versetzt worden sei, ein konkretes Produkt anhand der Angaben im Angebot zu prüfen. Es liege demnach bereits aus diesem Grunde ein unbeherrschbar mangelhaftes Angebot der Antragstellerin vor und es sei zu Recht ausgeschieden worden. Die Auftraggeberin nennt beispielhaft die Leistungsposition 9700800E Z. Im beigelegten Bieterlückenverzeichnis im Angebot der Antragstellerin hat die Auftraggeberin Positionen markiert, wo bereits auf den ersten Blick eindeutig sei, dass die Antragstellerin keine entsprechende Spezifikation des Produkts vorgenommen habe. Eine Überprüfung der angebotenen Produkte sei mangels Spezifikation nicht möglich.

3.3 Nachdem sich der vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilende Sachverhalt eindeutig aus der Aktenlage ergebe, sei keine mündliche Verhandlung erforderlich. Es sei ersichtlich, dass dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden sei. Daher komme die Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein geeignetes und erforderliches Mittel iSd Provisorialverfahrens gemäß BVergG. Die Auftraggeberin beantragt, sämtliche Anträge ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab- bzw zurückweisen. Sie macht weiters Ausführungen zum Umfang der Akteneinsicht.

## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

### 1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Unternehmensbereich Schulen schreibt unter der Bezeichnung "HTL-BULME Sanierung und Erweiterung, 8051 Graz, Ibererstraße 15-21/HKLS-MSR-Arbeiten" Bauarbeiten mit dem CPV-Code 45331000-6 - Installation von Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlagen im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags liegt oberhalb des Schwellenwerts, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses unterhalb des Schwellenwertes. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 21. Februar 2018 zur Zahl 2018/S 038-82007 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 22. Februar 2018 online und vom 24. Februar 2018 in der Druckausgabe zur Zahl L-636090-7b15. Das Ende der Angebotsfrist war der 27. März 2018. Die Angebotsöffnung sollte am 16. Jänner 2019, 10.00 Uhr, erfolgen. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.2 Am 27. März 2018 fand um 12.03 Uhr die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden folgende Angebote mit den nebenstehenden Angebotspreisen ohne USt geöffnet:

\* Gutmann Installationen, 8280 Fürstenfeld € 2.480.266,24

\* Reisenhofer Haustechnik, 8200 Gleisdorf € 2.683.940,30

\* Caverion GmbH, 8054 Graz € 2.614.218,05

\* BBBB € 2.519.616,53

\* AAAA € 2.556.020,54

\* Mochart GmbH, 8580 Köflach € 2.628.255,05

(Auskünfte der Auftraggeberin)

1.3 Am 27. Februar 2019 gab die Auftraggeberin die nachstehende Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung bekannt:

"...

wir geben bekannt, dass der Zuschlag im oben angeführten Vergabeverfahren an BBBB erteilt werden soll.

Die Vergabesumme beträgt EUR 2.519.619,53 (zuzügl. gesetzl. USt).

Die BBBB wurde mit ihrem Angebot entsprechend den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien mit einer Gesamtpunkteanzahl von 96,67 als Bestbieter ermittelt.

Bieter

Preis

Gewährleistung

Beschäftigung von Lehrlingen

Gesamt

Bestbieter

85 Pkt.

6,67 Pkt.

5 Pkt.

96,67 Pkt.

Ihr Angebot

ausgeschieden

Ihr

Angebot konnte bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden, da es leider auszuscheiden war.

Hinsichtlich der Pos., 01.62.16.310 sowie der Bieterlücke MSR OG 09 wurde Ihrseits nur ein Fabrikat ohne Typenbezeichnung angeführt. Die Alternativfabrikate konnten aufgrund fehlender Typenbezeichnung daher nicht überprüft werden. Auf Ihr Begleitschreiben nach § 106 Abs 7 BVergG 2006 kann diesen Mangel nicht verbessern, da es sich bei den ausgefüllten Positionen nicht um ein ‚nichtgleichtwertiges‘ Produkt, sondern um ein ‚nicht konkretisiertes‘ Produkt handelt. Ein Vergleich mit dem Leitprodukt war sohin nicht möglich.

