

# TE Bvwg Beschluss 2019/3/11 W134 2215377-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.03.2019

## Entscheidungsdatum

11.03.2019

## Norm

BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §342 Abs1  
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  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W134 2215377-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Einmalkatheter", der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 01.03.2019 "das BVwG wolle eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin aufgetragen wird, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der (sic!)

Lauf der Angebotsfrist auszusetzen, in eventu, eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagt wird" folgenden Beschluss:

A)

Der Lauf der Angebotsfrist wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 350 BVergG 2018 ausgesetzt.

B)

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

## Text

## BEGRÜNDUNG:

### I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 01.03.2019, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die am 07.02.2019 bekanntgemachte Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären, in eventu diese dahingehend für nichtig zu erklären, dass in sämtlichen Losen jeweils folgende Festlegung zu streichen ist: "Die Einmalkatheter sind PVC-frei", die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 07.02.2019, habe die Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich über die Lieferung von "Einmalkatheter" nach dem Bestbieterprinzip eingeleitet. Bei dem gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Lieferauftrag. Angefochtene Entscheidung sei die am 07.02.2019 bekanntgemachte Ausschreibung. Bei der Ausschreibung vom 07.02.2019 handle es sich gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG 2018 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung in einem offenen Verfahren. Zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

1. Unzulässiges Abgehen von geeigneten Leitlinien und standardisierten Leistungsbeschreibungen: Die von der Auftraggeberin gewählte Materialeigenschaft "PVC-frei" stelle ein gänzlich Abweichen insbesondere von der ÖNORM EN ISO 20697 dar. In keiner Weise verbiete die ÖNORM eine Verwendung des Stoffes PVC bei der Produktion von Kathetern. Das gänzliche Abweichen der Auftraggeberin von dieser Normbestimmung sei medizinisch in keiner Weise begründbar und stelle, mangels Bedachtnahme der Leistungsverzeichnisse auf die ÖNORM, eine Verletzung des § 105 Abs 3 BVergG dar.

2. Unzulässigkeit der diskriminierenden, wettbewerbsbeschränkenden und unsachlichen technischen Spezifikationen: Die Auftraggeberin habe technische Spezifikationen festgelegt, die von den gebräuchlichen und sachgerechten Standardregelungen für einschlägige Produkte durchgängig abweichen würden. Insbesondere sei die Einzelbestimmung zur PVC-Freiheit inhaltlich in keiner Weise nachvollziehbar. Eine (allgemeine) PVC-Freiheit entspreche weder dem Stand der Technik noch sei sie aus Gründen der Patientensicherheit sachlich gerechtfertigt. PVC sei kein gesundheitsgefährdender Stoff. Die Produktspezifikationen der gegenständlichen Ausschreibung sei auf die Produkte einiger weniger Anbieter zugeschnitten. Allen übrigen einschlägigen Anbietern würde faktisch eine Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung verunmöglicht oder zumindest erheblich erschwert werden. Die Ausschreibung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 05.03.2019 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 04.02.2019, in der EU am 04.02.2019 erfolgt. Die Angebotsöffnung habe noch nicht stattgefunden. Angebote hätten ursprünglich bis 11.3.2019 abgegeben werden müssen. Mit Infomail vom 4.3.2019 habe die Auftraggeberin die Angebotsfrist auf 24.4.2019, 11:00 Uhr, erstreckt.

Die Auftraggeberin sprach sich ausdrücklich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, mit welcher die Angebotsfrist für die gesetzlich vorgesehene Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen nach Einlangen des Nachprüfungsantrages ausgesetzt werde.

### II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, hat einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 04.02.2019, in der EU am 04.02.2019 erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich für den 11.3.2019 vorgesehen und ist nach einer Fristerstreckung für den 24.04.2019, 11:00 Uhr, festgesetzt worden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 05.03.2019).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quelle, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

## 2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 BVergG 2018 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 343 Abs. 3 BVergG 2018 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist endete ursprünglich am 11.03.2019. Der Nachprüfungsantrag ist am 01.03.2019 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

## 3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 350 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 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 § 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 Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die im Spruch genannten Anträge gestellt.

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

Da die Ausschreibung bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und ihr im Falle der Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung ein unmittelbarer Vermögensschaden infolge der (frustrierten) Kosten für die Angebotserstellung droht, war spruchgemäß zu entscheiden.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerinnen, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberinnen, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 351 Abs 4 BVergG 2018 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus

dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes 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. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl. BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) 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.

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. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 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**

Angebotsfrist, Aussetzung der Angebotsfrist, Dauer der Maßnahme, effektiver Rechtsschutz, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Frist, gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Interessenabwägung, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Schaden, Vergabeverfahren

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W134.2215377.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.06.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)