jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Beschluss 2020/6/10 W187 2231549-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.06.2020

Entscheidungsdatum

10.06.2020

Norm

BVergG 2018 §172
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 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs2
BVergG 2018 §351 Abs1
BVergG 2018 §351 Abs3
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
BVergG 2018 §5
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W187 2231549-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der XXXX auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Sanierung von 4 Brücken am Pass Luegg Km 35.601, 36.975, 37.342, 36.579 – Verfahren ID: 46554“ der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ÖBB Infrastruktur AG, Hochleiterweg 133, 8990 Bad Aussee, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 Wien, vom 4. Juni 2020 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge der XXXX , „das Bundesverwaltungsgericht möge a) mittel einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu für die Dauer von sechs Wochen) der

Auftraggeberin die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlags untersagen; b) in eventu mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu für die Dauer von sechs Wochen) der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags 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 4. Juni 2020 beantragte die XXXX in der Folge Antragstellerin, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, 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 „Sanierung von 4 Brücken am Pass Luegg Km 35.601, 36.975, 37.342, 36.579 – Verfahren ID: 46554" der Auftraggeberin ÖBB Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ÖBB Infrastruktur AG, Hochleiterweg 133, 8990 Bad Aussee, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH, Jasomirgottstraße 6/5, 1010 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 Legen des billigsten Angebots. Sie nennt als drohenden Schaden den Entgang des Gewinns, des Entgangs der Auslastung an Personal und Gerät, den Verlust eines Referenzprojekts, Folgekosten für die notwendige Akquisition anderer Aufträge sowie den Verlust der bisherigen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf BVergG-konforme Teilnahme am Vergabeverfahren, Nicht-Ausscheiden und Berücksichtigung ihres Angebots, in ihrem Recht auf eine gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des freien und lautern Wettbewerbs und der Transparenz sowie in ihrem Recht auf Mittelung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt.

1.2 Die Antragstellerin führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen aus, dass ihr Angebot vom 22. April 2020 stamme und zu diesem Zeitpunkt die „Verordnung des Bundeministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes" gegolten habe. Dementsprechend führe die „Handlungsanleitung der Sozialpartner für den Umgang auf Baustellen aufgrund von COVID-19" vom 26. März 2020 zahlreiche Maßnahmen zur Eindämmung von COVID-19 weiter aus. Diese seien als Pauschale einzukalkulieren gewesen. Zum Zeitpunkt der Angebotslegung seien kaum Erfahrungswerte damit vorgelegen. Die Prüfung des Angebots der Antragstellerin sei daher im Sinne einer ex ante-Betrachtung vorzunehmen. Die Auftraggeberin habe den Ausschreibungsunterlagen einen nicht im Hinblick auf COVID-19 adaptierten Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan gemäß §§ 7 ff BauKG beigelegt. Es sei daher ausschließlich der Antragstellerin oblegen, in ihrem Angebot die Mehraufwendungen und Erschwernisse aufgrund der Corona-Pandemie zu kalkulieren und auszuweisen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher plausibel. Ein Blick auf den Leitfaden „Der bauvertraglich-bauwirtschaftliche Umgang mit den Auswirkungen von COVID-19" der Österreichischen Bautechnikvereinigung von Mai 2020 zeige, dass die Ansätze der Antragstellerin in ihrem Angebot nicht falsch gewählt seien. Auch die Auftraggeberin könne keine Erfahrungswerte zum Produktivitätsverlust vorweisen. Die in der Ausscheidensentscheidung geforderte Begründungstiefe sei nicht gegeben. Die Preise sowie Kalkulationsansätze und -annahmen der Antragstellerin betreffend die Position 01020705Z des Leistungsverzeichnisses seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, es liege keine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vor.

1.3 Alle Leistungen betreffend Tragwerke seien richtig in die dafür vorgesehenen Positionen 05310322A, 05310322C und 05310322E eingerechnet worden. Die Kosten für die Montage der Tragwerke sei schon mit der Position 01020101A Baustelleneinrichtung und den darin abgebildeten Hebegeräten berücksichtigt, die mit Ergänzungsarbeiten einhergehenden Kosten für Lohn, Kleingeräte und LKW mit Kran seien in die genannten Positionen 05310322A, 05310322C und 05310322E eingerechnet. Alle direkt zuordenbaren Koten zur Erreichung des Leistungsziels seien damit abgegolten bzw dargestellt. Die Preise der Antragstellerin seien betriebswirtschaftlich erklär- und

nachvollziehbar, es liege weder eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises noch eine unzulässige Umlagerung von Kosten in eine dafür nicht vorgesehene Position und somit auch kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen vor. Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

1.4 Die Antragstellerin macht das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führt im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung habe. Die Auftraggeberin könne das Vergabeverfahren fortsetzen, insbesondere die Zuschlagsentscheidung mitteilen und den Zuschlag erteilen. Dadurch würde der Antragstellerin nicht nur der Auftrag unwiederbringlich verlorengehen, sondern ihr auch die Chance auf eine Teilnahme an einem BVergG-konformen Vergabeverfahren und am Zuschlag genommen werden. Insbesondere hätte die Antragstellerin auch die Referenz der Ausführung dieses Auftrags für die Zukunft verloren, wodurch auch ihre Chancen bei zukünftigen Ausschreibungen gemindert wären. Der Schaden könne nur durch vorläufige Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Erteilung des Zuschlags, in eventu der Erteilung des Zuschlags wirksam abgewendet werden. Dagegen fänden sich in der Ausschreibung bzw den Ausschreibungsunterlagen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Auftraggeberin oder die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse daran haben könnten, dass die Vergabe nicht bis zum Ende dieses Nachprüfungsverfahrens aufgeschoben würde. Mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens habe ein Auftraggeber durchaus zu rechnen und die nötige Zeit in seine Planungen einzukalkulieren. Sollte dies nicht geschehen sein, könne das nicht uzm Nachteil eines Bieters, der durch einen rechtswidrigen Zuschlag geschädigt würde, ausschlagen.

