jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Beschluss 2024/9/18 W139 2292320-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.09.2024

Entscheidungsdatum

18.09.2024

Norm

BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344
BVergG 2018 §347
BVergG 2018 §5
BVergG 2018 §9 Abs1 Z10
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute
2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 344 heute
2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 347 heute
2. BVergG 2018 § 347 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 5 heute
2. BVergG 2018 § 5 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 9 heute
2. BVergG 2018 § 9 gültig ab 21.08.2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946zuletzt geändert durch StGBl. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W139 2292320-2/20E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Johanna HAYDEN als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX , vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/20, 1090 Wien, auf Nichtigerklärung betreffend das unter der Bezeichnung „Markterkundung/Aufforderung zur Angebotslegung Anmietung Büro-, Lager- und Laborflächen“ geführte Verfahren der Umweltbundesamt GmbH, Spittelauer Lände 5, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, beschlossen:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als

Vorsitzende sowie Mag. Johanna HAYDEN als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred MÜLLNER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40 , vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/20, 1090 Wien, auf Nichtigerklärung betreffend das unter der Bezeichnung „Markterkundung/Aufforderung zur Angebotslegung Anmietung Büro-, Lager- und Laborflächen" geführte Verfahren der Umweltbundesamt GmbH, Spittelauer Lände 5, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1010 Wien, beschlossen:

A)

Der Antrag „das Bundesverwaltungsgericht möge [...] nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens die angefochtene Entscheidung gemäß Schreiben der Auftraggeberin vom 14.5.2024 für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

1. Am 23.05.2024 stellte die XXXX (in der Folge Antragstellerin) den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der „angefochtene[n] Entscheidung gemäß Schreiben der Auftraggeberin vom 14.5.2024", verbunden mit einem Antrag Erlassung einer einstweiligen Verfügung, einem Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, einem Antrag auf Gebührenersatz sowie auf Akteneinsicht.1. Am 23.05.2024 stellte die römisch 40 (in der Folge Antragstellerin) den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der „angefochtene[n] Entscheidung gemäß Schreiben der Auftraggeberin vom 14.5.2024", verbunden mit einem Antrag Erlassung einer einstweiligen Verfügung, einem Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, einem Antrag auf Gebührenersatz sowie auf Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Auftraggeberin sei die Umweltbundesamt GmbH. Diese suche für das Umweltbundesamt einen neuen Standort und führe zu diesem Zweck ein Vergabeverfahren in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern durch. Die Auftraggeberin behaupte, dass die Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes gemäß § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 anwendbar wäre. Dementsprechend bezeichne sie ihr Vergabeverfahren bzw. ihren Beschaffungsvorgang als „Markterkundung/Aufforderung zur Angebotslegung". Tatsächlich führe sie allerdings ein, wenn auch in weiten Teilen frei gestaltetes, Verhandlungsverfahren durch, das in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen durchgeführt werde, in denen die Anzahl der Bieter verringert werde. Das Auftragsvolumen liege bei über EUR 20 Mio, sodass kein Zweifel daran bestehe, dass es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle. Eine Bekanntmachung unter Verwendung der Standard-Formulare habe nicht stattgefunden. Die Bekanntmachungsvorschriften seien daher verletzt worden. Weiters sei den Vorschriften des § 48 BVergG 2018 nicht entsprochen worden. Auftraggeberin sei die Umweltbundesamt GmbH. Diese suche für das Umweltbundesamt einen neuen Standort und führe zu diesem Zweck ein Vergabeverfahren in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern durch. Die Auftraggeberin behaupte, dass die Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 anwendbar wäre. Dementsprechend bezeichne sie ihr Vergabeverfahren bzw. ihren Beschaffungsvorgang als „Markterkundung/Aufforderung zur Angebotslegung". Tatsächlich führe sie allerdings ein, wenn auch in weiten Teilen frei gestaltetes, Verhandlungsverfahren durch, das in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen durchgeführt werde, in denen die Anzahl der Bieter verringert werde. Das Auftragsvolumen liege bei über EUR 20 Mio, sodass kein Zweifel daran bestehe, dass es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle. Eine Bekanntmachung unter Verwendung der Standard-Formulare habe nicht stattgefunden. Die Bekanntmachungsvorschriften seien daher verletzt worden.

Weiters sei den Vorschriften des Paragraph 48, BVergG 2018 nicht entsprochen worden.

