jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Bvwg Beschluss 2024/9/23 W139 2299106-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.09.2024

**Entscheidungsdatum**

23.09.2024

**Norm**

AWG 2002 §14c
AWG 2002 §14d
AWG 2002 §14e
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs2
BVergG 2018 §351 Abs1
BVergG 2018 §351 Abs3
BVergG 2018 §351 Abs4
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

1. AWG 2002 § 14c heute
2. AWG 2002 § 14c gültig ab 01.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2024
3. AWG 2002 § 14c gültig von 18.07.2024 bis 31.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2024
4. AWG 2002 § 14c gültig von 11.12.2021 bis 17.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 200/2021

1. AWG 2002 § 14d heute
2. AWG 2002 § 14d gültig ab 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2024

1. AWG 2002 § 14e heute
2. AWG 2002 § 14e gültig ab 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2024

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 4 heute
2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946zuletzt geändert durch StGBl. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

**Spruch**

W139 2299106-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der XXXX , vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „EWP / Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen (Los 5)“ der Auftraggeberin EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH, Schönbrunner Schloßstraße 2/601, 1120 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien: Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag der römisch 40 , vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „EWP / Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen (Los 5)“ der Auftraggeberin EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH, Schönbrunner Schloßstraße 2/601, 1120 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien:

A)

Dem Antrag, „das Gericht möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Teilnahmeanträge untersagt wird“, wird dahingehend stattgegeben, als der Auftraggeberin, der EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH, Schönbrunner Schloßstraße 2/601, 1120 Wien, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren „EWP / Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen“ betreffend das Los 5 (Tirol und Vorarlberg) die Teilnahmeanträge zu öffnen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

**Text**

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Am 16.09.2024 stellte die XXXX , vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG (in der Folge Antragstellerin), den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. einzelner Bestimmungen der Ausschreibung im Umfang des Loses 5, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Gebührenersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.1. Am 16.09.2024 stellte die römisch 40 , vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG (in der Folge Antragstellerin), den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit den Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. einzelner Bestimmungen der Ausschreibung im Umfang des Loses 5, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Gebührenersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Auftraggeberin habe mit der EU-weiten Bekanntmachung vom 23.08.2024 in der Beilage zum Amtsblatt der EU (GZ OJ S 164/2024 505878-2024) Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen ausgeschrieben. Hinsichtlich der Mengen deckungsgleich mit der Ausschreibung zur GZ S 217/2023 685472-2023 "EWP / Einwegpfand: Sortierdienstleistungen für die Region Westösterreich" würden hier die Ballenumlagerungen der Mengen aus Westösterreich ausgeschrieben. Dies allerdings mit einem definierten Transportweg zur Sortieranlage Ost (in Müllendorf) und somit im klaren Widerspruch zum Ausschreibungsinhalt der noch laufenden Ausschreibung mit der GZ S 217/2023 685472-2023. Die Auftraggeberin hat zwar ihre Absicht bekundet, dieses vorangehende Vergabeverfahren zu widerrufen; der Widerruf sei aber bisher nicht erfolgt und durch eine einstweilige Verfügung des Bundesverwaltungsgerichtes (GZ W134 2298339-1/2E) derzeit auch untersagt.

Öffentliche Auftraggeberin iSv § 4 Abs 1 Z 2 BVergG sei die EWP Recycling Pfand Österreich gemeinnützige GmbH, auch wenn die Auftraggeberin selbst in den Ausschreibungsunterlagen dazu widersprüchliche Angaben mache. Die Auftraggeberin sei unzweifelhaft rechtsfähig, erfülle (als gemeinnützige GmbH) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art auf Basis ihres besonderen Gründungszwecks und unterliege weiters der Aufsicht der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie und auch Ihre Organe würden (teilweise) öffentlich beschickt werden (siehe § 14d Abfallwirtschaftsgesetz 2002 idgF). Zudem unterliege sie bei der Festlegung des von ihr einzuhebenden Finanzierungsbeitrages den Vorgaben der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie bzw der Bundeministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (siehe § 14c Abfallwirtschaftsgesetz 2002 idgF), sodass hier auch eine überwiegende mittelbare Finanzierung iSd Erläuternden Bemerkungen gegeben sei. Unter Verweis auf die Erläuterungen zur

