

TE Bwvg Beschluss 2022/4/4 W131 2252837-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.04.2022

Entscheidungsdatum

04.04.2022

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §351 Abs4

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 350 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 350 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 351 heute
2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 351 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 351 heute
 2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 351 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 351 heute
 2. BVergG 2018 § 351 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 351 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. 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 01.01.2019 zuletzt 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 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W131 2252837-1/3E, W131 2252837-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Wirtschaftskammer Salzburg (= AG) mit der Bezeichnung „Wirtschaftskammer Salzburg, Kücheneinrichtung Neubau Tourismusschulen Salzburg“ aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (=Ast) XXXX auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV), folgenden Beschluss: Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Wirtschaftskammer Salzburg (= AG) mit der Bezeichnung „Wirtschaftskammer Salzburg, Kücheneinrichtung Neubau Tourismusschulen Salzburg“ aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (=Ast) römisch 40 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV), folgenden Beschluss:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den Sicherungsbegehren, wie dieses modifiziert durch die Eingabe vom 24.03.2022 gestellt wurde, nämlich dass

[der Wirtschaftskammer Salzburg] für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens bzw. bis zur Entscheidung über unseren Nachprüfungsantrag untersagt wird, dem präsumtiven Zuschlagsempfänger den Zuschlag zu erteilen und den ausschreibungsgegenständlichen Werkvertrag betreffend die Herstellung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von Kücheneinrichtungen und Küchengeräten für gewerbliche Küchen mit diesem abzuschließen,

wird insoweit stattgegeben, als es der Wirtschaftskammer Salzburg für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zur Anfechtung der Ausscheidensentscheidung, wie derzeit beim Bundesverwaltungsgericht zur Verfahrenszahl W131 2252837-2 protokolliert, untersagt ist, den Zuschlag im offenen Vergabeverfahren betreffend den Bauauftrag

"Wirtschaftskammer Salzburg - Kücheneinrichtung - Neubau Tourismusschulen Salzburg- Klessheim" (WKS - E-9 /2021)" zu erteilen.wird insoweit stattgegeben, als es der Wirtschaftskammer Salzburg für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zur Anfechtung der Ausscheidensentscheidung, wie derzeit beim Bundesverwaltungsgericht zur Verfahrenszahl W131 2252837-2 protokolliert, untersagt ist, den Zuschlag im offenen Vergabeverfahren betreffend den Bauauftrag "Wirtschaftskammer Salzburg - Kücheneinrichtung - Neubau Tourismusschulen Salzburg- Klessheim" (WKS - E-9 aus 2021,)" zu erteilen.

B)

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

,

Text

Begründung:, Begründung:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. In dem im Entscheidungskopf ersichtlichen offenen Vergabeverfahren, das die AG nach den Vorschriften des Oberschwellenbereichs trotz eines Unterschwellenbereichswerts des streitgegenständlichen Gewerks "Kücheneinrichtung" durchführt, wurde eine Ausscheidensentscheidung an die ASt mitgeteilt, jedoch keine Zuschlagsentscheidung.

Anderen Bieter wurde bereits eine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt.

2. Die ASt focht die zu ihren Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung am (protokolliert) 14.03.2022 mit Nachprüfungsantrag an und verband damit einen Sicherungs- = eV - Antrag = Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, diesen mit dem Begehren auf [maW im Wesentlichen: Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens und in diesem Zeitraum Untersagung des Treffens einer Zuschlagsentscheidung].

3. DieAG sprach sich im Sicherungsbereich ursprünglich nur gegen das Begehrens des Verbots des Treffens einer Zuschlagsentscheidung aus und brachte keine Argumente gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung vor - Eingabe OZ 12 des Verfahrensakts W131 2252837-2. Mit dieser Eingabe wurde auch offen gelegt, dass namens der AG bereits eine an andere Bieter mitgeteilt worden war.

4. Das BVwG verfasste daraufhin neben einem Gebührenverbesserungsauftrag insb nachstehenden Vorhalt:

2. Der ASt wird die OZ 12 zur Kenntnis gebracht.

3. Beiden Adressaten wird es ausdrücklich freigestellt, bis 24.03.2022 eine ergänzende Stellungnahme zu den Rechtsschutzanträgen der ASt abzugeben.

