

# TE Bvwg Beschluss 2020/7/28 W187 2233221-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.07.2020

## Entscheidungsdatum

28.07.2020

## Norm

BVergG 2018 §167  
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 2233221-1/3E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der AAAA vertreten durch die Hule?Bachmayr-Heyda?Nordberg Rechtsanwälte GmbH, Franz-Josefs-Kai 47, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vom 21. Juli 2020 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , „das Bundesverwaltungsgericht möge folgende einstweilige Verfügung erlassen: ‚Es wird der Antragsgegnerin ab sofort bis zur rechtskräftigen Entscheidung über

diesen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin untersagt, im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ den Zuschlag zu erteilen“, 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 21. Juli 2020 beantragte die AAAA vertreten durch die Hule?Bachmayr-Heyda?Nordberg Rechtsanwälte GmbH, Franz-Josefs-Kai 47, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, den Auftrag an die Auftraggeberin zur Vorlage des gesamten Vergabeaktes, die Akteneinsicht, 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 „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ der Auftraggeberin ARE Austrian Real Estate GmbH, Trabrennstraße 2c, 1020 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Trabrennstraße 2c, 1020 Wien.

1.1 Nach der Bezeichnung des Vergabeverfahrens, Darstellung des Sachverhalts, Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, der Auftraggeberin, Ausführungen zur Rechtzeitigkeit und der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts behauptet die Antragstellerin das Interesse am Vertragsabschluss durch Abwickeln von über 100 Aufträgen für die Auftraggeberin in den letzten zehn Jahren und Legen des besten Angebots. Sie nennt als drohenden Schaden den Entgang eines Deckungsbeitrags, entgangene zeitgebundene Baustellengemeinkosten, Entgang eines wichtigen Referenzprojekts, die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und frustrierte Kosten für die Angebotserstellung. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen, vergabekonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter, in ihrem Recht auf vergabekonforme Prüfung des Angebotes und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieter verletzt.

1.2 Die Antragstellerin führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin davon ausgehe, dass sie zu Unrecht die in Punkt 7.3 und 8 vorgesehenen fett umrandeten Felder des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt habe und dies einen unbehebaren Mangel begründe. In Punkt 7.2 des Angebotsschreibens sei vorgegeben, dass jeder Bieter die Kalkulation durch Vorlage der Kalkulationsformblätter K3-Blatt, K4-Blatt, K6-Blatt und K7-Blatt belegen könne. Punkt 7.3 des Angebotsschreibens verlange die Angabe von Bruttomittelohn, Gesamtzuschlag auf den Bruttomittelohn, Bruttomittelohnpreis und Gesamtzuschlag auf die Bruttostoffkosten. Die Antragstellerin habe das K3-Blatt abgegeben, worin sie diese Kalkulationsangaben gemacht habe. Sie habe daher ihre Kalkulationsangaben offen gelegt.

1.3 In Punkt 8 des Angebotsschreibens lege die Auftraggeberin fest, dass jeder Bieter die Zuschläge auf kollektivvertragliche Stundelöhne und auf Stoffkosten für angehängte Regieleistungen bekannt geben müsse, wenn im Leistungsverzeichnis keine Preise vorgesehen seien. Für beide abgefragte Zuschläge sehe das Leistungsverzeichnis Preise vor. Daher bestehe keine Verpflichtung die fett umrandeten Felder in Punkt 8 des Angebotsschreibens auszufüllen. Das unterbliebene Ausfüllen der beiden Zuschläge stelle daher keinen Mangel dar. Die Vorgangsweise der Antragstellerin, die fett umrandeten Felder in Punkt 7.3 und 8 des Angebotsschreibens nicht auszufüllen, sei vergaberechtskonform und entspreche der jahrelangen Praxis bei Ausschreibungen der Auftraggeberin.

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 das Bundesverwaltungsgericht durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen habe, die nötig und geeignet erschienen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin oder des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die

angefochtene Ausscheidensentscheidung sei rechtswidrig. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin unumkehrbare Tatsachen schaffen könne. Es bestehe ein Vorrang des vergabespezifischen Primärrechtsschutzes. Eine plausible Darlegung des Schadens genüge. Es liege kein berechtigtes Interesse der Auftraggeberin vor, das der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegenstehe. Die Auftraggeberin müsse die Dauer eines Rechtsschutzverfahrens in ihrer Zeitplanung berücksichtigen.

2. Am 23. Juli 2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, kündigte die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens an, nahm zum Umfang der Akteneinsicht und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung, worin sie ausführt, dass die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung am selben Tag wie die angefochtene Ausscheidensentscheidung bereits zurückgenommen und bisher keine neue Zuschlagsentscheidung getroffen habe. Die Erteilung des Zuschlags stehe nicht unmittelbar bevor, weshalb keine Schädigung von Interessen der Antragstellerin drohe. Die Auftraggeberin beantragt daher, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

3. Am 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin ein Ersuchen der Antragstellerin um Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an letztere und ihre abschlägige Antwort.

4. Mit E-Mail vom 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin dem Bundesverwaltungsgericht die Zugangsdaten zum elektronischen Vergabeakt.

5. Mit Schreiben vom 24. Juli 2020 übermittelte die Auftraggeberin dem Bundesverwaltungsgericht den nicht im elektronischen Vergabeakt enthaltenen Prüfbericht der Angebote.

