jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Bvwg Beschluss 2020/9/28 W120 2235161-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.09.2020

**Entscheidungsdatum**

28.09.2020

**Norm**

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §2
BVergGKonz 2018 §4
BVergGKonz 2018 §78
BVergGKonz 2018 §86 Abs1
BVergGKonz 2018 §94 Abs1
BVergGKonz 2018 §95 Abs1
BVergGKonz 2018 §95 Abs3
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

**Spruch**

W120 2235161-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Dr. Christian Eisner über den mit 17.09.2020 datierten Antrag der XXXX in XXXX , vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Verfahren „TENDER 2020 – Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes“ der Flughafen Wien AG in 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, den Beschluss:

A)

Dem Antrag,

„das Bundesverwaltungsgericht, wolle, nach Verständigung der Antragsgegnerin über diesen Antrag, mittels einstweiliger Verfügung der Antragsgegnerin die Öffnung der Angebote für die Dauer des Nachprüfungsverfahren untersagen“,

wird Folge gegeben.

Der Antragsgegnerin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die eingelangten Angebote in diesem Verfahren zu öffnen.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

**Text**

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem mit 17.09.2020 datierten Schriftsatz beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend, der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens 1. die Öffnung der Angebote bzw. in eventu 2. die Erteilung des Zuschlags zu untersagen.

Zudem stellte die Antragstellerin folgende Anträge:

„[D]as Bundesverwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen,

2. a) das Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020', in eventu auch die damit verbundene Aufforderung zur Angebotslegung, in jedem Fall auch das dazu eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

b) das Verfahren, in eventu auch die Aufforderung zur Angebotslegung für die Bestandnahme des Bestandgegenstandes gemäß des Dokumentes ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020' auf Abschluss eines Bestandvertrags gemäß des dem Dokument beiliegenden Musters (Anlage 1) für nichtig erklären;

in eventu

c) die Ausschreibung ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020', in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

d) die Aufforderung zur Angebotsabgabe ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020', in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

e) das als sonstige Entscheidung während der Verhandlungsphase bzw der Angebotsfrist zu qualifizierende Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020', in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

3. der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung zu Handen des Rechtsvertreters des Antragstellers binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen."

Zur Begründung des Nachprüfungsantrags brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass es sich bei der

„Tenderunterlage 09/2020“ um eine Ausschreibung im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen handle und sich die Antragstellerin durch die „Tenderunterlage 09/2020“ in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Konzessionsvergabeverfahrens als verletzt erachte. Die „Tender-Entscheidung“ verletze die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Einhaltung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit (vgl. § 14 BVergGKonz 2018).

2. Am 24.09.2020 erteilte die Antragsgegnerin zunächst allgemeine Auskünfte zum Verfahren. Mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes stelle die Antragsgegnerin daher den

„Antrag,

das Bundesverwaltungsgericht möge sowohl den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung als auch den Nachprüfungsantrag und alle damit im Zusammenhang stehenden und mit den von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17. September 2020 gestellten Anträge zurückweisen in eventu abweisen.“

Darüber hinaus wurde von der Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein ergänzendes Vorbringen erstattet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Am 08.09.2020 wurde von der Antragsgegnerin eine bestimmte Anzahl an Unternehmen eingeladen, Angebote für den Abschluss eines Vertrags über Räume und Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes auf Grundlage der „Tenderunterlage 09/2020“ zu legen. Die Angebotsfrist endet gemäß der „Tenderunterlage 09/2020“ am 29.09.2020 um 12:00 Uhr.

Mit einem an alle eingeladenen Unternehmen adressierten E-Mail vom 21.09.2020 wurde die Angebotsfrist bis zum 27.10.2020 um 12:00 Uhr verlängert.

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 1.215,--.