Die Auftraggeberin versuche die vermeintliche Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 dadurch abzusichern, dass sie – abgesehen von deren mehrfacher Erwähnung – solche Angebote ausscheiden bzw. „nicht weiter berücksichtigen" werde, „bei denen sich nach einzelfallbezogener Prüfung ergibt, dass sie nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 fallen". Damit offenbare die Auftraggeberin ein grundlegendes Missverständnis in Hinblick auf die Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, zumal es erstens dabei schon angesichts des Gesetzeswortlauts um den Auftrag und nicht um das Angebot gehe und zweitens für die Anwendung der Ausnahmebestimmung nach ständiger Rechtsprechung der öffentliche Auftraggeber beweispflichtig sei, woran ein strenger Maßstab zu legen sei. Die Auftraggeberin versuche die vermeintliche Anwendung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 dadurch abzusichern, dass sie – abgesehen von deren mehrfacher Erwähnung – solche Angebote ausscheiden bzw. „nicht weiter berücksichtigen" werde, „bei denen sich nach einzelfallbezogener Prüfung ergibt, dass sie nicht unter die Ausnahmebestimmung des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 fallen". Damit offenbare die Auftraggeberin ein grundlegendes Missverständnis in Hinblick auf die Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, zumal es erstens dabei schon angesichts des Gesetzeswortlauts um den Auftrag und nicht um das Angebot gehe und zweitens für die Anwendung der Ausnahmebestimmung nach ständiger Rechtsprechung der öffentliche Auftraggeber beweispflichtig sei, woran ein strenger Maßstab zu legen sei.

Die Ausschreibungsunterlagen würden nicht nur Festlegungen hinsichtlich des „Wunschgebiets" (Anhang 2), sondern entsprechend den Erfordernissen der Auftraggeberin detaillierte Festlegungen der baulichen und einrichtungsmäßigen Anforderungen in der „Bau- und Ausstattungsbeschreibung" (Anhang 3) und im vollständigen „Raum- und Funktionsprogramm" (Anhang 4) enthalten, welche für die Bieter verbindlich seien. Dass deren Umsetzung auf Kosten des Vermieters oder der Vermieterin erfolgen müsse, ändere nichts daran, dass diese entgeltlich sei, da die Kosten natürlich auf die Miete umgelegt würden. Derartige Objekte würde es nicht von der Stange geben, was sich besonders anschaulich angesichts der Anforderungen an die Laborflächen zeige, welche sich in keinem Bürogebäude finden würden, schon gar nicht gemäß den Anforderungen der Auftraggeberin; es sei denn die Vergabe sei schon eine „ausgemachte Sache", was die Antragstellerin aber nicht unterstellen wolle. Die Auftraggeberin scheine sich auch der vergaberechtlichen Problematik bewusst zu sein, dass Bauleistungen zu vergeben sein werden, fordere sie doch die Bieter auf, „bekanntzugeben, ob sie bereit sind, vertraglich die Verpflichtung zu übernehmen, die Bauleistungen nach den Bestimmungen des BVergG 2018 zu vergeben". Freilich würde eine solche, bloß privatrechtliche Verpflichtung die Einhaltung des Vergaberechts durch die Auftraggeberin selbst nicht ersetzen. Neben dem Verstoß gegen das vergaberechtliche Umgehungsverbot scheine damit eine „Ausschaltung" des vergaberechtlichen Rechtsschutzes bezweckt zu werden.

Die Auftraggeberin könne nicht behaupten und beweisen, dass die Ausnahmebestimmung des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 anwendbar wäre, da nicht von einer bloßen Anmietung einer Immobilie „as is" die Rede sein könne und alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des § 5 Z 3 BVergG 2018 erfüllt seien. Die behauptete Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG und der versuchte Ausschluss der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes könnten nicht bestandsfest werden. Die Antragstellerin bekämpfe nicht die bestandsfeste Ausschreibung, wenn sie das Vergabeverfahren auch in Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen für widerrufsreif halte. Deshalb sei die Antragstellerin auch – sofern das Bundesverwaltungsgericht seine Zuständigkeit bejahe – jedenfalls antragslegitimiert. Die Auftraggeberin könne nicht behaupten und beweisen, dass die Ausnahmebestimmung des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 anwendbar wäre, da nicht von einer bloßen Anmietung einer Immobilie „as is" die Rede sein könne und alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Paragraph 5, Ziffer 3, BVergG 2018 erfüllt seien. Die behauptete Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG und der versuchte Ausschluss der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes könnten nicht bestandsfest werden. Die Antragstellerin bekämpfe nicht die bestandsfeste Ausschreibung, wenn sie das Vergabeverfahren auch in Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen für widerrufsreif halte. Deshalb sei die Antragstellerin auch – sofern das Bundesverwaltungsgericht seine Zuständigkeit bejahe – jedenfalls antragslegitimiert.

Dass das Angebot nicht ausschreibungskonform sei, sei gegenüber der Antragstellerin nicht moniert worden. Weder sei sie zu einer Mängelbehebung aufgefordert worden noch seien ihr gegenüber sonstige Ausscheidungsgründe aufgezeigt worden.

