

# TE Verg Bescheid 2012/9/24 N/0084-BVA/08/2012-EV22

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.09.2012

## Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z49

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das offene Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip - Ausschreibung: Verbandskläranlage Radstadt 4. Ausbaustufe - 2011, betreffend OG (Obergruppe ) 03 (betreffend die Allg Kläranlagenausrüstung) des Auftraggebers Reinhaltverband Salzburger Ennstal und eine Zuschlagsentscheidung vom 6.9.2012 aus diesem Vergabeverfahren über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) der Antragstellerin A\*\*\* wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das offene Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip - Ausschreibung: Verbandskläranlage Radstadt 4. Ausbaustufe - 2011, betreffend OG (Obergruppe ) 03 (betreffend die Allg Kläranlagenausrüstung) des Auftraggebers Reinhaltverband Salzburger Ennstal und eine Zuschlagsentscheidung vom 6.9.2012 aus diesem Vergabeverfahren über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) der Antragstellerin A\*\*\* wie folgt entschieden:

### Spruch

Dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin durch einstweilige Verfügung 1.) untersagen, die Zuschlagserteilung betreffend das unter Punkt 1 genannte Vergabeverfahren an die Fa. B-Var1\*\*\* GmbH für die OG 3 vorzunehmen; in eventu

1. 2.)2,

untersagen, den Zuschlag betreffend das unter Punkt 1 genannte Vergabeverfahren für die OG 3 zu erteilen,

wird im Punkte des Primärbegehrens unter abweislicher Miterledigung des Antrags des Auftraggebers auf Befristung der eV auf sechs Wochen insofern stattgegeben, als es dem Auftraggeber Reinhaltverband Salzburger Ennstal hiermit für die Dauer des gegenständlichen beim Bundesvergabeamt - derzeit - zur Geschäftszahl N/0084-BVA/08/2012 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt ist, den Zuschlag im Vergabeverfahren offenes Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip - Ausschreibung:

Verbandskläranlage Radstadt 4. Ausbaustufe - 2011, betreffend OG (Obergruppe ) 03 Allg Kläranlagenausrüstung an die B\*\*\* zu erteilen.

Rechtsgrundlagen: § 345 Abs 15 iVm §§ 313, 328 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10; §§ 13 und 59 AVG  
Rechtsgrundlagen: Paragraph 345, Absatz 15, in Verbindung mit Paragraphen 313, 328 und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraphen 13 und 59 AVG

### Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensengang und Sachverhalt

Der Auftraggeber (= AG) führt das im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren als offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durch, wobei er am 6.9.2012 losweise gegliederte Zuschlagsentscheidungen ua auch für die Obergruppen 3 und 4 der ausgeschriebenen Gesamtleistung versandte.

Die Antragstellerin, die in der Obergruppe 4 für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde, bekämpfte mit dem an 14.9.2012 eingebrachten Nachprüfungsantrag die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die B\*\*\* (= Mitbeteiligte) und stellte zur Absicherung ihres Nachprüfungsbegehrens den im Spruch ersichtlichen Sicherungsantrag. Der Sicherungsantrag wurde mit dem sonst drohenden Auftragsentgang samt - notorischen insb finanziellen Folgenachteilen begründet. Im Nachprüfungsantrag wird vorrangig die tatsächliche Erbringung erforderlicher Referenzen durch die Mitbeteiligte bestritten.

Der Auftraggeber wandte verfahrensökonomisch grundsätzlich nichts gegen die eV ein, vertrat aber - im Punkte der Abweisung seines Gegenantrags zur eV in der Eingabe, lfd Nr 11 des Verwaltungsakts - die Auffassung, das eine länger als sechs Wochen geltende eV in das öffentliche Interesse auf Reinhaltung der Gewässer unangemessen eingreifen würde.

Die im Wege der amtswegigen Wahrheitsermittlung gehörte Mitbeteiligte unterließ verfahrensökonomisch Verfahrensbehauptungen wider den Sicherungsantrag. In der Eingabe, lfd Nr 21 des Verwaltungsakts, der

Stellungnahme des Auftraggebers zum Nachprüfungsantrag, wird zudem bestritten, dass die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung im Punkte der Zuschlagsabsicht bei der Obergruppe 3 zu Gunsten der Mitbeteiligten eine Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung wäre.

