

TE Bvwg Beschluss 2016/9/12 W131 2134132-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.2016

Entscheidungsdatum

12.09.2016

Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §313

BVergG 2006 §318 Abs1 Z5

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §328 Abs5

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §330

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

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

1. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 330 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 2134132-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter über den Antrag der anwaltlich

vertretenen XXXX Gesellschaft m.b.H.(= ASt) auf Erlassung einer vertretenen römisch 40 Gesellschaft m.b.H.(= ASt) auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung (= eV) im Zusammenhang mit dem

Vergabeverfahren der durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH repräsentierten und beim BVwG durch die Finanzprokuratur vertretenen Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) (= AG) "Kinderimpfstoffe - Hepatitis B, Pneumokokken, Rotaviren, 6-fach (DTaP/HiB/Polio/Hep B) BBG: GZ 3701.02746" insbesondere betreffend das Los 2 aus dieser Impfstoffvergabe "Pneumokokken Impfstoff" und dem diesbezüglichen Nichtigerklärungsbegehren wider "die ganze Ausschreibung betreffend das Los 2 einschließlich der Berichtigung vom 31.08.2016" beschlossen:

A)

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der primär auf Aussetzung des vorbezeichneten Vergabeverfahrens beim Los 2 und insbesondere auch auf Untersagung der Angebotseröffnung gerichtet ist,

und eventualiter auf Untersagung der Angebotsöffnung [offenbar] im gesamten Vergabeverfahren,

subsidiär eventualiter auf Untersagung der Vergabeverfahrensfortsetzung beim Los 2

und nochmals subsidiär eventualiter betreffend das Los 2 sowohl auf ein Verbot der Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll als auch auf ein Verbot des Rahmenvereinbarungsabschlusses,

wird unter Abweisung des Mehrbegehrens insoweit stattgegeben,

als der durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH repräsentierten und beim BVwG durch die Finanzprokurator vertretenen Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) im Vergabeverfahren "Kinderimpfstoffe - Hepatitis B, Pneumokokken, Rotaviren, 6-fach (DTaP/HiB/Polio/Hep B) BBG: GZ 3701.02746" beim Los 2 aus dieser Impfstoffvergabe "Pneumokokken Impfstoff" hiermit für die Dauer des von der XXXX iZm der Ausschreibung und der Berichtigung vom 31.08.2016 eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Angebote betreffend das Los 2 "Pneumokokken Impfstoff" zu öffnen. als der durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH repräsentierten und beim BVwG durch die Finanzprokurator vertretenen Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) im Vergabeverfahren "Kinderimpfstoffe - Hepatitis B, Pneumokokken, Rotaviren, 6-fach (DTaP/HiB/Polio/Hep B) BBG: GZ 3701.02746" beim Los 2 aus dieser Impfstoffvergabe "Pneumokokken Impfstoff" hiermit für die Dauer des von der römisch 40 iZm der Ausschreibung und der Berichtigung vom 31.08.2016 eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Angebote betreffend das Los 2 "Pneumokokken Impfstoff" zu öffnen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die ASt brachte am 05.09.2016 einen Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung inklusive einer Berichtigung vom 31.08.2016 aus dem oben bezeichneten Vergabeverfahren ein. Zur Absicherung (der fortgesetzten Zweckmäßigkeit) dieses Rechtsgestaltungsbegehrens wurde eine einstweilige Verfügung (= eV), wie dargestellt, beantragt.

2. Die AG wurde zur Stellungnahme zum Sicherungsbegehren bis 08.09.2016 aufgefordert und sprach sich (offenbar) am 07.09.2016 generell und ohne nähere Konkretisierung bzw ohne näheres Beweisanbot gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, da ein dringender Beschaffungsbedarf iZm den gesetzlich bestimmten Aufgaben der AG bestünde.

Die Eventualanträge würden der Sache nach, bzw insoweit sie sich nicht auf das Los 2 beschränken würden, jedenfalls zu weit gehen. (Diese Stellungnahme der AG wurde offenbar mit ERV eingebracht und wurde der erkennenden Gerichtsabteilung ohne ersichtliche Unterschrift des Appobanten bzw ohne Hinweise auf eine sichere elektronische Signatur vorgelegt. An der Zurechenbarkeit zur AG bestanden jedoch keine Zweifel.)

3. Seitens der vergebenden Stelle wurden zwar Vergabeverfahrensunterlagen, allerdings bislang keine Angebote an das BVwG vorgelegt, wobei die Angebotsfrist derzeit gemäß Ausschreibungsunterlagen am 13.09.2014 um 14.00 Uhr endet - § 313 BVergG.3. Seitens der vergebenden Stelle wurden zwar Vergabeverfahrensunterlagen, allerdings bislang keine Angebote an das BVwG vorgelegt, wobei die Angebotsfrist derzeit gemäß Ausschreibungsunterlagen am 13.09.2014 um 14.00 Uhr endet - Paragraph 313, BVergG.

