

TE Bvwg Beschluss 2014/8/7 W139 2010245-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.08.2014

Entscheidungsdatum

07.08.2014

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

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 Z1

BVergG 2006 §318 Abs1 Z4

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

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 §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
 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

- [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 § 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 § 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

W139 2010245-1/13E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Elektrolabor 2, Steuerungstechnik und Visualisierung für das Technikzentrum des WIFI St. Pölten" über den Antrag der XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt DDr. Gabriella Peterfy, Mariahilfer Straße 123, 1060 Wien vom 29.07.2014, eingelangt am 30.07.2014, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gem. Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins,

BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Elektrolabor 2, Steuerungstechnik und Visualisierung für das Technikzentrum des WIFI St. Pölten" über den Antrag der römisch 40, vertreten durch Rechtsanwalt DDr. Gabriella Peterfy, Mariahilfer Straße 123, 1060 Wien vom 29.07.2014, eingelangt am 30.07.2014, beschlossen:

Spruch:

A) Dem Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu

dem in Abschnitt I näher bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben. dem in Abschnitt römisch eins näher bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin ist es für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Elektrolabor 2, Steuerungstechnik und Visualisierung für das Technikzentrum des WIFI St. Pölten" der XXXX den Zuschlag zu erteilen. Der Auftraggeberin ist es für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Elektrolabor 2, Steuerungstechnik und Visualisierung für das Technikzentrum des WIFI St. Pölten" der römisch 40 den Zuschlag zu erteilen.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Die ASt stellte mit Schriftsatz vom 29.07.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren. Darüber hinaus beehrte sie, die ihr mit Schreiben vom 23.07.2014 bekannt gegebene Ausscheidensentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX für nichtig zu erklären.

Begründend führte die ASt zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Wirtschaftskammer Niederösterreich - Wirtschaftsförderungsinstitut Niederösterreich führe ein offenes Verfahren betreffend die Leistung "Elektrolabor 2, Steuerungstechnik und Visualisierung für das Technikzentrum des WIFI St. Pölten" durch. Es handle sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Die ASt habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Das Angebotsergebnis habe folgendes Wettbewerbsbild gezeichnet:

XXXX Mit Telefax vom 23.07.2014 sei die ASt von der hier angefochtenen Ausscheidung ihres Angebotes informiert worden. römisch 40 Mit Telefax vom 23.07.2014 sei die ASt von der hier angefochtenen Ausscheidung ihres Angebotes informiert worden.

Bei der ASt handle es sich um ein im Bereich der Errichtung von Arbeitsplatzsystemen und elektronischer Geräte tätiges Unternehmen. Die ASt habe durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und durch die Abgabe des Angebotes ihr Interesse an der Zuschlagserteilung hinsichtlich des ausgeschriebenen Auftrags dokumentiert. Sie sei Best- und Billigstbieterin.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens seien der ASt Kosten für die Besichtigung vor Ort vor der Angebotserstellung entstanden. Darüber hinaus habe die ASt ein gesteigertes Interesse am gegenständlichen Auftrag. Dieser Auftrag ermögliche es ihr, ihre Kapazitäten optimal auszuschöpfen und darüber hinaus einen zusätzlichen lokalen Referenzauftrag zu erlangen.

Durch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der AG erachte sich die ASt in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten im gegenständlichen Vergabeverfahren, Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, Prüfung der Angebote auf Ausschreibungskonformität, insbesondere in wie weit die Bieter im Stande seien, die Qualitätsanforderungen von 3D-

Connectoren zu erfüllen, eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung sowie Beachtung des Grundsatzes des fairen und lauterer Wettbewerbs, sowie eine den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebotsprüfung, Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, verletzt.

Die AG habe im Schreiben vom 23.07.2014 das Ausscheiden des Angebotes der ASt wie folgt begründet:

Gefordert war: Aluminiumtisch mit den Abmessungen 1800 x 1000 x 780

Angeboten wurde: ein Aluminiumtisch mit den Abmessungen XXXX (auch nicht höhenverstellbar, damit jedenfalls die geforderte Höhe nicht erreichbar) Angeboten wurde: ein Aluminiumtisch mit den Abmessungen römisch 40 (auch nicht höhenverstellbar, damit jedenfalls die geforderte Höhe nicht erreichbar)

Die geforderte Lösung der 3D-Connectoren bzw. eine gleichwertige Lösung als Verbindungselement zwischen Tischbeinen und Tischrahmen wurde nicht angeboten.

