

TE Verg Bescheid 2012/11/9 N/0099-BVA/08/2012-EV32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.11.2012

Norm

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 iVm § 38 AVG betreffend das offene Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG Maut Service GmbH, bezüglich des Antrags der Antragstellerin A*** GmbH & Co KG vom 31.10.2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ergänzt um das konkrete Sicherungsbegehren am 2.11.2012, die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 38, AVG betreffend das offene Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG Maut Service GmbH, bezüglich des Antrags der Antragstellerin A*** GmbH & Co KG vom 31.10.2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ergänzt um das konkrete Sicherungsbegehren am 2.11.2012, die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, wie folgt entschieden:

Spruch

Das Verfahren gemäß §§ 328ff BVergG 2006, in dem über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= ASFINAG) betreffend das Vergabeverfahren "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen" zu entscheiden ist, wird für die Dauer des Wiedereinsetzungsverfahrens ausgesetzt, welches gemäß Wiedereinsetzungsantrag vom 2.11.2012 dem Nachprüfungsverfahren N/0100-BVA/08/2012, zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung akzessorisch zuzurechnen ist. Das Verfahren gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006, in dem über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= ASFINAG) betreffend das Vergabeverfahren "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen" zu entscheiden ist, wird für die Dauer des Wiedereinsetzungsverfahrens ausgesetzt, welches gemäß Wiedereinsetzungsantrag vom 2.11.2012 dem Nachprüfungsverfahren N/0100-BVA/08/2012, zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung akzessorisch zuzurechnen ist.

Rechtsgrundlage: § 38 AVG iVm § 7 ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraph 38, AVG in Verbindung mit Paragraph 7, ABGB

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensgang und Sachverhalt

Die Auftraggeberin führt derzeit das im Spruch ersichtliche offene Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip durch. Die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot am 24.10.2012 ausgeschieden, wäre aber Billigstbieterin gewesen. Als Ausscheidensgründe stehen auftraggeberseitig beurteilte Ausschreibungswidrigkeiten insb iZm Ausführungen der Antragstellerin in einem Beiblatt zum Angebot im Raum.

Die Antragstellerin bot die ausgeschriebenen Lieferleistungen um rund 130.000 Euro netto an, während die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin um rund 163.000 Euro netto anbot.

Die Antragstellerin verfasste nach einem vorangehenden Anruf bei der Behördenleitung am 30.10.2012 sowie vor einem weiteren Anruf am 31.10.2012 bei einer Vertreterin des hier zuständigen Senatsvorsitzenden des Senats 8 des BVA einen Antrag auf Nichtigkeit der Ausscheidensentscheidung und formulierte am Deckblatt dieser Eingabe auch einen sonst nicht näher ausgeführten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragstellerin legte dabei am 31.10.2012 die an sie in gesonderten Dokumenten zugemittelten Entscheidungen über das Ausscheiden und über die beabsichtigte Zuschlagserteilung vor, wobei die Auftraggeberin bei der Zuschlagsentscheidung ua den 30.10.2012, 12.00 Uhr iZm dem Ablauf der Stillhaltefrist benannt hatte und selbigen Zeitpunkt in Abhängigkeit von der Telefaxversendung der Zuschlagsentscheidung wieder relativiert hatte - dokumentiert ua auch in den auftraggeberseitig vorgelegten Vergabeunterlagen. Die Auftraggeberin teilte dem am 2.11.2012 wieder im Dienst befindlichen Senatsvorsitzenden durch einen für sie tätigen Juristen telefonisch mit, dass der Zuschlag noch nicht erteilt wäre.