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

1. Feststellungen:

1.1. Entsprechend einem Eventual - Sicherungsbegehren und konform mit den Ausschreibungsunterlagen soll gegenständlich beim Los 2 aus der oben konkretisierten Vergabe eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, die für den Bund die Möglichkeit des Bezugs von Pneumokokken - Impfstoff schaffen soll.

Nach dem auf dem Briefpapier der Finanzprokurator verfassten Schriftsatz vom 07.09.2016 bewegt sich der geschätzte Auftragswert betreffend das Los 2 offenbar im zweistelligen Millionenbereich, was erst bei Feststehen, welcher

konkrete Senat (scil: in welcher Besetzung) beim BVwG entscheiden wird, dazu führen wird, in weiterer Folge zu beurteilen, inwieweit die ASt gegenständlich als zwei AG - Entscheidungen anfechtend zu beurteilen ist, bzw ob die Anfechtung funktional als die Anfechtung einer "Ausschreibung" gemäß § 321 Abs 4 BVergG (iSd Rsp des VwGH zu § 321 BVergG) zu beurteilen ist. Die ASt brachte bislang eine Gebührenzahlung iHv 18.468 Euro vor, was gebührenrechtlich einer Gebührenzahlung für eine Vergabe iZm einem Lieferauftrag und der Anfechtung einer einzigen Entscheidung gemäß § 2 Abs 2 der Verordnung BGBl II 2013/491 entspräche, soweit man gegenständlich nicht generell die Gebührenermäßigung gemäß § 3 dieser Verordnung anzuwenden hätte; bzw allenfalls zusätzlich zB teleologisch die Gebührenermäßigung gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG für eine Bekämpfung der Berichtigung. Nach dem auf dem Briefpapier der Finanzprokuratur verfassten Schriftsatz vom 07.09.2016 bewegt sich der geschätzte Auftragswert betreffend das Los 2 offenbar im zweistelligen Millionenbereich, was erst bei Feststehen, welcher konkrete Senat (scil: in welcher Besetzung) beim BVwG entscheiden wird, dazu führen wird, in weiterer Folge zu beurteilen, inwieweit die ASt gegenständlich als zwei AG - Entscheidungen anfechtend zu beurteilen ist, bzw ob die Anfechtung funktional als die Anfechtung einer "Ausschreibung" gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG (iSd Rsp des VwGH zu Paragraph 321, BVergG) zu beurteilen ist. Die ASt brachte bislang eine Gebührenzahlung iHv 18.468 Euro vor, was gebührenrechtlich einer Gebührenzahlung für eine Vergabe iZm einem Lieferauftrag und der Anfechtung einer einzigen Entscheidung gemäß Paragraph 2, Absatz 2, der Verordnung BGBl römisch zwei 2013/491 entspräche, soweit man gegenständlich nicht generell die Gebührenermäßigung gemäß Paragraph 3, dieser Verordnung anzuwenden hätte; bzw allenfalls zusätzlich zB teleologisch die Gebührenermäßigung gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG für eine Bekämpfung der Berichtigung.

1.2. Der von der ASt verfasste Nachprüfungsantrag richtet sich (maW) inhaltlich va gegen drei Aspekte der bisherigen AG - Festlegungen.

1.2.1. Erstens wäre die Ausschreibung unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot auf den Impfstoff eines Konkurrenten der ASt zugeschnitten, der weniger Serotypen als der Impfstoff der ASt enthalten würde, wobei derzeit nur (diese) zwei Impfstoffen für Österreich zugelassen wären.

1.2.2. Zweitens wäre unzulässig das Billigstbieterprinzip gewählt worden.

1.2.3. Drittens wäre entsprechend den einschlägigen Rechtsnormen gegenständlich wettbewerblich die Verlesung der Angebotspreise zu unterlassen, wobei sich die ASt ua auf ein Rechtsgutachten eines in Vergaberechtskreisen weithin bekannten Universitätsprofessors stützt.

Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags iSd Entscheidung des EuGH in der Rs C-424/01 können zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht beurteilt werden.

1.3. Die ASt macht im Punkte der Interessen an einer einstweiligen Verfügung dem gesamten Schriftsatzinhalt nach geltend, dass ihr durch die rechtswidrigen Vorfestlegungen der AG die Legung eines erfolversprechenden Anbots verunmöglicht würde. Die Interessen der ASt sind dabei insoweit nicht jedenfalls unplausibel, als sich das Sicherungsbegehren auf das Los 2 mit dem Pneumokokken - Impfstoff bezieht.

