

TE Bvwg Beschluss 2016/1/8 W139 2119041-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.01.2016

Entscheidungsdatum

08.01.2016

Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

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. 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

W139 2119041-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der XXXX, XXXX, XXXX, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "MSR Arbeiten, Erneuerung der Gebäudeleittechnik - Bauphase 2, Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der römisch 40, römisch 40, römisch 40, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "MSR Arbeiten, Erneuerung der Gebäudeleittechnik - Bauphase 2, Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, beschlossen:

A) Der Auftraggeberin wird gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4) Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4

BVergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren "MSR Arbeiten, Erneuerung der Gebäudeleittechnik - Bauphase 2, Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien" zu erteilen.

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

Mit außerhalb der Amtsstunden des BVwG elektronisch via Web-ERV am 30.12.2015 eingebrachten Schriftsatz vom 30.12.2015 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidenserklärung sowie der Zuschlagsentscheidung vom 22.12.2015, in eventu einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand. Weiters beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der von ihr für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühr. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die ihr mit Fax am 22.12.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 3.198.126,27 (zuzügl. gesetzl. USt.) erteilen zu wollen. Ausschreibungsgegenstand sei die Erneuerung der Gebäudeleittechnik der Veterinärmedizinischen Universität Wien, wobei es sich nach Ansicht der Antragstellerin um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot mit dem Gesamtpreis von EUR 1.182.745,08 (exkl. USt) gelegt. Die Auftraggeberin habe mehrfach verschiedene Aufklärungsfragen gestellt, die von der Antragstellerin ordnungsgemäß beantwortet worden seien. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die ihr mit Fax am 22.12.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 3.198.126,27 (zuzügl. gesetzl. USt.) erteilen zu wollen. Ausschreibungsgegenstand sei die Erneuerung der Gebäudeleittechnik der Veterinärmedizinischen Universität Wien, wobei es sich nach Ansicht der Antragstellerin um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot mit dem Gesamtpreis von EUR 1.182.745,08 (exkl. USt) gelegt. Die Auftraggeberin habe mehrfach verschiedene Aufklärungsfragen gestellt, die von der Antragstellerin ordnungsgemäß beantwortet worden seien.

Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen nicht den Ausschreibungsanforderungen entsprechen würden, die Zertifizierungsvoraussetzungen laut Ausschreibungsanforderungen nicht erfüllt seien und das Angebot eine "durch vertiefte Angebotsprüfung - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" aufweisen würde.

Betreffend die Referenzen führte die Antragstellerin aus, dass laut Ausschreibung zwei GLT-Projekte mit jeweils mindestens 10.000 Datenpunkten unter Verwendung des Datenkommunikationsprotokolls BACnet vorzuweisen gewesen seien. Die Antragstellerin habe insgesamt sechs derartige Referenzen samt schriftlichen Bestätigungen der Auftraggeber nachgewiesen. Im Rahmen der Ausscheidensentscheidung sei von der Auftraggeberin lediglich behauptet worden, dass die Referenzen entweder nicht den geforderten Datenpunkten entsprechen würden oder nicht das Protokoll BACnet verwendet worden sei. Diese Behauptung sei unrichtig und stehe im Widerspruch zu den schriftlichen Referenzbestätigungen. Weiters würde laut Ausscheidensentscheidung das Angebot der Antragstellerin die Anforderungen der Ausschreibung an die Zertifizierung der AutoGer als BACnet Devices (B-BC) "nach dem vorgegebenen BACnet Standard" nicht erfüllen. Auch dies sei unrichtig. Auch sei der Vorwurf der Auftraggeberin einer durch vertiefte Angebotsprüfung nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises völlig unverständlich, da eine vertiefte Angebotsprüfung gar nicht erfolgt sei. Die Auftraggeberin habe in einem ihrer Aufklärungsschreiben zur Vorlage eines "Kalkulationsnachweises" aufgefordert ohne dabei diesen Kalkulationsnachweis näher zu spezifizieren oder anzugeben, worin die konkreten Zweifel bestehen würden.

Da die Antragstellerin das günstigste Angebot gelegt habe, sei zugleich auch die zu Gunsten eines anderen Bieters getroffene Zuschlagerteilung rechtswidrig.

Der Antragstellerin drohe insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn sowie Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sie bezeichnete auch die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachtet.

