

TE Verg Bescheid 2011/1/4 N/0109-BVA/12/2010-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.01.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Wirtschaftsuniversität Wien, Stahlbauarbeiten, Baubereich Ost" des Auftraggebers Projektgesellschaft Wirtschaftsuniversität Wien Neu GmbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 27. Dezember 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Wirtschaftsuniversität Wien, Stahlbauarbeiten, Baubereich Ost" des Auftraggebers Projektgesellschaft Wirtschaftsuniversität Wien Neu GmbH, Hintere Zollamtstraße 1, 1031 Wien, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 27. Dezember 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge,

Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, mit welcher - dem Antragsgegner als Auftraggeber im Vergabeverfahren "Neubau Wirtschaftsuniversität Wien, Stahlbauarbeiten Baubereich Ost (BBO)", bis zur rechtskräftigen Beendigung des einzuleitenden Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des mit Verständigung der vergebenden Stelle, datiert mit 20.12.2010, in Aussicht gestellten Zuschlages, nämlich den Zuschlag an die Y*** vorzunehmen, untersagt wird, in eventu

bis zur rechtskräftigen Erledigung des einzuleitenden Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 27.02.2011, die

Erteilung des mit Verständigung der vergebenden Stelle, datiert mit 20.12.2010 in Aussicht genommenen Zuschlages, nämlich den Zuschlag zu Gunsten der Y***, vorzunehmen, untersagt wird, in eventu

bis zur rechtskräftigen Erledigung des einzuleitenden Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 27.02.2011, die Aussetzung der dem Antragsteller mit Verständigung des Antragsgegners, datiert 20.12.2010, bekannt gegebenen Zuschlagserteilung, nämlich den Zuschlag an die Y***, vorzunehmen, untersagt wird;

- die Aussetzung der dem Antragsteller mit Verständigung der vergebenden Stelle, datiert mit 20.12.2010, bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung, nämlich den Zuschlag zu Gunsten der Y***, vorzunehmen, verfügt wird.

werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 27. Dezember 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 28. Dezember 2010, die im Spruch ersichtlichen Begehren in Verbindung mit Anträgen auf Nichtigklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung.

Zur Begründung führte sie insbesondere nachfolgendes aus:

Mit dem per E-Mail vom 20. Dezember 2010 an die Antragstellerin übermittelten Schreiben habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen sei. Punkt 13.4.1 der Angebotsbestimmungen (Mindestanforderungen für finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) bestimme insbesondere nachfolgendes: Mit dem per E-Mail vom 20. Dezember 2010 an die Antragstellerin übermittelten Schreiben habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen sei. Punkt 13.4.1 der Angebotsbestimmungen (Mindestanforderungen für finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) bestimme insbesondere nachfolgendes:

Der Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre (2007 - 2009 des Bieters beträgt im Durchschnitt mindestens € 3,00 Millionen (exkl. USt.).

Da die Antragstellerin erst 2009 im Firmenbuch eingetragen worden sei und sohin dieses Unternehmen erst seit 2009 bestehe, habe die Antragstellerin keine Umsätze für die Jahre 2007 und 2008 nachweisen und für 2009, einem Rumpffjahr, nur einen tatsächlichen Umsatz von Euro 800.569,68 vorweisen können. Laut Schreiben der selbständigen Bilanzbuchhalterin der Antragstellerin habe diese bestätigt, dass die Antragstellerin im Jahr 2009 gegründet worden sei. Der Umsatz im Jahr 2009 betrage Euro 800.569,68 und sei überwiegend im vierten Quartal 2009 erbracht worden, sodass sich ein Monatsmittel von Euro 267.000,00 und ein hochgerechneter Jahresumsatz von Euro 3.204.000 im Jahr 2009 ergebe. Weiters führte die selbständige Bilanzbuchhalterin aus, dass der Umsatz im Jahr 2010 von Anfang Jänner bis Ende 2010 bei € 3,12 Mio (excl. USt.) betrage und der Gesamtumsatz für 2010 bei voraussichtlich € 3,4 Mio (excl. USt.) liegen werde, wobei auf Grund der gegebenen Auftragssituation auch für 2011 ein Umsatz von mindestens € 3 Mio (excl. USt.) gewährleistet sei.