1.4. Besondere öffentliche Interessen iSv § 329 Abs 1 BVergG an der Vergabeverfahrensfortsetzung beim Los 2 sind bislang weder behauptet noch sonst nachvollziehbar. 1.4. Besondere öffentliche Interessen iSv Paragraph 329, Absatz eins, BVergG an der Vergabeverfahrensfortsetzung beim Los 2 sind bislang weder behauptet noch sonst nachvollziehbar.

Zumal Interessen von Wettbewerbern sind grundsätzlich gleich zu bewerten sind, sind bislang keine Tatsachen bekannt, die fallspezifisch Gegenteiliges ergeben würden.

Der Auftraggeber hat zwar pauschal die Dringlichkeit der Vergabe betont, jedoch sind keine Tatsachen plausibilisiert, die diese behauptete Dringlichkeit glaubhaft erscheinen lassen würden, zumal eine Rahmenvereinbarung und kein definitiver Lieferauftrag ausgeschrieben ist.

1.5. Derzeit ist nicht ersichtlich, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich länger als) sechs Wochen dauern würde.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang ergibt sich aus dem Akteninhalt.

Dass die Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Nachprüfungsbehauptungen schutzwürdige Interessen an einer anders

gestalteten Ausschreibung beim Los 2 hat, erscheint plausibel, wobei das Zutreffen der Tatsachenbehauptungen der ASt im Bereich der gerügten Rechtswidrigkeiten erst im Nachprüfungsverfahren durch den zuständigen Senat gemäß § 292 BVergG zu beurteilen und beurteilbar ist; und erst durch den Senat aus den diesbezüglich festgestellten Tatsachen danach die rechtlichen Schlussfolgerungen zu ziehen sein werden. Dass die Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Nachprüfungsbehauptungen schutzwürdige Interessen an einer anders gestalteten Ausschreibung beim Los 2 hat, erscheint plausibel, wobei das Zutreffen der Tatsachenbehauptungen der ASt im Bereich der gerügten Rechtswidrigkeiten erst im Nachprüfungsverfahren durch den zuständigen Senat gemäß Paragraph 292, BVergG zu beurteilen und beurteilbar ist; und erst durch den Senat aus den diesbezüglich festgestellten Tatsachen danach die rechtlichen Schlussfolgerungen zu ziehen sein werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG zur Vergabekontrolle ist gegenständlich unstrittig. 3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig. Die Zuständigkeit des BVwG zur Vergabekontrolle ist gegenständlich unstrittig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Einzelrichterbesetzung und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an.

A)

3.2. Zur erlassenen einstweiligen Verfügung samt Teilabweisung

3.2.1. Zu den Formalvoraussetzungen und gesetzlichen Eckdaten der eV ist auszuführen wie folgt:

Gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG idgF ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 328ff BVergG bis zur Zuschlagserteilung zulässig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG idgF ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach den Paragraphen 328 f, f, BVergG bis zur Zuschlagserteilung zulässig.

Der Zuschlag wurde nach den bisherigen Verfahrensergebnissen noch nicht erteilt, bzw wurde die strittige Rahmenvereinbarung bislang noch nicht abgeschlossen.

Die §§ 328 bis 330 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen Die Paragraphen 328 bis 330 BVergG lauten idgF in den hier interessierenden Teilen:

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat 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. Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag [...]

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, [...]. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen. (4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, [...]. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in Paragraph 321, bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen, bzw.
2. bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.
3. die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Verständigung an den Auftraggeber [...]

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

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklage vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste

noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Paragraph 330, (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

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

(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(4) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt § 35 AVG mit der Maßgabe, dass [...] (4) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt Paragraph 35, AVG mit der Maßgabe, dass [...].

Da die ASt einen fristgerechten Nachprüfungsantrag gegen die für sie als nachteilig beurteilte Ausschreibung inklusive Berichtigung eingebracht hat und die gemäß § 328 Abs 2 BVergG notwendigen Antragsinhalte formuliert hat, liegen mangels bisherigen Zuschlags die Voraussetzungen für eine meritorische Entscheidung über den gegenständlichen Sicherungsantrag vor. Da die ASt einen fristgerechten Nachprüfungsantrag gegen die für sie als nachteilig beurteilte Ausschreibung inklusive Berichtigung eingebracht hat und die gemäß Paragraph 328, Absatz 2, BVergG notwendigen Antragsinhalte formuliert hat, liegen mangels bisherigen Zuschlags die Voraussetzungen für eine meritorische Entscheidung über den gegenständlichen Sicherungsantrag vor.

3.2.2. § 329 Abs 1 BVergG verlangt iZm der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuvor eine Interessensabwägung. 3.2.2. Paragraph 329, Absatz eins, BVergG verlangt iZm der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuvor eine Interessensabwägung.

