

TE Bvwg Beschluss 2014/6/12 W139 2008522-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.06.2014

Entscheidungsdatum

12.06.2014

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lit a
BVergG 2006 §29 Abs2 Z2
BVergG 2006 §29 Abs2 Z5
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z1
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs3
BVergG 2006 §328 Abs4
BVergG 2006 §329 Abs1
BVergG 2006 §329 Abs3
BVergG 2006 §329 Abs4
BVergG 2006 §6
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

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

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 "Erweiterung des bereits im ORF Zentrum sowie dem Funkhaus Wien im Einsatz befindlichen Zutrittssicherheitssystems über die Landesstudios in Österreich, AZ AOE 28/14" über den Antrag der XXXX vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, vom 5. Juni 2014 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 "Erweiterung des bereits im ORF Zentrum sowie dem Funkhaus Wien im Einsatz befindlichen Zutrittssicherheitssystems über die Landesstudios in Österreich, AZ AOE 28/14" über den Antrag der römisch 40 vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, vom 5. Juni 2014 beschlossen:

SPRUCH

A

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird", wird gemäß §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG stattgegeben. Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird", wird gemäß Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Österreichischer Rundfunk, ist es für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Erweiterung des bereits im ORF Zentrum sowie dem Funkhaus Wien im Einsatz befindlichen Zutrittssicherheitssystems über die Landesstudios in Österreich, AZ AOE 28/14", den Zuschlag zu erteilen.

B

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

Text

BEGRÜNDUNG

Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 5. Juni 2014 das im Spruch ersichtliche Begehren. Darüber hinaus

beantragte sie neben Akteneinsicht, Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der XXXX. Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 5. Juni 2014 das im Spruch ersichtliche Begehren. Darüber hinaus beantragte sie neben Akteneinsicht, Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der römisch 40.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrags durch, dessen Ausschreibungsgegenstand die Lieferung von Zutrittssicherheitssystemen für die Landesstudios des Auftraggebers darstelle. Der geschätzte Auftragswert betrage EUR 600.000,00. Der Auftraggeber habe im Rahmen einer Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung vom 28. Mai 2014 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der XXXX bekannt gegeben. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrags durch, dessen Ausschreibungsgegenstand die Lieferung von Zutrittssicherheitssystemen für die Landesstudios des Auftraggebers darstelle. Der geschätzte Auftragswert betrage EUR 600.000,00. Der Auftraggeber habe im Rahmen einer Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung vom 28. Mai 2014 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der römisch 40 bekannt gegeben.

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen diese Zuschlagsentscheidung. Diese erweise sich als rechtswidrig, da zum einen auf Grund der eindeutigen Überschreitung der relevanten Schwellenwerte kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt werden hätte dürfen. Zum anderen würden auch sonst keine besonderen, vom Auftraggeber nachzuweisenden Gründe dieses Verfahren rechtfertigen. Der Auftraggeber stütze die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Blick auf § 29 Abs 2 Z 2 BVerG zunächst darauf, dass auf Grund von technischen Gründen und auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten die Erweiterung, der Betrieb sowie die Wartung des bereits in Betrieb befindlichen Sicherheits-Zutrittskontrollsystems XXXX ausschließlich von der XXXX erbracht werden könne. Dies sei unrichtig, das System XXXX könnte auch von anderen Unternehmen angeboten werden. Abgesehen davon bestehe bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorhaben aber auch gar keine technische Notwendigkeit, das Zutrittskontrollsystems XXXX einzusetzen oder irgendwelche Rechte daran zu haben. Dies gestehe der Auftraggeber im Ergebnis letztlich selbst ein, wenn er sich auf den Gesetzeswortlaut § 29 Abs 2 Z 5 BVerG stütze, wonach ein Auftragnehmerwechsel "unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung" hervorrufen würde. Demnach wäre selbst nach der eigenen Einschätzung des Auftraggebers die Wahl eines anderen Auftragnehmers zwar problematisch, keineswegs aber unmöglich. Die Anwendung des § 29 Abs 2 Z 2 BVerG setze aber gerade voraus, dass die Leistung keinesfalls von einem anderen Unternehmer erbracht werden könne. Schließlich sei aber auch keine technische Notwendigkeit oder technische Schwierigkeit erkennbar, wenn die Landesstudios mit anderen Zutrittskontrollsystemen als XXXX ausgestattet werden würden. Die Berufung auf § 29 Abs 2 Z 5 BVerG (laut Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung offenbar irrtümlich § 25 Z 8 BVerG VS 2012) scheitere auch, da die Ausnahmeregel des § 29 Abs 2 Z 5 BVerG auf 3 Jahre beschränkt sei und in diesem Zeitraum keine entsprechende EU-weite Bekanntmachung betreffend den ursprünglichen Auftrag erfolgt sei. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen diese Zuschlagsentscheidung. Diese erweise sich als rechtswidrig, da zum einen auf Grund der eindeutigen Überschreitung der relevanten Schwellenwerte kein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt werden hätte dürfen. Zum anderen würden auch sonst keine besonderen, vom Auftraggeber nachzuweisenden Gründe dieses Verfahren rechtfertigen. Der Auftraggeber stütze die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Blick auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG zunächst darauf, dass auf Grund von technischen Gründen und auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten die Erweiterung, der Betrieb sowie die Wartung des bereits in Betrieb befindlichen Sicherheits-Zutrittskontrollsystems römisch 40 ausschließlich von der römisch 40 erbracht werden könne. Dies sei unrichtig, das System römisch 40 könnte auch von anderen Unternehmen angeboten werden. Abgesehen davon bestehe bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorhaben aber auch gar keine technische Notwendigkeit, das Zutrittskontrollsystems römisch 40 einzusetzen oder irgendwelche Rechte daran zu haben. Dies gestehe der Auftraggeber im Ergebnis letztlich selbst ein, wenn er sich auf den Gesetzeswortlaut Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 5, BVerG stütze, wonach ein Auftragnehmerwechsel "unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung" hervorrufen würde. Demnach wäre selbst nach der eigenen Einschätzung des Auftraggebers die Wahl eines anderen Auftragnehmers zwar problematisch, keineswegs aber unmöglich. Die Anwendung des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG setze aber gerade voraus, dass die Leistung keinesfalls von einem anderen Unternehmer erbracht