Der Senatsvorsitzende belehrte die formell beim BVA nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene bundesdeutsche Antragstellerin am 2.11. 2012 gemäß § 13a AVG darüber, dass neben dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung auch ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu stellen gewesen wäre; dass die Anfechtungsfrist betreffend die Zuschlagsentscheidung vom 24.10.2012 am 31.10.2012 bereits abgelaufen sein dürfte, und dass in einem derartigen Fall typischer Weise verfahrensrechtlich ein Antrag auf Wiedereinsetzung nach § 71 AVG gestellt würde; und dass nur ein eV - Begehren auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags fortan einen Zuschlag verhindern könnte, wenn ein solcher Antrag noch rechtzeitig einer Verständigung nach § 328 Abs 6 BVergG 2006 zugeführt würde. Die Antragstellerin verfasste danach am 2.11.2012 eine Eingabe, zB lfd Nr 1 des Akts N/0100-BVA/08/2012, in der sie unter Hinweis auf ihr bisheriges Vorbringen - ohne weitergehende Begründungen - die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (protokolliert nunmehr zu N/0100-BVA/08/2012), die Wiedereinsetzung und die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrte. Die Auftraggeberin wurde insoweit am 2.11.2012 gemäß § 328 Abs 6 BVergG 2006 verständigt und teilte danach mit, dass der Zuschlag noch nicht erteilt wäre. Der Senatsvorsitzende belehrte die formell beim BVA nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene bundesdeutsche Antragstellerin am 2.11. 2012 gemäß Paragraph 13 a, AVG darüber, dass neben dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung auch ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu stellen gewesen wäre; dass die Anfechtungsfrist betreffend die Zuschlagsentscheidung vom 24.10.2012 am 31.10.2012 bereits abgelaufen

sein dürfte, und dass in einem derartigen Fall typischer Weise verfahrensrechtlich ein Antrag auf Wiedereinsetzung nach Paragraph 71, AVG gestellt würde; und dass nur ein eV - Begehren auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags fortan einen Zuschlag verhindern könnte, wenn ein solcher Antrag noch rechtzeitig einer Verständigung nach Paragraph 328, Absatz 6, BVergG 2006 zugeführt würde. Die Antragstellerin verfasste danach am 2.11.2012 eine Eingabe, zB lfd Nr 1 des Akts N/0100-BVA/08/2012, in der sie unter Hinweis auf ihr bisheriges Vorbringen - ohne weitergehende Begründungen - die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (protokolliert nunmehr zu N/0100-BVA/08/2012), die Wiedereinsetzung und die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrte. Die Auftraggeberin wurde insoweit am 2.11.2012 gemäß Paragraph 328, Absatz 6, BVergG 2006 verständigt und teilte danach mit, dass der Zuschlag noch nicht erteilt wäre.

Zwischenzeitig hat die Antragstellerin ihren Wiedereinsetzungsantrag dahin verbessert, dass sie als Wiedereinsetzungsgrund - summarisch - ihre Rechtsunkundigkeit im österreichischen Recht iVm einer unvollständigen Manuduktion am 30. bzw 31.10.2012 vorbringt, worüber derzeit der zuständige Senat 8 des BVA ein Ermittlungsverfahren abführt. Zwischenzeitig hat die Antragstellerin ihren Wiedereinsetzungsantrag dahin verbessert, dass sie als Wiedereinsetzungsgrund - summarisch - ihre Rechtsunkundigkeit im österreichischen Recht in Verbindung mit einer unvollständigen Manuduktion am 30. bzw 31.10.2012 vorbringt, worüber derzeit der zuständige Senat 8 des BVA ein Ermittlungsverfahren abführt.

Die Auftraggeberin sprach sich gegenüber dem BVA gegen eine Wiedereinsetzung in die Frist betreffend Anfechtung der Zuschlagsentscheidung, gegen die Erlassung einer eV und gegen eine Aussetzung des Provisorialverfahrens aus - zB Eingaben lfd Nri 8 und 10 aus dem Akt N/0100-BVA/08/2012.

Das BVA teilte den Parteien der Nachprüfungsverfahren N/0099 und 0100- BVA/08/2012 mit, dass diese beiden Verfahren iSv § 39 Abs 2 AVG verbunden geführt werden. Derzeit ist nicht ersichtlich, dass das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern könnte. Das BVA teilte den Parteien der Nachprüfungsverfahren N/0099 und 0100- BVA/08/2012 mit, dass diese beiden Verfahren iSv Paragraph 39, Absatz 2, AVG verbunden geführt werden. Derzeit ist nicht ersichtlich, dass das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern könnte.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0099- BVA/08/2012 und N/0100-BVA/08/2012 sowie aus den bislang vorgelegten Vergabeunterlagen der Auftraggeberin.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Die iZm diesem Aussetzungsbescheid interessierenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen der §§ 13a und 38 AVG lauten: 3.1. Die iZm diesem Aussetzungsbescheid interessierenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Paragraphen 13 a und 38 AVG lauten:

§ 13a. Die Behörde hat Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Paragraph 13 a, Die Behörde hat Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.

