

TE Bvwg Beschluss 2020/1/16 W187 2227326-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.01.2020

Entscheidungsdatum

16.01.2020

Norm

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §350

BVergG 2018 §350 Abs1

BVergG 2018 §350 Abs2

BVergG 2018 §351 Abs1

BVergG 2018 §351 Abs3

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W187 2227326-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der AAAA vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Rudolfsplatz 4, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarungen für die Herstellung von Druckerzeugnissen" der Auftraggeberin Oesterreichische Nationalbank (OeNB), Abteilung EGS, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, vom 9. Jänner 2020 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA an das Bundesverwaltungsgericht, "die einstweilige Verfügung zu treffen, der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den oben unter I. ausgeführten

Nachprüfungsantrag bei sonstiger Nichtigkeit die Zuschlagserteilung zu untersagen", gemäß §§ 350 Abs 1 und 351 Abs 1 BVergG ab.

B)

DIE REVISION IST GEMÄß ART 133 ABS 4 B-VG NICHT ZULÄSSIG.

Text

BEGRÜNDUNG

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 9. Jänner 2020 beantragte die AAAA ,[HR1] vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Rudolfsplatz 4, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, die Gewährung von Akteneinsicht, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch unter A) wiedergegeben. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarungen für die Herstellung von Druckerzeugnissen" der Auftraggeberin Oesterreichische Nationalbank (OeNB), Abteilung EGS, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien, vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung des Vergabeverfahrens, der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin und der Darstellung des Sachverhalts behauptet die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss durch die Beteiligung am Vergabeverfahren. Sie nennt als drohenden Schaden den Verlust eines Referenzprojekts, einen Imageschaden durch das Ausscheidenden, bisher entstandene Beratungs- und Vertretungskosten sowie die Pauschalgebühren. Sie macht Ausführungen zur Rechtzeitigkeit. Sie erachtet sich im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres ausschreibungskonformen Angebots und damit auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren verletzt. Die Auftraggeberin verletzte mit ihrer rechtswidrigen Entscheidung die unionsrechtlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter.

1.2 Die Antragstellerin führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin Punkt 3.9.1 der Ausschreibung "Umweltkriterium", wonach Bieter sie die Antragstellerin, die eine Zertifizierung nach ISO 14001:2015 verlegten, zusätzlich ein EU-Ecolabel nachweisen müssten. Die Ausschreibungskonformität des Angebots sei im Einzelfall am Maßstab der Ausschreibungsunterlagen zu prüfen. Die Formulierung in Punkt 3.9.1 der Ausschreibungsunterlagen beziehe sich eindeutig auf den Vorgang der Produktion, dh auf die Zertifizierung eines Herstellungsprozesses. Die Antragstellerin habe in der vorangegangenen Korrespondenz darauf hingewiesen, dass die Formulierung in der Ausschreibung Bieter die Möglichkeit eröffne, entweder ein EU-Ecolabel oder eine gleichwertige Zertifizierung zum Nachweis des Umweltkriteriums vorzulegen. Es lasse sich das Erfordernis der kumulativen Zertifizierung gerade nicht ableiten. Aus der Formulierung "oder Kopien ähnlicher Zertifikate" ergebe sich, dass andere Zertifikate als das EU-Ecolabel Zertifikat als alternativer Nachweis ausreichten, sofern sie dem Ecolabel "entsprechen" und formal diesem "ähnlich" seien. Die Auftraggeberin nehme in der Begründung der angefochtenen Entscheidung auf ihre Hausdruckerei Bezug, die in dem "Umweltkriterium" nicht erwähnt sei. Mit der Vorlage des gültigen, aufrechten Nachweises ihrer ISO-Zertifizierung ISO 14001:2015 sei die Antragstellerin ihrer Verpflichtung zur Erfüllung des Umweltkriteriums vollumfänglich nachgekommen und habe einen laut der einschlägigen Ausschreibungsbestimmung dem EU-Umweltzeichen/EU-Ecolabel gleichwertigen Nachweis erbracht. Sie habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, das nicht ausgeschieden werden dürfe. Die angefochtene Entscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

1.3 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass sie ein rechtlich geschütztes Interesse am Zuschlag der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung habe. Sie sei entsprechend befugt und befähigt, die auftragsgegenständlichen Dienstleistungen im Rahmen der Rahmenvereinbarung zu erbringen. Die angefochtene Entscheidung sei rechtswidrig. Das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin diskriminiere diese offenkundig, beeinträchtige den Wettbewerb und stelle einen groben Verstoß gegen das BVergG 2018 dar. Die Antragsgegnerin beabsichtige unzulässigerweise eine unbefristete Vergabe der Konzession. Die Antragstellerin wolle am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen. Sie erfülle alle Voraussetzungen für einen Zuschlag. Infolge ihres

