

TE Bvwg Beschluss 2015/9/11 W139 2113665-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.09.2015

Entscheidungsdatum

11.09.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii

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 §321 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 §5

BVergG 2006 §83 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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
-
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

- [illegible]

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 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 2113665-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Stefan Ettmayer, Rechtsanwalt, Stelzhamerstraße 2/26, 4020 Linz, betreffend das Vergabeverfahren "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" (AVA ID-Nr:40642), der Auftraggeberin ASFINAG Service GmbH, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vom 04.09.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Dr. Stefan Ettmayer, Rechtsanwalt, Stelzhamerstraße 2/26, 4020 Linz, betreffend das Vergabeverfahren "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" (AVA ID-Nr:40642), der Auftraggeberin ASFINAG Service GmbH, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vom 04.09.2015 beschlossen:

A) Dem Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin

mittels einstweiliger Verfügung den Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den unter I. gestellten Antrag auf Nichtigerklärung untersagen", wird stattgegeben.mittels einstweiliger Verfügung den Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den unter römisch eins. gestellten Antrag auf Nichtigerklärung untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" (AVA ID-Nr:40642) abzuschließen.Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" (AVA ID-Nr:40642) abzuschließen.

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 04.09.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, auf Akteneinsicht in den Vergabe- und Nachprüfungsakt, auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung 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 E-Mail am 26.08.2015 bekanntgegebene Entscheidung, "den Zuschlag im Vergabeverfahren ID-Nr.: 40642 zentraler Einkauf Solemischanlagen ASFINAG 20015 - 2017 der Firma XXXX mit einem Gesamtpreis von XXXX zu erteilen". Dabei handle es sich richtigerweise um die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die unzutreffende Terminologie seitens der Auftraggeberin könne der rechtsschutzsuchenden Antragstellerin nicht nachteilig sein.Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit E-Mail am 26.08.2015 bekanntgegebene Entscheidung, "den Zuschlag im Vergabeverfahren ID-Nr.: 40642 zentraler Einkauf Solemischanlagen ASFINAG 20015 - 2017 der Firma römisch 40 mit einem Gesamtpreis von römisch 40 zu erteilen". Dabei handle es sich richtigerweise um die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die unzutreffende Terminologie seitens der Auftraggeberin könne der rechtsschutzsuchenden Antragstellerin nicht nachteilig sein.

Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe einen Lieferauftrag und werde als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer geführt. Die Auftraggeberin sei eine öffentliche Auftraggeberin; die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes sei gegeben. Die Antragstellerin produziere und vertreibe Silo- und Silo(misch)anlagen. Hierfür sei der Absatzmarkt beschränkt. Sie habe daher ein großes Interesse am Vertragsabschluss, welches sie mit der Angebotslegung hinreichend dargetan habe. Für den Fall, dass die Rahmenvereinbarung nicht mit der Antragstellerin abgeschlossen werde, drohe ihr der Entgang des branchenüblichen Gewinnes, ein in den Kosten der Angebotslegung sowie ein in der anwaltlichen Vertretung bestehender Schaden sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sie bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht per Web-ERV eingebracht worden. Die erforderlichen Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Provisorialantrag seien vergaberechtskonform in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin, der XXXX , wäre mangels Eignung (technische Leistungsfähigkeit und Befugnis), wegen Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbestimmungen und wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen. Möglicherweise wäre die XXXX auch wegen falscher Erklärungen in erheblichem Maße bei der Erteilung von Auskünften betreffend die technische Leistungsfähigkeit vom Verfahren auszuschließen und deren Angebot auszuschneiden gewesen. Das Vorgehen der

Auftraggeberin widerspreche den Vorschriften des BVergG und den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen und verletze die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten. Das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin, der römisch 40, wäre mangels Eignung (technische Leistungsfähigkeit und Befugnis), wegen Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbestimmungen und wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen. Möglicherweise wäre die römisch 40 auch wegen falscher Erklärungen in erheblichem Maße bei der Erteilung von Auskünften betreffend die technische Leistungsfähigkeit vom Verfahren auszuschließen und deren Angebot auszuschneiden gewesen. Das Vorgehen der Auftraggeberin widerspreche den Vorschriften des BVergG und den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen und verletze die Antragstellerin in den von ihr geltend gemachten Rechten.

Nach den ihr vorliegenden Informationen gehe die Antragstellerin davon aus, dass die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin das geforderte, mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbare Referenzprojekt nicht nachweisen könne, da sie über keine automatischen Solemischanlagen "gemäß L.3" verfüge und diese daher selbst noch nicht geliefert haben könne. Die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin sei daher auch nicht in der Lage, die in Punkt 3.2. der berichtigten Leistungsbeschreibung L.3 normierten technischen Spezifikationen zu erfüllen.

