jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Lvwg Beschluss 2021/9/12 LVwG-VG-11/001-2021

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.09.2021

Entscheidungsdatum

12.09.2021

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §14
BVergG 2018 §153
BVergG 2018 §154

Text

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich fasst durch den Richter

Mag. Schnabl über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der A GmbH, ***, ***, und der B GmbH, ***, ***, vertreten durch die C Rechtsanwälte LP & Co KG, ***, ***, vom 06.09.2021 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Vergaberechtssache „PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen; LAKIS-Nr./AZ: ***“ (öffentlicher Auftraggeber: Land Niederösterreich, p.A. *** – ***, ***, ***; vertreten durch die D Rechtsanwälte GmbH, ***, ***, als vergebende Stelle), folgenden

BESCHLUSS:

1. Der Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der A GmbH und der B GmbH vom 06.09.2021 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wonach dem öffentlichen Auftraggeber, dem Land Niederösterreich, p.A. ***, ***, vertreten durch die D Rechtsanwälte GmbH, im Vergabeverfahren „PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen; LAKIS-Nr./AZ: ***“ für die Dauer des beim Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt wird, wird gemäß § 28 Abs. 1 iVm § 31 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) abgewiesen.

2. Der Antrag, den Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin zu verpflichten, wird abgewiesen.

3. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985

(VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach

Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Begründung:

Mit Schriftsatz vom 06.09.2021 beantragte die Bietergemeinschaft bestehend aus der A GmbH und der B GmbH (im Folgenden als „Antragstellerin“ bezeichnet) unter anderem die Nichtigerklärung der Ausschluss- und

Ausscheidensentscheidung vom 26.08.2021 sowie des Aufklärungsersuchens vom 12.08.2021, in eventu der gesamten Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen, LAKIS-Nr./AZ: ***“ sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem öffentlichen Auftraggeber, dem Land Niederösterreich, p.A. ***, ***, vertreten durch die D Rechtsanwälte GmbH (im Folgenden als „Antragsgegner“ bezeichnet), im gegenständlichen Vergabeverfahren der Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt wird sowie der Auftraggeber zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren verpflichtet wird.

Begründend führte dazu die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass der öffentliche Auftraggeber ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung mit 5 Parteien ausgeschrieben habe. Leistungsgegenstand sei die Durchführung von PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen. Die Rahmenvereinbarung solle mit den 5 bestgereihten Bietern für die Dauer von einem Jahr samt einer zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils 6 Monaten abgeschlossen werden. Konkret umfasse der Leistungsgegenstand die Lieferung von Probensets an Standorten in Niederösterreich, die Abholung bereits abgenommener Proben pro Tag von Standorten in Niederösterreich, die PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen, die Befundung und medizinische Validierung inklusive Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Befundübermittlung sowie Übermittlung an die (Schnitt-)Stelle sowie Screening-Untersuchungen gemäß Leistungsvertrag.

Der Antragsgegner sei öffentlicher Auftragsgeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 und handle es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsvertrag gemäß

§ 7 BVergG 2018. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich sei für den konkreten Nachprüfungsantrag zuständig. Das Vergabeverfahren sei bislang weder durch Widerruf noch durch Abschluss einer Rahmenvereinbarung beendet worden. Der vorliegende Antrag sei auch rechtzeitig und habe die Antragstellerin auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich bereits daraus, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der ergangenen Ausscheidensentscheidung ein Schaden entstanden sei, der schon jedenfalls darin liege, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Vergabeverfahren für die Antragstellerin beeinträchtigt werden könne. Es seien der Antragstellerin auch bereits Kosten von zumindest € 20.000,-- angefallen und entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit auf einen Abschluss der Rahmenvereinbarung und Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinnes. Der Antragstellerin entgehe auch schließlich die Chance auf die Erlangung eines Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren. Dieser drohende Schaden könne nur durch die Aufhebung der hier bekämpften Entscheidung und durch die vorgelagerte Erlassung der einstweiligen Verfügung verhindert werden.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und binnen offener Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Mit Schreiben vom 12.08.2021 sei die Antragstellerin zur Nachreichung einzelner Nachweise sowie zur Aufklärung einiger Punkte betreffend das Angebot aufgefordert worden, dem die Antragstellerin vollumfänglich nachgekommen sei. Am 26.08.2021 sei der Antragstellerin die Ausschluss- und Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers bezüglich der Antragstellerin aus näher angeführten Gründen übermittelt worden. Diese vorgebrachten Ausschluss- und Ausscheidensgründe würden jedoch nicht vorliegen. Sowohl die B GmbH als auch die A GmbH würden konkret über die Befugnis für die Befundung und medizinische Validierung inklusive Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Befundübermittlung sowie Übermittlung an die (Schnitt-)Stelle verfügen, es sei ein Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht worden, Strafregisterauszüge würden vorliegen bzw. sei allenfalls diesbezüglich nur gerechtfertigt, den betroffenen Subunternehmer abzulehnen, und liege eine ausreichende Vollmacht zur rechtsverbindlichen Vertretung der Bietergemeinschaft vor. Im Übrigen enthalte das Bekanntmachungsformular entgegen der Verpflichtung keine Höchst- bzw. Schätzmenge der Rahmenvereinbarung und fehle eine Festlegung und Kennzeichnung des „horizontalen Bestbieterprinzips“, sodass im Ergebnis die angefochtene Ausscheidensentscheidung vom Auftraggeber zurückzunehmen und das gegenständliche Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen sei.