Ausscheidens und dem damit verbundenen Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren drohten ihre Aufwendungen für die Teilnahme am vorangegangenen Vergabeverfahren und für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren frustriert zu werden. Die Kosten dieser Verfahren bildeten das Vertrauensinteresse. Dieses sei im gegenständlichen Fall angesichts der Pauschalgebühren und der Vertretungskosten mit ca € 10.000 zu veranschlagen. Das Erfüllungsinteresse umfasse den entgangenen Gewinn und die optimale Nutzung der Kapazitäten der Antragstellerin. Angesichts der Auftragssumme stellten auch diese einen beträchtlichen Wert dar. Durch die grob rechtswidrige und gegen sämtliche vergaberechtliche Grundsätze verstößende Entscheidung des Ausscheidens der Antragstellerin und die Fortsetzung des Vergabeverfahrens ohne die Antragstellerin entstehe dieser ein schwerer, unwiederbringlicher wirtschaftlicher Schaden. Verzögerungen durch ein Vergabenachprüfungsverfahren müsse der Auftraggeber nach der Rechtsprechung zeitlich einkalkulieren. Diese stellten per se keine besondere Beeinträchtigung öffentlicher Interessen dar. Besondere öffentliche Interessen an der (unverzüglichen) Fortführung seien im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich. Eine Zuschlagserteilung würde den Rechtsschutz der Antragstellerin wesentlich beeinträchtigen und den vergaberechtlichen Rechtsschutz letztlich aushebeln. Jedenfalls seien die verletzten Interessen des Antragstellers im Verhältnis zu etwaigen öffentlichen Interessen an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens erheblich.

2. Am 15. Jänner 2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und beantragte die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, da ein dringender Beschaffungsbedarf bestehe, da dieser unzulässig sei. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag werde alleine die Ausscheidentscheidung der Auftraggeberin vom 31. Dezember 2019 bekämpft. Das vorliegende Vergabeverfahren befindet sich derzeit noch im Stadium der Angebotsprüfung. Eine Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, sei daher noch nicht erfolgt. Nachdem die Ausscheidentscheidung nicht bestandskräftig sei - und dies bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens auch nicht werden könne - sei die Antragstellerin als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieter" zu qualifizieren und wäre dieser daher eine allfällige Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, bekannt zu geben. Ohne diese Bekanntgabe und Abwarten der Stillhaltefrist dürfte die Auftraggeberin die Rahmenvereinbarung nicht abschließen. Diese - gesondert anfechtbare - Entscheidung könnte sohin von der Antragstellerin mit einem eigenen Nachprüfungsantrag sowie einem eigenen Antrag auf einstweilige Verfügung bekämpft werden und könne daher derzeit jedenfalls kein "unmittelbar drohender" Schaden für die Antragstellerin vorliegen. Folglich fehle es auch an den Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Nach ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden sei daher eine in einer solchen Konstellation beantragte einstweilige Verfügung abzuweisen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Österreichische Nationalbank (OeNB) schreibt unter der Bezeichnung "Rahmenvereinbarungen für die Herstellung von Druckerzeugnissen" eine Rahmenvereinbarung über Dienstleistungen mit dem CPV-Code 79800000-2 - Druckereidienste und verbundene Dienstleistungen des Druckgewerbes in einem offenen Verfahren nach dem Billigstangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 400.000 ohne USt. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 25. Oktober 2019, 2019/S 207-504937, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 25. Oktober 2019 91100001123637. Das Ende der Angebotsfrist war der 26. November 2019. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.2 Bei der Angebotsöffnung am 26. November 2019 öffnete die Auftraggeberin in Anwesenheit von zwei ihrer Vertreter folgende Angebote mit den genannten Angebotssummen ohne USt.

* -XXXX € 1.554.752,78

* -XXXX € 1.448.878,56

* -XXXX € 3.290.623,20

* -AAAA € 1.327.365,36

* -XXXX € 2.094.856,10

* -XXXX € 1.476.963,00

Bei der Angebotsöffnung waren keine Vertreter von Bieterin anwesend. Die Auftraggeberin versandte die Niederschrift elektronisch an alle Bieter. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.3 Ab 29. November 2019 forderte die Auftraggeberin von der Antragstellerin dreimal fehlende Eignungsnachweise sowie Muss-Kriterien nach. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.4 Am 30. Dezember 2019 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgende Ausscheidentscheidung mit.

