

TE Bvwg Beschluss 2021/5/3 W131 2241743-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.05.2021

Entscheidungsdatum

03.05.2021

Norm

AVG §38
BVergG 2018 §12 Abs1
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs1
BVergG 2018 §350 Abs2
BVergG 2018 §351 Abs1
BVergG 2018 §351 Abs3
BVergG 2018 §351 Abs4
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W131 2241743-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter iZm dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (= AG) mit der Bezeichnung "Ausschreibung Rahmenvereinbarung Dienstleistung GO-Box Verschrottung" aufgrund des Antrags der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= ASt) XXXX auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV), folgenden Beschluss:

A)

I. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

der Auftraggeberin [...] werde bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit in der Hauptsache untersagt, das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag über Dienstleistung Go-Box Verschrottung", ID-Nr 55859 fortzusetzen, insbesondere den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erteilen und auch nicht die Rahmenvereinbarung abzuschließen oder weitere Festlegungen zu treffen,

wird insoweit stattgegeben, als es der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft hiermit für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, wie derzeit beim Bundesverwaltungsgericht zur Verfahrenszahl W131 2241743-2 protokolliert, untersagt ist, die Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren "Ausschreibung Rahmenvereinbarung Dienstleistung GO-Box Verschrottung" abzuschließen.

II. Das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung wird bis zur Erledigung der Vorabentscheidungsverfahren, wie vom BVwG zu den Verfahrenszahlen W131 2237371-1 und -2 eingeleitet, insoweit ausgesetzt, als in diesem Verfahren über das ausdrücklich begehrte Verbot der Zuschlagserteilung abzusprechen ist.

III. Das restliche Mehrbegehren auf generelle Untersagung der Vergabeverfahrensfortsetzung wird, soweit es nicht um die Erledigung des Begehrens auf Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung oder um das - teilaussetzungstragende - Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung geht, wird abgewiesen.

B)

Die Revision gegen die Spruchpunkte A) I., II. und III. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG jeweils nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. In dem im Entscheidungskopf ersichtlichen offenen Vergabeverfahren wurde eine Entscheidung versandt, nach welcher - unstrittig - mit der XXXX (= MB) die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll [, wiewohl die MB namentlich nicht in der versandten Entscheidung benannt worden sein dürfte].

2. Die Antragstellerin (= ASt) brachte nach dem Verständnis der Auftraggeberin (= AG) unstrittig für die AG (jedenfalls auch) gegen diese Entscheidung einen Nachprüfungsantrag (mit teilweise nicht in § 334 BVergG enthaltenen Begehren) ein und stellte das im Spruch zitierte Sicherungsbegehren.

In der Nachprüfungseingabe sind Formulierungen enthalten, die dahin verstehbar wären, dass die ASt eine Zuschlagsentscheidung anfechten will.

Aus dem Vorbringen der ASt geht nicht substantiiert hervor, welche ihrer Interessen für die zusätzlich gestellten Sicherungsbegehren sprechen würden, soweit es nicht um die Verhinderung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung geht.

Die ASt hat bislang jedenfalls 3.240 Euro an Pauschalgebühren an das BVwG entrichtet.

3. Für die AG objektiv unstrittig beantragte die ASt - zB trotz des Begriffs "Rahmenvertrag" im Sicherungsbegehren jedenfalls neben einem Zuschlagsverbot auch die Untersagung der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung, dies neben einer generellen Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

Die AG brachte zu den gestellten Sicherungsbegehren wie folgt vor:

Die Auftraggeberin spricht sich insoweit nicht gegen die Erlassung der beantrag[t]en einstweiligen Verfügung aus, als damit beantragt wird, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarung zu untersagen. Die darüber hinaus gehenden Anträge, der Auftraggeberin auch jedwede weitere Fortsetzung des Verfahrens bzw. allfällige weitere Festlegungen im Verfahren zu untersagen, sind allerdings überschießend und daher abzuweisen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass es dann der Auftraggeberin nicht einmal (theoretisch) möglich wäre, die mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpfte Entscheidung vom 14.04.2021 zurück zu ziehen.

4. Die MB erstattete als im Wege der amtsweigigen Wahrheitsermittlung im Provisorialverfahren Angehörte kein substantiiertes Vorbringen wider die beantragte einstweilige Verfügung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

1.1. Der Verfahrensgang wird mit den darin festgehaltenen Vergabeverfahrenstatsachen als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt; und ergibt sich dieser aus dem Inhalt der Verfahrensakten W131 2241743-1 [eV - Verfahren], -2 [Nachprüfungsverfahren] und -3 [Pauschalgebührenersatzverfahren].