Einwegpfandverordnung Getränkeverpackungen, 4, zu § 8 habe auch das Bundesverwaltungsgericht – zumindest im Rahmen eines Provisorialverfahrens – bereits seine Zuständigkeit im Sinne des § 327 BVergG für Vergabeakte der Auftraggeberin bejaht. Öffentliche Auftraggeberin iSv Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei die EWP Recycling Pfand Österreich gemeinnützige GmbH, auch wenn die Auftraggeberin selbst in den Ausschreibungsunterlagen dazu widersprüchliche Angaben mache. Die Auftraggeberin sei unzweifelhaft rechtsfähig, erfülle (als gemeinnützige GmbH) im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art auf Basis ihres besonderen Gründungszwecks und unterliege weiters der Aufsicht der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie und auch Ihre Organe würden (teilweise) öffentlich beschickt werden (siehe Paragraph 14 d, Abfallwirtschaftsgesetz 2002 idgF). Zudem unterliege sie bei der Festlegung des von ihr einzuhebenden Finanzierungsbeitrages den Vorgaben der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie bzw der Bundeministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (siehe Paragraph 14 c, Abfallwirtschaftsgesetz 2002 idgF), sodass hier auch eine überwiegende mittelbare Finanzierung iSd Erläuternden Bemerkungen gegeben sei. Unter Verweis auf die Erläuterungen zur Einwegpfandverordnung Getränkeverpackungen, 4, zu Paragraph 8, habe auch das Bundesverwaltungsgericht – zumindest im Rahmen eines Provisorialverfahrens – bereits seine Zuständigkeit im Sinne des Paragraph 327, BVergG für Vergabeakte der Auftraggeberin bejaht.

Angefochten werde die Ausschreibung. Dabei handle es sich gemäß § 2 Z 15 lit a) sublit dd) BVergG um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Das Bundesverwaltungsgericht sei daher gemäß § 342 Abs 1 iVm § 347 Abs 1 BVergG für die Nichtigerklärung dieser Entscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Die Antragstellerin bezeichnete ihr Interesse am Vertragsabschluss, den ihr drohenden Schaden und die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.Angefochten werde die Ausschreibung. Dabei handle es sich gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,) Sub-Litera, d, d,) BVergG um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Das Bundesverwaltungsgericht sei daher gemäß Paragraph 342, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 347, Absatz eins, BVergG für die Nichtigerklärung dieser Entscheidung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Die Antragstellerin bezeichnete ihr Interesse am Vertragsabschluss, den ihr drohenden Schaden und die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

Zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führte sie aus, dass der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sein müsse, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Zwei parallele Verfahren über den gleichen Auftragsgegenstand seien rechtswidrig; nichts Anderes könne für zwei Ausschreibungen gelten, die – wenn auch mit unterschiedlichen Leistungsbildern – ebenfalls denselben Gegenstand betreffen würden.

Die antragsgegenständliche Ausschreibung betreffe in ihrem Los 5 den Transport von Mengen (aus Tirol und Vorarlberg) zu einem Sortierstandort in Ostösterreich (Müllendorf). Eben diese Mengen seien laut der Ausschreibung mit der GZ S 217/2023 685472-2023 aber zu einem Sortierstandort in Westösterreich zu transportieren. Da dieselben Mengen unmöglich zweimal transportiert werden können, könne denklogisch zumindest eine der beiden Leistungen nicht erbracht werden.

Da die Ausschreibung mit der GZ S 217/2023 685472-2023 früher gestartet sei und auch deutlich weiter fortgeschritten sei, sei davon auszugehen, dass es der Auftraggeberin hinsichtlich der antragsgegenständlichen Ausschreibung hinsichtlich des Loses 5 an der Vergabeabsicht mangle, weswegen diese rechtswidrig sei und für nichtig zu erklären sei.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erklärte die Antragstellerin ihr Vorbringen zur begehrten Nichtigerklärung ausdrücklich auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Durch die Fortführung des Vergabeverfahrens, insbesondere durch die Öffnung der Teilnahmeanträge könne die Auftraggeberin unumkehrbare Tatsachen schaffen, wodurch der Antragstellerin die aufgezeigten erheblichen Schäden und Nachteile drohen würden. Zweck der einstweiligen Verfügung sei es, die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu ermöglichen. Die Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da ihre Interessen bei Fortführung des Vergabeverfahrens ohne Vergabeabsicht wesentlich bedroht seien. Es handle sich um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