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 verstoßende 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 9. Juni 2020 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

3. Am 9. Juni 2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte und beantragte die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, da mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag werde alleine die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin bekämpft werde. Das vorliegende Vergabeverfahren befinde sich derzeit noch im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Die Erteilung des Zuschlags stehe nicht unmittelbar bevor. Der Antragstellerin drohe kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlags. Die Auftraggeberin müsse eine allfällige Zuschlagsentscheidung auch der Antragstellerin mitteilen, die diese dann bekämpfen könne. Im konkreten Fall sei eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandenen oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die zu beseitigen oder zu verhindern wäre, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei nicht notwendig.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die ÖBB Infrastruktur AG schreibt unter der Bezeichnung „Sanierung von 4 Brücken am Pass Luegg Km 35.601, 36.975, 37.342, 36.579“ einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45221114-4 – Bauarbeiten für Eisenbrücken in einem offenen Verfahren nach dem Billigstangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert liegt unterhalb des Schwellenwerts. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung am 1. April 2020 zur Zahl 46554 und eine Berichtigung am 2. April 2020 zur selben Zahl. Das Ende der Angebotsfrist war der 22. April 2020. (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 € 1.729.833,56

? XXXX € 1.839.843,33

? XXXX € 2.686.940,73

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

1.3 Ab 24. April 2020 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung und Nachreichung bis 29. April 2020 sowie am 28. April 2020 mit einer Frist bis 5. Mai 2020 auf. Die Antragstellerin kam diesen Aufforderungen fristgerecht nach. (Auskünfte der Auftraggeberin; Beilagen. /4 und ./5 zum Nachprüfungsantrag)

1.4 Am 25. Mai 2020 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. (Auskünfte der Auftraggeberin; Beilage ./6 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 € 4.861,50. (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, BGBl I 2013/10, idF BGBl 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, BGBl I 2013/33 idF BGBl 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), BGBl I 2018/65 idF BGBl 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.

Senatszuständigkeit 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, BGBl. 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 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.

(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 ÖBB Infrastruktur AG. Sie übt eine Tätigkeit gemäß § 172 Abs 1 BVergG aus, da sie ein Netz zur Versorgung der Öffentlichkeit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene betreibt. Sie ist öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 iVm § 167 BVergG (zB BVwG 30. 5. 2016, W187 2121663-2/41E; BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen

Bauauftrag gemäß § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 185 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 185 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich 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 Zuschlagsentscheidung jedenfalls mitzuteilen sei. Diese Entscheidung könne die Antragstellerin gegebenenfalls anfechten. Auch die Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei zur Abwendung eines drohenden Schadens nicht erforderlich.

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 Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat, diese jedoch für den Zuschlag 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 gelindeste zum Ziel führende Maßnahme anzuordnen.

3.2.2.8 Die Ausscheidensentscheidung ist zwar grundsätzlich eine letzte Entscheidung für die Antragstellerin. So lange allerdings das Vergabeverfahren über die Rechtsmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung anhängig ist, wird sie nicht bestandskräftig, die Antragstellerin ist als eine im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin anzusehen und die Auftraggeberin muss der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen. Ein unwiderruflicher Schaden für die Antragstellerin tritt dadurch nicht ein, weil durch eine allfällige Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung die Auftraggeberin sie bei der Wahl des Angebots für den Zuschlag berücksichtigen muss. Die Frage der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung ist jedoch im Hauptverfahren zu klären. Die einzige Entscheidung, die die Antragstellerin abschließend belastet und den Eintritt des drohenden Schadens herbeiführt, ist die Zuschlagsentscheidung, die bisher nicht ergangen ist. Auch das Untersagen der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung ist nicht erforderlich, weil die auch dadurch noch kein unmittelbarer Schaden für die Antragstellerin entsteht, da sie diese anfechten kann. Überdies dürfen die angeordneten Maßnahmen die Auftraggeberin nicht mehr als notwendig in ihrer Handlungsfreiheit beschränken.

3.2.2.9 Die Auftraggeberin ist gemäß § 154 Abs 3 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen. 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 Ausscheidensentscheidung 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 Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter sind (neben jenen Bietern, 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 Bietern 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 Vergaberecht[3], Rz 2058). Die Untersagung, überhaupt eine Zuschlagsentscheidung mitzuteilen, würde die Antragstellerin entgegen § 351 Abs 3 BVergG mehr als unbedingt nötig beschränkten.

3.2.2.11 Zusammenfassend ist beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine drohende Schädigung der rechtlich geschützten Interessen erkennbar, die die Erlassung der begehrten 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

Ausscheidensentscheidung Bauauftrag Bekanntgabepflicht Dauer der Maßnahme drohende Schädigung einstweilige Verfügung gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Informationspflicht Interessenabwägung Mitteilung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren notwendige Maßnahme öffentliche Interessen Provisorialverfahren Schaden Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W187.2231549.1.00

Im RIS seit

10.09.2020

Zuletzt aktualisiert am

10.09.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at