

TE Bvwg Beschluss 2015/11/9 W139 2116600-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.11.2015

Entscheidungsdatum

09.11.2015

Norm

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §12 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 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

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

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

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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 2116600-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der XXXX, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vom 02.11.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der römisch 4 0, vertreten durch Mag. Werner Hauser, Rechtsanwalt, Zieglergasse 3/3/3, 1070 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, vom 02.11.2015 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

"Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" zu erteilen. Das auf die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens gerichtete Begehren wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigB) 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 Schriftsatz vom 02.11.2015 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Fax am 23.10.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. Die Antragstellerin sei ein Glastechnikunternehmen und habe ein Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages, was sie durch das Legen eines Angebotes bekundet habe. Ihr seien durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Erstellung des Angebotes Kosten entstanden. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Fax am 23.10.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. Die Antragstellerin sei ein Glastechnikunternehmen und habe ein Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages, was sie durch das Legen eines Angebotes bekundet habe. Ihr seien durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Erstellung des Angebotes Kosten entstanden.

Die Antragstellerin habe am 24.09.2015 rechtzeitig ein Angebot mit einer Angebotssumme von EUR 123.837,-- (excl. USt), abzüglich eines Nachlasses von 5 % mit einer Angebotssumme von EUR 117.645,15 (excl. USt) gelegt. Diesen Nachlass habe die Antragstellerin sowohl auf der

1. Seite des Begleitschreibens zu ihrem Angebot als auch in der Zusammenstellung der Leistungsgruppen auf Seite 33 des elektronisch erstellten Kurz-LV deutlich ersichtlich ausgewiesen. Der unwiderrufliche und eindeutige Bindungswille sei sohin auf den Abschluss eines Vertrages mit einem Entgelt in der Höhe von EUR 117.645,15 gerichtet gewesen. Dies habe die Auftraggeberin auch völlig richtig erkannt und in der Niederschrift zu Angebotsöffnung den korrekten Betrag vermerkt.

Am 01.10.2015 sei die Antragstellerin durch das Architekturbüro XXXX aufgefordert worden, ua das ausgepreiste "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" nachzureichen, was die Antragstellerin am 09.10.2015 fristgerecht gemacht habe. Am 01.10.2015 sei die Antragstellerin durch das Architekturbüro römisch 40 aufgefordert worden, ua das ausgepreiste "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge" nachzureichen, was die Antragstellerin am 09.10.2015 fristgerecht gemacht habe.

Im Rahmen der Zuschlagsentscheidung vom 23.10.2015 führe die Auftraggeberin aus, dass der Nachlass in Höhe von 5% nicht habe berücksichtigt werden können, da sie mit ihrem Angebot kein Summenblatt samt Nachlass abgegeben habe, sondern entgegen den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen der Nachlass im Leistungsverzeichnis bzw im Begleitschreiben angegeben worden sei. Das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt dürfe nicht anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteiles unzulässig sei.