Somit liegt ein fehlerhaftes und unvollständiges Angebot vor. Die oben angeführten Mängel sind nicht behebbar, da eine nachträgliche Verbesserung Ihre Wettbewerbsstellung gegenüber den anderen Bieter verbessern und somit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 19 BVergG 2006 widersprechen würde.

Aus diesem Grund war ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 nicht zuschlagsfähig.

Die Stillhaltefrist gemäß § 144 BVergG 2018 endet am 11.03.2019.

..."

(Auskünfte der Auftraggeberin; Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung Blg. /B 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 €

4.862. (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 und Unterlagen der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätze 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,BGBI 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,BGBI 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), BGBI 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 anzurufen, 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, wegfallen 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.

...

#### Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 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) ...

(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."

### 3.2 Maßgebliche Rechtslage

3.2.1 Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft.

3.2.2 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 6. Juli 2018 eingeleitet wurde, ist es nach der zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage, dem BVergG 2006, zu Ende zu führen und zu beurteilen.

3.2.3 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.

### 3.3 Zu Spruchpunkt A) -Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

#### 3.3.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.3.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 (st Rspr zB BVwG 28. 8. 2014, W138 2009787-2/16E; 13. 3. 2015, W123 2100032-1/17E; 13. 10. 2016, W123 2133597-2/24E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert, jener des gegenständlichen Loses unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2006, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG 2006 ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, die Pauschalgebühren jedoch nach dem Satz für den Unterschwellenbereich zu bemessen sind.

3.3.1.2 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.

3.3.1.3 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.

3.3.1.4 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 Bundesverwaltungsgericht 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.

3.3.2.3 Die Auftraggeberin sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus, sich da der Ausscheidensgrund klar aus der Aktenlage ergebe und damit der Nachprüfungsantrag ohne Aussicht auf Erfolg sei.

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 Zuschlagserteilung 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. Die Erfolgsaussichten des Hauptantrags sind im Provisorialverfahren nicht prüfen (zB VwGH 4. 11. 2013, AW 2013/04/0045). Sie gehören nicht zu den Kriterien, die die für Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge zuständige Instanz berücksichtigen muss oder kann, wenn sie über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen gemäß Art 2 Abs 1 lit a RL 89/665/EWG entscheidet; die Richtlinie untersagt eine solche Berücksichtigung jedoch auch nicht (EuGH 9. 4. 2003, C-424/01, CS Austria, Rn 29). Sie sind nach dem zitierten Urteil des Europäischen Gerichtshofs nach Maßgabe der innerstaatlichen Vorschriften unter Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes und des Effektivitätsgrundsatzes zu berücksichtigen. Erfasst sind jedenfalls Fälle, in denen der Nachprüfungsantrag formal unzulässig ist. Dieser Umstand liegt gegenständlich nicht vor. Das Vorliegen des von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgrunds ist jedenfalls inhaltlich zu prüfen, da die Rechtmäßigkeit der Ausscheidentscheidung den Hauptgegenstand des Nachprüfungsverfahrens darstellt. Die

einzelnen Bezeichnungen der angebotenen Produkte bedürfen einer näheren Prüfung. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren nicht abschließen geklärt werden (zB BVA 14. 11. 2012, N/0103-BVA/10/2012-EV12; 18. 3. 2013, N/0020-BVA-07/2013-EV8).

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 Zuschlagserteilung ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs 3 BVergG die vorläufige Untersagung derselben (zB BVwG 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E; 17. 11. 2017, W187 2175977-1/3E; 10. 4. 2018, W187 2190113-1/3E). 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).

3.2.2.9 Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmt 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

Alternativangebot, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund,  
Bauauftrag, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung,  
Bieterlücke, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung,  
Entscheidungsfrist, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel,  
Gleichwertigkeit, Interessenabwägung, Mängelbehebung,  
Mangelhaftigkeit, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,

öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber,  
Provisorialverfahren, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung,  
unvollständiges Angebot, Verbesserung der Wettbewerbsstellung,  
Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des  
Nachprüfungsverfahrens

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W187.2215690.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

21.06.2019

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)