Es ist derzeit nicht substantiiert glaubhaft, dass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde. Die Mitbeteiligte vertritt in einer Eingabe vom 24.9.2012 insb auch den Standpunkt, dass bei einer Vergabe, bei der der Auftragswert eines Loses im Unterschwellenbereich angesiedelt ist, eine Antragsfrist von 7 Tagen einzuhalten gewesen wäre, womit der Nachprüfungsantrag verfristet wäre.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0084- BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0084- BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 idFBGBl I 2012/10 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten: 3.0. Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten:

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 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. Paragraph 328, (1) Das Bundesvergabeamt hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist beim Bundesvergabeamt einzubringen. Er hat zu enthalten:

1. 1.Ziffer eins

die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,

2. 2.Ziffer 2

eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,

3. 3.Ziffer 3

die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. 4.Ziffer 4

die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

5. 5.Ziffer 5

die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. 6.Ziffer 6

die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

[...]

(5) Das Bundesvergabeamt hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. 1.Ziffer eins

bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen, bzw.

2. 2.Ziffer 2

bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.

3. 3.Ziffer 3

die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesvergabeamt hat in der Verständigung an den Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung auf die Rechtsfolgen der Antragstellung hinzuweisen.

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

#### Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

[...]

#### 3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVA gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 blieb im Provisorialverfahren unbestritten - § 313 Abs 2 BVergG 2006. Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 15 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 1.4.2012 eingeleitete Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 durchzuführen sind. Die Vergabekontrollzuständigkeit des BVA gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 blieb im Provisorialverfahren unbestritten - Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006. Der Bundesgesetzgeber hat mit Paragraph 345, Absatz 15, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 1.4.2012 eingeleitete Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl

römisch eins 2012/10 durchzuführen sind.

Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) und insb solche der §§ 328ff BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012 /10. Zitate des Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) und insb solche der Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012 /10.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die § 328 Abs 2 BVergG 2006 für einen eV - Antrag vorschreibt. Die Antragstellerin hat auch die über § 318 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II 2012/130 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet. Das eV - Begehren ist, gemäß § 13 AVG bewertet, im Bereich des Primärbehrens eindeutig als ein auf ein - unternehmensspezifisches - Zuschlagsverbot gerichtetes Sicherungsbegehren iSd § 329 Abs 2 BVergG 2006 zu beurteilen, gleichwie das auf Nichtigerklärung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gerichtete Nichtigerklärungsbegehren eindeutig auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (iSd § 2 Z 16 lit a BVergG 2006) betreffend das Los der OG 3 gerichtet ist. - § 13 AVG. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 für einen eV - Antrag vorschreibt. Die Antragstellerin hat auch die über Paragraph 318, BVergG 2006 in Verbindung mit der Verordnung BGBl römisch zwei 2012/130 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet. Das eV - Begehren ist, gemäß Paragraph 13, AVG bewertet, im Bereich des Primärbehrens eindeutig als ein auf ein - unternehmensspezifisches - Zuschlagsverbot gerichtetes Sicherungsbegehren iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 zu beurteilen, gleichwie das auf Nichtigerklärung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gerichtete Nichtigerklärungsbegehren eindeutig auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) betreffend das Los der OG 3 gerichtet ist. - Paragraph 13, AVG.

Gleichfalls hinderte die variierend falsche Schreibweise der Mitbeteiligten, nämlich B-Var2 auf Seite 5 der verfahrenseinleitenden Eingabe; und B-Var1 im eV - Begehren auf Seite 21 bzw zB auf der Seite 6 dieser Eingabe die Erkennbarkeit der Mitbeteiligten auf Basis der sonstigen Unterlagen gemäß § 13 AVG unstrittig nicht. Gleichfalls hinderte die variierend falsche Schreibweise der Mitbeteiligten, nämlich B-Var2 auf Seite 5 der verfahrenseinleitenden Eingabe; und B-Var1 im eV - Begehren auf Seite 21 bzw zB auf der Seite 6 dieser Eingabe die Erkennbarkeit der Mitbeteiligten auf Basis der sonstigen Unterlagen gemäß Paragraph 13, AVG unstrittig nicht.

