

# TE Bvwg Beschluss 2020/6/29 W120 2232166-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.2020

## Entscheidungsdatum

29.06.2020

## Norm

BVergG 2018 §12 Abs1  
BVergG 2018 §141 Abs1 Z2  
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §344 Abs1  
BVergG 2018 §350 Abs1  
BVergG 2018 §350 Abs2  
BVergG 2018 §351  
BVergG 2018 §351 Abs1  
BVergG 2018 §351 Abs3  
BVergG 2018 §351 Abs4  
BVergG 2018 §4 Abs1  
BVergG 2018 §6  
BVergG 2018 §78 Abs1  
B-VG Art133 Abs4  
B-VG Art133 Abs9  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W120 2232166-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Dr. Christian Eisner über den Antrag vom 19.06.2020 der XXXX in XXXX , vertreten durch Huber Berchtold Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Einsatz- und Trainingsmunition“ zu Los 3 der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund), „vertreten durch den Bundesminister für Inneres, den Bundesminister für Finanzen und die Bundesministerin für Justiz, alle vertreten durch das Bundesministerium für Inneres“, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, den Beschluss:

A)

Dem Antrag,

„[d]as Bundesverwaltungsgericht möge [...] eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der im Vergabeverfahren ‚Einsatz- und Trainingsmunition‘ Los 3 die Widerrufserklärung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird“, wird Folge gegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Widerruf zu erklären.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG:**

#### **I. Verfahrensgang:**

1. Mit Schriftsatz vom 19.06.2020 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend, dass der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Abgabe der Widerrufserklärung untersagt werde. Zudem stellte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Widerrufsentscheidung jeweils betreffend Los 3 vom 09.06.2020, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung und der Widerrufsentscheidung brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass 1. die Antragstellerin – entgegen der Annahme der Auftraggeberin – befugt sei, mit der ausgeschriebenen Munition zu handeln und an die Auftraggeberin zu verkaufen, 2. die Antragstellerin – entgegen der Auffassung der Auftraggeberin – jedenfalls der Beantwortung der Frage im Zusammenhang mit der Patronatserklärung sowie dem erforderlichen Gesamtumsatz nachgekommen sei und 3. vor dem Hintergrund der unrichtigen Annahme der Auftraggeberin, nach dem Ausscheiden von Angeboten, sei kein Angebot mehr im Vergabeverfahren verblieben, die Begründung der Widerrufsentscheidung nicht zutreffend sei.

2. Am 24.06.2020 erteilte die Auftraggeberin zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zusammengefasst vorgebracht, dass das besondere Interesse der Auftraggeberin an der Fortführung des Verfahrens aufgrund eines dringenden Beschaffungsbedarfes bestehe, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Auftraggeberin benötigt werde. Folglich soll daher schnellstmöglich ein neues Vergabeverfahren eingeleitet werden. Aufgrund des dringenden Beschaffungsbedarfes der Auftraggeberin werde im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung um Beschränkung von dieser auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, ersucht.

#### **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

##### **1. Feststellungen:**

Die Auftraggeberin schrieb unter der Bezeichnung „Einsatz- und Trainingsmunition“ einen Lieferauftrag nach dem Billigstangebotsprinzip im Oberschwellenbereich aus. Es erfolgte eine Unterteilung in drei Lose; verfahrensgegenständlich ist das Los 3.

Der geschätzte Auftragswert exklusive Umsatzsteuer für die gesamten drei Lose beträgt EUR XXXX ,--.

Das Los 3 trägt die Bezeichnung „ XXXX “ mit einem geschätzten Auftragswert von EUR XXXX ,--.

Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 03.12.2019 zur Ausschreibungsnummer 2019/S 233-570896 und am 29.11.2019 in Österreich zur Ausschreibungsnummer 9110006619920.

Die Auftraggeberin führt dieses Verfahren als offenes Verfahren durch.

Die Angebotseröffnung fand am 31.01.2020 ohne Anwesenheit der Bieter statt.