Angefochten werde die Mitteilung vom 14.05.2024, wonach die formelle Prüfung der Angebote durchgeführt worden sei und das Angebot der Antragstellerin keiner weiteren Bewertung zugeführt werde; in eventu das Ausscheiden des Angebotes. Diese Mitteilung überrasche, da die Auftraggeberin trotz Hinweises nicht alle Unterlagen der Antragstellerin heruntergeladen und geöffnet habe. Es sei daher davon auszugehen, dass die Prüfung nicht vollständig durchgeführt worden sei. Bei dieser Mitteilung handle es sich um die Verständigung, dass das Angebot der Antragstellerin nicht weiter berücksichtigt werde iSd § 114 Abs 6 Satz 3 BVergG 2018. Damit handle es sich um eine Entscheidung während der Verhandlungsphase. Nicht auszuschließen sei, dass es sich um die Verständigung über das erfolgte Ausscheiden ihres Angebotes gemäß § 141 Abs 3 BVergG 2018 handle. So oder so entbehre die Auftraggeberentscheidung jeglicher Begründung, weswegen die Entscheidung bereits aus diesem Grunde rechtswidrig sei. Abgesehen davon liege kein Ausscheidungsgrund vor, weder einer gemäß § 141 BVergG 2018 noch einer der von der Auftraggeberin selbst festgelegten. Angefochten werde die Mitteilung vom 14.05.2024, wonach die formelle Prüfung der Angebote durchgeführt worden sei und das Angebot der Antragstellerin keiner weiteren Bewertung zugeführt werde; in eventu das Ausscheiden des Angebotes. Diese Mitteilung überrasche, da die Auftraggeberin trotz Hinweises nicht alle Unterlagen der Antragstellerin heruntergeladen und geöffnet habe. Es sei daher davon auszugehen, dass die Prüfung nicht vollständig durchgeführt worden sei. Bei dieser Mitteilung handle es sich um die Verständigung, dass das Angebot der Antragstellerin nicht weiter berücksichtigt werde iSd Paragraph 114, Absatz 6, Satz 3 BVergG 2018. Damit handle es sich um eine Entscheidung während der Verhandlungsphase. Nicht auszuschließen sei, dass es sich um die Verständigung über das erfolgte Ausscheiden ihres Angebotes gemäß Paragraph 141, Absatz 3, BVergG 2018 handle. So oder so entbehre die Auftraggeberentscheidung jeglicher Begründung, weswegen die Entscheidung bereits aus diesem Grunde rechtswidrig sei. Abgesehen davon liege kein Ausscheidungsgrund vor, weder einer gemäß Paragraph 141, BVergG 2018 noch einer der von der Auftraggeberin selbst festgelegten.

Eine Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin nicht mitgeteilt worden. Der Zuschlag sei, soweit bekannt, noch nicht erteilt worden.

Für Vergaben der Auftraggeberin sei das Bundesverwaltungsgericht die sachlich zuständige Vergabekontrollbehörde. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung sei von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil die Auftraggeberin bei rechtskonformem Vorgehen zu einem anderen Ergebnis hätte kommen müssen. Abgesehen davon, dass das Vergabeverfahren ohnehin widerrufsreif sei, hätte die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin in die weitere Bewertung einbeziehen müssen. Selbst wenn die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden hätte, sei diese antragslegitimiert, da das Vergabeverfahren widerrufsreif sei. Die Antragstellerin habe durch Abgabe ihres ausschreibungskonformen Angebotes und Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Entrichtung der dafür erforderlichen Gebühren ihr Interesse am Vertragsabschluss kundgetan. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form der bislang durch das Vergabeverfahren im Vertrauen auf dessen rechtskonforme Durchführung entstandenen und der noch entstehenden Kosten (für die Angebotserstellung sowie die Rechtsberatung) sowie des Weiteren in Form der entgangenen Geschäftsmöglichkeit. Der den Gegenstand der Ausschreibung bildende Auftrag habe besonderen Wert als Referenzauftrag.

Die Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt EUR 9.723,00 und bezeichnete die Rechte, in denen sie sich verletzt erachte.

2. Am 29.05.2024 erteilte die Umweltbundesamt GmbH (in der Folge auch Antragsgegnerin) sinngemäß allgemeine Auskünfte, zumal nach deren Ausführungen im gegenständlichen Fall jedenfalls kein Vergabeverfahren durchgeführt werde. Sie plane vielmehr die Neuanmietung von Büro- und Lagerflächen sowie von Laborflächen in Wien. Die Suche nach einem geeigneten Mietobjekt erfolge im Rahmen eines transparenten und strukturierten Bieterverfahrens (Markterkundung bzw. Interessentensuche), wobei jedenfalls die Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG 2018 gemäß § 9 Abs 1 Z 10 leg. cit. eingehalten werde. Die Antragsgegnerin führe definitiv kein Verhandlungsverfahren im Sinne von § 31 Abs 6 BVergG 2018 durch, wie die Antragstellerin insinuiere. Gegenstand der vorliegenden Markterkundung bzw. Interessentensuche sei ausschließlich der geplante Abschluss eines Immobilienmietvertrags, welcher dem Ausnahmetatbestand gemäß § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 entspreche, und nicht die Beschaffung von Bauleistungen. Insofern liege auch kein geschätzter Auftragswert und auch keine „Ausscheidensentscheidung“ vor. Auch habe keine „Angebotsöffnung“ stattgefunden. Die Unterlagen der Interessenten zum Abschluss eines