Bei losweiser Vergabe stellt nach hier vertretener Auffassung - unpräjudiziell der Senatsbeurteilung im Hauptverfahren - die losweise mitgeteilte Zuschlagsabsicht je Los jeweils eine eigenständige gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung iS der §§ 2 Z 49 und 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 dar. Da die Zuschlagsentscheidung gemäß §§ 131f BVergG 2006 *condicio iuris* für den gültigen Vertragsabschluss ist, und für die OG 3 laut Bekanntgabe des AG ein eigenständiger Leistungsvertrag angestrebt wird, kann der AG - Auffassung im Punkte des genannten Formalarguments bereits deshalb nicht gefolgt werden. Es sind bislang auch keine Tatsachen ersichtlich, auf Grund derer der Antragstellerin das Vertragsabschlussinteresse oder der drohende Schaden jeweils offensichtlich gemäß §§ 320 Abs 1 iVm 328 Abs 1 BVergG 2006 abzusprechen wären, zumal bislang auch noch keine aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbaren Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin iSv VwGH Zlen 2007/04/0095 und 2009/04/0207 konkret vorgebracht wurden. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsbegehrens können zudem im gegenständlichen Fall auch sonst nicht als evident aussichtslos beurteilt werden, so dass insoweit gleichfalls keine Abweisung unter Hinweis auf EuGH Rs C-424/01 in Frage kam. Bei losweiser Vergabe stellt nach hier vertretener Auffassung - unpräjudiziell der Senatsbeurteilung im Hauptverfahren - die losweise mitgeteilte Zuschlagsabsicht je Los jeweils eine eigenständige gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung iS der Paragraphen 2, Ziffer 49 und 328 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 dar. Da die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraphen 131 f, BVergG 2006 *condicio iuris* für den gültigen Vertragsabschluss ist, und für die OG 3 laut Bekanntgabe des AG ein eigenständiger Leistungsvertrag angestrebt wird, kann der AG - Auffassung im Punkte des genannten Formalarguments bereits deshalb nicht gefolgt werden. Es sind bislang auch keine Tatsachen ersichtlich, auf Grund derer der Antragstellerin das Vertragsabschlussinteresse oder der drohende Schaden jeweils offensichtlich gemäß Paragraphen 320, Absatz eins, in Verbindung mit 328 Absatz eins, BVergG 2006 abzusprechen wären, zumal bislang auch noch keine aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbaren Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin iSv VwGH Zlen 2007/04/0095

und 2009/04/0207 konkret vorgebracht wurden. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsbegehrens können zudem im gegenständlichen Fall auch sonst nicht als evident aussichtslos beurteilt werden, so dass insoweit gleichfalls keine Abweisung unter Hinweis auf EuGH Rs C-424/01 in Frage kam.

IdZ ist darauf hinzuweisen, dass hier - unvorgreiflich der Senatsmeinung in der Hauptsache - bei einer Oberschwellenbereichsvergabe und einem Nachprüfungsverfahren betreffend ein Los im Unterschwellenbereich davon ausgegangen wird, dass das Gesetz hinsichtlich der Antragsfristen gemäß § 321 BVerfG 2006 darauf abstellt, inwieweit der AG sein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durchführen wollte. Hiefür ist ins Treffen zu führen, dass der Gesetzgeber in § 318 Abs 1 Z 6 BVerfG 2006 gebührenrechtlich eine Sonderregelung getroffen hat, wenn bei einer Oberschwellenbereichsvergabe bloß ein Los mit einem Auftragswert im Unterschwellenbereich strittig ist. E contrario ist sonst davon auszugehen, dass bei einer Gesamt - Oberschwellenbereichsvergabe auch bei Losen mit Unterschwellenbereichs - Auftragswerten die Oberschwellenbereichsregeln - mangels weiterer Sondernormen - uneingeschränkt Anwendung finden, zumal der Gesetzgeber - gleichheitsrechtlich beachtlich - auch bei der Einwendungsfrist nach § 324 Abs 3 BVerfG 2006 nicht zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert. IdZ ist darauf hinzuweisen, dass hier - unvorgreiflich der Senatsmeinung in der Hauptsache - bei einer Oberschwellenbereichsvergabe und einem Nachprüfungsverfahren betreffend ein Los im Unterschwellenbereich davon ausgegangen wird, dass das Gesetz hinsichtlich der Antragsfristen gemäß Paragraph 321, BVerfG 2006 darauf abstellt, inwieweit der AG sein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durchführen wollte. Hiefür ist ins Treffen zu führen, dass der Gesetzgeber in Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVerfG 2006 gebührenrechtlich eine Sonderregelung getroffen hat, wenn bei einer Oberschwellenbereichsvergabe bloß ein Los mit einem Auftragswert im Unterschwellenbereich strittig ist. E contrario ist sonst davon auszugehen, dass bei einer Gesamt - Oberschwellenbereichsvergabe auch bei Losen mit Unterschwellenbereichs - Auftragswerten die Oberschwellenbereichsregeln - mangels weiterer Sondernormen - uneingeschränkt Anwendung finden, zumal der Gesetzgeber - gleichheitsrechtlich beachtlich - auch bei der Einwendungsfrist nach Paragraph 324, Absatz 3, BVerfG 2006 nicht zwischen Ober- und Unterschwellenbereich differenziert.