Zur Begründung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin zunächst auf die Begründung ihres Nachprüfungsantrages und führte zusammengefasst ergänzend aus, dass der Antragstellerin im

Falle der Fortführung des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner der Entgang des Auftrages drohe. Die Antragstellerin wäre im Falle der Abweisung des Antrages zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen, was dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des Rechtsstreites widerstreite und mit höheren Kosten und einer längeren Dauer verbunden wäre. Ohne einstweilige Verfügung könne der Antragsgegner das Vergabeverfahren fortführen und den Zuschlag erteilen, womit der Antragstellerin nicht die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Erhalt des Auftrages möglich wäre. Mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung würde der Antragsgegner unumkehrbare Tatsachen schaffen, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des NÖ VNG nicht mehr beseitigt werden könnten. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe könne nicht hoch genug bewertet werden und seien besondere öffentliche Interessen, die für die Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung sprechen könnten, nicht ersichtlich. Es sei keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, zumal jeder umsichtige Auftraggeber bereits bei der Planung der Ausschreibung ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren müsse. Die vorliegenden Rechtsverstöße würden gerade dazu führen, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung an den Bestbieter ausgeschlossen werde. Im Rahmen der Interessensabwägung sei darauf Bedacht zu nehmen, dass die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtmäßigen, vergaberechtskonformen und transparenten Vergabeverfahrens verletzt worden sei und dieser Nachteil nur durch eine Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung an den Antragsgegner abgewendet werden könne, zumal das der Antragstellerin zustehende Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren nur wirksam gesichert werden könne, wenn verhindert werde, dass der Antragsgegner rechtswidriger Weise die Rahmenvereinbarung abschließe bzw. rechtswidriger Weise eine Zuschlagserteilung erteile. Stelle man daher die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen des Antragsgegners gegenüber, ergebe sich, dass das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber überwiege. Zudem sei nach Unionsrecht ohnehin „dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen“. Nicht zuletzt handle es sich um das gelindeste und auch einzige Mittel, dass dem Auftraggeber der Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt werde.

Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 06.09.2021 wurde dem Antragsgegner als öffentlichem Auftragsgeber unter anderem die Möglichkeit eingeräumt, bis längstens 09.09.2021 eine Stellungnahme zum Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzugeben.

Am 09.09.2021 gab der Antragsgegner dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich auf telefonischem Wege bekannt, von der Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme bezogen auf den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Gebrauch zu machen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat über den Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt erwogen:

Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt:

Das Land Niederösterreich, p.A. ***, ***, vertreten durch die D Rechtsanwälte GmbH, hat als öffentlicher Auftraggeber unionsweit die Ausschreibung des beabsichtigten Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Parteien als offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich bekannt gemacht. Leistungsgegenstand ist laut Ausschreibungsunterlage die Durchführung von PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen. Die Rahmenvereinbarung soll mit den 5 bestgereihten Bietern für die Dauer von einem Jahr samt einer zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils 6 Monaten abgeschlossen werden. Konkret umfasst der Leistungsgegenstand die Lieferung von Probensets an Standorten in Niederösterreich, die Abholung bereits abgenommener Proben pro Tag von Standorten in Niederösterreich, die PCR-Analysen zum Nachweis einer SARS-CoV-2 Infektion inklusive Erkennung von Mutationen, die Befundung und medizinische Validierung inklusive Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Befundübermittlung sowie Übermittlung an die

(Schnitt-)Stelle sowie Screening-Untersuchungen gemäß Leistungsvertrag.