Mietvertrags seien nach Übermittlung bis zum 02.04.2024 (Ende der verlängerten Angebotsfrist) geöffnet, gesichtet und abgespeichert worden. Die Unterlagen der Antragstellerin seien vollständig eingelangt und gesichtet worden, was einem Vertreter der Antragstellerin auch über telefonische Anfrage ausdrücklich vor Einbringung des gegenständlichen Antrages bestätigt worden sei. 2. Am 29.05.2024 erteilte die Umweltbundesamt GmbH (in der Folge auch Antragsgegnerin) sinngemäß allgemeine Auskünfte, zumal nach deren Ausführungen im gegenständlichen Fall jedenfalls kein Vergabeverfahren durchgeführt werde. Sie plane vielmehr die Neuanmietung von Büro- und Lagerflächen sowie von Laborflächen in Wien. Die Suche nach einem geeigneten Mietobjekt erfolge im Rahmen eines transparenten und strukturierten Bieterverfahrens (Markterkundung bzw. Interessentensuche), wobei jedenfalls die Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG 2018 gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, leg. cit. eingehalten werde. Die Antragsgegnerin führe definitiv kein Verhandlungsverfahren im Sinne von Paragraph 31, Absatz 6, BVergG 2018 durch, wie die Antragstellerin insinuiere. Gegenstand der vorliegenden Markterkundung bzw. Interessentensuche sei ausschließlich der geplante Abschluss eines Immobilienmietvertrags, welcher dem Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 entspreche, und nicht die Beschaffung von Bauleistungen. Insofern liege auch kein geschätzter Auftragswert und auch keine „Ausscheidensentscheidung" vor. Auch habe keine „Angebotsöffnung" stattgefunden. Die Unterlagen der Interessenten zum Abschluss eines Mietvertrags seien nach Übermittlung bis zum 02.04.2024 (Ende der verlängerten Angebotsfrist) geöffnet, gesichtet und abgespeichert worden. Die Unterlagen der Antragstellerin seien vollständig eingelangt und gesichtet worden, was einem Vertreter der Antragstellerin auch über telefonische Anfrage ausdrücklich vor Einbringung des gegenständlichen Antrages bestätigt worden sei.

Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragsgegnerin aus, dass die verfahrensgegenständliche Interessentensuche/Markterkundung nicht mit einer Zuschlagsentscheidung iSd § 2 Z 49 BVergG 2018 enden könne, weswegen auch kein Schaden der Antragstellerin vorliegen könne. Der Antrag auf einstweilige Verfügung sei daher zurückzuweisen. Die Antragstellerin beabsichtige allein, in Verhandlungen mit der Antragsgegnerin im Rahmen der gegenständlich durchgeführten Interessentensuche zum Abschluss eines Mietvertrags zu treten, was sie mit einem Nachprüfungsantrag nicht erwirken könne, da das Verfahren zu widerrufen wäre, wenn die angefochtene „Entscheidung" aufgrund der Anwendbarkeit des BVergG 2018 für nichtig erklärt werden würde. Die Antragstellerin hätte daher keine Chance mehr, in Verhandlungen mit der Antragsgegnerin zu treten. Dies gelte umso weniger pro futuro, da unter der (tatsächlich nicht vorliegenden und von der Antragsgegnerin ebenfalls bestrittenen) Prämisse der erforderlichen Vergabe eines Bauauftrags im Sinne von § 5 BVergG 2018 die Antragstellerin mangels Eignung als Bauunternehmerin ebenfalls nicht als Bieterin auftreten könnte. Zudem sei die Einreichung der Antragstellerin bei der gegenständlich durchgeführten Interessentensuche zum Abschluss eines Mietvertrags auf Platz 4 gereiht, und könnte daher auch in diesem Verfahren kein Mietvertrag mit der Antragstellerin abgeschlossen werden. Mangels Schadens der Antragstellerin und mangels Interesses am Vertrag sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung daher auch aus diesem Grund zurückzuweisen.Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragsgegnerin aus, dass die verfahrensgegenständliche Interessentensuche/Markterkundung nicht mit einer Zuschlagsentscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 49, BVergG 2018 enden könne, weswegen auch kein Schaden der Antragstellerin vorliegen könne. Der Antrag auf einstweilige Verfügung sei daher zurückzuweisen. Die Antragstellerin beabsichtige allein, in Verhandlungen mit der Antragsgegnerin im Rahmen der gegenständlich durchgeführten Interessentensuche zum Abschluss eines Mietvertrags zu treten, was sie mit einem Nachprüfungsantrag nicht erwirken könne, da das Verfahren zu widerrufen wäre, wenn die angefochtene „Entscheidung" aufgrund der Anwendbarkeit des BVergG 2018 für nichtig erklärt werden würde. Die Antragstellerin hätte daher keine Chance mehr, in Verhandlungen mit der Antragsgegnerin zu treten. Dies gelte umso weniger pro futuro, da unter der (tatsächlich nicht vorliegenden und von der Antragsgegnerin ebenfalls bestrittenen) Prämisse der erforderlichen Vergabe eines Bauauftrags im Sinne von Paragraph 5, BVergG 2018 die Antragstellerin mangels Eignung als Bauunternehmerin ebenfalls nicht als Bieterin auftreten könnte. Zudem sei die Einreichung der Antragstellerin bei der gegenständlich durchgeführten Interessentensuche zum Abschluss eines Mietvertrags auf Platz 4 gereiht, und könnte daher auch in diesem Verfahren kein Mietvertrag mit der Antragstellerin abgeschlossen werden. Mangels Schadens der Antragstellerin und mangels Interesses am Vertrag sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung daher auch aus diesem Grund zurückzuweisen.