### 3.2. Inhaltliche Beurteilung

§ 328 Abs 2 Z 1 BVerfG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird. Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVerfG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVerfG 2006 jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVerfG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVerfG 2006 dient. Wenn nunmehr Paragraph 329, Absatz 4, BVerfG 2006 jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigerklärungsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den Paragraphen 328 f, f, BVerfG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG 2006 dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVerfG 2006 sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gemäß § 312 Abs 2 BVerfG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können für die derzeit absehbare Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0084-BVA/08/2012 nicht erkannt werden, zumal grundsätzlich weder der Auftraggeber - abgesehen von dessen Argument betreffend den Verbotszeitraum - noch die Mitbeteiligte gegen die eV-Entscheidung sprechende Interessen ins Treffen geführt haben, die gegen die Provisorialmaßnahme in einem Entscheidungszeitraum sprechen. Soweit der AG eine eV für die gänzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens vermeiden will, ist er hinsichtlich der Abweisung seines diesbezüglichen Gegenantrags darauf hinzuweisen, dass derzeit nicht glaubhaft ist, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde, und dass gemäß § 329 Abs 4 BVerfG 2006 für den Fall, dass sich eine insoweit (wesentlich) längere Dauer abzeichnen sollte, erneut über Antrag bzw auch amtswegig eine Interessensabwägung betreffend die Frage der Aufrechterhaltung der eV

durchzuführen sein wird. Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können für die derzeit absehbare Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0084-BVA/08/2012 nicht erkannt werden, zumal grundsätzlich weder der Auftraggeber - abgesehen von dessen Argument betreffend den Verbotszeitraum - noch die Mitbeteiligte gegen die eV-Entscheidung sprechende Interessen ins Treffen geführt haben, die gegen die Provisorialmaßnahme in einem Entscheidungszeitraum sprechen. Soweit der AG eine eV für die gänzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens vermeiden will, ist er hinsichtlich der Abweisung seines diesbezüglichen Gegenantrags darauf hinzuweisen, dass derzeit nicht glaubhaft ist, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als sechs Wochen dauern würde, und dass gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 für den Fall, dass sich eine insoweit (wesentlich) längere Dauer abzeichnen sollte, erneut über Antrag bzw auch amtswegig eine Interessensabwägung betreffend die Frage der Aufrechterhaltung der eV durchzuführen sein wird.

Auf Basis der aktuell erkennbaren Interessenslage gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 kann das angestrebte Zuschlagsverbot gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 jedoch Auf Basis der aktuell erkennbaren Interessenslage gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 kann das angestrebte Zuschlagsverbot gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 jedoch

vorerst einmal - hinreichend befristet iSd derzeitigen hA, siehe dazu nur BVA

16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11 - für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gewährt werden, da das BVA auf Basis der (glaubhaften) Sach- und Rechtslage zum Bescheiderlassungszeitpunkt zu entscheiden hat - siehe § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 im Punkte der Glaubhaftmachung. 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11 - für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gewährt werden, da das BVA auf Basis der (glaubhaften) Sach- und Rechtslage zum Bescheiderlassungszeitpunkt zu entscheiden hat - siehe Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 im Punkte der Glaubhaftmachung.

Sohin war das Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens als Sicherungsmaßnahme geboten und auszusprechen, um die drohende Unzulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens der Antragstellerin gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zu verhindern, denn die Zuschlagserteilung als zulässigkeitsvernichtender Aspekt ist in der gegebenen Situation jener nachmalig naheliegende Teilakt des Vergabeverfahrens, der dem oben aufgezeigten Sicherungszweck der eV im rechtserheblich gegebenen Sachverhalt gemäß §§ 328ff BVergG 2006 zuwiderlaufen könnte. Sohin war das Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens als Sicherungsmaßnahme geboten und auszusprechen, um die drohende Unzulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens der Antragstellerin gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zu verhindern, denn die Zuschlagserteilung als zulässigkeitsvernichtender Aspekt ist in der gegebenen Situation jener nachmalig naheliegende Teilakt des Vergabeverfahrens, der dem oben aufgezeigten Sicherungszweck der eV im rechtserheblich gegebenen Sachverhalt gemäß Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 zuwiderlaufen könnte.

Die verhängte Sicherungsmaßnahme ist zudem auch das gemäß §§ 328 Abs 2 Z 5 und 329 BVergG 2006 gelindeste geeignete Mittel zur Erreichung des aufgezeigten Sicherungszwecks, zumal der drohende Auftragsentgang und die behaupteten finanziellen Nachteile in der vorliegenden Verfahrenssituation dem Grunde nach notorisch vorliegen. Die verhängte Sicherungsmaßnahme ist zudem auch das gemäß Paragraphen 328, Absatz 2, Ziffer 5 und 329 BVergG 2006 gelindeste geeignete Mittel zur Erreichung des aufgezeigten Sicherungszwecks, zumal der drohende Auftragsentgang und die behaupteten finanziellen Nachteile in der vorliegenden Verfahrenssituation dem Grunde nach notorisch vorliegen.

### **Schlagworte**

Zuschlagserteilung, befristete Untersagung;

### **Zuletzt aktualisiert am**

05.11.2012

**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](http://www.jusline.at)