[...]

§ 38. Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Behörde bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird. Paragraph 38, Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen

von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Behörde bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.

Eine ausdrückliche Belehrung der unvertretenen Antragstellerin über das gebotene gesonderte Anfechten der Zuschlagsentscheidung erfolgte nach dem bisherigen Sachstand samt Wiedereinsetzungsbelehrung erstmals ausdrücklich am 2.11.2012.

Vorauszuschicken ist gegenständlich weiters, dass auch verschiedene Verfahren bei der gleichen Behörde in einem dem § 38 AVG entsprechenden Präjudizialitätsverhältnis stehen können, was gegenständlich teleologisch gemäß § 7 ABGB auch derart beurteilt wird, wenn der Senatsvorsitzende gemäß §§ 306 iVm Vorauszuschicken ist gegenständlich weiters, dass auch verschiedene Verfahren bei der gleichen Behörde in einem dem Paragraph 38, AVG entsprechenden Präjudizialitätsverhältnis stehen können, was gegenständlich teleologisch gemäß Paragraph 7, ABGB auch derart beurteilt wird, wenn der Senatsvorsitzende gemäß Paragraphen 306, iVm

insb 328 Abs 4 BVergG 2006 im eV - Verfahren und gleichzeitig der Senat gemäß insb 328 Absatz 4, BVergG 2006 im eV - Verfahren und gleichzeitig der Senat gemäß

§§ 303, 321 und 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 im Nachprüfungs,- bzw im diesbezüglichen Wiedereinsetzungsverfahren die sich stellende Rechtzeitigkeitsbzw Wiedereinsetzbarkeitsfrage betreffend den Nichtigerklärungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zu beurteilen haben.Paragraphen 303, 321 und 322 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 im Nachprüfungs,- bzw im diesbezüglichen Wiedereinsetzungsverfahren die sich stellende Rechtzeitigkeitsbzw Wiedereinsetzbarkeitsfrage betreffend den Nichtigerklärungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zu beurteilen haben.

Siehe zum Aussetzen grundsätzlich zB bei Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵, 152 ff, mwN.

Für das Senatskollegium sind die aufgezeigten Fragestellungen jeweils Hauptfragen, während das rechtzeitige bzw nicht rechtzeitige Stellen eines entsprechenden Nachprüfungsantrags gemäß § 328 Abs 4 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 mitunter nur zu behördlichen Verfahrenshandlungen ohne Bescheidqualität führt.Für das Senatskollegium sind die aufgezeigten Fragestellungen jeweils Hauptfragen, während das rechtzeitige bzw nicht rechtzeitige Stellen eines entsprechenden Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 328, Absatz 4, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 mitunter nur zu behördlichen Verfahrenshandlungen ohne Bescheidqualität führt.

Diesem Aussetzungsbescheid liegt überdies einerseits die Rechtsauffassung zu Grunde, dass einem Antrag auf Erlassung einer eV dann Folge zu geben ist, wenn noch nicht evident ist, dass die Antragstellerin niemals eine Chance auf Zuschlagserteilung hätte, womit der Antragstellerin bei einem derartigen Ermittlungsstand ihre Sicherungsinteressen nach § 329 Abs 1 BVergG 2006 noch nicht abgesprochen werden können,Diesem Aussetzungsbescheid liegt überdies einerseits die Rechtsauffassung zu Grunde, dass einem Antrag auf Erlassung einer eV dann Folge zu geben ist, wenn noch nicht evident ist, dass die Antragstellerin niemals eine Chance auf Zuschlagserteilung hätte, womit der Antragstellerin bei einem derartigen Ermittlungsstand ihre Sicherungsinteressen nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 noch nicht abgesprochen werden können,