Lediglich aus advokatorischer Vorsicht werde festgehalten, dass lediglich die „Zuschlagserteilung" im gegenständlichen Verfahren zu untersagen wäre, die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens wäre als überschießend abzuweisen.

Darüber hinaus bestehe angesichts der bestehenden Sanierungsbedürftigkeit ein dringender Bedarf an der Anmietung eines geeigneten Mietobjekts. Zudem sei ein Wegfall der Bindungswirkung jedenfalls zu vermeiden.

3. Mit Beschluss vom 04.06.2024 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend statt, als der Umweltbundesamt GmbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, im gegenständlichen Verfahren „Markterkundung/Aufforderung zur Angebotslegung Anmietung Büro-, Lager- und Laborflächen“ den Zuschlag zu erteilen.

4. Mit Schriftsatz vom 10.06.2024 nahm die Antragsgegnerin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Die Antragsgegnerin plane die Neuanmietung von Büro-, Lager- sowie Laborflächen in Wien. Die Suche nach einem geeigneten Mietobjekt werde im Rahmen eines transparenten und strukturierten Bieterverfahrens (Markterkundung bzw. Interessentensuche) durchgeführt. Der Gesamtmietflächenbedarf betrage 12.640 m². Davon müssten ca. 17% als Laborfläche ausgestaltet sein. Es seien in den Bau- und Ausstattungsbeschreibungen für die Ausstattung des Labors keine unüblichen Spezifikationen verlangt worden, vielmehr seien diese vergleichbar mit denen einer Zahnarztpraxis oder eines Gastronomiebetriebs, die üblicherweise in gewerblichen Mietobjekten ohne unübliche Umbaumaßnahmen eingerichtet werden könnten. Die Antragsgegnerin hätte am 16.12.2023 per Inseratenschaltung in den Immobilienteilen mehrerer österreichweiten Zeitschriften dem Markt bekannt gegeben, dass nähere Informationen über die unternehmenseigene Website zur Verfügung stehen würden (Informationen zum Gegenstand, Ablauf und zum Zeitplan des Verfahrens). Die Interessenten seien aufgefordert worden, Anfragen und Interessenbekundungen zur Angebotslegung schriftlich an die Antragsgegnerin zu richten. Die Inserate seien am 13.01.2024 und am 20.01.2024 gleichlautend wiederholt worden. Den 35 Interessenten seien nach deren schriftlichen Interessentenbekundungen sämtliche Verfahrensunterlagen über einen Link zum Download zu Verfügung gestellt worden. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 29.02.2024, 12.00 Uhr festgelegt worden, wobei die Frist mangels ausreichender Angebote auf den 02.04.2024, 12 Uhr verlängert worden sei. Darüber seien auch alle Interessenten mittels E-Mail in Kenntnis gesetzt worden. Es seien sodann 22 Angebote final abgegeben worden. Zur fachlichen und sachlich objektiven Bewertung der letztlich 14 verbliebenden Angebote sei ein externes Unternehmen beauftragt worden, wobei die Bieter mit den Rängen 4 bis 14 am 14.05.2024 per E-Mail über deren Nichtberücksichtigung im weiteren Verfahren informiert worden seien, darunter sei auch die Antragstellerin gewesen. Diese Mitteilung sei im hier gegenständlichen Verfahren bekämpft worden.