3.1. Dazu wird insb auf obig erwähnte Gebührenthematik und auf jene Spruchpraxis hingewiesen, nach welcher bei einer Ausscheidensanfechtung keine einstweilige Verfügung erlassen wird, siehe dazu zB BVwG zu W134 2133404-1/3E bzw zu W134 2237183-1/2E.

3.2. Weiters erfolgt der Vorhalt, dass die AG nach ihrer Eingabe OZ 12 offenbar bereits am 02.03.2022 eine Zuschlagsentscheidung kommuniziert hat, dies aber mitunter nicht an die Antragstellerin.

4. Die ASt modifizierte daraufhin mit der OZ 17 des Verfahrensakts W131 2252837-2 ihr Sicherungsbegehren, wie im Spruch ersichtlich, während die AG mit Eingabe OZ 15 des Verfahrensakts W131 2252837-2 maW vorbrachte, dass es sein könne, dass im Falle der Nichtigserklärung der Ausscheidensentscheidung zu Lasten der ASt eine andere Zuschlagsentscheidung zu treffen sein könnte. Dz wäre die ASt noch eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin. Der eV - Antrag wäre daher abzuweisen.

5. Die ASt brachte ursprünglich iZm der Interessenslage zur eV wie folgt vor:

[...]

3.5. Durch die (vergabe)rechtswidrige Entscheidung, unser Angebot auszuschneiden, ist uns bereits ein Schaden entstanden und drohen auch noch weiterhin Schäden. Bereits entstanden sind die Kosten für die Angebotsvorbereitung. Mit der Vorbereitung des Angebots waren neben Vertriebsmitarbeitern auf unserer Seite auch unsere Geschäftsführer beschäftigt.

3.6. Darüber hinaus drohen weitere Schäden. Der gegenständliche Auftrag stellt für uns in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit der Auswahl verbundenen Publizitätswirkung ein erhebliches Referenzprojekt dar und es entgeht uns hierdurch zumindest die für die Leistungen vorgesehene Auftragssumme in Höhe von XXXX 3.6. Darüber hinaus drohen weitere Schäden. Der gegenständliche Auftrag stellt für uns in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit der Auswahl verbundenen Publizitätswirkung ein erhebliches Referenzprojekt dar und es entgeht uns hierdurch zumindest die für die Leistungen vorgesehene Auftragssumme in Höhe von römisch 40

Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden erfasst der Begriff Schaden nicht nur bloße Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechts, sondern ganz allgemeine all jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (zB BVA 26.04.2004, 12N-2/04-55). Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Antragsgegnerin, droht der Entgang eines wichtigen und repräsentativen Auftrages an die Konkurrenz. Folglich wird uns die Aussicht auf das Erlangen eines maßgeblichen Referenzprojekts für unser Unternehmen genommen.

[...]

6. Nach durchgeführter Gebührenverbesserung (vorerst einmal für das eV - Verfahren) gemäß § 352 Abs 2 BVergG und Schluss des Ermittlungsverfahrens im eV - Verfahren mit der Note OZ 19 des Verfahrensakts W131 2252837-2 sowie nach Wegfall der krankheitsbedingten Verhinderung des zuständigen Richters ab 04.04.2022 war nunmehr wie ersichtlich zu entscheiden. 6. Nach durchgeführter Gebührenverbesserung (vorerst einmal für das eV - Verfahren) gemäß Paragraph 352, Absatz 2, BVergG und Schluss des Ermittlungsverfahrens im eV - Verfahren mit der Note OZ 19 des Verfahrensakts W131 2252837-2 sowie nach Wegfall der krankheitsbedingten Verhinderung des zuständigen Richters ab 04.04.2022 war nunmehr wie ersichtlich zu entscheiden.

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

1. Feststellungen

1.1. Der Verfahrensgang wird mit den darin festgehaltenen Vergabeverfahrenstatsachen als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt; und ergibt sich dieser aus dem Inhalt der Verfahrensakte W131 2252837-1 [eV - Verfahren], - 2 [Nachprüfungsverfahren] und -3 [Pauschalgebührenersatzverfahren].

1.2. Die von der ASt als (dohender) Schaden benannten Nachteile erscheinen dem Grunde nach plausibel und wurden als solche im Bereich des Sicherungsverfahrens nicht substantiiert bestritten. Der drohende Referenzauftragsentgang und die finanziellen Nachteile aus einem Auftragsentgang erscheinen dem Grunde nach zudem notorisch.