andererseits aber auch die Auffassung, dass es nicht verfahrensökonomisch nach§ 39 Abs 2 AVG wäre, wenn der Senatsvorsitzende im Provisorialverfahren umfangreiche Ermittlungen in Relation auch zu der im Ausland ansässigen Antragstellerin vornehmen müsste, die (scil: Ermittlungen) dann der Senat im Wiedereinsetzungsverfahren neuerlich wiederholen müsste, um insb dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 317 BVergG 2006 iVm § 67f AVG, alles iVm Art 6 MRK, Rechnung zu tragen.andererseits aber auch die Auffassung, dass es nicht verfahrensökonomisch nach Paragraph 39, Absatz 2, AVG wäre, wenn der Senatsvorsitzende im Provisorialverfahren umfangreiche Ermittlungen in Relation auch zu der im Ausland ansässigen Antragstellerin vornehmen müsste, die (scil: Ermittlungen) dann der Senat im Wiedereinsetzungsverfahren neuerlich wiederholen müsste, um insb dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des Paragraph 317, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 67 f, AVG, alles in Verbindung mit Artikel 6, MRK, Rechnung zu tragen.

3.2. Der Auftraggeberin wurde der am 2.11.2012 vorgetragene Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung gestellt, womit derzeit eine wirksame Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung über dieses Sicherungsbegehren nicht

in Betracht kommt - § 328 Abs 5 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10. Die Auftraggeberin führt zB auch in ihrer Eingabe, lfd Nr 20 des Verfahrens N/0099-BVA/08/2012, aus, dass bislang kein Zuschlag erteilt wurde. Sohin erscheint die beantragte eV weiterhin zulässig - § 312 Abs 2 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10.3.2. Der Auftraggeberin wurde der am 2.11.2012 vorgetragene Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung zugestellt, womit derzeit eine wirksame Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung über dieses Sicherungsbegehren nicht in Betracht kommt - Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10. Die Auftraggeberin führt zB auch in ihrer Eingabe, lfd Nr 20 des Verfahrens N/0099-BVA/08/2012, aus, dass bislang kein Zuschlag erteilt wurde. Sohin erscheint die beantragte eV weiterhin zulässig - Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10.

3.3. Zur Zweckmäßigkeit des Aussetzens des Provisorialverfahrens - zur Begründung der Ermessensübung gemäß § 38 AVG - ist sohin auszuführen.3.3. Zur Zweckmäßigkeit des Aussetzens des Provisorialverfahrens - zur Begründung der Ermessensübung gemäß Paragraph 38, AVG - ist sohin auszuführen:

3.3.1. Die Antragstellerin erscheint durch die Verständigung gemäß § 328 Abs BVergG 2006 idFBGBl I 2012/12 ident wie durch eine stattgebende eV - Entscheidung geschützt, womit eine Aussetzung die Interessen der Antragstellerin nicht nachteilig berührt.3.3.1. Die Antragstellerin erscheint durch die Verständigung gemäß Paragraph 328, Abs BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/12 ident wie durch eine stattgebende eV - Entscheidung geschützt, womit eine Aussetzung die Interessen der Antragstellerin nicht nachteilig berührt.

3.3.2. Die Auftraggeberin hatte ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung jedenfalls im Ausmaß von sechs Wochen in ihre zeitliche Gestaltung des Vergabeverfahrens miteinzuplanen - § 326 BVergG 2006. Derzeit ist idZ nicht ersichtlich, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde.3.3.2. Die Auftraggeberin hatte ein Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung jedenfalls im Ausmaß von sechs Wochen in ihre zeitliche Gestaltung des Vergabeverfahrens miteinzuplanen - Paragraph 326, BVergG 2006. Derzeit ist idZ nicht ersichtlich, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde.