3.2.2.1. Das BVA hat insoweit zB am 05.02.2013 zu N/0006-BVA/08/2013-EV33 zur Zwecksetzung der eV gemäß §§ 328ff BVergG ausgeführt wie folgt: 3.2.2.1. Das BVA hat insoweit zB am 05.02.2013 zu N/0006-BVA/08/2013-EV33 zur Zwecksetzung der eV gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG ausgeführt wie folgt:

328 Abs 2 Z 1 BVergG verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird. 328 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt; bzw die eV nach § 328 Abs 4 BVergG 2006 bei Zurückziehung des Nachprüfungsantrags außer Kraft tritt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVergG ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG dient. Wenn nunmehr Paragraph 329, Absatz 4, BVergG jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt; bzw die eV nach Paragraph 328, Absatz 4, BVergG 2006 bei Zurückziehung des

Nachprüfungsantrags außer Kraft tritt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den Paragraphen 328 f, f, BVergG ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisoriaentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung (-en) gemäß § 312 Abs 2 BVergG während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisoriaentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung (-en) gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde.

3.2.2.2. Der ASt ist entsprechend ihrem Vorbringen jedenfalls dem Grunde nach ein rechtserhebliches Interesse an der Untersagung der Angebotsöffnung bis zu jenem Zeitpunkt zuzubilligen, zu dem feststeht, dass deren Nachprüfungsgründe zutreffen oder gegenteilig zu verwerfen sind.

3.2.2.3. Wenn der Gesetzgeber in § 326 BVergG davon ausgeht, dass ein Nachprüfungsverfahren grundsätzlich in etwa sechs Wochen pro gesondert anfechtbarer Entscheidung dauert bzw dauern soll, ist zum jetzigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Interessen der ASt an der eV nicht durch gegen die eV sprechende Interessen überwogen werden. Jeder am Vergabeverfahren Beteiligte hatte insoweit mit einer in etwa sechswöchigen Verzögerung zu rechnen. Mangels Überwiegens anderer Interessen war daher entsprechend dem ASt - Interesse gemäß § 329 Abs 1 BVergG eine eV dem Grunde nach zu erlassen. 3.2.2.3. Wenn der Gesetzgeber in Paragraph 326, BVergG davon ausgeht, dass ein Nachprüfungsverfahren grundsätzlich in etwa sechs Wochen pro gesondert anfechtbarer Entscheidung dauert bzw dauern soll, ist zum jetzigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Interessen der ASt an der eV nicht durch gegen die eV sprechende Interessen überwogen werden. Jeder am Vergabeverfahren Beteiligte hatte insoweit mit einer in etwa sechswöchigen Verzögerung zu rechnen. Mangels Überwiegens anderer Interessen war daher entsprechend dem ASt - Interesse gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG eine eV dem Grunde nach zu erlassen.

Da die ASt plausibel allerdings nur Interessen an der Pneumokokken - Impfstoffvergabe, dh: beim Los 2, haben kann, war die eV nur betreffend das Los 2 der Ausschreibung zu erlassen.

Dabei hatte die Untersagung der Angebotsöffnung als gesetzlich in § 328 Abs 5 vertyptes Sicherungsmittel und als bei einer Ausschreibungsanfechtung adäquates, typischerweise gelindestes und iSd § 329 Abs 3 BVergG geeignetes Mittel zur Anwendung zu kommen; und war die eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen - § 329 Abs 4 BVergG. Dabei hatte die Untersagung der Angebotsöffnung als gesetzlich in Paragraph 328, Absatz 5, vertyptes Sicherungsmittel und als bei einer Ausschreibungsanfechtung adäquates, typischerweise gelindestes und iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG geeignetes Mittel zur Anwendung zu kommen; und war die eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen - Paragraph 329, Absatz 4, BVergG.

Mangels Ersichtlichkeit von rechtserheblichen Interessen an anderen bzw zusätzlichen Sicherungsmitteln war das Sicherungsmehrbegehren der ASt teilweise abzuweisen, soweit es über die Untersagung der Angebotsöffnung beim Los 2 hinausging.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

3.3. 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. 3.3. 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 ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG gegenständlich mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung unzulässig. Tatsachenfragen wie das Vorliegen von Interessen pro und kontra eV, die gegenständlich entscheidungstragend waren, sind nicht revisibel. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG gegenständlich

mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung unzulässig. Tatsachenfragen wie das Vorliegen von Interessen pro und kontra eV, die gegenständlich entscheidungstragend waren, sind nicht revisibel.

Schlagworte

Dauer der Maßnahme, Diskriminierungsverbot, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, Untersagung der Angebotsöffnung, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2134132.1.00

Zuletzt aktualisiert am

19.10.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at