2. Am 20.09.2024 erteilte die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH, Bartensteingasse 2, 1010 Wien (in der Folge Auftraggeberin), allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Auftraggeberin aus, dass keine Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes bestehe, weil die EWP Recycling Pfand Österreich

gGmbH keine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 sei. Sie werde nicht überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 oder anderen Einrichtungen im Sinne des § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 finanziert, unterliege hinsichtlich ihrer Leitung nicht der Aufsicht durch diese und deren Verwaltungs-, Leitungs-oder Aufsichtsorgan bestehe nicht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen gemäß Z 2 ernannt worden seien. Gemäß § 6 Abs 2 AVG könne durch die freiwillige (zivilrechtliche) Selbstbindung an Bestimmungen des BVergG 2018 nicht die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde begründet werden.Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Auftraggeberin aus, dass keine Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes bestehe, weil die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH keine öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 sei. Sie werde nicht überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2018 oder anderen Einrichtungen im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 finanziert, unterliege hinsichtlich ihrer Leitung nicht der Aufsicht durch diese und deren Verwaltungs-, Leitungs-oder Aufsichtsorgan bestehe nicht mehrheitlich aus Mitgliedern, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen gemäß Ziffer 2, ernannt worden seien. Gemäß Paragraph 6, Absatz 2, AVG könne durch die freiwillige (zivilrechtliche) Selbstbindung an Bestimmungen des BVergG 2018 nicht die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde begründet werden.

Die Antragstellerin begründe scheinbar unzulässigerweise ihre Anträge mit Interessen in einem gänzlich anderen Vergabeverfahren und dessen anstehenden Widerruf.

Darüber hinaus mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, zumal sie die Eignung zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Logistikleistungen nicht erfülle. Sie verfüge weder über die ausreichende Befugnis, die technische Leistungsfähigkeit noch über die geforderten Referenzen „Technische Leistungsfähigkeit". Es mangle auch an der Eignung in Bezug auf den geforderten Eisenbahntransport. Abgesehen von der Unmöglichkeit der Leistungserbringung aufgrund fehlender Eignung habe die Antragstellerin auch kein ernsthaftes Interesse am Auftrag. Sie kreiere rechtsmissbräuchlich ein nicht bestehendes Interesse und einen, mangels offensichtlich fehlender Eignung, denkunmöglich eintretenden Schaden.

Die beantragte Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge sei überdies überschießend.

Weiters würden besondere öffentliche Interessen gegen die Erlassung der Einstweiligen Verfügung sprechen. Sollten die Sortiergüter bei tausenden Rücknehmern nicht abgeholt werden, würden binnen kürzester Zeit Müllmengen entstehen. Das Risiko von Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Schädlingseintritt steige. Es bestehe ein besonderes öffentliches Interesse am sofortigen Widerruf des Vergabeverfahrens, um die Durchführung der Sortierdienstleistungen zur fristgerechten Einführung des Pfandsystems für Einweggetränkeverpackungen am 01.01.2025 gewährleisten zu können.

Das Bundesverwaltungsgericht möge daher den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens und einer Einschau in den Verfahrensakt des ho anhängigen Verfahrens zur Zl W134 2298339-2 wird vorerst im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH schrieb im November 2023 unter der Bezeichnung „EWP / Einwegpfand: Sortierdienstleistungen für die Region Westösterreich" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Verfahren.

Am 20.08.2024 wurde in Bezug auf dieses Verfahren eine Widerrufsentscheidung versendet, welche die Antragstellerin des hier gegenständlichen Verfahrens angefochten hat. Das betreffende Vergabekontrollverfahren wird ho unter der Zl W134 2298339-2 geführt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 11.09.2024, W134 2298339-1/2E, statt und bejahte die Eigenschaft der EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018. Am 20.08.2024 wurde in Bezug auf

dieses Verfahren eine Widerrufsentscheidung versendet, welche die Antragstellerin des hier gegenständlichen Verfahrens angefochten hat. Das betreffende Vergabekontrollverfahren wird ho unter der Zl W134 2298339-2 geführt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 11.09.2024, W134 2298339-1/2E, statt und bejahte die Eigenschaft der EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH als öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018.