Gefordert war: 19" Tischaufbau 6HE, 1800 x 360 x 328

Angeboten wurde: 19" Tischaufbau mit den Abmessungen XXXX (dadurch vom AG nicht gewollte, zusätzliche Reduktion der Arbeitsfläche)

Den von der ASt dem Angebot beigelegten Unterlagen sei allerdings entgegen den Angaben der Ausscheidensentscheidung zu entnehmen, dass das von der ASt angebotene Produkt in der Höhe durchaus einstellbar sei und die Höhe von bis zu 790 mm, somit 780 mm jedenfalls erreicht werden könne.

Bei den in der Leistungsbeschreibung geforderten 3D-Connectoren handle es sich um ein Produkt, auf welches die XXXX ein Patentrecht besitze. In der Leistungsbeschreibung selbst finde sich kein Zusatz "oder gleichwertig", zudem seien Alternativangebote unzulässig. Die Bei den in der Leistungsbeschreibung geforderten 3D-Connectoren handle es sich um ein Produkt, auf welches die römisch 40 ein Patentrecht besitze. In der Leistungsbeschreibung selbst finde sich kein Zusatz "oder gleichwertig", zudem seien Alternativangebote unzulässig. Die

Beanstandung, dass "bzw. eine gleichwertige Lösung ... wurde nicht

angeboten" sei insofern nicht nachvollziehbar, zumal es der ASt aufgrund des Patentbesitzes bereits nicht möglich sei, dieses Produkt anzubieten.

Die AG beabsichtige zufolge der Leistungsbeschreibung in den Tischaufbau ein Hochleistungsnetzgerät mit einer Abmessung von 285 x 75 x 365 einzubauen. Der Einbau des Geräts bedürfe daher eines Tischaufbaus von zumindest einer Tiefe von 365 mm. Unter Berücksichtigung der auf der Rückseite des Geräts noch vorhandenen Netzkabel von zumindest einer Tiefe von 20 mm, ergebe sich somit eine Mindestdiefe von 385 mm. Der Tischaufbau laut Leistungsbeschreibung sei insofern daher nicht umsetzbar. Die ASt habe daher unter Bedachtnahme auf diese Aspekte den Tischaufbau mit einer Tiefe von 430 mm angeboten.

Die Verwendung technischer Spezifikationen, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen, wodurch bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen würden, sei unzulässig. Die Leistung dürfe nicht so umschrieben werden, dass einzelne Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Insbesondere sei die namentlich Anführung bestimmter Erzeugnisse nur mit dem Zusatz "oder gleichwerter Art" zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung müsse die Ausschreibung den Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren. Sie müsse daher so präzise sein, dass sie unmittelbar Inhalt des Leistungsvertrages werden könne und nur mehr durch jene Vertragsbestandteile ergänzt werden müsse, die im Angebot enthalten seien. Die gegenständliche Ausschreibungsunterlage sei aber keinesfalls so gestaltet, dass damit auch tatsächlich ein Leistungsvertrag zustande kommen könne.

Diese Beanstandung zeige auch die willkürliche Vorgangsweise der AG im Zuge der Angebotsprüfung. Offenbar sei die AG bestrebt, das um 7,19% teurere Angebot der präs. ZE auszuwählen. Die unzureichende und nicht nachvollziehbare Begründung der AG für die erfolgte Ausscheidung sei nur so zu erklären. Der Preis spiele auch unter Berücksichtigung anderer Zuschlagskriterien eine nicht unwesentliche Rolle bei der Zuschlagsentscheidung. Auch dadurch verstoße die AG gegen das Gebot der Gleichbehandlung.

Die AG hätte im gegenständlichen Fall die Möglichkeit nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag zu erteilen. Damit würde die ASt ihre Chance auf Erhalt des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Verfahren und damit auf Beteiligung an einem fairen und lauterer Wettbewerb endgültig verlieren. Dadurch drohe der ASt ein bedeutender

Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Die vorübergehende Untersagung der Zuschlagserteilung stelle gegenständlich das gelindeste Mittel dar, mit dem der verfolgte Zweck erreicht werden könne.

Mit Schriftsatz vom 04.08.2014 erteilt die AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dieter Stibi, Wipplinger Straße 32, 1010 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gem. § 5 BVergG (CPV Code 31730000) welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Die Angebotsöffnung sei am 28.05.2014 im Beisein beider Bieter erfolgt. Am 23.07.2014 habe die AG per Telefax der ASt die Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Mit Schriftsatz vom 04.08.2014 erteilt die AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dieter Stibi, Wipplinger Straße 32, 1010 Wien, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gem. Paragraph 5, BVergG (CPV Code 31730000) welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Die Angebotsöffnung sei am 28.05.2014 im Beisein beider Bieter erfolgt. Am 23.07.2014 habe die AG per Telefax der ASt die Ausscheidung ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt.