Weiters sei die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin als reines Handelsunternehmen nicht in der Lage, die Rahmenvereinbarung bzw die auf deren Grundlage vergebenen Aufträge selbst auszuführen. Sie sei bei der Ausführung sämtlicher ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auf Subunternehmer angewiesen. Eine gänzliche Weitergabe sei nach § 83 Abs 1 BVergG und Punkt 1.1.11 der Ausschreibungsbestimmungen L.1 unzulässig. Die XXXX Partnerin der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin, die XXXX, sei - soweit ersichtlich - nicht ein mit ihr verbundenes Unternehmen. Es liege daher bei Weitergabe des gesamten Auftrages ein Ausschreibungswiderspruch vor. Auch sei fraglich, ob hinsichtlich allfälliger Subunternehmer alle erforderlichen Nachweise vorliegen würden. Sollten keine Subunternehmer namhaft gemacht worden seien, sei die Leistungsfähigkeit der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin in Frage zu stellen. Weiters sei die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin als reines Handelsunternehmen nicht in der Lage, die Rahmenvereinbarung bzw die auf deren Grundlage vergebenen Aufträge selbst auszuführen. Sie sei bei der Ausführung sämtlicher ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auf Subunternehmer angewiesen. Eine gänzliche Weitergabe sei nach Paragraph 83, Absatz eins, BVergG und Punkt 1.1.11 der Ausschreibungsbestimmungen L.1 unzulässig. Die römisch 40 Partnerin der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin, die römisch 40, sei - soweit ersichtlich - nicht ein mit ihr verbundenes Unternehmen. Es liege daher bei Weitergabe des gesamten Auftrages ein Ausschreibungswiderspruch vor. Auch sei fraglich, ob hinsichtlich allfälliger Subunternehmer alle erforderlichen Nachweise vorliegen würden. Sollten keine Subunternehmer namhaft gemacht worden seien, sei die Leistungsfähigkeit der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin in Frage zu stellen.

Darüber hinaus bedürfe die Ausführung der gegenständlichen Leistungen zusätzlicher Befugnisse, wie etwa der Gewerbeberechtigungen "Schlosser" und "Elektrotechnik". Es sei fraglich, ob die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin, welche über derartige Befugnisse nicht selbst verfüge, entsprechend befugte Subunternehmer namhaft gemacht habe.

Schließlich ergebe sich aus dem Angebotsöffnungsprotokoll, dass der von der XXXX angebotene Gesamtpreis erheblich, nämlich 42,5% unter jenem der Antragstellerin liege. Es liege daher unzweifelhaft ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, welches die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet hätte. Der angebotene Gesamtpreis erscheine in Anbetracht der derzeit bestehenden Marktverhältnisse viel zu niedrig angesetzt und nicht plausibel. Es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberin eine vertiefte Prüfung des Angebotes der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht vorgenommen habe oder aber dass diese Prüfung nicht gesetzeskonform und sorgfältig erfolgt sei. Schließlich ergebe sich aus dem Angebotsöffnungsprotokoll, dass der von der römisch 40 angebotene Gesamtpreis erheblich, nämlich 42,5% unter jenem der Antragstellerin liege. Es liege daher unzweifelhaft ein ungewöhnlich niedriges Angebot vor, welches die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet hätte. Der angebotene Gesamtpreis erscheine in Anbetracht der derzeit bestehenden Marktverhältnisse viel zu niedrig angesetzt und nicht plausibel. Es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberin eine vertiefte Prüfung des Angebotes der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht vorgenommen habe oder aber dass diese Prüfung nicht gesetzeskonform und sorgfältig erfolgt sei.

Im Hinblick auf die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung habe eine Interessenabwägung zu Gunsten der

Antragstellerin auszufallen.

Am 09.09.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mitgeteilt, dass kein Vorbringen erstattet werde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

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

Auftraggeberin ist die ASFINAG Service GmbH. Sie schrieb die gegenständliche Leistung "Solemischanlagen ASFINAG 2015 - 2017" im Juni 2015 in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer aus. Sowohl die Antragstellerin als auch die beabsichtigte Rahmenvereinbarungspartnerin beteiligten sich durch die Abgabe von Angeboten am Vergabeverfahren.

Mit E-Mail vom 26.08.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der XXXX , erteilen zu wollen. Mit E-Mail vom 26.08.2015 wurde der Antragstellerin bekannt gegeben, den Zuschlag der römisch 40 , erteilen zu wollen.

Am 04.09.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die Antragstellerin entrichtete für ihre Anträge Pauschalgebühren 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

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG Service GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 14.02.2011, F/0001-BVA/13/2011-14; BVA 18.12.2009, N/0114-BVA/13/2009-19; BVA 24.11.2009, N/0113-BVA/12/2009-EV9). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 5 BVergG um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG Service GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA 14.02.2011, F/0001-BVA/13/2011-14; BVA 18.12.2009, N/0114-BVA/13/2009-19; BVA 24.11.2009, N/0113-BVA/12/2009-EV9). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 5, BVergG um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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 des Auftraggebers 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 des Auftraggebers 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 26.08.2015 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 26.08.2015 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 Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG (siehe BVA 27.01.2011, N/0006-BVA/06/2011-8EV). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG (siehe BVA 27.01.2011, N/0006-BVA/06/2011-8EV). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 26.08.2015 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 26.08.2015 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 des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge 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 eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der 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 des Abschlusses einer entsprechenden Rahmenvereinbarung und eines allfälligen Abrufs der darauf basierenden Einzelaufträge 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

eines Rahmenvereinbarungsabschlusses mit der 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 finanzielle Einbußen, frustrierten Aufwand der Angebotslegung sowie auf den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. 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).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Im Übrigen sind dem Bundesverwaltungsgericht 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.

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, 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), Bedacht zu nehmen.

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).

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; 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; 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

Abschlussverbot, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung,
gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Gewerbeberechtigung,
Interessenabwägung, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Lieferauftrag,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher
Auftraggeber, öffentliches Interesse, Plausibilität,
Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Referenzprojekt, Schaden,
Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, Untersagung,
Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2113665.1.00

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at