Die im Zuge der Markterkundung vollständig eingelangten Unterlagen der Antragstellerin seien entgegen deren Vorbringen von der Antragsgegnerin (bzw. dem von ihr beauftragten externen Unternehmen) gesichtet und geprüft worden, worüber die Antragstellerin auch telefonisch in Kenntnis gesetzt worden sei.

Die Antragsgegnerin trat den Vorwürfen der Antragstellerin im Zuge ihrer Stellungnahme mit folgenden Argumenten entgegen: Das Vorhaben der Antragsgegnerin falle jedenfalls unter den Ausnahmetatbestand des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 und sei daher vom sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Die Bestimmungen, welche sie bei einem Bauauftrag im Oberschwellenbereich mittels eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung beachten hätte müssen, seien daher auf das hier gegenständliche Verfahren nicht anzuwenden. Der vom Gesetzgeber intendierte Zweck dieser Ausnahmebestimmung sei die mangelnde Wettbewerbssituation bei Grundstücksgeschäften, welche auch im gegenständlichen Fall vorliege. Die Antragsgegnerin trat den Vorwürfen der Antragstellerin im Zuge ihrer Stellungnahme mit folgenden Argumenten entgegen: Das Vorhaben der Antragsgegnerin falle jedenfalls unter den Ausnahmetatbestand des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 und sei daher vom sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Die Bestimmungen, welche sie bei einem Bauauftrag im Oberschwellenbereich mittels eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung beachten hätte müssen, seien daher auf das hier gegenständliche Verfahren nicht anzuwenden. Der vom Gesetzgeber intendierte Zweck dieser Ausnahmebestimmung sei die mangelnde Wettbewerbssituation bei Grundstücksgeschäften, welche auch im gegenständlichen Fall vorliege.

Ein Bauauftrag iSd BVergG 2018 liege im gegenständlichen Fall keineswegs vor, da zwar die Antragsgegnerin Auslöserin für die Baumaßnahmen sei, jedoch die Immobilie in architektonischer und funktionaler Hinsicht vom Privaten, und nicht von der Antragsgegnerin geprägt werde. Diese Ansicht habe auch der EuGH kürzlich so bestätigt, indem er festgehalten habe, dass von einem entscheidenden Einfluss auf das Bauvorhaben des öffentlichen Auftraggebers erst dann gesprochen werden könne, wenn sich dieser auch tatsächlich auf die architektonische Struktur (Größe,

Außenwände, tragende Wände, etc.) des Gebäudes beziehen würde. Das Fehlen einer Baugenehmigung bedeute außerdem nicht automatisch, dass das Bauwerk bei Vertragsabschluss nicht schon fertig geplant gewesen sei. Der EuGH erstrecke die Vergabeausnahme der Anmietung von vorhandenen Gebäuden sogar auch auf noch nicht errichtete Bauwerke.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang lediglich dann ein

entsprechender Bauauftrag iSd BVergG 2018 vorliege, wenn es sich um eine sogenannte „Miete vom Reißbrett" handle. Ein üblicher Einfluss eines Mieters könne sich hingegen auch auf die Gebäudeeinteilung bzw. Inneneinteilung beziehen.

Es sei von der Antragsgegnerin bloß eine Markerkundung durchgeführt worden, dies unter der Prämisse, dass Objekte, welche nicht unter den Ausnahmetatbestand gemäß § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 fallen würden, nicht berücksichtigt werden sollten. Dies sei so auch den veröffentlichten Unterlagen zur Markterkundung zu entnehmen. Weiters sei die Anforderung an die Immobilie, dass diese einen bestimmten Planungsstand aufweisen müsste, ausdrücklich erwähnt worden. Die anzubietende Immobilie habe daher zumindest in der „geplanten architektonischen Struktur des Gebäudes, wie etwa die Größe des Gebäudes, seine Außenwände und seine tragenden Wände" zu bestehen.Es sei von der Antragsgegnerin bloß eine Markerkundung durchgeführt worden, dies unter der Prämisse, dass Objekte, welche nicht unter den Ausnahmetatbestand gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 fallen würden, nicht berücksichtigt werden sollten. Dies sei so auch den veröffentlichten Unterlagen zur Markterkundung zu entnehmen. Weiters sei die Anforderung an die Immobilie, dass diese einen bestimmten Planungsstand aufweisen müsste, ausdrücklich erwähnt worden. Die anzubietende Immobilie habe daher zumindest in der „geplanten architektonischen Struktur des Gebäudes, wie etwa die Größe des Gebäudes, seine Außenwände und seine tragenden Wände" zu bestehen.

Es komme daher, ausgehend von der zitierten Rechtsprechung des EuGH, auf den entscheidenden Einfluss auf die Gestaltung des Bürogebäudes durch die Antragsgegnerin an, welcher im gegenständlichen Fall, vor dem Hintergrund ihrer veröffentlichten Unterlagen, nicht hätte ausgeübt werden können, zumal die Immobilie bereits über eine geplante architektonische Struktur (wie etwa über Außenwände, tragende Wände) verfügen hätte müssen.