1.3. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt.

Dz ist gerichtnotorisch noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß § 348 BVergG dauern sollte. Dz ist gerichtnotorisch noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 348, BVergG dauern sollte.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt und Verfahrensgang ergeben sich unstrittig aus den Gerichtsakten samt vorgelegten Vergabeunterlagen.

Dass dz keine (wesentlich) längere als sechswöchige Verfahrensdauer des Nachprüfungsverfahrens absehbar ist, erscheint notorisch; und wurde zudem insoweit auch nichts Gegenteiliges behauptet.

Dass mangels Zuschlagsverbots derzeit ein Referenzauftragsentgang und sonstige finanzielle bereits derzeit bei der ASt drohen (können), ist glaubhaft und wurde nicht substantiiert bestritten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der ASt zur Stellung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018, BGBl I 2018/65, (= im folgenden mangels Angabe des BVergG 2002 = BVergG) zu prüfen, ob der ASt die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung – nämlich einer Ausscheidensentscheidung – behauptet wird, dass die ASt ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 (= BVergG) unterliegenden Vertrags behauptet hat, sowie dass der ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. 3.1. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der ASt zur Stellung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG 2018, BGBl römisch eins 2018/65, (= im folgenden mangels Angabe des BVergG 2002 = BVergG) zu prüfen, ob der ASt die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung – nämlich einer Ausscheidensentscheidung – behauptet wird, dass die ASt ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 (= BVergG) unterliegenden Vertrags behauptet hat, sowie dass der ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte.

3.1.2. Die Rechtsschutzanträge der ASt erfüllen – soweit im Provisorialverfahren ersichtlich und bislang unstrittig – grundsätzlich auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen, zumal effektiver Rechtsschutz gemäß der RL 89/665/EWG idgF zu gewährleisten ist. Insb wurden mittlerweile auch 4862,00 Euro an Pauschalgebühren gemäß der Verordnung BGBl II 2018/212 (inklusive des nachbezahlten Rundungsbetrags von 50 Cent gemäß § 340 Abs 1 Z 8 BVergG) entrichtet. 3.1.2. Die Rechtsschutzanträge der ASt erfüllen – soweit im Provisorialverfahren ersichtlich und bislang unstrittig – grundsätzlich auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen, zumal effektiver Rechtsschutz gemäß der RL 89/665/EWG idgF zu gewährleisten ist. Insb wurden mittlerweile auch 4862,00 Euro an Pauschalgebühren gemäß der Verordnung BGBl römisch zwei 2018/212 (inklusive des nachbezahlten Rundungsbetrags von 50 Cent gemäß Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG) entrichtet.

Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG ist unbestritten.

3.2. Inhaltlich zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.2.1. Gemäß § 350 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. 3.2.1. Gemäß Paragraph 350, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 342, 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 § 351 Abs 1 BVergG 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 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 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.

3.2.2. Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeber, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint die hier erlassene einstweilige Verfügung des gelindeste zum Ziel führende notwendige Sicherungsmittel, nachdem die finanziellen Interessen und das Referenzauftragsinteresse der AST plausibel sind und diese Interessen nicht substantiiert bestritten wurden; und zudem eine Nachprüfungsverfahrensdauer von (erheblich) mehr als sechs Wochen derzeit nicht absehbar ist. Dies insb auch deshalb, weil nach der hier angelegten Auffassung die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags derzeit - um der Entscheidung des zuständigen Senats gemäß § 328 BVergG nicht vorzugreifen - auch nicht evident fehlen. 3.2.2. Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeber, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint die hier erlassene einstweilige Verfügung des gelindeste zum Ziel führende notwendige Sicherungsmittel, nachdem die finanziellen Interessen und das Referenzauftragsinteresse der AST plausibel sind und diese Interessen nicht substantiiert bestritten wurden; und zudem eine Nachprüfungsverfahrensdauer von (erheblich) mehr als sechs Wochen derzeit nicht absehbar ist. Dies insb auch deshalb, weil nach der hier angelegten Auffassung die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags derzeit - um der Entscheidung des zuständigen Senats gemäß Paragraph 328, BVergG nicht vorzugreifen - auch nicht evident fehlen.