"Ausscheiden Ihres Angebotes

Es hat sich im Zuge der Prüfung bedauerlicherweise gezeigt, dass Ihr Angebot auszuscheiden ist. Die Gründe für diese Entscheidung finden Sie im Anhang."

(Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag)

Die angeschlossene Begründung lautet wie folgt:

"Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir Ihr Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVerG 2018 ausscheiden müssen.

Begründung:

Der Nachweis, dass die Druckerzeugnisse gern. Europäischen Umweltzeichen - EU Ecolabel bzw. ähnlichen Zertifizierungen (mindestens UZ24 für Druckerzeugnisse) produziert werden (Kap. 3.9.1, MUSS-Kriterium) konnte trotz mehrmaliger Nachforderung nicht erbracht werden.

Die Hausdruckerei der Österreichischen Nationalbank wurde vor rund 10 Jahren das Umweltlabel „Umweltzeichen 24 für Druckprodukte“ und vor rund 5 Jahren das „EU-Ecolabel“ nach erfolgreicher Zertifizierung verliehen. Als Basis dieser beiden Umweltlabels dient ein integriertes Qualitäts- und Umwelt-Managementsystem - 1809001:2015 und 18014001:2015. Managementsysteme wie die ISO-Normen zielen auf die internen Prozesse des Unternehmens ab, wobei Umweltlabels die allgemeinen Umweltleistungen bzw. Rechtsvorschriften eines Unternehmens dezidiert voraussetzen und die Vergabekriterien des EU-Umweltzeichens auf spezifische Produkte oder Dienstleistungen festlegen. Die Verpflichtung zu messbaren Zielen, die die Umweltlabel vorschreiben, stellen einen Beitrag zur Nachhaltigkeit der gefertigten Produkte in Bezug auf Ökologie und Ökonomie (schonender Umgang mit Ressourcen, Energiebilanz, Abfallvermeidung, CO₂-Emissionen, etc.) dar, zu denen sich die Österreichische Nationalbank verpflichtete. Als Zeichen dieser Verpflichtung werden die Umweltlabels auch in den Druckprodukten veröffentlicht. Wenn der entsprechende externe Druckpartner, diese zertifizierten Umweltlabels nicht selbst besitzt, dürfen die Druckprodukte damit auch nicht gekennzeichnet werden.

Die Umweltkriterien in der Ausschreibung unter Punkt 3.9.1. setzen verpflichtend einen Umweltlabel - entweder Umweltzeichen 24 für Druckprodukte oder einen EU-Ecolabel - und eine ISO 14001:2015 oder EMAS-Zertifizierung voraus. Eine ISO 14001:2015 ist nicht ausreichend, da die Österreichische Nationalbank ihrer Verpflichtung nicht nachkommen kann.

Wir bedauern, Ihnen keine bessere Mitteilung machen zu können und hoffen, Sie auch bei zukünftigen Ausschreibungen wieder als Bieter begrüßen zu dürfen."

(Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag)

1.5 Die Auftraggeberin hat weder eine Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, getroffen und bekanntgegeben noch das Vergabeverfahren widerrufen oder den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.6 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

3.240. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente.

Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG,BGBI I 2013/10, idF BGBI I 2019/44, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG,BGBI I 2013/33 idF BGBI I 2018/57, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5, § 30, § 38a Abs. 3 und § 50 Abs. 3 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse."

3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBI I 2018/65 idF BGBI II 2019/91, lauten:

"Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatzuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG,BGBI. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

Antragstellung

§ 350. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzurufen, 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 342 Abs. 1 genannten Voraussetzungen,

3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) ...

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 351. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht 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.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar."

3.2 Zu Spruchpunkt A) - Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die Österreichische Nationalbank (OeNB). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVwG 28. 4. 2015, W139 2017669-2/69E; BVA 14. 2. 2011, N/0001-BVA/14/2011-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 7 BVergG, dessen Gegenstand nicht in Anh XVI genannt ist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 334 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 334 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 343 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte.

3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig 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. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

3.2.2.1 Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 351 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Auswahl eines Angebots für den Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Abschluss der Rahmenvereinbarung beabsichtigt sind. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 351 Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am

Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Angebotslegung und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (BVwG 29. 1. 2015, W187 2017416-1/3E).

