

TE Bvwg Beschluss 2020/3/5 W120 2228989-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.03.2020

Entscheidungsdatum

05.03.2020

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergGKonz 2018 §11 Abs1

BVergGKonz 2018 §2

BVergGKonz 2018 §4

BVergGKonz 2018 §6

BVergGKonz 2018 §78

BVergGKonz 2018 §86 Abs1

BVergGKonz 2018 §94

BVergGKonz 2018 §95

BVergGKonz 2018 §95 Abs1

BVergGKonz 2018 §95 Abs3

B-VG Art133 Abs4

B-VG Art133 Abs9

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W120 2228989-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Dr. Christian Eisner über den Antrag vom 26.02.2020 der XXXX in XXXX , vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „ XXXX “ der Auftraggeberin Flughafen Wien AG in 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, den Beschluss:

A)

Der Antrag, „das Bundesverwaltungsgericht, wolle, nach Verständigung der Auftraggeberin über diesen Antrag, mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen“, wird abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 26.02.2020 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags zu untersagen. Zudem stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr.

Zur Begründung des Antrags auf Nichtigerklärung der Ausschreibung brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass die Ausschreibungsbedingungen gegen § 14 BVergGKonz 2018 und §§ 52 ff BVergGKonz 2018 verstößen würden. Die Antragstellerin hätte, wenn diese ein Angebot stellen würde, niemals eine „faire Chance“ den Zuschlag zu erhalten.

2. Am 03.03.2020 erteilte die Auftraggeberin zunächst allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Auftraggeberin schrieb unter der Bezeichnung „XXXX“ die Vergabe einer Dienstleistungskonzeession nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich aus. Die Laufzeit des Konzessions- und Bestandsvertrages soll XXXX Monate betragen. Es erfolgte keine Unterteilung in Lose. Der geschätzte Auftragswert exklusive Umsatzsteuer beträgt EUR XXXX ,--. Die Auftraggeberin führt dieses Verfahren als offenes Verfahren durch.

Die Auftraggeberin veröffentlichte die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 10.02.2020 zur Ausschreibungsnummer 2020/S 028-065681; die Bekanntmachung in Österreich erfolgte im ANKÖ System am 06.02.2020 (Verfahrens-ID: 78615-00).

Das Ende der Angebotsfrist ist der 06.03.2020 um 11:00 Uhr.

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt.

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Anzuwendendes Recht:

3.1.1. § 28 Abs 1 VwGVG („Erkenntnisse“), BGBl I Nr 33/2013, lautet wie folgt:

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

[...]

§ 31 Abs 1 VwGVG („Beschlüsse“) ordnet Folgendes an:

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

[...]

3.1.2. Der 2. Teil des BVergGKonz 2018, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält, geht als lex specialis den Bestimmungen des VwGVG vor. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl I Nr 100/2018, lauten:

„2. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Anwendbarkeit von Bestimmungen des BVergG 2018

§ 76. Das 1. Hauptstück des 4. Teiles des BVergG 2018 gilt auch für Rechtsschutzverfahren gemäß diesem Bundesgesetz.

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 77. 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

§ 78. (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 Zwecke 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.

[...]

2. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 86. (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.

[...]

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 88. (1) Ein Antrag gemäß § 86 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Konzessionsvergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die Bezeichnung des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
6. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und
7. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet, oder
2. er nicht innerhalb der in § 87 genannten Fristen gestellt wird, oder
3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

[...]

3. Abschnitt

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 94. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 86 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 Konzessionsvergabeverfahrens, 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 § 86 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) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 87 genannten Fristen für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf der in § 87 genannten Fristen kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 87 genannten Fristen bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außerkrafttreten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht hat den Auftraggeber und gegebenenfalls die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Widerrufes oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Widerrufes oder die Unterlassung der Angebotsöffnung beghren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber bzw. die vergebende Stelle darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. den Zuschlag nicht erteilen bzw.
2. das Konzessionsvergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.
3. die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Verständigung an den Auftraggeber und gegebenenfalls an die vergebende Stelle vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf die Rechtsfolgen der Antragstellung gemäß § 95 Abs. 2 hinzuweisen.