3.2.3. Zum Abweisungsantrag der AG, wie in der OZ 15 nunmehr gegenteilig zur Prozessklärung gemäß der Eingabe OZ 12 des verfahrensakts W131 2252837-2 vorgetragen, ist auszuführen wie folgt:

3.2.3.1. Nach Art 2a der RL 89/665/EWG idGF ist den betroffenen Bieter die Zuschlagsentscheidung zuzustellen und ist ein Bieter so lange betroffen, so lange er nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen ist. 3.2.3.1. Nach Artikel 2 a, der RL 89/665/EWG idGF ist den betroffenen Bieter die Zuschlagsentscheidung zuzustellen und ist ein Bieter so lange betroffen, so lange er nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen ist.

3.2.3.2. Dies ist nationalgesetzlich dahin zu lesen, dass dem Bieter, der zwar bereits ausgeschieden wurde, allerdings diese Ausscheidensentscheidung bekämpft, jedenfalls so lange Antragslegitimation betreffend eine Zuschlagsentscheidung zukommt, bis von der Nachprüfungsinstanz über den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidungsentscheidung entschieden wurde. Der die zu seine Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung bekämpfende Bieter ist damit verbleibener Bieter iSv § 143 Abs 1 BVergG - siehe dazu zB VfGH Ro 2021/04/0014 mwN. 3.2.3.2. Dies ist nationalgesetzlich dahin zu lesen, dass dem Bieter, der zwar bereits ausgeschieden wurde, allerdings diese Ausscheidensentscheidung bekämpft, jedenfalls so lange Antragslegitimation betreffend eine Zuschlagsentscheidung zukommt, bis von der Nachprüfungsinstanz über den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidungsentscheidung entschieden wurde. Der die zu seine Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung bekämpfende Bieter ist damit verbleibener Bieter iSv Paragraph 143, Absatz eins, BVergG - siehe dazu zB VfGH Ro 2021/04/0014 mwN.

3.2.3.3 Der nationale Gesetzgeber hat vor dem Hintergrund dieses Rechtsschutzkonzepts konform mit der wohl letztgültigen Rsp des EuGH - wie zB in EuGH Rs C-355/15 dokumentiert - in § 342 Abs 2 BVergG die gemeinsame Anfechtungsmöglichkeit einer Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung normiert. Insoweit erscheint es rechtswidrig, wenn ein AG seine bereits anderweitig versandte Zuschlagsentscheidung nicht auch an denjenigen Bieter, sprich die AST, verschickt, die mit ihrem Angebot noch nicht endgültig ausgeschieden ist. 3.2.3.3 Der nationale Gesetzgeber hat vor dem Hintergrund dieses Rechtsschutzkonzepts konform mit der wohl letztgültigen Rsp des EuGH - wie zB in EuGH Rs C-355/15 dokumentiert - in Paragraph 342, Absatz 2, BVergG die gemeinsame Anfechtungsmöglichkeit einer Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung normiert. Insoweit erscheint es rechtswidrig, wenn ein AG seine bereits anderweitig versandte Zuschlagsentscheidung nicht auch an denjenigen Bieter, sprich die AST, verschickt, die mit ihrem

Angebot noch nicht endgültig ausgeschieden ist.

3.2.3.4. Aus dem Wortlaut des § 144 Abs 1 BVerfG ließe sich ableiten, dass ein Zuschlag in diesem Vergabeverfahren derzeit ohnehin nichtig wäre, sofern die AG gegenständlich vor dem entgeltigen Ausscheiden der ASt ohne Wahrung der Bekämpfungsmöglichkeit einer anderweitigen Zuschlagsentscheidung iSv § 342 Abs 2 BVerfG für die ASt einen Zuschlag erteilen würde; und daher per eV keine zusätzliche Nichtigkeitsandrohung gemäß § 351 Abs 2 BVerfG ausgesprochen werden müsste. 3.2.3.4. Aus dem Wortlaut des Paragraph 144, Absatz eins, BVerfG ließe sich ableiten, dass ein Zuschlag in diesem Vergabeverfahren derzeit ohnehin nichtig wäre, sofern die AG gegenständlich vor dem entgeltigen Ausscheiden der ASt ohne Wahrung der Bekämpfungsmöglichkeit einer anderweitigen Zuschlagsentscheidung iSv Paragraph 342, Absatz 2, BVerfG für die ASt einen Zuschlag erteilen würde; und daher per eV keine zusätzliche Nichtigkeitsandrohung gemäß Paragraph 351, Absatz 2, BVerfG ausgesprochen werden müsste.