3.3.3. Ob die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zur GZ N/0099-BVA/08/2012 für die Antragstellerin aussichtslos ist, kann in Anbetracht der aktuellen Rsp des VwGH zu § 108 Abs 2 BVergG 2006 derzeit noch nicht eindeutig beurteilt werden, siehe dazu VwGH, Zlen 2008/04/0087, 2006/04/0200, 2007/04/0007 und 2004/04/0102 mit jeweiligen Ausführungen iZm der Frage des Ausschreibungswiderspruchs nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Ob die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung - im Falle der Wiedereinsetzung - als rechtzeitig zu beurteilen sein wird, ist wie gesagt eine erst vom Senat des BVA zu entscheidende Hauptfrage in Verfahren mit Senatszuständigkeit zur Bescheiderlassung gemäß § 303 BVergG 2006.3.3.3. Ob die Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zur GZ N/0099-BVA/08/2012 für die Antragstellerin aussichtslos ist, kann in Anbetracht der aktuellen Rsp des VwGH zu Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 derzeit noch nicht eindeutig beurteilt werden, siehe dazu VwGH, Zlen 2008/04/0087, 2006/04/0200, 2007/04/0007 und 2004/04/0102 mit jeweiligen Ausführungen iZm der Frage des Ausschreibungswiderspruchs nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006. Ob die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung - im Falle der Wiedereinsetzung - als rechtzeitig zu beurteilen sein wird, ist wie gesagt eine erst vom Senat des BVA zu entscheidende Hauptfrage in Verfahren mit Senatszuständigkeit zur Bescheiderlassung gemäß Paragraph 303, BVergG 2006.

3.3.4. Wenn nunmehr stRsp insb des Senats 8 des BVA ist, dass die eV nach § 328ff BVergG 2006 der Sicherung eines zulässigen Nichtigerklärungsantrags dient (- siehe dazu BVA 3.7.2012, N/0066-BVA/08/2012-EV12 uva), und es maW gegen eine eV - Erlassung sprechen würde, wenn kein mit eV zu sichernder zulässiger und insb rechtzeitiger Nichtigerklärungsantrag (mehr) vorliegt, so überschneiden sich wie oben dargelegt die Beweisthemen des Provisorialverfahrens mit jenen des Wiedereinsetzungsverfahrens betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0100-BVA/08/2012.3.3.4. Wenn nunmehr stRsp insb des Senats 8 des BVA ist, dass die eV nach Paragraph 328 f, BVergG 2006 der Sicherung eines zulässigen Nichtigerklärungsantrags dient (- siehe dazu BVA 3.7.2012, N/0066-BVA/08/2012-EV12 uva), und es maW gegen eine eV - Erlassung sprechen würde, wenn kein mit eV zu sichernder zulässiger und insb rechtzeitiger Nichtigerklärungsantrag (mehr) vorliegt, so überschneiden sich wie oben dargelegt die Beweisthemen des Provisorialverfahrens mit jenen des Wiedereinsetzungsverfahrens betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0100-BVA/08/2012.

3.3.5. Der hier monokratisch entscheidende Senatsvorsitzende geht davon aus, dass eine - mangels rechtzeitiger

Anfechtung - bestandfeste Zuschlagsentscheidung (iSv VwGH ZI 2011/04/0007) das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss, wie in §§ 320 und 328 Abs 1 BVerGG 2006 genannt, mangels entsprechender Erhebung ihrer vergabespezifischen Rechtsbehelfe nach dem BVerGG 2006, entfallen lassen würde, womit die beiden Nachprüfungsanträge zu N/0099-BVA/08/2012 und N/0100-BVA/08/2012 unzulässig würden. 3.3.5. Der hier monokratisch entscheidende Senatsvorsitzende geht davon aus, dass eine - mangels rechtzeitiger Anfechtung - bestandfeste Zuschlagsentscheidung (iSv VwGH ZI 2011/04/0007) das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss, wie in Paragraphen 320 und 328 Absatz eins, BVerGG 2006 genannt, mangels entsprechender Erhebung ihrer vergabespezifischen Rechtsbehelfe nach dem BVerGG 2006, entfallen lassen würde, womit die beiden Nachprüfungsanträge zu N/0099-BVA/08/2012 und N/0100-BVA/08/2012 unzulässig würden.

