

TE Bvwg Beschluss 2015/2/19 W139 2100854-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.02.2015

Entscheidungsdatum

19.02.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §12 Abs3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs2
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 Abs2 Z1
BVergG 2006 §318 Abs1 Z1
BVergG 2006 §318 Abs1 Z4
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 §4
BVergG 2006 §6
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

- [illegible]

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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 2100854-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs. 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Hochbau/Tiefbau der ABM Stockerau" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der xxxx, vom 13.02.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Neubau Hochbau/Tiefbau der ABM Stockerau" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der xxxx, vom 13.02.2015 beschlossen:

SPRUCH

A

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge der ASFINAG mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren "Neubau Hochbau/Tiefbau der ABM Stockerau" auftragen, bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution die Zuschlagsentscheidung nicht zu treffen und den Zuschlag nicht zu erteilen", wird 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

Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 13.02.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren und beantragte darüber hinaus die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 06.02.2015.

Der gegenständliche Bauauftrag sei von der ASFINAG im offenen Verfahren im Oberschwellenebereich gemäß § 25 Abs. 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden. Leistungsgegenstand sei die Errichtung einer Autobahnmeisterei bestehend aus Bürogebäude, Hallentrakten, Bereichen für Silo und Tankstellen sowie Freianlagen. Die Angebotsöffnung sei am 12.12.2014 erfolgt. Am 26.01.2015 habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden und darüber hinaus habe die Antragstellerin Fragen auch schriftlich beantwortet. Am 06.02.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot (Haupt- und Alternativangebot) ausgeschieden werde. Die Antragstellerin trat im Folgenden der Begründung der Auftraggeberin zu den einzelnen Ausscheidensentscheidungen inhaltlich entgegen. Weder liege eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. ein den

Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor noch habe es die Antragstellerin unterlassen, die begehrten Aufklärungen zu geben. Der gegenständliche Bauauftrag sei von der ASFINAG im offenen Verfahren im Oberschwellenebereich gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben worden. Leistungsgegenstand sei die Errichtung einer Autobahnmeisterei bestehend aus Bürogebäude, Hallentrakten, Bereichen für Silo und Tankstellen sowie Freianlagen. Die Angebotsöffnung sei am 12.12.2014 erfolgt. Am 26.01.2015 habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden und darüber hinaus habe die Antragstellerin Fragen auch schriftlich beantwortet. Am 06.02.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot (Haupt- und Alternativangebot) ausgeschieden werde. Die Antragstellerin trat im Folgenden der Begründung der Auftraggeberin zu den einzelnen Ausscheidatbeständen inhaltlich entgegen. Weder liege eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor noch habe es die Antragstellerin unterlassen, die begehrten Aufklärungen zu geben.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich daraus, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, die Aufklärungsersuchen fristgerecht beantwortet und den gegenständlichen EV-Antrag und Nachprüfungsantrag gestellt habe. Sie habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages. Es drohe ein Schaden in Höhe der nicht gedeckten, kalkulierten Gemeinkosten, der Kosten der Angebotsbearbeitung und der befassten internen Rechtsabteilung. Weiters drohe ein Schaden in Form des Verlustes eines wesentlichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich generell im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung eines offenen Verfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, mithin auf Nichtausscheiden, Berücksichtigung, Bewertung ihres Angebotes anhand der Zuschlagskriterien sowie auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes verletzt.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die zeitlich befristete Untersagung des Zuschlages jedenfalls die einzige und die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme sei, um den Anspruch auf Zuschlagserteilung zu sichern. Es sei das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung im konkreten Fall als überwiegend anzusehen.

Am 19.02.2015 übermittelte die Auftraggeberin die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens und erteilte dem Bundesverwaltungsgericht mit Schriftsatz vom selben Tag die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung wurde kein Vorbringen erstattet.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt:

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

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) schrieb im November 2014 die gegenständliche Leistung "Neubau Hochbau/Tiefbau der ABM Stockerau" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 45210000). Am 06.02.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes gestützt auf § 129 Abs. 1 Z 1, 3 und 7 und Abs. 2 BVergG über die Plattform AVA-online bekannt gegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) schrieb im November 2014 die gegenständliche Leistung "Neubau Hochbau/Tiefbau der ABM Stockerau" in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 45210000). Am 06.02.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes gestützt auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 3 und 7 und Absatz 2, BVergG über die Plattform AVA-online bekannt gegeben.

Am 13.02.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin wurde weder eine Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch wurde der Zuschlag erteilt bzw. der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

2.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG 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 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 Ausscheidensentscheidung per Telefax am 06.02.2015 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 per Telefax am 06.02.2015 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 aa 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 4 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, 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 in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

2.2. 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 zu untersagen, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Da somit die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevorsteht, droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014; sowie bereits BVA 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA 04.07.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVA 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA 26.07.2011, N/0071-

BVA/12/2011-EV8; BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141). Auch ist kein Grund ersichtlich, der Auftraggeberin das Treffen einer Zuschlagsentscheidung zu untersagen, da auch insofern der im Verlust des Auftrages liegende Schaden nicht unmittelbar droht. Die Antragstellerin müsste gegen eine allfällige, ihr - wie nachfolgend gezeigt wird - als verbliebener Bieterin bekanntzugebende Zuschlagsentscheidung ohnehin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vorgehen, um deren Bestandskraft zu verhindern und um die Chance auf Zuschlagserteilung zu wahren. Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Da somit die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar bevorsteht, droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014; sowie bereits BVA 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA 04.07.2011, N/0056- BVA/12/2011-EV6; BVA 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 141). Auch ist kein Grund ersichtlich, der Auftraggeberin das Treffen einer Zuschlagsentscheidung zu untersagen, da auch insofern der im Verlust des Auftrages liegende Schaden nicht unmittelbar droht. Die Antragstellerin müsste gegen eine allfällige, ihr - wie nachfolgend gezeigt wird - als verbliebener Bieterin bekanntzugebende Zuschlagsentscheidung ohnehin mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vorgehen, um deren Bestandskraft zu verhindern und um die Chance auf Zuschlagserteilung zu wahren.

Die Auftraggeberin ist gemäß § 131 Abs. 1 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 (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 Bietern 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 Bietern, 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 Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel³, § 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/Thienel³, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA; zu den Rechtsschutzinstrumentarien gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung bzw bei etwaiger Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung siehe auch LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014). 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 Bietern, 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 Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmamn/Thienel³, 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/Fruhmamn/Thienel³, Paragraph 131, Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA; zu den Rechtsschutzinstrumentarien gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung bzw bei etwaiger Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung siehe auch LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014).

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung 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 Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des auf die Nichtigerklärung der Ausscheidenentscheidung gerichteten Begehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). Ein gemäß § 329 Abs. 1 BVergG rechtserhebliches Sicherungsinteresse liegt nicht vor (siehe wiederum BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung 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 Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des auf die Nichtigerklärung der Ausscheidenentscheidung gerichteten Begehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). Ein gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG rechtserhebliches Sicherungsinteresse liegt nicht vor (siehe wiederum BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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, Bauauftrag, drohende Schädigung,
einstweilige Verfügung, Mitteilung, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Revision zulässig,
Schaden, Sicherungsbedarf, unmittelbar drohende Schädigung,
Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren,
Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2100854.1.00

Zuletzt aktualisiert am

27.04.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at