3.2.3.5. Nachdem aber in diesem Vergabeverfahren bereits andere Bieter eine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt erhalten haben, hat nach hG Auffassung der Vertrauensschutzaspekt für diese anderen Bieter in diese Entscheidung sachgerecht einzufließen.

Sollte idS die AG im Rahmen ihrer Meinungs- (änderungs-) freiheit gemäß Art 10 MRK zB den Entschluss fassen, dz dennoch bereits einen Zuschlag zu erteilen und dies an den "Zuschlagsempfänger" kommunizieren, darf dieser "Zuschlagsempfänger" mitunter darauf vertrauen, dass er Partner eines gültigen Leistungsvertrags wäre. Sollte idS die AG im Rahmen ihrer Meinungs- (änderungs-) freiheit gemäß Artikel 10, MRK zB den Entschluss fassen, dz dennoch bereits einen Zuschlag zu erteilen und dies an den "Zuschlagsempfänger" kommunizieren, darf dieser "Zuschlagsempfänger" mitunter darauf vertrauen, dass er Partner eines gültigen Leistungsvertrags wäre.

Insoweit hat der VwGH zu einer früheren Rechtslage nach dem BVerfG 2002 bereits einmal ausgesprochen, dass ein entgegen den vergaberechtlichen Vorschriften über die Zuschlagserteilung (samt vorangehender Zuschlagsentscheidung) erteilter Zuschlag nicht unbedingt nichtig sein muss - siehe dazu VwGH ZI 2005/04/0222 iZm der objektiven Rechtslage gemäß § 100 Abs 2 BVerfG 2002, BGBl I 2002/99 mit auch damaliger Nichtigkeitsandrohung vergleichend zum aktuellen § 144 BVerfG 2018. Dies, zumal der denkmögliche "Zuschlagsempfänger" im hier zu entscheidenden Fall zivilrechtlich grundsätzlich eben auf einen erhaltenen "Zuschlag" vertrauen können muss. Insoweit hat der VwGH zu einer früheren Rechtslage nach dem BVerfG 2002 bereits einmal ausgesprochen, dass ein entgegen den vergaberechtlichen Vorschriften über die Zuschlagserteilung (samt vorangehender Zuschlagsentscheidung) erteilter Zuschlag nicht unbedingt nichtig sein muss - siehe dazu VwGH ZI 2005/04/0222 iZm der objektiven Rechtslage gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVerfG 2002, BGBl römisch eins 2002/99 mit auch damaliger Nichtigkeitsandrohung vergleichend zum aktuellen Paragraph 144, BVerfG 2018. Dies, zumal der denkmögliche "Zuschlagsempfänger" im hier zu entscheidenden Fall zivilrechtlich grundsätzlich eben auf einen erhaltenen "Zuschlag" vertrauen können muss.

3.2.3.6. Insoweit wird gegenständlich davon ausgegangen, dass der ASt betreffend dieses Vergabeverfahren sachlich iSv Art 2 StGG bzw gemäß Art 7 B-VG ein wirksamer Rechtsschutz zukommen muss, in welchem die ASt mit ihrem Angebot noch nicht endgültig ausgeschieden ist, zumal die Richtline 89/6657EWG effektiven Rechtsschutz anordnet und die AG gegenständlich bestandsfest iSv § 343 BverfG die Regeln des offenen Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich (auch für die gegenständlichen Leistungen mit einem "Gewerksauftragswert im Unterschwellenbereich") festgelegt hat, siehe dazu nochmals VwGH ZI 2005/04/0222 zur präkludierten Wahl des Vergabeverfahrens. 3.2.3.6. Insoweit wird gegenständlich davon ausgegangen, dass der ASt betreffend dieses Vergabeverfahrens sachlich iSv Artikel 2, StGG bzw gemäß Artikel 7, B-VG ein wirksamer Rechtsschutz zukommen muss, in welchem die ASt mit ihrem Angebot noch nicht endgültig ausgeschieden ist, zumal die Richtline 89/6657EWG effektiven Rechtsschutz anordnet und die AG gegenständlich bestandsfest iSv Paragraph 343, BverfG die Regeln des offenen Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich (auch für die gegenständlichen Leistungen mit einem "Gewerksauftragswert im Unterschwellenbereich") festgelegt hat, siehe dazu nochmals VwGH ZI 2005/04/0222 zur präkludierten Wahl des Vergabeverfahrens.