3.2.2.2 Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens und im Erhalt des Auftrags.

3.3.2.3 Die Auftraggeberin beantragt die Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, da der Antragstellerin noch kein Schaden drohe, sie bis zum Abschluss des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens als im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin anzusehen sei und ihr daher die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, jedenfalls mitzuteilen sei. Diese Entscheidung könne die Antragstellerin gegebenenfalls anfechten.

3.2.2.4 Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVwG 22. 8. 2014, W187 2010665-1/11E; 11. 7. 2017, W187 2163208-1/3E), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVwG 2. 3. 2015, W187 2101270-1/6E; 19. 1. 2017, W187 2144680-1/2E). Es besteht ein Primat des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (EuGH 9. 4. 2003, C-424/01, CS Austria, Rn 30, Slg 2003, I-3249).

3.2.2.5 Öffentliche Interessen, die eine sofortige Vergabe des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

3.2.2.6 Zu berücksichtigen ist, dass die Auftraggeberin bisher keine Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, bekannt gegeben hat, diese jedoch für den Abschluss der Rahmenvereinbarung notwendige Voraussetzung wäre.

3.2.2.7 Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Dabei ist gemäß § 351 Abs 3 BVergG die jeweils gelindste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

3.2.2.8 Die Ausscheidentscheidung ist zwar grundsätzlich eine letzte Entscheidung für die Antragstellerin. So lange allerdings das Vergabeverfahren über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidentscheidung anhängig ist, wird sie nicht bestandskräftig und die Auftraggeberin muss der Antragstellerin die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitteilen. Ein unwiderruflicher Schaden für die Antragstellerin tritt dadurch nicht ein, weil durch eine allfällige Nichtigerklärung der Ausscheidentscheidung die Auftraggeberin sie bei der Wahl des Angebots für den Zuschlag berücksichtigen muss. Die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidentscheidung ist jedoch im Hauptverfahren zu klären. Die einzige Entscheidung, die die Antragstellerin abschließend belastet und den Eintritt des drohenden Schadens herbeiführt, ist die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, die bisher nicht ergangen ist.

3.2.2.9 Die Auftraggeberin ist gemäß § 154 Abs 3 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Die Erläuterungen zum Vergaberechtsreformgesetz 2018 führen zur Zuschlagsentscheidung aus:

"Die Verständigungspflicht bezieht sich demgemäß nur mehr auf die noch im Vergabeverfahren ‚verbliebenen‘ Bieter. ‚Verbliebene‘ Bieter sind die Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidentscheidung noch nicht rechtskräftig geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter UAbs. der RMRL spricht von einem ‚endgültig[en]‘ Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.“ (RV 69 BlgNR XXVI. GP, 156). Gemäß Art

2a Abs 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Anzumerken ist, dass gemäß Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG Aufträge im Sinn der Richtlinie ua auch Rahmenvereinbarungen umfassen und damit den Rechtsschutz jenem der Vergabe von Aufträgen gleichstellen (Hamer in Steinicke/Vesterdorf (Hrsg), EU Public Procurement Law [2018], Art 33 RL 2014/24/EU Rz 11). Bieter gelten demnach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Die bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2007/66/EG bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 143 Abs 1 BVergG bzw der Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, § 154 Abs 3 BVergG steht damit in Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidensentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit des nachfolgenden Zuschlags und Vertrags - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (J. Aicher in Schramm/?Aicher/?Fruhmann/?Thienel, § 131 Rz 17; siehe dazu überdies die oben zitierten Entscheidungen des BVA).

3.3.2.10 Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 350 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Ohne Bekanntgabe, welchem Bieter die Auftraggeberin gedenkt, den Zuschlag zu erteilen, ist die Auftraggeberin nicht in die Lage versetzt, rechtmäßig den Zuschlag zu erteilen. Vielmehr müsste sie zuvor noch eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Abschluss des Vertrags nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/?Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058).

3.2.2.11 Zusammenfassend ist beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine drohende Schädigung der rechtlich geschützten Interessen erkennbar, die die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfordern würde.

3.2.2.12 Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Nichtzulassung der Revision

3.3.1 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.

3.3.2 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

Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheidensentscheidung,
Ausscheidensgründe, Bekanntgabepflicht, Dauer der Maßnahme,
Dienstleistungen, Dienstleistungsauftrag, einstweilige Verfügung,

Interessenabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber, Provisorialverfahren, Rahmenvereinbarung, Schaden, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W187.2227326.1.00

Zuletzt aktualisiert am

17.02.2020

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at