Die Antragstellerin habe sodann die Niederschrift über die Angebotsöffnung angefordert. Daraus erhellte, dass lediglich die ins Auge gefasste Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin Angebote abgegeben hätten und dass als Netto-Angebotssumme bei der Antragstellerin richtigerweise ein Betrag von EUR 117.645,15 eingetragen sei. Die Antragstellerin habe sodann die Auftraggeberin um die Rücknahme der Zuschlagsentscheidung ersucht, was die Auftraggeberin mit Schreiben vom 29.10.2015 verweigert habe. Eine Berücksichtigung des Nachlasses und damit ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der bestandfesten Ausschreibung würden dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin zeige sich aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen des § 118 BVergG dass die Angabe eines Preisnachlasses oder sonstiger Preisänderungen durch Begleitschreiben geradezu als Regelfall angesehen werde und dass der Gesetzgeber offenkundig die Eindeutigkeit des zivilrechtlichen Bindungswillens als maßgeblich erachte. Vorliegend habe die Antragstellerin zwei Mal (im Begleitschreiben und im Kurz-LV) ihren eindeutigen Willen bekundet, den Vertrag zu einem Preis von EUR 117.645,15 schließen zu wollen. Die Nichteintragung dieses Nachlasses im Summenblatt sei sohin eine bloße Ordnungswidrigkeit. Die Berücksichtigung des Nachlasses verstoße nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da durch das Ausfüllen und Beibringen des Summenblattes am Gesamtangebot gar nichts geändert worden sei. Denkmöglich sei, dies als behebbaren Mangel anzusehen, dessen Behebung keinerlei Einfluss auf die Wettbewerbsposition der Antragstellerin hätte.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin zeige sich aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen des Paragraph 118, BVergG dass die Angabe eines Preisnachlasses oder sonstiger Preisänderungen durch Begleitschreiben geradezu als Regelfall angesehen werde und dass der Gesetzgeber offenkundig die Eindeutigkeit des zivilrechtlichen Bindungswillens als maßgeblich erachte. Vorliegend habe die Antragstellerin zwei Mal (im Begleitschreiben und im Kurz-LV) ihren eindeutigen Willen bekundet, den Vertrag zu einem Preis von EUR 117.645,15 schließen zu wollen. Die Nichteintragung dieses Nachlasses im Summenblatt sei sohin eine bloße Ordnungswidrigkeit. Die Berücksichtigung des Nachlasses verstoße nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da durch das Ausfüllen und Beibringen des Summenblattes am Gesamtangebot gar nichts geändert worden sei. Denkmöglich sei, dies als behebbaren Mangel anzusehen, dessen Behebung keinerlei Einfluss auf die Wettbewerbsposition der Antragstellerin hätte.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die Auftraggeberin entgegen dem Willen der Antragstellerin den Angebotspreis mit EUR 123.837,-- festlege. Dies verstoße gröblich gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter.

Im Übrigen wäre die Auftraggeberin, sollte sie tatsächlich der Auffassung sein, es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Im Übrigen wäre die Auftraggeberin, sollte sie tatsächlich der Auffassung sein, es handle sich um einen unbehebbarer Mangel, verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei erforderlich, da die Auftraggeberin durch Fortführen des Vergabeverfahrens und damit durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, wodurch der Antragstellerin erhebliche, in den frustrierten Angebotserrichtungskosten und im Entgang des Gewinns in Höhe von ca 10% der Auftragssumme und im Verlust des Deckungsbeitrages liegende Schäden und Nachteile drohen würden. Der Antragstellerin wäre die ihr zukommende Zuschlagserteilung vorenthalten. Die Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Am 06.11.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet. Laut Verständigung des Bundesverwaltungsgerichtes sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin am 03.11.2015 beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht worden. Die Anfechtungsfrist sei am 02.11.2015 abgelaufen, weswegen der Nachprüfungsantrag nicht fristgerecht eingelangt und als verspätet zurückzuweisen sei.

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 "Ausschreibung 7000 Eisenstadt, Kurzwiesenweg 1, BG/BRG/BORG und Bundesschülerheim, Zu- und Umbau - Glaserarbeiten" im September 2015 in einem offenen Verfahren im Rahmen des betreffenden Bauvorhabens im Oberschwellerbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Sowohl die Antragstellerin als auch die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren.

Mit Telefax vom 23.10.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der XXXX zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. In diesem Schreiben führt die Auftraggeberin auszugsweise aus: "Wir ersuchen um Verständnis, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der