Die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH schrieb im August 2024 unter der Bezeichnung „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen" einen Dienstleistungsauftrag in fünf Losen im Oberschwellenbereich in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip aus (Bekanntmachung im Supplement S zum Amtsblatt der EU, ABl.S 164/2024 505878-2024; Bekanntmachung im ANKÖ zur Dokument-ID: 190809-00). Das Ziel des vorliegenden Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Rahmenvertrages je Los über den Transport gepresster Ballen (gemischte PET/Alu-Ballen, sortenreine PET-Ballen bzw. sortenreine Aluminium-Ballen) von diversen Sammelpunkten (Zentralläger des Lebensmitteleinzelhandels bzw. der Zählstellen der EWP) aus den jeweiligen Regionen (vgl Lose) zur Sortieranlage der Auftraggeberin in 7052 Müllendorf, sowie die Bereitstellung des benötigten Transportequipments (Planenauflieger, Schubbodenauflieger, Wechselbrücken, u.ä.) zur optimierten Transportgestaltung (Pkt 1.8. der Verfahrensverständigung zum Vergabeverfahren „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen"). Die Binde- und Zuschlagsfrist für das Angebot beträgt 3 (drei) Monate ab Abgabe des Last and Best Offers (Pkt 2.25. der Verfahrensverständigung zum Vergabeverfahren „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen"). Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge endet am 23.09.2024, um 10.00 U h r . Die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH schrieb im August 2024 unter der Bezeichnung „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen" einen Dienstleistungsauftrag in fünf Losen im Oberschwellenbereich in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip aus (Bekanntmachung im Supplement S zum Amtsblatt der EU, ABl.S 164/2024 505878-2024; Bekanntmachung im ANKÖ zur Dokument-ID: 190809-00). Das Ziel des vorliegenden Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Rahmenvertrages je Los über den Transport gepresster Ballen (gemischte PET/Alu-Ballen, sortenreine PET-Ballen bzw. sortenreine Aluminium-Ballen) von diversen Sammelpunkten (Zentralläger des Lebensmitteleinzelhandels bzw. der Zählstellen der EWP) aus den jeweiligen Regionen vergleiche Lose) zur Sortieranlage der Auftraggeberin in 7052 Müllendorf, sowie die Bereitstellung des benötigten Transportequipments (Planenauflieger, Schubbodenauflieger, Wechselbrücken, u.ä.) zur optimierten Transportgestaltung (Pkt 1.8. der Verfahrensverständigung zum Vergabeverfahren „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen"). Die Binde- und Zuschlagsfrist für das Angebot beträgt 3 (drei) Monate ab Abgabe des Last and Best Offers (Pkt 2.25. der Verfahrensverständigung zum Vergabeverfahren „Transportdienstleistungen im Rahmen von Ballenumlagerungen"). Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge endet am 23.09.2024, um 10.00 Uhr.

Mit Schriftsatz vom 16.09.2024, beim Bundesverwaltungsgericht am 16.09.2024 außerhalb der Amtsstunden eingelangt, brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung in Bezug auf deren Los 5, welches die Region „Tirol und Vorarlberg" umfasst, ein. Die Antragstellerin entrichtete eine Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 324,00.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und zur Zulässigkeit des Antrages

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 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 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich

Einzelrichterzuständigkeit vor.Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 327,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH. Diese ist – unvorgreiflich einer anderslautenden Beurteilung des zuständigen Senates – öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 (BVwG 11.09.2024, W134 2298339-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 7 BVergG 2018 um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich angefochtenen Loses 5 liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG 2018, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 5, BVergG 2018 ist die EWP Recycling Pfand Österreich gGmbH. Diese ist – unvorgreiflich einer anderslautenden Beurteilung des zuständigen Senates – öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 (BVwG 11.09.2024, W134 2298339-1/2E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 7, BVergG 2018 um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich angefochtenen Loses 5 liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018, sodass es sich 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 damit zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs 2 BVergG 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG ist sohin gegeben.Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und damit zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2018 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG ist sohin gegeben.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig im Rahmen des Provisorialverfahrens davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 350 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen (EuGH 11.05.2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 59; BVwG 16.12.2020, W187 2236898-2/29E; siehe auch BVwG 15.02.2021, W187 2237702-2/26E). Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 344 Abs 1 BVergG 2018 geforderten Inhalte.Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig im Rahmen des Provisorialverfahrens davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 350, BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen (EuGH 11.05.2017, C-131/16, Archus und Gama, Rn 59; BVwG 16.12.2020, W187 2236898-2/29E; siehe auch BVwG 15.02.2021, W187 2237702-2/26E). Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 344, Absatz eins, BVergG 2018 geforderten Inhalte.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 2 BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs 2 BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe bezahlt. Der Nachprüfungsantrag richtet sich zweifelsfrei gegen die Ausschreibung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit dd BVergG 2018.Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen

Verfügung gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 350, Absatz 2, BVergG 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe bezahlt. Der Nachprüfungsantrag richtet sich zweifelsfrei gegen die Ausschreibung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2018.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG 2018 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.Gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG 2018 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.