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 95. (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 Konzessionsvergabeverfahrens 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 bzw. erfolgter Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Konzessionsvergabeverfahren 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.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 96. (1) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(2) Über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unverzüglich, längstens jedoch binnen 10 Tagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen 15 Tagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(3) In Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gilt § 35 AVG mit der Maßgabe, dass die Höchstgrenze für Mutwillensstrafen ein Prozent des geschätzten Wertes, höchstens jedoch 40 000 Euro, beträgt. Für die Bemessung der Mutwillensstrafe ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

[...]"

3.1.3. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBI I Nr 65/2018, lauten:

„4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

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, 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.

[...]"

3.2. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2018 ist im Anwendungsbereich des BVergG 2018 bzw. BVergGKonz 2018 grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Insbesondere sind einstweilige Verfügungen davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 3 BVergGKonz 2018 ist die Flughafen Wien AG, welche als Betreiberin des Flughafens Wien eine Sektorenaktivität zum Anhang 1 Punkt IV. BVergGKonz 2018 ausübt. Damit ist diese Sektorenauftraggeberin gemäß § 4 Abs 3 BVergGKonz 2018. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um die Vergabe einer Dienstleistungskonzeession gemäß § 6 BVergGKonz 2018. Nach den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert exklusive Umsatzsteuer EUR XXXX --, sodass es sich gemäß § 11 Abs 1 BVergGKonz 2018 um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Das vorliegende Verfahren zur Vergabe der gegenständlichen Dienstleistungskonzeession liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergGKonz 2018. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 86 BVergGKonz 2018 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

3.3. Zum Vorbringen der Parteien:

3.3.1. Die Antragstellerin stellte in Bezug auf die Erlassung der einstweiligen Verfügung folgenden Antrag:

„das Bundesverwaltungsgericht, wolle, nach Verständigung der Auftraggeberin über diesen Antrag, mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen.“

Die Antragstellerin begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass die Auftraggeberin nach dem Ablauf der Angebotsfrist am 06.03.2020 die Möglichkeit habe, den Zuschlag zu erteilen, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe. Eine ex-post-Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzansprüche könnten die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Einer vorläufigen „Untersagung der Zuschlagserteilung“ stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch würden die Interessen der Auftraggeberin gegenüber der Antragstellerin überwiegen. Durch die einstweilige Verfügung würden weder Leib und Leben gefährdet werden noch sei die sofortige Vergabe erforderlich.

Da nur die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen der Auftraggeberin und sonstiger Bieter beeinträchtigen würden sowie auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessenabwägung zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Die Bewilligung der einstweiligen Verfügung hätte auch den positiven Seiteneffekt, dass das derzeitige System fortgeführt werde und erst am Ende des Nachprüfungsverfahrens einmal und final geklärt werde, zu welchen Bedingungen die XXXX möglich sei. Es würde sonst die Gefahr bestehen, dass innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes unter Umständen drei unterschiedliche Systeme zur Anwendung gelangen würden.

3.3.2. Die Auftraggeberin sprach sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus und benannte keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen.

3.4. Zum Nicht-Vorliegen der Voraussetzungen zur Erlassung der einstweiligen Verfügung:

3.4.1. § 96 Abs 1 BVergGKonz 2018 sieht ausdrücklich vor, dass die Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung (nur) der Antragsteller und der Auftraggeber sind.

3.4.2. Zulässigkeit gemäß § 94 BVergGKonz 2018

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 86 Abs 1 BVergGKonz 2018 zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs 1 BVergGKonz 2018 nicht offensichtlich fehlen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Dieser enthält alle in § 88 Abs 1 BVergGKonz 2018 geforderten Inhalte.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 94 Abs 1 BVergGKonz 2018 zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 94 Abs 2 BVergGKonz 2018 vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.4.3. Inhaltliche Unbegründetheit gemäß § 95 BVergGKonz 2018

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres 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 § 95 Abs 3 BVergGKonz 2018 die jeweils gelindste zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzurufen.

Ein solcher Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat gemäß § 94 Abs 2 Z 5 BVergGKonz 2018 „die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme“ zu enthalten. Im gegenständlichen Antrag wird als eine solche angeführt, der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen.

Bei einer bevorstehenden Angebotsöffnung ist das nötige und gelindste Mittel gemäß § 95 Abs 3 BVergGKonz 2018 die vorläufige Untersagung der Angebotsöffnung (zB BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; 16.06.2014, W187 2008561-1/9E). Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die

einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; 10.01.2014, W187 2000170-1/11).