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 Unterlagen der Antragsgegnerin 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 2. Teil des BVergGKonz 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 Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl I Nr 100/2018, lauten:

„2. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Anwendbarkeit von Bestimmungen des BVergG 2018

§ 76. Das 1. Hauptstück des 4. Teiles des BVergG 2018 gilt auch für Rechtsschutzverfahren gemäß diesem Bundesgesetz.

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 77. 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

§ 78. (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

§ 86. (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

§ 88. (1) Ein Antrag gemäß § 86 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Konzessionsvergabeverfahrens 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 § 87 genannten Fristen gestellt wird, oder

3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

[...]

3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 94. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 86 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 Konzessionsvergabeverfahrens, 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 § 86 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 § 87 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 § 87 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 § 87 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 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 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 bzw.

2. das Konzessionsvergabeverfahren 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 § 95 Abs. 2 hinzuweisen.

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 95. (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 Konzessionsvergabeverfahrens 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 bzw. erfolgter Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Konzessionsvergabeverfahren 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.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 96. (1) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(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 die Höchstgrenze für Mutwillensstrafen ein Prozent des geschätzten Wertes, höchstens jedoch 40 000 Euro, beträgt. Für die Bemessung der Mutwillensstrafe ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

[...]“

3.1.3. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I Nr 65/2018, 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.

[...]“

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 bzw. BVergGKonz 2018 grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 3 BVergGKonz 2018 ist die Flughafen Wien AG, welche als Betreiberin des Flughafens Wien eine Sektorentätigkeit zum Anhang 1 Punkt IV. BVergGKonz 2018 ausübt. Damit ist diese Sektorenauftraggeberin gemäß § 4 Abs 3 BVergGKonz 2018.

Da die Prüfung, ob es sich beim gegenständlichen Auftrag tatsächlich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handelt oder nicht, nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht Teil der im Provisorialverfahren zu erfolgenden Grobprüfung ist, kann dem Einwand der Antragsgegnerin, es liege mangels Anwendbarkeit des BVergG 2018 bzw. des BVergGKonz 2018 eine Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes vor, im Provisorialverfahren bereits deshalb kein Erfolg beschieden sein.

Vor dem Hintergrund der zu erfolgenden Grobprüfung im Provisorialverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht geht dieses folglich vorläufig davon aus, dass das vorliegende Verfahren somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergGKonz 2018 liegt. Das Bundesverwaltungsgericht geht daher davon aus, dass die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 86 BVergGKonz 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG sohin gegeben ist.

3.3. Zum Vorbringen der Parteien

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

„[D]as Bundesverwaltungsgericht, wolle, nach Verständigung der Antragsgegnerin über diesen Antrag, mittels einstweiliger Verfügung der Antragsgegnerin

1. die Öffnung der Angebote für die Dauer des Nachprüfungsverfahren untersagen.

in eventu

2. die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen.“

Die Antragstellerin begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass vor dem Hintergrund, dass einem

Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Angebotsfrist am 29.09.2020 ablaufe, die Antragsgegnerin ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit habe, den „Zuschlag“ zu erteilen, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe.

Im Falle der Annahme des Angebotes sei der entsprechende Anbieter verpflichtet, innerhalb von zwei Wochen einen Bestandvertrag gemäß Anlage 1 zur „Tenderunterlage 09/2020“ samt Räumungsvergleich und Vereinbarung über die Vollstreckbarkeit des Bestandzinses jeweils in Form eines Notariatsaktes zu unterfertigen. Eine bloße ex-post-Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzansprüche könnten die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen.

Einer vorläufigen „Untersagung der Angebotsöffnung in eventu Zuschlagserteilung“ stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch würden die Interessen der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin überwiegen. Durch die einstweilige Verfügung würden weder Leib und Leben gefährdet werden noch sei die sofortige Vergabe erforderlich.