Gemäß § 351 Abs 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht 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, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.Gemäß Paragraph 351, Absatz eins, BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht 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, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 351 Abs 3 BVergG 2018 können mit einer einstweiligen Verfügung 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.Gemäß Paragraph 351, Absatz 3, BVergG 2018 können mit einer einstweiligen Verfügung 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.

Gemäß § 351 Abs 4 BVergG 2018 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 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.Gemäß Paragraph 351, Absatz 4, BVergG 2018 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 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Umfang des Loses 5, zumal angesichts der parallelen Ausschreibung zur GZ S 217/2023 685472-2023 dieselben Sortiermengen unmöglich einmal zu einem Sortierstandort in Ostösterreich und einmal zu einem Sortierstandort in Westösterreich transportiert werden könnten. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren schon angesichts der kurzen Entscheidungsfrist nicht abzusprechen (siehe etwa VwGH 04.11.2013, AW 2013/04/0045). Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da bei Zutreffen dieser Behauptung der Antragstellerin und Fortführung bzw. Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 69 BlgNr XXVI. GP 203). Da bei Zutreffen dieser Behauptung der Antragstellerin und Fortführung bzw. Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 69 BlgNr römisch 26 . Gesetzgebungsperiode 203).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf finanzielle Einbußen, nämlich ua den Entgang des zu lukrierenden Gewinnes und die frustrierten Kosten der Beteiligung an einem Verfahren ohne Vergabeabsicht, sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Die entsprechende Behauptung erscheint grundsätzlich plausibel. Ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (siehe VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127). Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist darüber hinaus auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären – durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm).

Wenn die Auftraggeberin eine besondere Dringlichkeit ins Treffen führt, so wird nicht übersehen, dass ein öffentliches Interesse an der Einführung des Pfandsystems und damit unter anderem auch an den verfahrensgegenständlichen Transportdienstleistungen besteht. Nach dem Vorbringen der Auftraggeberin hängt allerdings die Einhaltung des gesetzlich vorgegebenen Beginns zur Einführung des Pfandsystems und damit eines Kreislaufsystems vordergründig vom Beginn der – hier nicht verfahrensgegenständlichen – Sortierdienstleistungen ab. Die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen betreffen dagegen nach dem Vorbringen der Auftraggeberin die Transportdienstleistungen von bereits sortiertem Material, weswegen die Argumentation, dass Müllmengen entstehen würden, sollten die Sortiergüter bei den Rücknehmern nicht abgeholt werden, nicht gänzlich nachvollzogen werden kann. Dies auch, weil diese vorgelagerten Transporte offenbar nicht Teil der hier ausgeschriebenen Logistikleistungen sind. Weiters ist zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin in Bezug auf ihr Vorbringen zu den besonderen öffentlichen Interessen wiederum mit der Notwendigkeit zur fristgerechten Durchführung der Sortierdienstleistungen argumentiert und darüber hinaus auch nicht konkret darlegt, inwiefern die Verzögerung im Ablauf des Vergabeverfahrens ausgerechnet aufgrund der Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens die aufgezeigten Umweltschäden, die dargelegte Gesundheitsgefährdung sowie sonstigen Nachteile etwa infolge von Sanktionen oder Vertragsverletzungsverfahren der EU bedingt. Die Auftraggeberin selbst hat die Zuschlagsfrist im Übrigen mit drei Monaten festgesetzt und dieses Verfahren im Gegensatz zum Verfahren betreffend die Sortierdienstleistungen nicht bereits deutlich früher, sondern erst im August 2024 eingeleitet, sodass hieraus auch nicht darauf geschlossen werden kann, dass die Auftraggeberin selbst diesem Beschaffungsvorgang eine besondere

Dringlichkeit beigemessen hätte; zumindest nicht in einem Ausmaß, welches der Erlassung der begehrten einstweiligen Maßnahme aktuell entgegenstünde. Abgesehen davon ist die Auftraggeberin an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber ungeachtet eines gesetzlichen Auftrags nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfal

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

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