Die Antragstellerin bezeichnete unter Punkt 4.1. ihres Schriftsatzes nachfolgendes Recht, in dem sie sich als verletzt erachtet:

Durch die angefochtene Entscheidung wird der Antragsteller in seinem Recht, dass ihm als technisch und wirtschaftlich günstigsten Bieter der Auftrag hätte erteilt werden müssen, verletzt.

Die Entscheidung auf Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei rechtswidrig, weil in den Ausschreibungsunterlagen - entgegen den Bestimmungen des § 74 Abs 1 Z 5 BVergG, wonach dann, wenn das Unternehmen noch nicht solange besteht, dass es für die letzten drei Geschäftsjahre eine Erklärung über den Gesamtumsatz abgeben kann - ein Umsatz für einen kürzeren Zeitraum abzugeben ist, nicht festgelegt worden sei, dass bei noch nicht lange eingetragenen Unternehmen ein kürzerer Zeitraum ausreiche und daher der von der Antragstellerin für das Rumpffjahr 2009 und für das Jahr 2010 bekannt gegebene Umsatz als Nachweis für dessen finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausreichend gewesen sei. Die Antragstellerin habe einerseits für das Rumpffjahr 2009 den Umsatz bekannt gegeben und andererseits auch den bereits im Jahr 2010 erzielten Umsatz der

über € 3 Mio liege und weiters, dass auf Grund der vorliegenden Aufträge der für 2011 zu erwartende Umsatz jedenfalls über € 3 Mio liege. Weil in den Ausschreibungsunterlagen beim Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf den Umstand, dass bei Unternehmen, die noch nicht so lange bestehen, ein Gesamtumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre nicht möglich ist, nicht Bedacht genommen worden sei, sei die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig erfolgt. Die Entscheidung auf Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei rechtswidrig, weil in den Ausschreibungsunterlagen - entgegen den Bestimmungen des Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wonach dann, wenn das Unternehmen noch nicht solange besteht, dass es für die letzten drei Geschäftsjahre eine Erklärung über den Gesamtumsatz abgeben kann - ein Umsatz für einen kürzeren Zeitraum abzugeben ist, nicht festgelegt worden sei, dass bei noch nicht lange eingetragenen Unternehmen ein kürzerer Zeitraum ausreiche und daher der von der Antragstellerin für das Rumpfbjahr 2009 und für das Jahr 2010 bekannt gegebene Umsatz als Nachweis für dessen finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausreichend gewesen sei. Die Antragstellerin habe einerseits für das Rumpfbjahr 2009 den Umsatz bekannt gegeben und andererseits auch den bereits im Jahr 2010 erzielten Umsatz der über € 3 Mio liege und weiters, dass auf Grund der vorliegenden Aufträge der für 2011 zu erwartende Umsatz jedenfalls über € 3 Mio liege. Weil in den Ausschreibungsunterlagen beim Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf den Umstand, dass bei Unternehmen, die noch nicht so lange bestehen, ein Gesamtumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre nicht möglich ist, nicht Bedacht genommen worden sei, sei die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig erfolgt.

Mit Stellungnahme vom 1. Jänner 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und brachte zum Antrag auf einstweilige Verfügung und zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen wie folgt vor: Formal bekämpfe die Antragstellerin die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung. Inhaltlich begründe sie ihren Antrag jedoch mit der Anwendung der bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen. Die sei der Antragstellerin jedoch aufgrund der Systematik der Präklusion im BVergG 2006 verwehrt. Der Auftraggeber sei aufgrund der vergaberechtlichen Grundsätze mangels rechtzeitiger Anfechtung an die Festlegungen in seiner Ausschreibung gebunden. Die Antragstellerin habe es insbesondere unterlassen, ihre Bedenken gegen die in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien/Eignungsnachweise im Rahmen einer Bieteranfrage zu äußern. Da die angefochtenen Entscheidungen offenkundig nicht rechtswidrig seien, stelle die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch kein geeignetes und erforderliches Mittel dar, um allenfalls die unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Der vorliegende Fall ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Projektgesellschaft Wirtschaftsuniversität Wien GmbH. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe schon BVA 24.6.2010, N/0052-BVA/11/2010-12EV). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt € 1.384.148,00. Der geschätzte Auftragswert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen liegt jedenfalls weit über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass insgesamt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Projektgesellschaft Wirtschaftsuniversität Wien GmbH. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe schon BVA 24.6.2010, N/0052-BVA/11/2010-12EV). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt € 1.384.148,00. Der geschätzte Auftragswert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen liegt jedenfalls weit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass insgesamt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 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. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, 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 § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt 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 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt 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.

Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens berücksichtigt werden (EuGH 9.4.2003, C-421/01, CS Communications; siehe dazu auch BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 5.1.2004, 05N-149/03-9; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 sowie Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2066 mwN). Einer derartigen Vorgehensweise steht auch nicht der Wortlaut des § 329 Abs 1 BVergG entgegen (so schon BVA 11.8.2003, 16N- 74/03-7 und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 zur Vorgängerbestimmung des § 171 Abs 3 BVergG 2002). Nach Auffassung des zuständigen Senatsvorsitzenden im gegenständlich zu beurteilenden Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erscheint bereits aufgrund des Vorbringens im Schriftsatz der Antragstellerin vom 27. Dezember 2010 evident ersichtlich, dass dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden werden kann. Dies aus nachfolgenden Erwägungen: Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Erfolgsaussichten über den Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens berücksichtigt werden (EuGH 9.4.2003, C-421/01, CS Communications; siehe dazu auch BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 5.1.2004, 05N-149/03-9; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 sowie Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 2066 mwN). Einer derartigen Vorgehensweise steht auch nicht der Wortlaut des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG entgegen (so schon BVA 11.8.2003, 16N- 74/03-7 und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 zur Vorgängerbestimmung des Paragraph 171, Absatz 3, BVergG 2002). Nach Auffassung des zuständigen Senatsvorsitzenden im gegenständlich zu beurteilenden Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erscheint bereits aufgrund des Vorbringens im Schriftsatz der Antragstellerin vom 27. Dezember 2010 evident ersichtlich, dass dem Nachprüfungsantrag kein Erfolg beschieden werden kann. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG hat ein Antrag gemäß § 320 Abs 1 jedenfalls zu enthalten. Gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat ein Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, jedenfalls zu enthalten:

die bestimmte Bezeichnung des Rechts, indem sich der Antragsteller als verletzt erachtet.

Die Antragstellerin erachtet sich im Recht, dass ihr als technisch und wirtschaftlich günstigste Bieterin der Auftrag hätte erteilt werden müssen, sohin im Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH kommt jedoch ein subjektives Recht auf Zuschlagserteilung nur dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zu (siehe dazu Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 322 Rz 49 mit Verweis auf die Rechtsprechung). Die Antragstellerin erachtet sich im Recht, dass ihr als technisch und wirtschaftlich günstigste Bieterin der Auftrag hätte erteilt werden müssen, sohin im Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH kommt jedoch ein subjektives Recht auf Zuschlagserteilung nur dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zu (siehe dazu Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 322, Rz 49 mit Verweis auf die Rechtsprechung).