Von der Antragstellerin wurde fristgerecht ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 12.08.2021 forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin zu in einem näher dargestellten Aufklärungen und Nachreichungen bis längstens 19.08.2021

auf. Am 19.08.2021 übermittelte die Antragstellerin an die vergebende Stelle ergänzende Bezug habende Unterlagen.

Mit Schreiben vom 26.08.2021, bei der Antragstellerin auch am 26.08.2021 eingelangt, wurde die Antragstellerin von der vergebenden Stelle davon informiert, dass die Antragstellerin aus näher dargelegten Gründen nach Auffassung der vergebenden Stelle aufgrund der Ergebnisse der Prüfung des Angebotes auszuschließen und deren Angebot auszuscheiden sei. Die Stillhaltefrist ende am 06.09.2021.

Mit am 06.09.2021 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangtem Schriftsatz brachte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber der Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt und der Ersatz der Pauschalgebühr aufgetragen werden soll, ein.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der öffentliche Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmens bzw. die Namen der Unternehmen, mit dem bzw. mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bislang mitgeteilt hat. Das Verhandlungsverfahren wurde auch nicht gemäß den §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 oder 7 oder 37 Abs. 1 Z 4 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt. Bislang wurde auch keine Rahmenvereinbarung abgeschlossen.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag und aus den von ihr damit vorgelegten Urkunden, insbesondere den Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./1), dem Angebot der Antragstellerin (Beilage ./4), dem Nachforderungsschreiben der vergebenden Stelle (Beilage ./5), der Nachreichung der Antragstellerin (Beilage ./6) und der Ausschluss- und Ausscheidungsentscheidung der vergebenden Stelle (Beilage ./2). Auch seitens der Antragsgegnerin erfolgten infolge des Verzichtes auf eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren keine diesbezüglichen substantiierten Einwendungen. Unbestritten ist insbesondere auch, dass bislang weder eine Mitteilung der Antragsgegnerin nach § 154 Abs. 4 BVergG 2018 noch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung erfolgte.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich auf Basis des dargelegten Verfahrensganges und des festgestellten Sachverhaltes Folgendes:

Gemäß § 4 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (NÖ VNG) obliegt die

Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem Landesverwaltungsgericht

Niederösterreich.

Gemäß § 4 Abs. 2 Z 1 NÖ VNG ist das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich

zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des

öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen

unmittelbar anwendbares Unionsrecht bis zur Zuschlagserteilung u.a. zuständig zur

Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 14).

Gemäß § 14 Abs. 1 NÖ VNG hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die

Antragsvoraussetzungen nach § 6 leg.cit. nicht offensichtlich fehlen, das

Landesverwaltungsgericht durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige

Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die

behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung

von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß Abs. 4 leg.cit. hat das Landesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer

einstweiligen Verfügung 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, so ist der Antrag abzuweisen.

Gemäß Abs. 5 leg.cit. können mit einer Einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts 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.

Gemäß Abs. 6 leg.cit. ist in einer Einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit einer Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Das Landesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Landesverwaltungsgericht 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 Frist fortbestehen.

Gemäß Abs. 7 leg.cit. sind einstweilige Verfügungen sofort vollstreckbar.

Gemäß § 19 Abs. 2, erster Satz, leg. cit. ist über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unverzüglich, längstens jedoch binnen zehn Tagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Gemäß § 19 Abs. 3 leg. cit. ist über einen Antrag auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers unverzüglich, längstens jedoch binnen acht Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Gemäß § 21 Abs. 8 und 9 NÖ VNG hat der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf den Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

Gemäß § 153 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) können öffentliche Aufträge können aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, sofern

die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 34 bis 37 sowie 44 Abs. 1 ohne Zuschlagserteilung unter Beachtung der Bestimmungen des § 154 abgeschlossen wurde und bei der Vergabe des auf der Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Auftrages § 155 beachtet wird.

Gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 oder 7 oder 37 Abs. 1 Z 4 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

Gemäß Abs. 4 leg. cit. darf der öffentliche Auftraggeber die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung auf elektronischem Weg 10 Tage, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg 15 Tage. Für eine freiwillige Bekanntmachung gelten die §§ 58 und 64 Abs. 6 sinngemäß.

Vorauszuschicken ist zunächst, dass ausgehend von der mit 26.08.2021 datierten und laut Vorbringen auch der Antragstellerin übermittelten Ausschluss- und Ausscheidensentscheidung der Nachprüfungsantrag und der gleichzeitig damit gestellte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 12 Abs. 1 NÖ VNG iVm §§ 32 und 33 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) unter Berücksichtigung dessen, dass es sich beim 05.09.2021 um einen Sonntag handelte, fristgerecht am 06.09.2021 beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingebracht wurde.

Jedenfalls bei der verfahrensgegenständlichen Ausschluss- und Ausscheidensentscheidung vom 26.08.2021 handelt es sich auch um eine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 2 Z 15 lit. a BVergG 2018 und ist der Antragsgegner in Person des Landes Niederösterreich auch öffentlicher Auftraggeber gemäß

§ 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung enthält auch die in

§ 14 Abs. 2 NÖ VNG normierten Angaben, da er das betreffende Vergabeverfahren sowie die gesondert anfechtbare Entscheidung und den Antragsgegner bezeichnet, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der im

§ 6 Abs. 1 NÖ VNG genannten Voraussetzungen enthält, die behauptete Rechtswidrigkeit bezeichnet, die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin und eine Darlegung der maßgeblichen Tatsachen enthält, die begehrte vorläufige Maßnahme bezeichnet und die sonstigen Angaben beinhaltet, die erforderlich sind, um (seitens des erkennenden Gerichtes) zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Nicht zuletzt wurde die Pauschalgebühr mit einem Betrag von insgesamt € 2.400,-- jedenfalls unter Berücksichtigung des § 21 Abs. 3 NÖ VNG iVm § 1 Abs. 1 Z 12 NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung ausreichend entrichtet (vgl.

§ 14 Abs. 9 NÖ VNG).

In materiell-rechtlicher Hinsicht hat gemäß § 14 Abs. 1 NÖ VNG das Landesverwaltungsgericht durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessensabwägung sind gemäß § 14 Abs. 4 NÖ VNG einerseits ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens und andererseits die mögliche Schädigung der Antragstellerin in ihren wirtschaftlichen Interessen im Falle einer

möglicherweise rechtswidrigen Zuschlagserteilung zu beurteilen. Im Rahmen des Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Provisorialverfahren) ist die Prüfung auf eine Grobprüfung dahingehend eingeschränkt, ob die von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die damit verursachten möglichen Schädigungen zutreffen können bzw. denkmöglich sind. Eine detaillierte Prüfung kann im Provisorialverfahren nicht stattfinden, dies wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Aus den von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden, insbesondere aus den Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./1), und aus ihrem eigenen Vorbringen ergibt sich, dass Leistungsgegenstand der Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß

§ 153 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 ist. Gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 hat in derartigen Vergabeverfahren der öffentliche Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nur dann nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4 oder 7 oder 37 Abs. 1 Z 4 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde; das Vorliegen eines derartigen Verhandlungsverfahrens wird nicht behauptet und ist auch nicht gegeben. Gemäß Abs. 4 leg. cit. ist erst in einem weiteren Verfahrensschritt nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarung abzuschließen. In Bezugnahme darauf, dass in der Ausschluss- und Ausscheidensentscheidung der vergebenden Stelle vom 26.08.2021 darauf hingewiesen wird, dass die Stillhaltefrist bereits am 06.09.2021 ende, ist zu beachten, dass die Bekanntgabe, mit welchem Unternehmer bzw. welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, seitens des Antragsgegners bis dato nicht erfolgt ist.

Des Weiteren gilt zu beachten, dass die verfahrensgegenständliche Ausschluss- und Ausscheidensentscheidung des Antragsgegners vom 26.08.2021 durch den diesbezüglich von der Antragstellerin eingebrachten Nachprüfungsantrag nicht bestandsfest geworden.