Am 09.06.2020 übermittelte die Auftraggeberin an die Antragstellerin betreffend das Los 3 die hier gegenständliche Ausscheidensentscheidung, welche auszugsweise wie folgt lautet:

„1.) Die Auftraggeberin hat aufgrund des Ergebnisses der Angebotsprüfung betreffend Los 3 den Bieter XXXX gemäß § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen und das Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden.“

Im selben Schreiben gab die Auftraggeberin die nachstehende Widerrufsentscheidung bekannt:

„2.) Mitteilung der Widerrufsentscheidung und Neuausschreibung

Die Auftraggeberin beabsichtigt das gegenständliche Vergabeverfahren, da nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt, gemäß § 149 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 zu widerrufen.“

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt.

Die Antragstellerin bezahlte die entsprechenden Pauschalgebühren.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Anzuwendendes Recht:

3.1.1. § 28 Abs 1 VwGVG („Erkenntnisse“), BGBl I Nr 33/2013, lautet wie folgt:

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

[...]“

§ 31 Abs 1 VwGVG („Beschlüsse“) ordnet Folgendes an:

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

[...]“

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

[...]

### 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.

[...]

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 344. (1) Ein Antrag gemäß § 342 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die Bezeichnung des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,

4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
6. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und
7. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet, oder
2. er nicht innerhalb der in § 343 genannten Fristen gestellt wird, oder
3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß verbührt wurde.

[...]

### 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.

[...]

##### 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. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes:

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.

Auftraggeberin iSd § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Republik Österreich (Bund). Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 6 BVergG 2018. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert exklusive Umsatzsteuer für die gesamten Lose 1 bis 3 EUR XXXX ,--, sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

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

### 3.3. Zum Vorbringen der Parteien:

#### 3.3.1. Die Antragstellerin stellte in Bezug auf die Erlassung der einstweiligen Verfügung folgende Anträge:

„Das Bundesverwaltungsgericht möge

- die Auftraggeberin umgehend vom Einlangen der Anträge informieren;
- eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der im Vergabeverfahren ‚Einsatz- und Trainingsmunition‘ Los 3 die Widerrufserklärung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird.“

Die Antragstellerin begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Widerrufserklärung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin mit der Erklärung des Widerrufs unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Bundesverwaltungsgerichtes nicht mehr beseitigt werden könnten. In der vorliegenden Konstellation überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin.

Der Antragstellerin drohe im Fall der Widerrufserklärung der Entgang des Auftrags. Dies gehe mit einem Gewinnentgang sowie der Frustration der eigenen Aufwendungen und der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren einher. Im Fall der Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative stehe dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des konkreten Rechtsstreits entgegen.

Eine einstweilige Verfügung sei nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des vergaberechtlichen Rechtsschutzes erfordern würden. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Die vorliegenden Rechtsverstöße würden aber gerade dazu führen, dass eine Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ausgeschlossen werde.

#### 3.3.2. Die Auftraggeberin sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zusammengefasst vorgebracht, dass das besondere Interesse der Auftraggeberin

an der Fortführung des Verfahrens aufgrund eines dringenden Beschaffungsbedarfes bestehe, da die gegenständliche Beschaffung zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Auftraggeberin benötigt werde. Folglich soll daher schnellstmöglich ein neues Vergabeverfahren eingeleitet werden. Aufgrund des dringenden Beschaffungsbedarfs der Auftraggeberin werde im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung um Beschränkung von dieser auf die gesetzlich vorgesehene Höchstdauer eines Nachprüfungsverfahrens, sohin auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, ersucht.