3.2.3.7. Nachdem insoweit zusammengefasst die AG ohnehin davon ausgeht, dass sie der ASt bis zu deren endgültigen Ausscheiden noch eine Zuschlagsentscheidung mitteilen müsste, andererseits aber der ASt bereits derzeit denkmöglich ein gültiger Zuschlag zu Gunsten der Konkurrenz iSv VwGH ZI 2005/04/0222 drohen könnte, waren keine Interessen zu festzustellen, die iSv § 351 Abs 1 BVerfG bereits aktuell ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der eV erkennen lassen. Dementsprechend wurde das letztgültig beantragte Zuschlagsverbot iSv § 351 Abs 2 BVerfG zur

Realisierung eines Rechtsschutzes mit Effektivität iSv Art 2 StGG und Art 18 B-VG erlassen. 3.2.3.7. Nachdem insoweit zusammengefasst die AG ohnehin davon ausgeht, dass sie der ASt bis zu deren endgültigen Ausscheiden noch eine Zuschlagsentscheidung mitteilen müsste, andererseits aber der ASt bereits derzeit denkmöglich ein gültiger Zuschlag zu Gunsten der Konkurrenz iSv VwG ZI 2005/04/0222 drohen könnte, waren keine Interessen zu festzustellen, die iSv Paragraph 351, Absatz eins, BVergG bereits aktuell ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der eV erkennen lassen. Dementsprechend wurde das letztgültig beantragte Zuschlagsverbot iSv Paragraph 351, Absatz 2, BVergG zur Realisierung eines Rechtsschutzes mit Effektivität iSv Artikel 2, StGG und Artikel 18, B-VG erlassen.

B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision war gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zuzulassen, weil derzeit noch keine gesfestigte Rechtsprechung des VwGH zur Frage vorliegt, ob in einem Fall, in dem der mit seinem Angebot noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschiedene Bieter, der eine bereits an andere Bieter bereits mitgeteilte Zuschlagsentscheidung ausdrücklich noch nicht übermittelt erhalten hat, zur Absicherung seiner Rechtsstellung und insb zur Absicherung seines Nachprüfungsantrags gegen eine Ausscheidensentscheidung einen Anspruch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat, weil ihm trotz der Nichtigkeitssanktion des § 144 Abs 1 BVergG die nicht unwirksame Zuschlagserteilung iSv VwGH ZI 2005/04/0222 drohen könnte, der die Vertragsabschlusschance durch Zuschlagserteilung bereits vor der Endgültigkeit des Ausscheidens der ASt vernichtet - § 334 Abs 2 BVergG. Die Revision war gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zuzulassen, weil derzeit noch keine gesfestigte Rechtsprechung des VwGH zur Frage vorliegt, ob in einem Fall, in dem der mit seinem Angebot noch nicht endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschiedene Bieter, der eine bereits an andere Bieter bereits mitgeteilte Zuschlagsentscheidung ausdrücklich noch nicht übermittelt erhalten hat, zur Absicherung seiner Rechtsstellung und insb zur Absicherung seines Nachprüfungsantrags gegen eine Ausscheidensentscheidung einen Anspruch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat, weil ihm trotz der Nichtigkeitssanktion des Paragraph 144, Absatz eins, BVergG die nicht unwirksame Zuschlagserteilung iSv VwGH ZI 2005/04/0222 drohen könnte, der die Vertragsabschlusschance durch Zuschlagserteilung bereits vor der Endgültigkeit des Ausscheidens der ASt vernichtet - Paragraph 334, Absatz 2, BVergG

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung Bauauftrag Dauer der Maßnahme effektiver Rechtsschutz einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist Interessenabwägung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen Provisorialverfahren Revision zulässig Schaden Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Werkvertrag Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2022:W131.2252837.1.00

Im RIS seit

22.07.2022

Zuletzt aktualisiert am

11.08.2022

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at