Sohin wird es als zweckmäßig angesehen, nicht bereits im eV - Verfahren die Rechtzeitigkeit Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - unter Wiedereinsetzungsaspekten - auf Tatsachenebene und in rechtlicher Hinsicht vorfragenweise zu beurteilen, wobei das gemäß § 303 BVerGG 2006 zuständige Senatskollegium die gleiche Rechtzeitigkeitsfrage nachmalig nochmals unter Wahrung der Verfahrensrechte durch die Parteien und unter Beachtung des beweismäßigen Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Art 6 MRK, § 317 BVerGG 2006, § 67f AVG) zu beurteilen hat; noch dazu wenn insoweit gegenläufige Beurteilungen durch Senat und Senatsvorsitzenden denkmöglich erscheinen. Hätte der Gesetzgeber eine solche eingehende Ermittlungs- und Entscheidungstätigkeit über Zulässigkeitsfragen bereits durch den Senatsvorsitzenden gemäß § 306 BVerGG 2006 intendiert, hätte er wohl - rechtsvergleichend ident wie in § 189 Abs 2 ZPO - ein abgesondertes Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtsschutzgesuchs samt (zusätzlicher) Bindung des Senats an die Zulässigkeitsbeurteilung des Senatsvorsitzenden normiert. Sohin wird es als zweckmäßig angesehen, nicht bereits im eV - Verfahren die Rechtzeitigkeit Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung - unter Wiedereinsetzungsaspekten - auf Tatsachenebene und in rechtlicher Hinsicht vorfragenweise zu beurteilen, wobei das gemäß Paragraph 303, BVerGG 2006 zuständige Senatskollegium die gleiche Rechtzeitigkeitsfrage nachmalig nochmals unter Wahrung der Verfahrensrechte durch die Parteien und unter Beachtung des beweismäßigen Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Artikel 6, MRK, Paragraph 317, BVerGG 2006, Paragraph 67 f, AVG) zu beurteilen hat; noch dazu wenn insoweit gegenläufige Beurteilungen durch Senat und Senatsvorsitzenden denkmöglich erscheinen. Hätte der Gesetzgeber eine solche eingehende Ermittlungs- und Entscheidungstätigkeit über Zulässigkeitsfragen bereits durch den Senatsvorsitzenden gemäß Paragraph 306, BVerGG 2006 intendiert, hätte er wohl - rechtsvergleichend ident wie in Paragraph 189, Absatz 2, ZPO - ein abgesondertes Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtsschutzgesuchs samt (zusätzlicher) Bindung des Senats an die Zulässigkeitsbeurteilung des Senatsvorsitzenden normiert.

3.3.6. Damit erscheint es zusammenfassend sachgerecht, dass im vorliegenden Provisorialverfahren vorerst Tatsachenerhebungen bzw -bewertungen und rechtliche Beurteilungen im Punkte der Rechtzeitigkeit bzw Wiedereinsetzbarkeit unterbleiben; und sohin auch ein Beweiserhebungsaufwand unterbleibt, der dann zur Findung der Kollegialentscheidung über die Rechtzeitigkeit allensfalls - insgesamt nochmals verzögernd - wiederholt werden müsste, zumal für das BVA keine Norm entsprechend dem § 281a ZPO gilt; und zudem die Parteistrukturen im Provisorialverfahren und im Nachprüfungsverfahren (bzw im Wiedereinsetzungsverfahren iZm einem Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung) nicht ident sind - siehe dazu die §§ 324 und 330 BVerGG 2006. 3.3.6. Damit erscheint es zusammenfassend sachgerecht, dass im vorliegenden Provisorialverfahren vorerst Tatsachenerhebungen bzw -bewertungen und rechtliche Beurteilungen im Punkte der Rechtzeitigkeit bzw Wiedereinsetzbarkeit unterbleiben; und sohin auch ein Beweiserhebungsaufwand unterbleibt, der dann zur Findung der Kollegialentscheidung über die Rechtzeitigkeit allensfalls - insgesamt nochmals verzögernd - wiederholt werden müsste, zumal für das BVA keine Norm entsprechend dem Paragraph 281 a, ZPO gilt; und zudem die Parteistrukturen im Provisorialverfahren und im Nachprüfungsverfahren (bzw im Wiedereinsetzungsverfahren iZm einem Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung) nicht ident sind - siehe dazu die Paragraphen 324 und 330 BVerGG 2006.