werden könne. Schließlich sei aber auch keine technische Notwendigkeit oder technische Schwierigkeit erkennbar, wenn die Landesstudios mit anderen Zutrittskontrollsystemen als römisch 40 ausgestattet werden würden. Die Berufung auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG (laut Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung offenbar irrtümlich Paragraph 25, Ziffer 8, BVerg VS 2012) scheitere auch, da die Ausnahmeregel des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG auf 3 Jahre beschränkt sei und in diesem Zeitraum keine entsprechende EU-weite Bekanntmachung betreffend den ursprünglichen Auftrag erfolgt sei.

Geschäftsgegenstand der Antragstellerin sei unter anderem die Lieferung und Errichtung von Sicherheitssystemen, insbesondere auch von Zutrittssystemen. Hätte der Auftraggeber eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, so hätten sich die Antragstellerin daran beteiligt und im Auftragsfall einen entsprechenden Gewinn erwirtschaften können. Es drohe daher ein Schaden in der Höhe des, zurzeit mangels genauer Kenntnis des zugrundeliegenden Lieferauftrags nicht genau bezifferbaren entgangenen Gewinns und in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf rechtskonforme Wahl des Vergabeverfahrens, auf Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Leistungen, auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, an dem wir uns beteiligen können, auf Zuschlagsentscheidung zu unseren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an uns in Betracht kommt und auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften als verletzt.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im einleitenden Antrag im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden können und ihr der aufgezeigte Schaden drohe. Es würden weder besondere Interessen des Auftraggebers noch besondere öffentliche Interessen vorliegen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Mit Schriftsatz vom 10. Juni 2014 erteilte der Auftraggeber, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, 1060 Wien, Mariahilfer Straße 1b/17, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag (CPV-Code 35121000), welcher in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden soll. Die Zuschlagsentscheidung sei am 23. Mai 2014 erfolgt. Diese sei in der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung bekannt gegeben worden und laute auf die XXXX. Es würden technische Gründe aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten vorliegen, die eine ausschließliche Leistungserbringung durch die XXXX erfordern würden. Die Auswahl des Zuschlagsempfängers erfolge aufgrund einer Erweiterung von Lieferungen bestehender Einrichtungen. Ein Wechsel des Auftragnehmers würde dazu führen, dass der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichem technischem Wert einkaufen müsste und dies technische Unvereinbarkeiten und unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung hervorrufen würde. Es seien demnach die Ausnahmeregelungen des § 25 Z 8 BVergGVS anzuwenden. Es handle sich um ein Vergabeverfahren im Sicherheitsbereich zur Beschaffung sensibler Ausrüstung nach den Bestimmungen des BVergGVS, da die Rundfunkeinrichtungen im Fokus der Öffentlichkeit stehen würden und potentielle Ziele krimineller und terroristischer Aktivitäten seien, weswegen der Schutz der Rundfunkeinrichtungen im erhöhten allgemeinen Interesse liege. Detailkenntnisse über das Zutrittssystem wären geeignet, diese Interessen zu gefährden. Mit Schriftsatz vom 10. Juni 2014 erteilte der Auftraggeber, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, 1060 Wien, Mariahilfer Straße 1b/17, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag (CPV-Code 35121000), welcher in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden soll. Die Zuschlagsentscheidung sei am 23. Mai 2014 erfolgt. Diese sei in der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung bekannt gegeben worden und laute auf die römisch 40. Es würden technische Gründe aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten vorliegen, die eine ausschließliche Leistungserbringung durch die römisch 40 erfordern würden. Die Auswahl des Zuschlagsempfängers erfolge aufgrund einer Erweiterung von Lieferungen bestehender Einrichtungen. Ein Wechsel des Auftragnehmers würde dazu führen, dass der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichem technischem Wert einkaufen müsste und dies technische Unvereinbarkeiten und unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung hervorrufen würde. Es seien demnach die Ausnahmeregelungen des Paragraph 25, Ziffer 8, BVergGVS anzuwenden. Es handle sich um ein Vergabeverfahren im Sicherheitsbereich zur Beschaffung sensibler