6. Am 28. Juli 2020 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass Punk 7.2 des Angebotsschreibens alle andren Gewerke außer Baumeisterarbeiten betreffe. Die Regelung für Baumeisterarbeiten finde sich in Punkt 7.1 des Angebotsschreibens und verlange die Abgabe von K7-Blättern für alle wesentlichen Positionen. Dort sei lediglich gefordert, dass der Bieter die Kalkulation durch Vorlage von Kalkulationsformblättern, insbesondere K3-, K4-, K6- und K7-Blättern belegen und diese nach Aufforderung unverzüglich übermitteln könne. Die Antragstellerin habe es unterlassen, zumindest für die neun, als wesentlich gekennzeichneten Positionen das K7-Blatt vorzulegen. Schon aus diesem Grund liege unvollständiges und den Angebotsbestimmungen widersprechendes Angebot vor und es sei auszuschneiden gewesen. Das Nichtausfüllen der stark umrandeten Felder in den Punkten 7.3 und 8 des Angebotsschreibens widerspreche auch den Positionen 00.1104 und 00.1104A des Leistungsverzeichnisses. Sämtliche Bieter außer der Antragstellerin hätten diese Felder ausgefüllt. Die langjährige Praxis führe nicht zur Zulässigkeit des Angebots. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge sämtliche Anträge der Antragstellerin ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab- bzw zurückweisen.

## II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

### 1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die ARE Austrian Real Estate GmbH schreibt unter der Bezeichnung „Baumeisterarbeiten Sanierung Hohenstaufengasse 9, 1010 Wien“ einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45210000-2 – Bauleistungen im Hochbau in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der gegenständliche Auftrag ist ein Los eines gesamten Auftrags. Sowohl der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags als auch des gegenständlichen Loses liegen unterhalb des Schwellenwerts. Vergebende Stelle ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung am 20. Mai 2020, Berichtigungen am 29. Mai 2020, 18. Juni 2020 und 23. Juni 2020. Die Auftraggeberin beantwortete Fragen von Bietern am 10. und 18. Juni 2020. Das Ende der Angebotsfrist war der 29. Juni 2020. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Bei der Angebotsöffnung am 29. Juni 2020, von 14.00 Uhr bis 14.21 Uhr, öffnete die Auftraggeberin in Anwesenheit von vier ihrer Vertreter folgende Angebote mit den genannten Angebotssummen ohne USt.

? AAAA € 1.484.833,01

? BBBB € 1.517.173,60

? XXXX € 1.544.942,63

? XXXX € 1.576.422,48

? XXXX € 1.579.667,83  
?  
? XXXX € 1.579.985,67  
?  
? XXXX € 1.584.789,99  
?  
? XXXX € 1.758.108,46  
?  
? XXXX € 1.826.135,97  
?  
? XXXX € 1.894.224,07  
?  
? XXXX € 1.997.276,12  
?  
? XXXX € 2.372.548,71

Bei der Angebotsöffnung waren keine Vertreter von Bieter anwesend. Die Auftraggeberin versandte die Niederschrift elektronisch an alle Bieter. (Protokoll über die Öffnung der Angebote, Versandprotokolle im elektronischen Verfahrensakt)

1.3 Ab 13. Juli 2020 versandte die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der BBBB an sechs Bieter und Ausscheidensentscheidungen an sechs weitere Bieter. (Schreiben im elektronischen Verfahrensakt)

1.4 Am 13. Juli 2020 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin folgende Ausscheidensentscheidung mit. (Auskünfte der Auftraggeberin; Beilage ./6 zum Nachprüfungsantrag)

„...“

Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass Ihr Angebot bei der Bestbieterermittlung nicht berücksichtigt werden konnte, da es leider auszuscheiden war.

Sie haben Punkt 7.3. und Punkt 8. (Seite 5 und 6) des Angebotsschreibens nicht ausgefüllt. Darin liegt nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes und des Bundesverwaltungsgerichtes ein unbehebbarer Mangel, da durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern eintreten würde (Vgl. BVA 08.08.2012, N/0066-BVA/07/2014-54, BVwG 11.08.2015, W138 2110661-2). Ihr Angebot musste daher ohne Gewährung einer diesbezüglichen Verbesserungsmöglichkeit zwingend ausgeschieden werden.

Die Stillhaltefrist gemäß § 144 BVergG 2018 endet am 23.07.2020.

...“

(Ausscheidensentscheidung im elektronischen Verfahrensakt)

1.5 Am 22. Juli 2020 nahm die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung gegenüber sechs Bieter, ua der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zurück. (Rücknahme der Zuschlagsentscheidung im elektronischen Verfahrensakt)

1.6 Die Auftraggeberin hat weder eine neuerliche Zuschlagsentscheidung getroffen und bekanntgegeben noch das Vergabeverfahren widerrufen oder den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.7 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, idFBGBl 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 ARE Austrian Real Estate GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 iVm § 167 BVergG (zB BVwG 14. 4. 2014, W138 2003084-1/15E; 28. 8. 2014, W138 2009787-2/16E; 17. 9. 2015, W123 2112177-1/21E). 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 Vollarwendungsbereich 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 Nichtigserklärung 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 Zuschlag und die Zuschlagserteilung 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.

3.2.2.3 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.

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 die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und keine neue Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben 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 Rechtmäßigkeit 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 Nichtigserklärung 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 Ausscheidensentscheidung 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 Vergaberecht<sup>3</sup>, Rz 2058). Die Untersagung, überhaupt eine Zuschlagsentscheidung mitzuteilen, würde die Antragstellerin entgegen § 351 Abs 3 BVergG mehr als unbedingt nötig beschränken.

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 Behebbarkeit von Mängeln einstweilige Verfügung gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Informationspflicht Interessenabwägung Kalkulation Mängelbehebung Mitteilung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter Nichtigerklärung öffentliche Interessen öffentlicher Auftraggeber Provisorialverfahren Schaden unmittelbar drohende Schädigung Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W187.2233221.1.00

### Im RIS seit

17.11.2020

### Zuletzt aktualisiert am

17.11.2020

**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)