Anforderungen an die Fassade, Innenwände, Bodenkonstruktionen, Bodenbelag, Decke, Haustechnik, Verteilerstation, Fußbodenheizung, Pumpen, Lüftungsanlage, WC?Räume sowie Abwasserleitungen, seien laut EuGH (EuGH in der Rechtssache C?537/19) nicht als „entscheidender Einfluss" zu werten und würden dem Ausnahmetatbestand des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 nicht entgegenstehen. Die Anforderungen an die Gebäude-Innenausstattung im gegenständlichen Fall seien im Gegensatz zur zitierten Rechtsprechung sogar als viel weniger weitrechend zu qualifizieren.Anforderungen an die Fassade, Innenwände, Bodenkonstruktionen, Bodenbelag, Decke, Haustechnik, Verteilerstation, Fußbodenheizung, Pumpen, Lüftungsanlage, WC?Räume sowie Abwasserleitungen, seien laut EuGH (EuGH in der Rechtssache C?537/19) nicht als „entscheidender Einfluss" zu werten und würden dem Ausnahmetatbestand des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 nicht entgegenstehen. Die Anforderungen an die Gebäude-Innenausstattung im gegenständlichen Fall seien im Gegensatz zur zitierten Rechtsprechung sogar als viel weniger weitrechend zu qualifizieren.

Das von der Antragsgegnerin angegebene „Wunschgebiet" spreche noch viel mehr für eine Subsumtion unter den Ausnahmetatbestand, da eine unionsweite Ausschreibung wenig Sinn ergeben würde, zumal die Antragsgegnerin beabsichtige, in Österreich und nicht beispielsweise in Hamburg einen Mietvertrag abzuschließen.

Für die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes gemäß § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 bedürfe es keines Objekts „von der Stange". Nach der Rechtsprechung des EuGH könne es vor allem die Innenräume betreffend zu weitreichenden Adaptierungsmaßnahmen kommen. Für die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 bedürfe es keines Objekts „von der Stange". Nach der Rechtsprechung des EuGH könne es vor allem die Innenräume betreffend zu weitreichenden Adaptierungsmaßnahmen kommen.

Die Antragsgegnerin habe von Anfang an beabsichtigt, bloß Immobilien, welche unter den Ausnahmetatbestand fallen würde, zu berücksichtigen und Bauleistungen, welche nicht darunterfallen würden, gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018 zu vergeben. Eine Umgehung des BVergG 2018, wie von der Antragstellerin behauptet, würde daher keinesfalls vorliegen. Das Gegenteil sei mit dieser Festlegung von der Antragsgegnerin intendiert worden.

Die Beurteilung, ob ein dem Ausnahmetatbestand des § 9 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 unterliegender Mietvertrag

abgeschlossen werde, könne durch das BVwG erst dann vorgenommen werden, sobald ein entsprechendes vertragliches Verhältnis tatsächlich auch eingegangen wurde. Daher sei der Nachprüfungsantrag verfrüht und eine Entscheidung durch das BVwG (noch) nicht möglich. Die Beurteilung, ob ein dem Ausnahmetatbestand des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 10, BVergG 2018 unterliegender Mietvertrag abgeschlossen werde, könne durch das BVwG erst dann vorgenommen werden, sobald ein entsprechendes vertragliches Verhältnis tatsächlich auch eingegangen wurde. Daher sei der Nachprüfungsantrag verfrüht und eine Entscheidung durch das BVwG (noch) nicht möglich.

Die Antragstellerin beabsichtige mit ihrem Nachprüfungsantrag bloß in Verhandlungsgespräche mit der Antragsgegnerin zu treten, um doch noch einen Mietvertragsabschluss mit der Antragsgegnerin zu erwirken. Dieses Ziel lasse sich jedoch durch das gewählte Mittel des Nachprüfungsantrages nicht erreichen: Sollte das BVwG zu der Ansicht gelangen, das Vorhaben der Antragsgegnerin sei als Bauleistung iSd BVergG 2018 zu qualifizieren, wäre das Verfahren in weiterer Folge zu widerrufen und erneut als Bauauftrag auszuschreiben. In diesem Verfahren hätte die Antragstellerin jedoch mangels Eignung als Bauunternehmerin keine Chance auf Beteiligung am Verfahren und damit auf Zuschlagserteilung. Sollte das BVwG zu der Ansicht gelangen, dass das Vorhaben unter den Ausnahmetatbestand zu subsumieren sei, so könne die am 14.05.2024 übermittelte E-Mail mangels Anwendbarkeit des BVergG 2018 denkunmöglich für nichtig erklärt werden. Auch bei diesem Ausgangsszenario hätte die Antragstellerin daher keine Chance auf einen Vertragsabschluss mit der Antragsgegnerin. Davon abgesehen sei die Antragstellerin auf Platz vier gereiht und daher sowieso von der Verhandlungsführung ausgeschlossen, zumal bloß die zwei bestgereihten Bieter dieses Privileg hätten.