Die AG verzichte angesichts der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden (wonach im Regelfall eine einstweilige Verfügung zu erlassen sei) auf die Abgabe einer inhaltlichen Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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

Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen sowie der Bezugnehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Wirtschaftskammer Niederösterreich schrieb die gegenständliche Leistung in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip aus. Entsprechend der Angaben der AG beträgt der geschätzte Auftragswert EUR 190.000,00.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 28.05.2014. Es langten zwei Angebote ein, jenes der XXXX und jenes der ASt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 28.05.2014. Es langten zwei Angebote ein, jenes der römisch 40 und jenes der ASt.

Mit Telefax vom 23.07.2014 gab die AG der ASt das Ausscheiden ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX bekannt. Es wurde weder der Zuschlag erteilt, noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben oder der Widerruf erklärt. Mit Telefax vom 23.07.2014 gab die AG der ASt das Ausscheiden ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der römisch 40 bekannt. Es wurde weder der Zuschlag erteilt, noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben oder der Widerruf erklärt.

Am 29.07.2014 langte der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Rechtliche Beurteilung

Zu A)

2.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin iSd § 2 Z. 8 BVergG ist die Wirtschaftskammer Niederösterreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG (siehe BVA vom 21.05.2008, N/0044-BVA/09/2008-24). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend der Angaben der AG unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z. 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Wirtschaftskammer Niederösterreich. Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 21.05.2008, N/0044-BVA/09/2008-24). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend der Angaben der AG unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im

Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z. 1 lit.e B-VG gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der AG das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gem. § 312 Abs. 2 Z. 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da laut Stellungnahme der AG das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gem. Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gem. Art. 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGvG und § 6 BvWgG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht im Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gem. § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag über 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. Gem. Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGvG und Paragraph 6, BvWgG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht im Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gem. Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag über 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 gem. § 320 Abs. 1 leg. Cit. Ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gem. § 320 Abs. 1 BVergG innerhalb der gem. § 321 Abs. 2 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 gem. Paragraph 320, Absatz eins, leg. Cit. Ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gem. Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gem. Paragraph 321, Absatz 2, 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 sowie gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z. 16 lit.a sub.lit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die üblichen 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 sowie gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub.lit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die üblichen 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

Gem. § 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 Ast zu beseitigen oder zu verhindern. Gem. 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 Ast zu beseitigen oder zu verhindern.

Gem. § 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 Ast, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des AG 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. Gem. 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 Ast, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des AG 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.

Gem. § 329 Abs. 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des AG 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. Gem. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des AG 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.

Nach § 329 Abs. 4. BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen die zur Erlassung geführt haben nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen die zur Erlassung geführt haben nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Ast behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren. 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 nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Ast geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft und dass sie in der Folge für die Zuschlagerteilung in Frage käme, droht ihr durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Vertragsabschlusses mit der Ast wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNR XXII GP 141). Da somit nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Ast geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft

und dass sie in der Folge für die Zuschlagerteilung in Frage käme, droht ihr durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Vertragsabschlusses mit der ASt wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die ASt auf den entgangenen Gewinn, die frustrierten Kosten im Rahmen der Ortsbesichtigung sowie auch den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweise. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigenden Vermögensnachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; ua BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA vom 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva)..

Dem gegenüber hat die AG keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden, eigenen und öffentlichen Interessen benannt. Öffentliche Interessen, die eine sofortige Vergabe des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter AG nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung vom Vergabekontrollverfahren allenfalls eintreten zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (siehe etwa bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-10; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Unter weiterer Berücksichtigung der Judikatur des EuGH bezüglich 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 der Judikatur des VfGH, 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), ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gem. § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der ASt an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen der AG als überwiegend anzusehen. Unter weiterer Berücksichtigung der Judikatur des EuGH bezüglich 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 der Judikatur des VfGH, 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), ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gem. Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der ASt an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen der AG als überwiegend anzusehen.

Es war daher die Untersagung der Zuschlagserteilung als das nötige und gelindeste Mittel gem. § 328 Abs. 1 und § 329 Abs. § 3 BVergG zu verfügen. Es war daher die Untersagung der Zuschlagserteilung als das nötige und gelindeste Mittel gem. Paragraph 328, Absatz eins und Paragraph 329, Absatz eins, BVergG zu verfügen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger herrschender Ansicht gem. § 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; 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 derzeitiger herrschender Ansicht gem. 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; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153; VwGH 22.03.2000, 2000/04/0033; VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012, VwGH 17.11.2004, 2002/04/0176) 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. 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 VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153; VwGH 22.03.2000, 2000/04/0033; VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012, VwGH 17.11.2004, 2002/04/0176) 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

Alternativangebot, Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe, Ausscheidung, Diskriminierungsverbot, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, fairer Wettbewerb, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Interessensabwägung, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Referenzprojekt, Schaden, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2010245.1.00

Zuletzt aktualisiert am

05.09.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at