Zur Vermeidung paralleler, für alle Beteiligten aufwandintensiver Beweiserhebungen sowohl im Provisorialverfahren als auch im Wiedereinsetzungsverfahren; und auch zur Vermeidung von der Rechtssicherheit abträglichen denkmöglich divergierenden Rechtzeitigkeitsbeurteilungen jeweils durch verschiedene Spruchkörper des BVA, wovon wie dargelegt jeweils insbesondere das weitere Zulässigkeitschicksal der Nachprüfungsanträge der Antragstellerin (wider Ausscheiden und Zuschlagsentscheidung), also die Zulässigkeit der gebührenpflichtigen Rechtsschutzverfahren

vor dem BVA gemäß der RL 89/665/EWG idgF, abhängt, war das - legistisch eben als vorläufig normierte - Provisorialverfahren nach den §§ 328 ff BVergG 2006 gemäß § 38 AVG in Anbetracht streitigen Tatsachen- und Rechtsfragen gemäß § 38 AVG auszusetzen, und derart die Entscheidung des Senats über die Rechtzeitigkeitsfrage iZm den §§ 321 und 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 iVm §§ 71f AVG abzuwarten. Zur Vermeidung paralleler, für alle Beteiligten aufwandintensiver Beweiserhebungen sowohl im Provisorialverfahren als auch im Wiedereinsetzungsverfahren; und auch zur Vermeidung von der Rechtssicherheit abträglichen denkmöglich divergierenden Rechtzeitigkeitsbeurteilungen jeweils durch verschiedene Spruchkörper des BVA, wovon wie dargelegt jeweils insbesondere das weitere Zulässigkeitsschicksal der Nachprüfungsanträge der Antragstellerin (wider Ausscheiden und Zuschlagsentscheidung), also die Zulässigkeit der gebührenpflichtigen Rechtsschutzverfahren vor dem BVA gemäß der RL 89/665/EWG idgF, abhängt, war das - legistisch eben als vorläufig normierte - Provisorialverfahren nach den Paragraphen 328, ff BVergG 2006 gemäß Paragraph 38, AVG in Anbetracht streitigen Tatsachen- und Rechtsfragen gemäß Paragraph 38, AVG auszusetzen, und derart die Entscheidung des Senats über die Rechtzeitigkeitsfrage iZm den Paragraphen 321 und 322 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraphen 71 f, AVG abzuwarten.

3.3.7. Dem Vorbringen der Auftraggeberin vom 6.11.2012, lfd Nr 24 im Akt N/0099-

BVA/08/2012, dass bei mangelhaften eV - Anträgen binnen 10 Werktagen zu

entscheiden wäre, ist entgegen zu halten, dass ab Verfahrensaussetzung die behördliche Entscheidungspflicht im Provisorialverfahren suspendiert ist, um eben eine präjudizierende Entscheidung ohne Säumnis gemäß Art 132 B-VG abwarten zu können, siehe dazu nochmals Thienel/Schulev-Steindl, aaO, 152 ff. Die aktuelle aufschiebende Wirkung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 belastet die Auftraggeberin zudem nicht mehr als eine stattgebende eV, wozu noch kommt, dass derzeit mangels Spruchreife eben noch nicht über das Provisorialbegehren abgesprochen wurde und somit die Provisorialentscheidung weiterhin - auch - zu Gunsten der Auftraggeberin ausfallen könnte.entscheiden wäre, ist entgegen zu halten, dass ab Verfahrensaussetzung die behördliche Entscheidungspflicht im Provisorialverfahren suspendiert ist, um eben eine präjudizierende Entscheidung ohne Säumnis gemäß Artikel 132, B-VG abwarten zu können, siehe dazu nochmals Thienel/Schulev-Steindl, aaO, 152 ff. Die aktuelle aufschiebende Wirkung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 belastet die Auftraggeberin zudem nicht mehr als eine stattgebende eV, wozu noch kommt, dass derzeit mangels Spruchreife eben noch nicht über das Provisorialbegehren abgesprochen wurde und somit die Provisorialentscheidung weiterhin - auch - zu Gunsten der Auftraggeberin ausfallen könnte.

Schlagworte

eV - Antrag; verspäteter Nachprüfungsantrag; Wiedereinsetzungsantrag; Aussetzung des Provisorialverfahrens;

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at