Aus diesen Erwägungen sei daher darauf zu schließen, dass die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren bloß führe, um Druck auf die Antragsgegnerin auszuüben.

Die Antragstellerin setze mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag keine subjektiven Rechte durch, sondern verfolge bloß eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle. Mangels Schadens der Antragstellerin und mangels Interesses am Vertrag sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Abgesehen davon, hätten die behaupteten Rechtswidrigkeiten vor dem Hintergrund der erläuterten Ausgangsszenarien auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen wesentlichen Einfluss. Damit liege die Voraussetzung für die Nichtigerklärung gemäß § 347 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 nicht vor, weswegen der Antrag jedenfalls abzuweisen sei. Die Antragstellerin setze mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag keine subjektiven Rechte durch, sondern verfolge bloß eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle. Mangels Schadens der Antragstellerin und mangels Interesses am Vertrag sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Abgesehen davon, hätten die behaupteten Rechtswidrigkeiten vor dem Hintergrund der erläuterten Ausgangsszenarien auf den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen wesentlichen Einfluss. Damit liege die Voraussetzung für die Nichtigerklärung gemäß Paragraph 347, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 nicht vor, weswegen der Antrag jedenfalls abzuweisen sei.

Die Antragsgegnerin führte weiters an, dass bei der Qualifikation des Auftrags durch das BVwG als allfällige Direktvergabe, die Antragstellerin sich gegen die „Wahl des Vergabeverfahrens“ als einzige gesondert anfechtbare Entscheidung hätte richten müssen. Dieser Antrag sei jedoch verspätet, zumal die dafür vorgesehene Frist 10 Tage nach Erhalt der veröffentlichten Unterlagen zur Markterkundung betragen habe. Der Antrag wäre in diesem Fall wegen Verfristung zurückzuweisen.

Im Falle der Qualifikation des Auftrags durch das BVwG als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, könne die Antragstellerin nicht gegen die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorgehen. Sie hätte sich in einem solchen Fall bereits in das Verfahren eingelassen und daher ihr Anfechtungsrecht verwirkt. Sämtliche Ausführungen der Antragstellerin, wonach im gegenständlichen Fall eine unzulässige Verfahrensart gewählt worden sei, seien daher vollkommen unbeachtlich und aufgrund deren Verfristung zurückzuweisen. Als einzige anfechtbare Entscheidung verbleibe die Mitteilung vom 14.05.2024, welche, wie dargelegt, mangels Wesentlichkeit der monierten Rechtswidrigkeit nicht für nichtig zu erklären sei. Abgesehen davon, fehle der Antragstellerin die Antragslegitimation, da sie als Viertgereihte weder zu Verhandlungen eingeladen werden noch den Vertragsabschluss erreichen könne.

Sämtliche Anträge der Antragstellerin auf Nichtigkerklärung seien daher zurück-, in eventu abzuweisen.

5. Am 20.06.2024 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Sie nahm folgenden Verlauf:

AStV: In Erwiderung der Stellungnahme der AG ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Beweislast für die Anwendbarkeit einer Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG beim AG liegt und dass dafür ein strenger Maßstab anzulegen ist. Die konkrete Ausnahmebestimmung des Abs 1 Z 9 Behandelt den Ankauf, die Anmietung oder die Pacht einer bestimmten Immobilie, wobei es für eine bestimmte Immobilie zwangsläufig keinen Wettbewerb gibt. Im vorliegenden Fall führt die AG aber selbst einen Wettbewerb durch um die Immobilie für das Umweltbundesamt zu finden. Es geht hier also nicht um die feststehende bestimmte, die eine Immobilie, sondern um einen Wettbewerb mit Bezug auf für die Erfordernisse der AG in Betracht kommende Immobilien. Das zeigt sich schon an der beträchtlichen Zahl der Angebote, die die AG in ihrer Stellungnahme selbst anführt. Die AG bezieht sich in ihrer Stellungnahme auf eine Entscheidung des EuGH, in der es um die Anmietung eines klassischen Bürogebäudes durch Wr. Wohnen ging. Wr. Wohnen mietete eine Immobilie ohne auf bestimmte Mieterkategorien oder auf besondere Erfordernisse abzustellen. In ihrer Stellungnahme unterschlägt die AG bei ihrer Zitierung der Entscheidung einen wesentlichen Satz: Demnach können Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss der AG bzw. der Mieterin angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben. Genau das ist hier der Fall. Es wird nicht ein klassisches Bürogebäude gesucht, sondern laut der Bau- und Ausstattungsbeschreibung muss die Immobilie ein Labor, eine Werkstät

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at