3.4. Zum Vorliegen der Voraussetzungen zur Erlassung der einstweiligen Verfügung:

3.4.1. Zulässigkeit gemäß § 350 BVergG 2018

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 342 Abs 1 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Die Nachprüfungsanträge wurden rechtzeitig eingebracht. Diese enthalten alle in § 344 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Anträge auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 zulässig sind, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.4.2. Inhaltliche Begründetheit gemäß § 351 BVergG 2018

3.4.2.1. Bei der Interessenabwägung ist auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens einzuberechnen hat (siehe zB BVwG 11.07.2017, W187 2163208-1/3E; 30.05.2014, W139 2008219-1/10E), das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. grundlegend VfGH 01.08.2002, B 1194/02) und von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVwG 19.01.2017, W187 2144680-1/2E). Es besteht ein Primat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (vgl. EuGH 09.04.2003, C-424/01, CS Austria, Slg 2003, I-3249, Rn 30).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres 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.

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 und legt keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, und zwar 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.

3.4.2.2. Bei der bevorstehenden Erklärung des Widerrufs ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 351 Abs 3 BVergG 2018 die vorläufige Untersagung derselben (zB BVwG 05.10.2018, W187 2206750-1/2E; 19.10.2017, W131 2173580-1/2E). Es soll somit 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 27.02.2018, W187 2186439-1/2E).

3.4.2.3. Im vorliegenden Verfahren behauptet die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der ihr am 09.06.2020 übermittelten Ausscheidens- und Widerrufsentscheidung. Die Behauptung der Rechtswidrigkeit erscheint in Hinblick auf das soeben wiedergegebene Vorbringen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise zutreffen. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Dies wird im

Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Öffentliche Interessen, die eine sofortige Erklärung des Widerrufs und die Neuausschreibung des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich. Dass Leib und Leben gefährdet wäre, ist vom Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar und wurde auch von der Auftraggeberin nicht vorgebracht.

3.4.3. Die Auftraggeberin sprach sich zwar gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und führte die aus ihrer Sicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen an (= dringender Beschaffungsbedarf zur Erfüllung der gesetzlich bestimmten Aufgaben der Auftraggeberin und aufgrund dessen Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens), jedoch ist dieser diesbezüglich entgegenzuhalten, dass sich ihr Vorbringen lediglich auf die Geltendmachung der Dringlichkeit beschränkt, ohne die drohende Beeinträchtigung ihrer Interessen durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung substantiiert zu begründen und zu belegen. Das Vorbringen kann damit nicht Grundlage einer Interessenabwägung sein (ua BVwG 22.11.2019, W139 2225291-1/7E; 01.03.2019, W131 2214957-1/3E).

Zudem ist festzuhalten, dass eine mit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verbundene Verzögerung von maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht fällt und zudem gemäß der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den nicht substantiiert dargelegten bzw. belegten Interessen der Auftraggeberin 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 Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Dauer nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung jederzeit deren Aufhebung beantragt werden kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über die Nachprüfungsanträge außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 04.05.2015, W187 2106525-1/2E; siehe auch VfGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

Soweit die Auftraggeberin darauf verweist, dass im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung aufgrund des dringenden Beschaffungsbedarfs der Auftraggeberin um Beschränkung von dieser auf sechs Wochen ab Erlass der einstweiligen Verfügung, ersucht werde, ist dieser entgegenzuhalten, dass sich vor dem Hintergrund der sich ohnehin aus dem Gesetz ergebenden Begrenzung der Höchstdauer des Nachprüfungsverfahrens mit sechs Wochen die konkrete Festsetzung der sechswöchigen Frist nicht erforderlich erweist.

Dem Antrag der Antragstellerin war daher dahingehend stattzugeben, dass der Auftraggeberin für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im vorliegenden Vergabeverfahren den Widerruf zu erklären.

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

Zu Spruchpunkt B)

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.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die

zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

#### **Schlagworte**

Ausscheidensentscheidung Dauer der Maßnahme Dringlichkeit einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Interessenabwägung konkrete Darlegung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen öffentlicher Auftraggeber Provisorialverfahren Schaden Untersagung Vergabeverfahren Widerruf des Vergabeverfahrens Widerrufsentscheidung

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W120.2232166.1.00

#### **Im RIS seit**

13.10.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

13.10.2020

**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)