Die Aussetzung der Angebotsfrist hat den Zweck, den Bieter nach Ende des Vergabeverfahrens die Abgabe von Angeboten, die dem Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens entsprechen, zu ermöglichen. Es soll vermieden werden, dass Bieter Angebote auf Grundlage einer Ausschreibung vorbereiten müssen, die möglicherweise noch einer Änderung unterliegen. Angesichts der Größe und Komplexität des Ausschreibungsgegenstandes ist eine angemessene Zeit zur Erstellung der Angebote sicherzustellen (zB BVwG 07.08.2017, W187 2165912-1/2E; 30.03.2014, W139 2003185-1/11E).

Auch der Gesetzgeber stellt klar (RV 1171 BlgNR XXII. GP 141), dass mit einer einstweiligen Verfügung aus systematischen Gründen nur solche Maßnahmen angeordnet werden können, „mit denen die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung verhindert oder beseitigt werden kann.“ Davor wird festgehalten: „Diese Antragslegitimation kann nur einem Unternehmer zukommen, der auch einen Nachprüfungsantrag stellen kann: Auch, wenn eine einstweilige Verfügung schon vor einem Nachprüfungsantrag gestellt werden kann, ist ihr Zweck, zu verhindern, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers unterlaufen wird.“

Die mit dem vorliegenden Antrag auf einstweilige Verfügung ausdrücklich begehrte Maßnahme (vgl. zur Notwendigkeit der „genaue[n] Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme“ bereits im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung § 94 Abs 2 Z 5 BVergGKonz 2018) die Zuschlagserteilung zu untersagen, ist jedenfalls nicht geeignet, die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung zu verhindern oder zu beseitigen.

Mit der begehrten Maßnahme würde das Vergabeverfahren daher nicht im Stadium vor Angebotsöffnung gehalten werden, sodass die begehrte Maßnahme nicht zur Absicherung des Hauptantrags geeignet ist.

Das Begehr der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen den Zuschlag zu erteilen (arg. „das Bundesverwaltungsgericht, wolle, nach Verständigung der Auftraggeberin über diesen Antrag, mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen.“). Auch in inhaltlicher Hinsicht zielt der gegenständliche Antrag ausdrücklich auf die Untersagung der Erteilung des Zuschlags ab (arg. „Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukommt und die Angebotsfrist bereits am 06.03.2020, 11:00 Uhr abläuft, hätte die Auftraggeberin ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit – nach Einhaltung der Stillhaltefrist – den Zuschlag zu erteilen, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergibt. In Anbetracht der Vorgeschichte ist auch davon auszugehen, dass die Entscheidung über den Zuschlag in diesem Verfahren rasch getroffen wird.“). In solchen Konstellationen hielt das Bundesverwaltungsgericht regelmäßig (auch) fest, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Vor dem Hintergrund, dass die Erteilung des Zuschlags nicht unmittelbar bevorsteht, droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlags (vgl. BVwG 19.02.2015, W139 2100854-1/2E; 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LVwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014).

Eine Untersagung der Zuschlagserteilung ginge somit insofern auch ins Leere, als ohne Angebotsöffnung keine Angebote vorliegen würden, denen die Auftraggeberin den Zuschlag erteilen könnte. Die begehrte vorläufige Maßnahme stellt daher keine geeignete Maßnahme dar, um den drohenden Schaden abzuwenden (zB BVwG 11.09.2015, W187 2113572-1/3E).

Da im vorliegenden Antrag die Anordnung einer Maßnahme begehr wird, welche aus den soeben genannten Gründen als nicht „geeignet“ im Sinne des § 94 Abs 1 BVergGKonz 2018 anzusehen ist, ist dem gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Anordnung der Untersagung der „Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens“ keine Folge zu geben.

Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei deren Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut des Begehrens nicht unmittelbar geschlossen werden kann, mag auch das Begehr, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (vgl. VwGH 27.01.2020, Ra 2020/04/0005).

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

Es ist darauf hinzuweisen, dass mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.03.2020 zu W120 2229039-1/2E die Angebotsfrist der auch hier verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ausgesetzt wurde und der Auftraggeberin untersagt wurde, die Angebote zu öffnen.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 iVm Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Antragstellung Dienstleistungskonzeption drohende Schädigung Eignung einstweilige Verfügung gelindeste Maßnahme gelindestes Mittel Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Provisorialverfahren Schaden Untersagung der Zuschlagserteilung Vergabeverfahren Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W120.2228989.1.00

Im RIS seit

23.02.2021

Zuletzt aktualisiert am

23.02.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at