1.2. Es wurde weder substantiiertes Vorbringen erstattet, das gegen das Verbot des Abschlusses der Rahmenvereinbarung sprechen würde, noch substantiiertes Vorbringen, das ein umfassendes Verbot jedweder Vergabeverfahrensfortsetzung tragen könnte.

1.3. Der Zuschlag ist noch nicht erteilt, die Rahmenvereinbarung noch nicht abgeschlossen.

1.4. Das BVwG hat vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Gleichsetzung der Rahmenvereinbarung mit dem Auftrag in Art 1 RL 89/665/EWG idgF (bzw materiellrechtlich durch den EuGH in der Rs C-216/17, Rdnr 62) samt gegenteiliger nationalgesetzlicher Differenzierung zwischen Rahmenvereinbarung und Auftrag in zB § 351 BVergG zu den Verfahrenszahlen W131 2237371-1 und -2 ua folgende jeweils sechste Vorabentscheidungsfrage an den EuGH gerichtet:

[aus W131 2237371-1, beim EuGH protokolliert zu Rs C-274/21]:

6. Ist Art 1 Abs 1 der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU unter Beachtung der sonstigen Vorschriften des Unionsrechts dahingehend auszulegen, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer gemäß Art 33 Abs 3 der RL 2014/24/EU der Vertragsabschluss gemäß Art 2a Abs 2 der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU ist?

[aus W131 2237371-2 beim EuGH protokolliert zu Rs C-275/21]:

6. Ist Art 1 Abs 1 der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU unter Beachtung der sonstigen Vorschriften des Unionsrechts dahingehend auszulegen, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer gemäß Art 33 Abs 3 der RL 2014/24/EU der Vertragsabschluss gemäß Art 2a Abs 2 der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU ist und [ist] daher die Auftraggeberentscheidung, mit welchem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer nach Art 33 Abs 3 der RL 2014/24/EU diese Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, eine Zuschlagsentscheidung nach Art 2a Abs 1 der RL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU ist?

Dz ist gerichtnotorisch noch nicht ersichtlich, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren länger als bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist gemäß § 348 BVergG dauern sollte, wenn kein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet wird oder aber keine Aussetzung für die Dauer eines anderen Vorabentscheidungsersuchens ausgesprochen wird.

Diese Festhaltungen insb deshalb, weil der zuständige Senat des BVwG bislang zeitlich bedingt nach noch durchzuführender Erörterung mit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens noch keine Entscheidung darüber treffen konnte, ob das gegenständliche Nachprüfungsverfahren für die Dauer des Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH Rs C-275/21 ausgesetzt wird oder aber ein eignes Vorabentscheidungsersuchen rücksichtlich der Frage der unionsrechtlich allenfalls gebotenen Gleichhaltung von Zuschlagsentscheidung und Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer eingeleitet wird. Dies wiederum, nachdem das BVwG - anders als zB Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG idgF - streng entsprechend dem nationalen Gesetzeswortlaut am 08.03.2021 zu W134 2239829-2/15E bereits ausdrücklich zwischen diesen beiden Entscheidungen differenziert und damit einen vergabespezifischen Rechtsschutzantrag zurückgewiesen hat.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt und Verfahrensgang ergeben sich unstrittig aus den Gerichtsakten samt vorgelegten Vergabeunterlagen.

Die dargestellten Vorabentscheidungsfragen aus anderen Verfahren sind gerichtsnotorisch.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

3.1.1. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 350 Abs 1 BVergG 2018 (= BVergG) zu prüfen, ob der ASt die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Abschluss einer Rahmenvereinbarung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung – nämlich der Auswahlentscheidung zu Abschluss einer Rahmenvereinbarung – behauptet werden könnte bzw. dürfte, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrags (Rahmenvereinbarung) behauptet hat, sowie dass der ASt durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben.

3.2. Die Rechtsschutzanträge der ASt erfüllen – soweit im Provisorialverfahren ersichtlich – auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen, zumal effektiver Rechtsschutz gemäß der RL 89/665/EWG zu gewährleisten ist.

Nach der dz als geltend kundgemachten nationalen Rechtslage waren für einen eV - Antrag 50% von 2.160 Euro an Pauschalgebühren zu bezahlen - BGBl II 2018/212, womit die ASt bislang jedenfalls ausreichend Pauschalgebühren für den eV - Antrag bezahlt hat.