Dazu ist aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 08.08.2019, Ro 2018/04/0020, wie folgt zu zitieren:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem auch vom Bundesverwaltungsgericht begründend herangezogenen Beschluss vom 23. November 2016, Ra 2015/04/0029, zur Frage, ob der Auftraggeber, der einen Bieter ausgeschieden habe, zur Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung an diesen verpflichtet sei, wenn der Bieter die Ausscheidensentscheidung im Nachprüfungsverfahren bekämpfe, Folgendes festgehalten:

‚Nach § 131 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Als ‚verbliebene' Bieter gelten jene Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 85; in diesem Sinne bereits der hg. Beschluss vom 4. September 2015, Ra 2015/04/0054, und zum nicht betroffenen Bieter nach Art. 2a der Richtlinie 89/665 der hg. Beschluss vom 20. Mai 2015, Ro 2014/04/0069). Die Rechtslage ist insoweit eindeutig, weshalb keine die Zulässigkeit der Revision begründende Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (...).‘

Ausgehend davon verneinte der Verwaltungsgerichtshof, dass der - als verbliebene Bieterin anzusehenden - Revisionswerberin durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlags untersagt werde, eine bessere Rechtsposition eingeräumt werden sollte als den übrigen im Verfahren verbliebenen Bietern.

Auch die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2010, BGBl. I Nr. 15, mit der § 131 BVergG 2006 neu gefasst worden ist, führen diesbezüglich aus, dass ein Ausscheiden dann als bestandfest (bzw. - in der Diktion der RV 1171 BlgNR 22. GP 85 - als "rechtskräftig") und ein Bieter somit nicht mehr als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (RV 327 BlgNR 24. GP 24).

An der somit eindeutigen Rechtslage - wonach ein Bieter, der die Entscheidung, mit der sein Angebot ausgeschieden wurde, angefochten hat, dann als im Vergabeverfahren verbliebener Bieter im Sinn des § 131 Abs. 1 BVergG 2006 anzusehen ist, wenn über diesen Nachprüfungsantrag noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist - vermag der

Hinweis des Bundesverwaltungsgerichtes auf den im Provisorialverfahren ergangenen Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes AW 2010/04/0024 nichts zu ändern.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dieser Beschluss (ebenso wie der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Beschluss VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054) zur materiellrechtlichen Rechtslage (und damit auch zu § 131) des BVergG 2006 in der Fassung vor der BVergG-Novelle 2010 ergangen ist. Demgegenüber liegt den zur materiell-rechtlichen Rechtslage in der Fassung nach der BVergG-Novelle 2010 ergangenen Beschlüssen des Verwaltungsgerichtshofes in Provisorialverfahren nunmehr ständig die Auffassung zugrunde, dass als verbliebene Bieter (auch) jene Bieter gelten, deren Angebot zwar ausgeschieden wurde, die Ausscheidensentscheidung aber noch nicht bestandfest geworden ist (siehe VwGH 4.9.2015, Ra 2015/04/0054; 31.8.2016, Ra 2016/04/0093; 31.8.2016, Ra 2016/04/0094; 31.8.2016, Ra 2016/04/0095; 2.12.2016, Ra 2016/04/0132; 15.1.2019, Ra 2019/04/0008).“

Damit handelt es sich nach einhelliger Judikatur bei der Antragstellerin um einen „nicht berücksichtigten Bieter“ im Sinne des § 154 Abs. 3 BVergG 2018. Entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur gelten als „verbliebene" Bieter jene Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. – wie gegenständlich – deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist (vgl. auch RV 1171 BlgNR 22. GP 85; in diesem Sinne auch VwGH vom 04.09.2015, Ra 2015/04/0054, und zum nicht betroffenen Bieter nach Art. 2a der Richtlinie 89/665 VwGH vom 20.05.2015, Ro 2014/04/0069).