Wird der Beschwerdepkt v Antragsteller ausdrücklich u unmissverständlich bezeichnet, so ist er einer Auslegung aus dem Gesamtzusammenhang des Nachprüfungsantrages nicht zugänglich. Nach Ablauf der Frist für die Stellung des Nachprüfungsantrages darf der Beschwerdepkt nicht v Antragsteller erweitert werden. Auch darf dieser nicht v Amts wegen v BVA ausgeweitet werden. Dies ergibt sich daraus, dass eine solche Erweiterung auf eine unzulässige Änd des Prozessgegenstandes hinauslaufen würde (Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 322 Rz 53 f). Die Antragstellerin hat unter Punkt 4.1. ihres Schriftsatzes den Beschwerdepunkt ausdrücklich und unmissverständlich dahingehend bezeichnet, dass ihr der "Auftrag hätte erteilt werden müssen". Da jedoch nach Lehre und Judikatur ein subjektives Recht auf Zuschlagserteilung nur dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zusteht, fehlt gemäß § 322 Abs 1 ein wesentliches Mindestanfordernis des Nachprüfungsantrages gemäß § 320 Abs 1 BVergG, das aber einer Verbesserung nicht zugänglich ist. Dem Antrag wäre somit schon aus verfahrensrechtlichen Gründen ein Erfolg zu versagen. Wird der Beschwerdepkt v Antragsteller ausdrücklich u unmissverständlich bezeichnet, so ist er einer Auslegung aus dem Gesamtzusammenhang des Nachprüfungsantrages nicht zugänglich. Nach Ablauf der Frist für die Stellung des Nachprüfungsantrages darf der Beschwerdepkt nicht v Antragsteller erweitert werden. Auch darf dieser nicht v Amts wegen v BVA ausgeweitet werden. Dies ergibt sich daraus, dass eine solche Erweiterung auf eine unzulässige Änd des Prozessgegenstandes hinauslaufen würde (Möslinger-Gehmayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 322, Rz 53 f). Die Antragstellerin hat unter Punkt 4.1. ihres Schriftsatzes den Beschwerdepunkt ausdrücklich und unmissverständlich dahingehend bezeichnet, dass ihr der "Auftrag hätte erteilt werden müssen". Da jedoch nach Lehre und Judikatur ein subjektives Recht auf Zuschlagserteilung nur dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zusteht, fehlt gemäß Paragraph 322, Absatz eins, ein wesentliches Mindestanfordernis des Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG, das aber einer Verbesserung nicht zugänglich ist. Dem Antrag wäre somit schon aus verfahrensrechtlichen Gründen ein Erfolg zu versagen.

Selbst unter der Annahme, der Beschwerdepunkt könnte im Auslegungsweg aus dem Nachprüfungsantragsvorbringen gewonnen werden, wäre dem Antrag auch aus inhaltlichen Gründen kein Erfolg beschieden. Der Antragstellerin wurde die Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung am 20. Dezember 2010 per E-Mail zugestellt. Die dagegen am 27. Dezember 2010 eingebrachte Beschwerde ist sohin fristgerecht im Sinne des § 321 Abs 2 BVergG. Jedoch ist aus Punkt 4. des Schriftsatzes (Gründe der Rechtswidrigkeit) ersichtlich, dass die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung (ausschließlich) darin begründet sieht, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auf die Bestimmung des § 74 Abs 1 Z 5 BVergG nicht Bedacht genommen hätte (siehe dazu vor allem das Vorbringen unter Punkt 4.3.); das Begehren richtet sich somit "in Wahrheit" gegen die (bestandfeste) Ausschreibung. Die Antragstellerin verkennt diesbezüglich jedoch die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen hinsichtlich der Ausschreibung sinnlos wäre, könnte sich der Bieter regelmäßig darauf berufen, vertraut zu haben, dass der Auftraggeber die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung ohnehin nicht anwenden werde. Vielmehr wird die Ausschreibung - selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte - nicht mehr bekämpfbar (vgl. etwa VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 und VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090). Selbst unter der Annahme, der Beschwerdepunkt könnte im Auslegungsweg aus dem Nachprüfungsantragsvorbringen gewonnen werden, wäre dem Antrag auch aus inhaltlichen Gründen kein Erfolg beschieden. Der Antragstellerin wurde die Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung am 20. Dezember 2010 per E-Mail zugestellt. Die dagegen am 27. Dezember 2010 eingebrachte Beschwerde ist sohin fristgerecht im Sinne des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG. Jedoch ist aus Punkt 4. des Schriftsatzes (Gründe der Rechtswidrigkeit) ersichtlich, dass die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung (ausschließlich) darin begründet sieht, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auf die Bestimmung des Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nicht Bedacht genommen hätte (siehe dazu vor allem das Vorbringen unter Punkt 4.3.); das Begehren richtet

sich somit "in Wahrheit" gegen die (bestandfeste) Ausschreibung. Die Antragstellerin verkennt diesbezüglich jedoch die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen hinsichtlich der Ausschreibung sinnlos wäre, könnte sich der Bieter regelmäßig darauf berufen, vertraut zu haben, dass der Auftraggeber die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung ohnehin nicht anwenden werde. Vielmehr wird die Ausschreibung - selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte - nicht mehr bekämpfbar vergleiche etwa VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135 und VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090).