Betreffend die Rechtzeitigkeit des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass es sich laut der Ausschreibung um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handle, eine derartige Festlegung laut Rechtsprechung aber nicht bestandfest sei und der amtswegigen Prüfung durch das Gericht unterliege. Der Ausschreibungsgegenstand sei die Erneuerung der bereits bestehenden Gebäudeleittechnik, sodass die neu zu liefernden Anlagen nicht funktionsnotwendig seien. Die Anlagen könnten auch ohne Substanzverlust wieder entfernt werden. Demnach handle es sich nicht um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, sondern einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, sodass die Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG 10 Tag betrage. Die angefochtene Entscheidung sei am

22.12.2015 übermittelt worden, sodass die Frist eingehalten worden sei. Betreffend die Rechtzeitigkeit des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass es sich laut der Ausschreibung um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handle, eine derartige Festlegung laut Rechtsprechung aber nicht bestandfest sei und der amtswegigen Prüfung durch das Gericht unterliege. Der Ausschreibungsgegenstand sei die Erneuerung der bereits bestehenden Gebäudeleittechnik, sodass die neu zu liefernden Anlagen nicht funktionsnotwendig seien. Die Anlagen könnten auch ohne Substanzverlust wieder entfernt werden. Demnach handle es sich nicht um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, sondern einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, sodass die Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 10 Tag betrage. Die angefochtene Entscheidung sei am 22.12.2015 übermittelt worden, sodass die Frist eingehalten worden sei.

Aus anwaltlicher Vorsicht stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die allenfalls versäumte Frist nach § 321 Abs 2 BVergG und führte aus, dass die Auftraggeberin nicht nur die Vorweihnachtszeit zur Mitteilung der Ausscheidens- samt Zuschlagsentscheidung genutzt habe, sondern auch in der angefochtenen Entscheidung als Ende der Stillhaltefrist den 14.01.2016 angeführt habe. Dies stelle für die Antragstellerin ein unabwendbares und unvorhersehbares Ereignis dar, welches dazu geführt habe, dass die Antragstellerin keine besondere Dringlichkeit für genauere Erkundigungen und Prüfungen der Anfechtungsfrist gesehen habe. Aufgrund der Übermittlung kurz vor Weihnachten und der daran anschließenden Weihnachtsfeiertage und einer Irreleitung durch die falsche Angabe der Stillhaltefrist liege, wenn überhaupt, ein minderer Grad des Versehens vor. Aus anwaltlicher Vorsicht stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die allenfalls versäumte Frist nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG und führte aus, dass die Auftraggeberin nicht nur die Vorweihnachtszeit zur Mitteilung der Ausscheidens- samt Zuschlagsentscheidung genutzt habe, sondern auch in der angefochtenen Entscheidung als Ende der Stillhaltefrist den 14.01.2016 angeführt habe. Dies stelle für die Antragstellerin ein unabwendbares und unvorhersehbares Ereignis dar, welches dazu geführt habe, dass die Antragstellerin keine besondere Dringlichkeit für genauere Erkundigungen und Prüfungen der Anfechtungsfrist gesehen habe. Aufgrund der Übermittlung kurz vor Weihnachten und der daran anschließenden Weihnachtsfeiertage und einer Irreleitung durch die falsche Angabe der Stillhaltefrist liege, wenn überhaupt, ein minderer Grad des Versehens vor.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei erforderlich, da durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen geschaffen werden würden, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Am 07.01.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen zum Vergabeverfahren. Sie sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung aus, dass der verfahrensgegenständliche Auftrag entsprechend der unangefochtenen und damit bestandsfesten Ausschreibungsfestlegung als Bauauftrag im Unterschwellenbereich kundgemacht und ausgeschrieben worden sei. Gemäß § 321 BVergG gelte für die Einbringung des verfahrensgegenständlichen Antrages auf Nichtigerklärung eine Präklusionsfrist von sieben Tagen, die von der Antragstellerin nicht eingehalten worden sei. Mangels Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin drohe ihr kein Schaden durch die behauptete Rechtswidrigkeit und sei daher deren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzulässig und zurückzuweisen. Am 07.01.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen zum Vergabeverfahren. Sie sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung aus, dass der verfahrensgegenständliche Auftrag entsprechend der unangefochtenen und damit bestandsfesten Ausschreibungsfestlegung als Bauauftrag im Unterschwellenbereich kundgemacht und ausgeschrieben worden sei. Gemäß Paragraph 321, BVergG gelte für die Einbringung des verfahrensgegenständlichen Antrages auf Nichtigerklärung eine Präklusionsfrist von sieben Tagen, die von der Antragstellerin nicht eingehalten worden sei. Mangels Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin drohe ihr kein Schaden durch die behauptete Rechtswidrigkeit und sei daher deren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzulässig und zurückzuweisen.