Eben dies bedeutet nun im konkreten Fall zweierlei: Zum einen gilt die Antragstellerin nach herrschender Rechtsprechung nach wie vor im Hinblick auf die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung durch den verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrag als „nicht berücksichtigte Bieterin“ im Sinne des § 154 Abs. 3 BVergG 2018, sodass sie vom Antragsgegner als öffentlichem Auftragsgeber über sämtliche weiteren Entscheidungen nach § 154 BVergG 2018, so auch über die zu ergehende Mitteilung, mit welchem Unternehmer im Bezug habenden Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, und in weiterer Folge auch über den Abschluss der Rahmenvereinbarung selbst zu verständigen ist und die Antragstellerin sich in weiterer Folge jeweils gegen diese Bekanntgaben als jeweilige wiederum gesondert anfechtbare Entscheidungen wiederum mit entsprechenden (Nachprüfungs- oder Feststellungs-)Anträgen zur Wehr setzen kann. Es droht der Antragstellerin daher zum derzeitigen Zeitpunkt nach herrschender Judikatur jedenfalls noch kein „unmittelbarer“ Schaden.

Zum anderen stellt im gegenständlichen Vergabeverfahren der nächste vom Antragsgegner von der vergebenden Stelle durchzuführende Schritt eben die Mitteilung der nicht berücksichtigten Bieter im Sinne des § 154 Abs. 3 BVergG 2018, mit welchem Unternehmer im Bezug habenden Vergabeverfahren die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, dar, nicht bereits der Abschluss der Rahmenvereinbarung. Beantragt wurde von der Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedoch das Untersagen, die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Eine Umdeutung oder Abänderung des Antrages ist dem erkennenden Gericht nicht möglich. Auch daraus erschließt sich, dass (noch) kein unmittelbarer Schaden der Antragstellerin im Zusammenhang mit einem Abschluss einer Rahmenvereinbarung droht. Auch selbst wenn antragsgemäß die einstweilige Verfügung bewilligt werden würde, würde dies nicht zu dem von der Antragstellerin begehrten Unterlassen der Fortführung des Vergabeverfahrens führen.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben des§ 14 Abs. 1 NÖ VNG ist daher festzustellen, dass gegenständlich die Voraussetzung des Vorliegens einer durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder unmittelbar drohenden Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht erfüllt ist. Vor allem würde zudem die von der Antragstellerin beantragte Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung nicht die gelindeste, geschweige denn einzige noch zum Ziel führende Maßnahme sein.

Vielmehr wird es Aufgabe des Antragsgegners als öffentlichen Auftraggeber bzw. der vergebenden Stelle sein, im Falle der Fortführung des Vergabeverfahrens trotz des hier anhängigen Nachprüfungsverfahrens – welches auch mit einer Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 26.08.2021 enden kann, ist doch wie bereits ausgeführt die Prüfung im gegenständlichen Provisorialverfahren noch auf eine Grobprüfung dahingehend eingeschränkt, ob die von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die damit verursachten möglichen Schädigungen zutreffen können bzw. denkmöglich sind, und wird eine detaillierte Prüfung erst Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein – auch die Antragstellerin weiterhin über sämtliche weiteren angesprochenen Verfahrensschritte zu verständigen. Entgegen des Antragsvorbringens liegen eben keine „unumkehrbaren Tatsachen vor, die mit den Mitteln des NÖ VNG

nicht mehr beseitigt werden könnten“, auch wenn die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden sollte. Auch ohne die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung besteht durch die Mitteilungsverpflichtungen des Antragsgegners eine wirksame Sicherung des Rechtes der Antragstellerin an einer Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren.

Auf Grund dieser bezeichneten Sach- und Rechtslage liegt verfahrensgegenständlich die nach§ 14 Abs. 1 NÖ VNG für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wesentliche Voraussetzung, dass eine „entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern“ wäre, nicht vor.

Es war daher der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beschlussgemäß abzuweisen.

Der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr war unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 21 Abs. 9 NÖ VNG beschlussgemäß abzuweisen, da dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht stattzugeben war und da weiters dieser Antrag nicht auf Grund einer Interessensabwägung abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) erfolgt gesondert nach Erlassung der Bezug habenden Nachprüfungsentscheidung.

Schlagworte

Vergabe; einstweilige Verfügung; Provisorialverfahren; gelindeste Maßnahme; Schädigung von Interessen;

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGNI:2021:LVwG.VG.11.001.2021

Zuletzt aktualisiert am

13.01.2022

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at