jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Beschluss 2018/10/4 W138 2205882-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 04.10.2018

Entscheidungsdatum

04.10.2018

Norm

BVergG 2018 §342
BVergG 2018 §350 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs2
BVergG 2018 §351 Abs1
BVergG 2018 §351 Abs3
BVergG 2018 §351 Abs4
B-VG Art.133 Abs4
B-VG Art.133 Abs9
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W138 2205882-1/4E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Akademiestr. 23, PH Hochschulgebäude Salzburg, Sanierung und Erweiterung, Elektrotechnische Anlagen" der Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG, Getreidemarkt 14, 1010 Wien vom 18.09.2018:

A)

Dem Antrag "Das Bundesverwaltungsgericht möge eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren "Pädagogische Hochschule Salzburg Sanierung und Erweiterung, Elektrotechnische Anlagen" die Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt, in eventu der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote untersagt, in eventu der Auftraggeberin letztlich die Erteilung des Zuschlages untersagt wird" wird gemäß §§ 350 Abs. 1, 351 Abs. 1, 3 und 4 BVergG 2018 dahingehend stattgegeben, als im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wird.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 18.09.2018, am selben Tag beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. einzelner Ausschreibungsbestimmungen bzw. rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin im Zuge der Fragenbeantwortung. Weiters beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Einsicht in den Vergabeakt sowie den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (im Weiteren Auftraggeberin) habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 23.08.2018 ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Bauleistung eingeleitet. Bekämpft werde die Ausschreibungsunterlage der Auftraggeberin, die gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018 gesondert anfechtbar sei. Die Angebotsfrist ende am 26.09.2018. Die Antragstellung sei daher rechtzeitig erfolgt.

Mit den von der Auftraggeberin gewählten Zuschlagskriterien habe diese verdeutlicht, dass die Wirtschaftlichkeit und damit der Angebotspreis im Fokus des Beschaffungsvorganges stünde. Es sei daher für die Antragstellerin von erheblicher Bedeutung gerade im Bereich der unechten Bieterlücken gegenüber dem Leitprodukt günstigere Produkte zu finden. Die Antragstellerin habe im Wege der Fragebeantwortung bei einigen unechten Bieterlücken um Bekanntgabe der Kriterien für die Gleichwertigkeitsprüfung ersucht. Diesbezüglich seien von der Auftraggeberin dennoch keine Festlegungen getroffen worden, die es dem Bieter ermöglichen würden, alternative, günstigere Produkte am Markt zu suchen und anzubieten. Aufgrund der einschränkenden Vorgaben der Auftraggeberin in der Ausschreibung an die Gleichwertigkeit, welche letztlich nur mehr das Leitprodukt zulassen würde, betreffe im Einzelnen aufgezählte Positionen. Durch diese Vorgaben der Auftraggeberin seien die Kriterien für die Bewertung der Gleichwertigkeit gegenüber dem jeweiligen Leitprodukt der Gestalt, dass lediglich das Leitprodukt angeboten werden könne und kein alternatives Produkt dem zu strengen Maßstab der Gleichwertigkeit entsprechen könne. Durch die Rechtswidrigkeiten würde der Antragstellerin die Möglichkeit auf die spätere Zuschlagserteilung entgehen, weshalb ihr ein wirtschaftlicher Verlust drohe. Die Antragstellerin erachte sich insbesondere im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und habe Pauschalgebühren in ordnungsgemäßer Höhe entrichtet.

Bezüglich des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die beantragte Aussetzung der Angebotsfrist zwingend erforderlich sei, da die Antragstellerin andernfalls nicht in der Lage wäre, fristgerecht ein entsprechendes Angebot abzugeben. Überdies könnte die Auftraggeberin ansonsten unumkehrbare Tatsachen schaffen. In der vorliegenden Konstellation würden die Interessen der Antragstellerin auf Beseitigen der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das BVwG sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Am 20.09.2018 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab keine inhaltliche Stellungnahme zur beantragten Einstweiligen Verfügung ab..

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahme, der bezugnehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Diese schrieb im August 2018 in einer EU-weiten Bekanntmachung ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Bauauftrages zwecks Sanierung und Erweiterung elektrotechnischer Anlagen aus (EU-weite Bekanntmachung vom 24.08.2018; Tag der Absendung 23.08.2018, ABl. 2018/S 162-369597).

Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, verbunden mit einem Nachprüfungsantrag wurde am 18.09.2018 beim Bundesverwaltungsgericht fristgerecht eingebracht. Die Antragstellerin entrichtete die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderlichen Pauschalgebühren. Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Maßgebliche Rechtslage

Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs. 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft. Da das gegenständliche Vergabeverfahren am 23.08.2018 eingeleitet wurde, ist gemäß § 376 BVergG 2018 das BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 anwendbar.

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung z. B. BVwG 13.10.2016, W123 2133597-2/24E mit weiteren Nachweisen). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag, der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs. 2 BVergG 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 § 334 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs. 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 350 Abs. 2 BVergG vorliegen. Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung wurden in ausreichendem Umfang bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 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 § 351 Abs. 1 BVergG 2018 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 § 351 Abs. 3 BVergG 2018 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 § 351 Abs. 4 BVergG 2018 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 gegenständlichen Ausschreibung bzw. einzelner Festlegungen der Ausschreibung. 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 zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags 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 Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auch auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts verweist. Beim Verlust eines Referenzprojekts handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E uva).

Darüber hinaus ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel 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.

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung hat ein gewissenhafter Auftraggeber die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen und einen eventuellen finanziellen Mehraufwand schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand bedingt sein kann. An dieser Stelle sei auch auf die Empfehlung des Rechnungshofes hingewiesen, Szenarien auszuarbeiten, um auf etwaige Terminverzögerungen flexibel reagieren zu können. Damit sollte verhindert werden, dass Terminverzögerungen automatisch große Kostenauswirkungen verursachen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen und insbesondere des Aspekts des auch im gegenständlichen Vergabeverfahren maßgeblichen Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist, erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 351 Abs. 1 BVergG nicht gegeben, sondern ist vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs. 3 BVergG auszusprechen war (R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2220).

Bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 351 Abs. 3 BVergG. Für den Fall, dass tatsächlich nur einzelne

Ausschreibungsfestlegungen gestrichen werden können, wäre hiermit nämlich, durchaus auch im Interesse der Auftraggeberin liegend, das Fortführen des Vergabeverfahrens auf der Basis der geänderten Ausschreibungsbestimmungen gewährleistet (BVA 07.11.2013, N/0108-BVA/04/2013-EV6; BVA 23.05.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6 uva). Eine Öffnung allfälliger Angebote kommt daher bereits insofern nicht in Betracht, zumal sich dies aus § 133 BVergG ohnedies ergibt, da Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist, welche gegenständlich ausgesetzt wird, geöffnet werden dürfen.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit herrschender Rechtsprechung gemäß § 351 Abs. 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. (ua BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; BVwG 15.12.2016, W138 2141684-1/2E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu Spruchpunkt B)

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.

Nach Art. 133 Abs. 9 iVm Abs. 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; 30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 01.03.2007, 2005/04/0239; 27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 29.09.2011, 2011/04/0153) 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, Angebotsfrist, Aussetzung der Angebotsfrist, Bauauftrag, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Fortlaufshemmung, Fristenlauf, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Gleichwertigkeit, Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Ausschreibung, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Risikotragung, Schaden, unechte Bieterlücken, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W138.2205882.1.00

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2018

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at