

TE Bvwg Beschluss 2015/7/17 W138 2110661-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.07.2015

Entscheidungsdatum

17.07.2015

Norm

BVergG 2006 §131 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

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 §37 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 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

- [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 § 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 § 37 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 37 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 6 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

W138 2110661-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernstraße 6-8, Zimmererarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Objektmanagement Team NÖ West, Niederösterreichring 2/Haus B, 3109 St. Pölten, über den Antrag der XXXX, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg vom 15.07.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch

den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernstraße 6-8, Zimmererarbeiten" der Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtstraße 1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Objektmanagement Team NÖ West, Niederösterreichring 2/Haus B, 3109 St. Pölten, über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg vom 15.07.2015 beschlossen:

A)

Der Antrag, "Der Auftraggeberin, Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., wird im Vergabeverfahren Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt 3500 Krems an der Donau, Kasernstraße 6-8" bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren verboten, die Zuschlagsentscheidung zu treffen, in eventu den Zuschlag zu erteilen" wird gem. § 328 Abs. 1 BVergG abgewiesen. Der Antrag, "Der Auftraggeberin, Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., wird im Vergabeverfahren Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt 3500 Krems an der Donau, Kasernstraße 6-8" bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren verboten, die Zuschlagsentscheidung zu treffen, in eventu den Zuschlag zu erteilen" wird gem. Paragraph 328, Absatz eins, BVergG abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Die XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg stellte mit Schriftsatz vom 15.07.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz. Im vorher genannten Schriftsatz wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes von der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (im Weiteren Auftraggeberin) der Antragstellerin per Telefax am 08.07.2015 bekannt gegeben worden sei. Das Vergabeverfahren sei ein Verfahren im Unterschwellenbereich und damit sei die siebentägige Frist gewahrt. Die Antragstellerin habe in diesem Verfahren ein rechtsgültiges Angebot gelegt. Die von der Auftraggeberin im Schreiben vom 08.07.2015 für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angeführten unbehebbarer Mängel würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin sei ein befugtes und nach den Bestimmungen der Ausschreibungen geeignetes Unternehmen. Sie habe ein Interesse, den Zuschlag zu erhalten. Dies sei allein durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Wenn das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden würde, so würde der Antragstellerin die Chance entgehen, den Zuschlag zu erhalten. Würde das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, wäre ihr aufgrund der Angebotsergebnisse der Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Unterbleiben des Ausscheidens ihres Angebotes vom 29.06.2015 verletzt. Die Auftraggeberin sei eine vollkommen vom Bund beherrschte Gesellschaft, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben wäre. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine besonderen Interessen der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Wäre die Auftraggeberin nicht verhalten, mit der Zuschlagsentscheidung und dem Zuschlag innezuhalten, entstünde der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des bei Auftragserteilung erzielbaren Deckungsbeitrages und Gewinns. Die römisch 40 (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch Ebner Aichinger Guggenberger Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 35, 5020 Salzburg stellte mit Schriftsatz vom 15.07.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz. Im vorher genannten Schriftsatz wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Entscheidung über das Ausscheiden des Angebotes von der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H (im Weiteren Auftraggeberin) der Antragstellerin per Telefax am 08.07.2015 bekannt gegeben worden sei. Das Vergabeverfahren sei ein Verfahren im Unterschwellenbereich und damit sei die siebentägige Frist gewahrt. Die Antragstellerin habe in diesem Verfahren ein rechtsgültiges Angebot gelegt. Die von der Auftraggeberin im Schreiben vom 08.07.2015 für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin angeführten unbehebbarer Mängel würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin sei ein befugtes und nach den Bestimmungen der Ausschreibungen geeignetes Unternehmen. Sie habe ein Interesse, den Zuschlag zu erhalten. Dies sei allein durch die Angebotsabgabe

dokumentiert. Wenn das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden würde, so würde der Antragstellerin die Chance entgehen, den Zuschlag zu erhalten. Würde das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, wäre ihr aufgrund der Angebotsergebnisse der Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Unterbleiben des Ausscheidens ihres Angebotes vom 29.06.2015 verletzt. Die Auftraggeberin sei eine vollkommen vom Bund beherrschte Gesellschaft, sodass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben wäre. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine besonderen Interessen der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Wäre die Auftraggeberin nicht verhalten, mit der Zuschlagsentscheidung und dem Zuschlag innezuhalten, entstünde der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des bei Auftragserteilung erzielbaren Deckungsbeitrages und Gewinns.

Am 17.07.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen, da die Zuschlagerteilung nicht unmittelbar bevorstünde und der Antragstellerin daher kein unmittelbarer Schaden drohe. Daher sei die Untersagung der Zuschlagserteilung nicht notwendig.