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

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen und der Bezug nehmenden Beilagen wird vorerst im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie schrieb die verfahrensgegenständliche Leistung "MSR Arbeiten, Erneuerung der Gebäudeleittechnik - Bauphase 2, Veterinärmedizinische Universität Wien, Veterinärplatz 1, 1210 Wien" im Juli 2015 als Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Rahmen des betreffenden Bauvorhabens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Ausschreibung blieb unangefochten. Sowohl die Antragstellerin als auch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren.

Mit Telefax vom 22.12.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 3.198.126,27 (zuzügl. USt.) erteilen zu wollen. Gleichzeitig teilte sie der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 2, 3 und 7 BVergG auszuschneiden sei. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 14.01.2016 angegeben. Mit Telefax vom 22.12.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 3.198.126,27 (zuzügl. USt.) erteilen zu wollen. Gleichzeitig teilte sie der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, 3 und 7 BVergG auszuschneiden sei. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 14.01.2016 angegeben.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag außerhalb der Amtsstunden des BVwG via Web-ERV ein (Einbringungszeitpunkt laut ERV-Deckblatt: 17:55:19). Die Antragstellerin entrichtete eine Pauschalgebühr in der Höhe von insgesamt EUR 3.078,--.

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

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist Auftraggeberin der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRS zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E). Im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist Auftraggeberin der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (stRS zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E).

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts 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 gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts 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 gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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 § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen 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 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph

291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach der Nachprüfungsantrag verspätet und daher auch der Antrag auf einstweilige Verfügung als unzulässig zurückzuweisen sei, ist auszuführen, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat obliegt und daher im Hauptverfahren zu klären sein wird. Aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren wird daher zunächst - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung des zuständigen Senates - im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin davon ausgegangen, dass die Anträge binnen offener Frist gestellt worden sind (siehe auch BVA 20.09.2009, N/0087-BVA/03/2009-09EV; BVA 16.05.2006, N/0032-BVA/12/2006/EV-9). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach der Nachprüfungsantrag verspätet und daher auch der Antrag auf einstweilige Verfügung als unzulässig zurückzuweisen sei, ist auszuführen, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat obliegt und daher im Hauptverfahren zu klären sein wird. Aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren wird daher zunächst - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung des zuständigen Senates - im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin davon ausgegangen, dass die Anträge binnen offener Frist gestellt worden sind (siehe auch BVA 20.09.2009, N/0087-BVA/03/2009-09EV; BVA 16.05.2006, N/0032-BVA/12/2006/EV-9).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen das Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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 Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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 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 329, 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 § 329 Abs 3 BVergG 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 329, Absatz 3, BVergG 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 § 329 Abs 4 BVergG 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 329, Absatz 4, BVergG 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.

Es kann - Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags vorausgesetzt - nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise zutreffen. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Da der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren 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 1171 BlgNr XXII. GP 141). Es kann - Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags vorausgesetzt - nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise zutreffen. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Da der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren 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 1171 BlgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den Gewinnentgang und frustrierten Aufwand der Verfahrensteilnahme sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Am Vorliegen dieser finanziellen Einbußen besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung ist 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 stRsp 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).

Die Auftraggeberin hat sich gegen die einstweilige Verfügung ausgesprochen, da der Antrag bereist wegen Verfristung des Nachprüfungsantrages zurückzuweisen sei. Im Übrigen hat sie ihrerseits keine gegen die Erlassung einer

einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Dem Bundesverwaltungsgericht sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch 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; 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).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit hRSp gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit hRSp gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Zu B)

Unzulässigkeit 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 ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138;

30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 24.02.2006, 2004/04/0127; 01.03.2007, 2005/04/0239;

27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 22.06.2011, 2009/04/0128;

29.09.2011, 2011/04/0153; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die

vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung, Bauauftrag, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Kalkulation, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rechtzeitigkeit, Referenzprojekt, Schaden, Untersagung der Zuschlagserteilung, Verfristung, Vergabeverfahren, Verspätung, vertiefte Angebotsprüfung, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W139.2119041.1.00

Zuletzt aktualisiert am

20.01.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at