sachverständigen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte. Dazu ist auszuführen, dass ihr Angebot zwar mit dem angeführten Nachlass von 5% einen niedrigeren Gesamtpreis als das Angebot des Bestbieters aufweist. Dieser Nachlass konnte jedoch aus den folgenden Gründen nicht berücksichtigt werden: Gemäß Punkt 15.1 der bestandfest gewordenen Angebotsbestimmungen werden Nachlässe nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der Öffnung der Angebote bereits vorhanden waren. Weiters wurde in dem - den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden - Summenblatt festgelegt, dass nur jene (an keine Bedingungen gebundenen) Nachlässe als angeboten gelten, die in diesem Summenblatt angeführt sind und Nachlässe im Leistungsverzeichnis-Text oder an anderer Stelle nicht anerkannt werden. Nachdem Sie ein solches Summenblatt samt Nachlass nicht mit Ihrem Angebot abgegeben haben, sondern der Nachlass in Höhe von 5% lediglich im Leistungsverzeichnis bzw. im Begleitschreiben angegeben wurde, durfte dieser Nachlass nicht bei der Bestbieterermittlung eingerechnet werden. Ebenso wenig durfte das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteils unzulässig ist." Mit Telefax vom 23.10.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der römisch 40 zu einer Vergabesumme von EUR 122.525,98 (excl. USt) erteilen zu wollen. In diesem Schreiben führt die Auftraggeberin aus: "Wir ersuchen um Verständnis, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der sachverständigen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte. Dazu ist auszuführen, dass ihr Angebot zwar mit dem angeführten Nachlass von 5% einen niedrigeren Gesamtpreis als das Angebot des Bestbieters aufweist. Dieser Nachlass konnte jedoch aus den folgenden Gründen nicht berücksichtigt werden: Gemäß Punkt 15.1 der bestandfest gewordenen Angebotsbestimmungen werden Nachlässe nur dann anerkannt, wenn sie am "Schlussblatt und Blatt für Nachlässe und Aufschläge (Summenblatt)" angebracht und bei der Öffnung der Angebote bereits vorhanden waren. Weiters wurde in dem - den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden - Summenblatt festgelegt, dass nur jene (an keine Bedingungen gebundenen) Nachlässe als angeboten gelten, die in diesem Summenblatt angeführt sind und Nachlässe im Leistungsverzeichnis-Text oder an anderer Stelle nicht anerkannt werden. Nachdem Sie ein solches Summenblatt samt Nachlass nicht mit Ihrem Angebot abgegeben haben, sondern der Nachlass in Höhe von 5% lediglich im Leistungsverzeichnis bzw. im Begleitschreiben angegeben wurde, durfte dieser Nachlass nicht bei der Bestbieterermittlung eingerechnet werden. Ebenso wenig durfte das im Zuge der Angebotsprüfung übermittelte Summenblatt anerkannt werden, da das Nachreichen dieses Angebotsbestandteils unzulässig ist."

Die Antragstellerin forderte daraufhin die Auftraggeberin auf, die Niederschrift der Angebotsöffnung vorzulegen. Aus der Niederschrift ist ersichtlich, dass zwei Angebote, nämlich jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie jenes der Antragstellerin gelegt wurden. In der Spalte "Netto-Angebotssumme" wurde bei der Antragstellerin ein Betrag in der Höhe von EUR 117.645,15 und bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Betrag in der Höhe von EUR 122.525,98 eingetragen.

Am 02.11.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein (Einbringungszeitpunkt laut ERV-Deckblatt: 14:52:41). Die Antragstellerin entrichtete eine Pauschalgebühr in der Höhe von insgesamt EUR 6.156,-.

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

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRSp zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter, jener des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Auch im Hinblick auf die gegenständlich angefochtene Losvergabe ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vorerst von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2,

BVergG (stRSp zB BVwG 24.04.2015, W187 2101270-2/38E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter, jener des Gesamtvorhabens liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Auch im Hinblick auf die gegenständlich angefochtene Losvergabe ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vorerst von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. 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 sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. 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 sohin gegeben.

Da darüber hinaus 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. Da darüber hinaus 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. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 23.10.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 23.10.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1, 4 und 6 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, 4 und 6 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 23.10.2015 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der XXXX erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest

nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 23.10.2015 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der römisch 40 erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, 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). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, 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 Angebotslegung und Verfahrensteilnahme 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).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Im Übrigen sind dem Bundesverwaltungsgericht 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. Dagegen war das auf die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens gerichtete Begehren als überschießend abzuweisen (ua BVwG 10.01.2014, W139-2000171-1/10E; BVA 27.04.2011, N/0030-BVA/06/2011-7EV uvm). 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. Dagegen war das auf die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens gerichtete Begehren als überschießend abzuweisen (ua BVwG 10.01.2014, W139-2000171-1/10E; BVA 27.04.2011, N/0030-BVA/06/2011-7EV uvm).

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).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

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

Bauftrag, Begleitschreiben, Behebbarkeit von Mängeln, bestandfeste Ausschreibung, Bietergleichbehandlung, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Niederschrift über die Angebotsöffnung, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Schaden, Unbehebbarkeit, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2116600.1.00

Zuletzt aktualisiert am

30.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at