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

1. Festgestellter Sachverhalt

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilage und der bislang vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Die Auftraggeberin schrieb die gegenständliche Leistung "Dachstuhlverstärkung über Wohnungstrakt, 3500 Krems an der Donau, Kasernstraße 6-8, Zimmererarbeiten" in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus. Am 08.07.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben. Am 15.07.2015 langte der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein. Der Antrag wurde somit fristgerecht eingebracht und die Pauschalgebühr in entsprechender Höhe entrichtet. Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin wurde der Zuschlag nicht erteilt bzw. der Widerruf erklärt.

Von der Auftraggeberin wurde noch vor Entscheidung über die beantragte einstweilige Verfügung gegenüber dem BVwG bestätigt, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin für den Fall, dass das BVwG die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklären sollte, die Zuschlagsentscheidung zustellen wird und erst nach Ablauf der Stillhaltefrist gegenüber der Antragstellerin den Zuschlag erteilen wird

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gem. § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zum Beispiel BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; N/0062-BVA/10/2013-28 u.a.). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter dem Schwellenwert des § 37 Z 1 BVergG, sodass jedenfalls ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. c B-VG gegeben. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gem. Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zum Beispiel BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/08/2012-54; N/0062-BVA/10/2013-28 u.a.). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin unter dem Schwellenwert des Paragraph 37, Ziffer eins, BVergG, sodass jedenfalls ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die

allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG gegeben.

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 BVergG, 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, BVergG, 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 Ausscheidensentscheidung am 08.07.2015 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 Ausscheidensentscheidung am 08.07.2015 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 Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG. 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 § 37 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG. 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 Paragraph 37, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Inhaltliche Beurteilung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

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.

Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung oder deren Bekanntmachung oder die Erteilung des Zuschlages zu untersagen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG W139 2001504-1/7E, vom 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG vom 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; BVwG vom 19.05.2015; W138 2107225-1/2E sowie bereits BVA vom 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA vom 04.07.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6;

BVA vom 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA vom 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA vom 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20;

siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin droht kein unmittelbarer Schaden im gegenständlichen zu beurteilenden Vergabeverfahren über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, sollte nach Bekanntgabe einer allfälligen Zuschlagsentscheidung ein neuerlicher Nachprüfungsantrag in einem zweiten Verfahren eingebracht werden (siehe die vorzitierten Beschlüsse und Bescheide). siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 141). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin droht kein unmittelbarer Schaden im gegenständlichen zu beurteilenden Vergabeverfahren über den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, sollte nach Bekanntgabe einer allfälligen Zuschlagsentscheidung ein neuerlicher Nachprüfungsantrag in einem zweiten Verfahren eingebracht werden (siehe die vorzitierten Beschlüsse und Bescheide).

Die Auftraggeberin ist gemäß § 131 Abs. 1 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Gemäß Art 2a Abs. 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß § 131 Abs. 1 BVergG sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende

Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVwG und des BVA). Von der Auftraggeberin wurde auch bestätigt, dass der Antragstellerin, sollte vom BVwG die Ausscheidensentscheidung nicht bestätigt werden, die Zuschlagsentscheidung zuzustellen ist und der Antragstellerin die Möglichkeit offen stünde, diese Entscheidung mit einem weiteren Nachprüfungsantrag zu bekämpfen und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit welchem die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, zu stellen. Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw. deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 131, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVwG und des BVA). Von der Auftraggeberin wurde auch bestätigt, dass der Antragstellerin, sollte vom BVwG die Ausscheidensentscheidung nicht bestätigt werden, die Zuschlagsentscheidung zuzustellen ist und der Antragstellerin die Möglichkeit offen stünde, diese Entscheidung mit einem weiteren Nachprüfungsantrag zu bekämpfen und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit welchem die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, zu stellen.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigkeitsklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058;). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern

wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058;).

Es war daher spruchgemäß zu beschließen. Die Kostenentscheidung ergeht gesondert.

Zu B) Zur Zulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 09.08.2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt: Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 09.08.2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können).""Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten vergleiche etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß Paragraph 131, Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann vergleiche dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden.

Schlagworte

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung, Bauauftrag, Behebbarkeit, Behebbarkeit von Mängeln, Bestandsfestigkeit, einstweilige Verfügung, Informationspflicht, Mängelbehebung, Mitteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher

Auftraggeber, Provisorialverfahren, Revision zulässig, Schaden,
Stillhaltefrist, Unbehebbarkeit, unmittelbar drohende Schädigung,
Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren,
Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2110661.1.00

Zuletzt aktualisiert am

17.09.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at