Da nur die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen der Antragsgegnerin und sonstiger Bieter beeinträchtigen würden sowie auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessenabwägung zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Die Bewilligung der einstweiligen Verfügung hätte auch den positiven Seiteneffekt, dass das derzeitige System fortgeführt werde und erst am Ende des Nachprüfungsverfahrens einmal und final geklärt werde, zu welchen Bedingungen die e-Validierung möglich sei. Es würde sonst die Gefahr bestehen, dass innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes unter Umständen drei unterschiedliche Systeme zur Anwendung gelangen würden.

3.3.2. Die Antragsgegnerin sprach sich aufgrund fehlender Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes aufgrund mangelnder Anwendbarkeit des BVergG 2018 bzw. BVergGKonz 2018 gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und benannte keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Darüber hinaus wurde zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein ergänzendes Vorbringen erstattet.

3.4. Zum Vorliegen der Voraussetzungen zur Erlassung der einstweiligen Verfügung

3.4.1. Zulässigkeit gemäß § 94 BVergGKonz 2018

Da laut Stellungnahme der Antragsgegnerin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 86 Abs 1 BVergGKonz 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs 1 BVergGKonz 2018 nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Dieser enthält alle in § 88 Abs 1 BVergGKonz 2018 geforderten Inhalte.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 94 Abs 1 BVergGKonz 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 94 Abs 2 BVergGKonz 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.4.2. Inhaltliche Begründetheit gemäß § 95 BVergGKonz 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 § 95 Abs 3 BVergGKonz 2018 die jeweils gelindeste zum Ziel führende vorläufige 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[3] [2015] § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 95 Abs 4 BVergGKonz 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.

In Hinblick auf die im gegenständlichen Fall zu verfügende vorläufige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Antragsgegnerin die Öffnung der Angebote und die Angebotsprüfung als logische nächste Schritte beabsichtigt sind.

3.4.2.2. Im vorliegenden Verfahren behauptet die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit betreffend „das Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020“. Diese Behauptung 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.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens und im Erhalt des Auftrags. Öffentliche Interessen, die eine sofortige Erklärung des Widerrufs und die Neuausschreibung des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

Die Antragsgegnerin benannte keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen.

3.4.2.3. Der im gegenständlichen Verfahren logisch folgende nächste Schritt wäre die Angebotsöffnung der im Verfahren eingelangten Angebote nach Erreichung des Zeitpunktes der Angebotsöffnung. Durch eine Angebotsöffnung erhalten die Bieter Informationen, die in Hinblick auf eine allfällige nochmalige Angebotslegung großen Einfluss haben könnten. Bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin, nämlich der Rechtswidrigkeit des von der Antragstellerin als Ausschreibung qualifizierten „Dokument[es] ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am Flughafen Wien für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020“, wäre die Ausschreibung nicht im Sinne des BVergGKonz 2018 erfolgt und es wäre – nach entsprechender Sanierung der Ausschreibung – zumindest eine erneute Angebotslegung erforderlich.

3.4.2.4. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren zumindest teilweise obsiegt. Das bedeutet, dass der möglicherweise bestehende Anspruch auf eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine vorläufige Angebotsöffnung ausschließt.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen der Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen.

Bei einer bevorstehenden Angebotsöffnung ist das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 95 Abs 3 BVergGKonz 2018 ua die vorläufige Untersagung der Angebotsöffnung (zB BVwG 29.01.2015, W187 2017416-1/3E).). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E).

Die Antragsgegnerin 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 (vgl. auch BVwG 04.05.2015, W187 2106525-1/2E; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

Dem Antrag der Antragstellerin war daher dahingehend stattzugeben, dass der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die eingelangten Angebote in diesem Verfahren zu öffnen.

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

Zu 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 Verwaltungsgerichtshofes 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 27.08.2019, Ra 2018/08/0188).

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**

Ausschreibung Dauer der Maßnahme einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Interessenabwägung Konzession Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen Provisorialverfahren Schaden Untersagung der Angebotsöffnung Vergabeverfahren

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W120.2235161.1.00

**Im RIS seit**

25.01.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

25.01.2021

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at