Selbst wenn man somit dem Vorbringen der Antragstellerin folgen würde und mit ihr davon ausginge, dass der Auftraggeber gegen die Bestimmung des § 74 Abs 1 Z 5 BVerGG verstoßen hätte, wäre für die Antragstellerin daher im Ergebnis nichts gewonnen. Diese Erwägungen finden Deckung in Konzeption und Intention des BVerGG 2006, wonach die Versäumung der (jeweiligen) Frist zur „endgültigen“ Präklusion führt. Die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen „bestandskräftig“ (RV 1171 BlgNR 22. GP 138; siehe in diesem Sinne bereits die ständige Rechtsprechung des BVA zum BVerGG 2002 beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Ist aber eine Entscheidung des Auftraggebers „unanfechtbar“ (bestandsfest) geworden, ist auch die Vergabekontrollbehörde nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen (so ausdrücklich VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Folgerichtig weisen die Erläuterungen zu § 321 BVerGG 2006 darauf hin, dass es ist auch dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen „inzident“ in Prüfung zu ziehen (RV 1171 BlgNR 22. GP 138). Die Wirkung der Bestandskraft von Entscheidungen des Auftraggebers erstreckt sich somit auch auf die Nachprüfungsbehörde. Schließlich findet sich in den Materialien ausdrücklich keine Differenzierung nach einem allfälligen „Schweregrad“ der jeweiligen Rechtswidrigkeit, womit aber – nicht zuletzt aufgrund rechtssicherheitlicher Erwägungen – von einer umfassenden Sanierungswirkung der Präklusion auszugehen ist (BVA 28.8.2008, N/0101-BVA/12/2008-34; in diesem Sinne bereits BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; siehe dazu auch BVA 4.3.2008, N/0013-BVA/12/2008-20). Selbst wenn man somit dem Vorbringen der Antragstellerin folgen würde und mit ihr davon ausginge, dass der Auftraggeber gegen die Bestimmung des Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVerGG verstoßen hätte, wäre für die Antragstellerin daher im Ergebnis nichts gewonnen. Diese Erwägungen finden Deckung in Konzeption und Intention des BVerGG 2006, wonach die Versäumung der (jeweiligen) Frist zur „endgültigen“ Präklusion führt. Die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen „bestandskräftig“ Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138; siehe in diesem Sinne bereits die ständige Rechtsprechung des BVA zum BVerGG 2002 beginnend mit BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11). Ist aber eine Entscheidung des Auftraggebers „unanfechtbar“ (bestandsfest) geworden, ist auch die Vergabekontrollbehörde nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen (so ausdrücklich VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135). Folgerichtig weisen die Erläuterungen zu Paragraph 321, BVerGG 2006 darauf hin, dass es ist auch dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen „inzident“ in Prüfung zu ziehen Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138). Die Wirkung der Bestandskraft von Entscheidungen des Auftraggebers erstreckt sich somit auch auf die Nachprüfungsbehörde. Schließlich findet sich in den Materialien ausdrücklich keine Differenzierung nach einem allfälligen „Schweregrad“ der jeweiligen Rechtswidrigkeit, womit aber – nicht zuletzt aufgrund rechtssicherheitlicher Erwägungen – von einer umfassenden Sanierungswirkung der Präklusion auszugehen ist (BVA 28.8.2008, N/0101-BVA/12/2008-34; in diesem Sinne bereits BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; siehe dazu auch BVA 4.3.2008, N/0013-BVA/12/2008-20).

Die Antragstellerin hätte somit Punkt 13.4.1. der Angebotsbestimmungen - innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 BVerGG - zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen müssen. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher kein geeignetes und erforderliches Mittel, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (in concreto: Ausscheidensentscheidung) unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Der Antrag war daher gemäß § 329 Abs 1 letzter Satz BVerGG abzuweisen. Die Antragstellerin hätte somit Punkt 13.4.1. der Angebotsbestimmungen - innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, BVerGG - zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen müssen. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher kein geeignetes und erforderliches Mittel, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (in concreto: Ausscheidensentscheidung)

unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Der Antrag war daher gemäß Paragraph 329, Absatz eins, letzter Satz BVergG abzuweisen.

Schlagworte

Zulässigkeit des Antrages, Beschwerdepunkt, Mängelbehebung, Interessenabwägung, Erfolgsaussichten, Präklusion, Ausschreibung;

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2011

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at