Über allfällige Gebührennachforderungen betreffend das oder die Nachprüfungsbegehren wird gesondert im Nachprüfungsverfahren zu entscheiden sein.

Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVwG ist unbestritten.

3.3. Inhaltlich zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

3.3.1. Gemäß § 350 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 351 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 351 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 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.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin sowie eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens und des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint daher (insb mangels gegenläufig konkretisierter Auftraggeberinteressen) ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der erlassenen einstweiligen Verfügung nicht gegeben, soweit mit der Untersagung des Rahmenvereinbarungsabschlusses ein diesbezügliches Voranschreiten im Vergabeverfahren im Rahmen des gelindesten zum Ziel führenden Sicherungsmittels verhindert wird, zumal durch den aktuell im Vergabeverfahren anstehenden Rahmenvereinbarungsabschluss der Nachprüfungsantrag jedenfalls einmal sinnentleert würde.

Mit dieser erlassenen eV wird insb die Referenzauftragschance der ASt gewahrt, zumal nach dem Gesetzeskonzept eben grundsätzlich erst im Nachprüfungsverfahren die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu prüfen ist.

Die AG und die dz für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin haben gegen diese begehrte Sicherungsmaßnahme nichts Substantiiertes vorgebracht.

Dementsprechend war die beantragte eV insoweit zu erlassen.

3.3.2. Die ausgesprochene Teilaussetzung geht auf die unionsrechtliche Gleichsetzung von Rahmenvereinbarung und Auftrag in Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG idgF zurück, nachdem national insb auch im § 351 Abs 2 BVergG gegenteilig ein gesetzlicher Unterschied normiert ist; und insoweit derzeit die Vorfrage durch den EuGH zu klären ist, ob der Abschluss der Rahmenvereinbarung der Vertragsabschluss [und damit die Zuschlagserteilung nach § 334 BVergG] ist.

Sollte der EuGH aussprechen, dass der Rahmenvereinbarungsabschluss der Vertragsabschluss (und damit die Zuschlagserteilung nach § 334 BVergG) ist, würde die ASt rechtlich insoweit - nach dann klargestellter Rechtslage iSv VfGH B 1160/00 - objektiv kein Begehren auf Zuschlagsverbot über das Verbot des Rahmenvereinbarungsabschlusses hinaus gestellt haben, sondern eben das gleiche Begehren zweifach formuliert haben - VwGH ZI Ra 2019/03/0048, ohne dass insoweit zurück- bzw abzuweisen wäre. Dementsprechend konnte hier entsprechend zB nach VwGH ZI Ro 2020/12/0002 mit Teilaussetzung nach § 38 AVG (iVm § 17 VwGVG) vorgegangen werden.

3.3.3. Die Abweisung des restlichen Mehrbegriffs gründet sich darauf, dass die ASt insoweit keine substantiierten Interessen dargelegt hat, warum das Verbot des Rahmenvereinbarungsabschlusses nicht zu ihrer Interessenswahrung im gesetzlich erforderlichen Umfang ausreichen sollte, warum also zusätzliche Sicherungsmaßnahmen erforderlich sein sollten und dabei auch noch als gelindestes Mittel nach § 351 Abs 3 BVergG zu betrachten wären.

B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision war gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zuzulassen, weil die gegenständlichen Entscheidungen entweder auf gesicherter Rsp des VwGH beruhten (so bei der Teilaussetzung gemäß A) II.) oder aber bei den Spruchpunkten A) I. und III. Einzelfallentscheidungen vor dem Hintergrund von Einzelfallparteivorbringen und diesbezüglich einer jeweilig tatsachenmäßigen Interessensabwägung in diesem speziellen Einzelfall darstellten, ohne dass insoweit grundsätzliche Rechtsfragen aufgeworfen wurden.

Schlagworte

Abschlussverbot Aussetzung des Provisorialverfahrens Dauer der Maßnahme Dienstleistungsauftrag einstweilige Verfügung Entscheidungsfrist Fortsetzung des Vergabeverfahrens Interessenabwägung Mehrbegehren Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren öffentliche Interessen öffentlicher Auftraggeber Provisorialverfahren Rahmenvereinbarung Schaden Untersagung Vergabeverfahren Vorabentscheidungsverfahren Zuschlagsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W131.2241743.1.00

Im RIS seit

13.09.2021

Zuletzt aktualisiert am

13.09.2021

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