Ausrüstung nach den Bestimmungen des BVergGVS, da die Rundfunkeinrichtungen im Fokus der Öffentlichkeit stehen würden und potentielle Ziele krimineller und terroristischer Aktivitäten seien, weswegen der Schutz der Rundfunkeinrichtungen im erhöhten allgemeinen Interesse liege. Detailkenntnisse über das Zutrittssystem wären geeignet, diese Interessen zu gefährden.

Die Auftraggeberin sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

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

Der Österreichische Rundfunk gab mit freiwilliger Ex-ante Transparenzbekanntmachung (2014/S 102-178696 - veröffentlicht am 28. Mai 2014; L-550928-4523 - veröffentlicht am 26. Mai 2014) bekannt, dass der Auftrag hinsichtlich der Erweiterung des bereits im ORF Zentrum sowie dem Funkhaus Wien im Einsatz befindlichen Zutrittssicherheitssystems über die Landesstudios in Österreich an die XXXX, vergeben werden soll. Er bezeichnete als gewählte Verfahrensart ein "Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung/eines Aufrufs zum Wettbewerb" und berief sich diesbezüglich auf technische Gründe aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten und auf § 25 Z 8 BVergGVS. Den ursprünglich geschätzten Auftragswert gab der Auftraggeber in der Bekanntmachung mit EUR 600.000,-- an. Der Österreichische Rundfunk gab mit freiwilliger Ex-ante Transparenzbekanntmachung (2014/S 102-178696 - veröffentlicht am 28. Mai 2014; L-550928-4523 - veröffentlicht am 26. Mai 2014) bekannt, dass der Auftrag hinsichtlich der Erweiterung des bereits im ORF Zentrum sowie dem Funkhaus Wien im Einsatz befindlichen Zutrittssicherheitssystems über die Landesstudios in Österreich an die römisch 40, vergeben werden soll. Er bezeichnete als gewählte Verfahrensart ein "Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung/eines Aufrufs zum Wettbewerb" und berief sich diesbezüglich auf technische Gründe aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten und auf Paragraph 25, Ziffer 8, BVergGVS. Den ursprünglich geschätzten Auftragswert gab der Auftraggeber in der Bekanntmachung mit EUR 600.000,-- an.

Am 5. Juni 2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag, gerichtet auf die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

2.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Vorbehaltlich einer anderslautenden Entscheidung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass das Beschaffungsvorhaben unter das BVergGVS fällt.

Auftraggeber ist der Österreichische Rundfunk. Unvorgreiflich der Entscheidung im Hauptverfahren ist dieser als öffentlicher Auftraggeber iSd § 4 Z 2 BVergGVS zu qualifizieren (siehe BVwG vom 27. Februar 2014, W134 2000169-1/38E mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 6 BVergGVS. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Auftraggeber ist der Österreichische Rundfunk. Unvorgreiflich der Entscheidung im Hauptverfahren ist dieser als öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 4, Ziffer 2, BVergGVS zu qualifizieren (siehe BVwG vom 27. Februar 2014, W134 2000169-1/38E mwN). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 6, BVergGVS. Das Verfahren wird in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm § 135 BVergGVS iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. 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 Paragraph 135, BVergGVS in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 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 die oben wiedergegebenen Anträge 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 die oben wiedergegebenen Anträge 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. Der Antrag auf Nichtigklärung ist am 5. Juni 2014 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden (§§ 321 Abs 1 und 328 Abs 3 und 4 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). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Nichtigklärung ist am 5. Juni 2014 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden (Paragraphen 321, Absatz eins und 328 Absatz 3 und 4 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).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die "Zuschlagsentscheidung" an die XXXX. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG (siehe EBRV 327 BlgNR XXIV. GP 15f). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die "Zuschlagsentscheidung" an die römisch 40. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG (siehe EBRV 327 BlgNR römisch 24. Gesetzgebungsperiode 15f).

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.

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 zu ihrer 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 zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der im Rahmen einer ex-ante Transparenzbekanntmachung bekannt gegebenen 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 Antragstellerin geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft, 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 einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin 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 Antragstellerin geltend gemachte Rechtswidrigkeit zutrifft, 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 einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den entgangenen Gewinn und auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (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).

Der Auftraggeber hat seinerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt und sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Im Übrigen sind dem Bundesverwaltungsgericht keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (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.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist darüber hinaus auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Es war daher antragsgemäß die Untersagung der Zuschlagserteilung zu verfügen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; 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 hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; 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

drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, Interessensabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2008522.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at