

# TE Verg Bescheid 2012/7/25 N/0072-BVA/08/2012-EV20

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.07.2012

## Norm

BVergG 2006 §329

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 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, bezüglich des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau/Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, betreffend den Antrag der Antragstellerin A\*\*\* vom 19.7.2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, bezüglich des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau/Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, betreffend den Antrag der Antragstellerin A\*\*\* vom 19.7.2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

### Spruch

Das wörtlich gestellte Provisorialbegehren der Antragstellerin, das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin untersagen, der B\*\*\* den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu erteilen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328ff BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10; § 13 AVGR  
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 13, AVGR

### Begründung

1. 1.Ziffer eins

#### Sachverhalt:

Die Auftraggeberin führt derzeit das im Bescheidkopf ersichtliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich als offenes Vergabeverfahren unstrittig nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts mit einem Billigstbieterprinzip durch. Das Vergabeverfahren wurde 2011 eingeleitet.

Am 4.5.2012 versandte die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der A\*\*\*

Das BVA erklärte diese Zuschlagsentscheidung über Antrag der B\*\*\* am 22.6.2012 im Nachprüfungsverfahren N/0053-BVA/08/2012 nichtig und begründete dies damit, dass die A\*\*\* ausgeschieden hätte werden müssen.

Die Auftraggeberin schied daraufhin die nunmehrige Antragstellerin A\*\*\* am 9.7.2012 unter Übernahme der Ausscheidensbegründung des BVA mit ihren (Varianten-) Angeboten aus, worauf die Antragstellerin mit dem am 19.7.2012 zu N/0072-BVA/08/2012 protokollierten Nachprüfungsantrag reagierte und zur Absicherung desselben auch das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung einleitete.

Die Antragstellerin behauptet im verfahrenseinleitenden Schriftsatz und in ihrer Eingabe, lfd Nr 18 des Verwaltungsakts, nicht, dass bislang eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* versandt worden ist. Die Auftraggeberin und damit Antragsgegnerin brachte am 23.7.2012 in Übereinstimmung mit der Antragstellerin vor, dass bislang keine weitere Zuschlagsentscheidung versandt wurde.

Die Auftraggeberin möchte nach ihren Angaben die Rechtskraft der Ausscheidensentscheidung abwarten.

#### 1. 2.Ziffer 2

##### Rechtliche Beurteilung

2.1. Auf das gegenständliche Provisorialverfahren findet gemäß § 345 Abs 15 BVerG 2006 idFBGBl I 2012/10 das BVerG 2006, BGBl I 2006/17 idFBGBl I 2012/10 Anwendung, weil der Provisorialantrag am 19.7.2012 gestellt wurde. Zitate des BVerG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels gegenteiliger Angabe daher immer auf das BVerG 2006 in der gerade genannten Letztfassung.2.1. Auf das gegenständliche Provisorialverfahren findet gemäß Paragraph 345, Absatz 15, BVerG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 das BVerG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 Anwendung, weil der Provisorialantrag am 19.7.2012 gestellt wurde. Zitate des BVerG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich mangels gegenteiliger Angabe daher immer auf das BVerG 2006 in der gerade genannten Letztfassung.

2.2. Zu Gunsten der Antragstellerin ist vorerst hinsichtlich des vorgetragenen eV - Begehrens festzuhalten, dass die begehrte Untersagung des Zuschlags im Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zur Vermeidung der Unterstellung eines zweckwidrigen Antrags, mit dem eine auflösend befristete Zuschlagserteilung untersagt werden soll, auf Grund der sonstigen Ausführungen der Antragstellerin eindeutig gemäß § 13 AVG nicht als angestrebtes Verbot der auflösend befristeten Zuschlagserteilung, sondern dahin zu bewerten war, dass für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt werden soll.2.2. Zu Gunsten der Antragstellerin ist vorerst hinsichtlich des vorgetragenen eV - Begehrens festzuhalten, dass die begehrte Untersagung des Zuschlags im Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zur Vermeidung der Unterstellung eines zweckwidrigen Antrags, mit dem eine auflösend befristete Zuschlagserteilung untersagt werden soll, auf Grund der sonstigen Ausführungen der Antragstellerin eindeutig gemäß Paragraph 13, AVG nicht als angestrebtes Verbot der auflösend befristeten Zuschlagserteilung, sondern dahin zu bewerten war, dass für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt werden soll.

2.3. § 328 Abs 2 Z 4 BVerG 2006 verlangt von der Antragstellerin die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen. Rechtlich droht der Antragstellerin mangels bisheriger Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* noch keine unmittelbare Zuschlagserteilung an die Konkurrentin.2.3. Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVerG 2006 verlangt von der Antragstellerin die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen. Rechtlich droht der Antragstellerin mangels bisheriger Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* noch keine unmittelbare Zuschlagserteilung an die Konkurrentin.

Dass noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen wurde, ergibt sich bereits gemäß § 313 BVerG 2006 aus den übereinstimmenden Parteiangaben. Eine wirksame Zuschlagserteilung wäre ausweislich des § 273 Abs 1 BVerG 2006 - materiellrechtlich gemäß § 345 BVerG 2006 wegen der Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 1.4.2012 anzuwendend idF BGBl I 2010/15Dass noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen wurde, ergibt sich bereits gemäß Paragraph 313, BVerG 2006 aus den übereinstimmenden Parteiangaben. Eine wirksame Zuschlagserteilung wäre ausweislich des Paragraph 273, Absatz eins, BVerG 2006 - materiellrechtlich gemäß Paragraph 345, BVerG 2006 wegen der Vergabeverfahrenseinleitung vor dem 1.4.2012 anzuwendend in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

- -Strichaufzählung  
an eine vorangehende Zuschlagsentscheidung - auch an die Antragstellerin

- -Strichaufzählung gebunden.

Derart hat das BVA vor dem Hintergrund der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG zB im Bescheid N/0070-BVA/12/2011-EV7 ausgeführt: Derart hat das BVA vor dem Hintergrund der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG zB im Bescheid N/0070-BVA/12/2011-EV7 ausgeführt:

[...] Soweit das Begehren der Antragstellerin darauf gerichtet ist, dem Auftraggeber [...] sowie die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, ist festzuhalten, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren noch im Stadium der Prüfung der Angebote befindet und demzufolge noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen worden ist. Somit droht aber der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe dazu schon BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6 sowie jüngst BVA 4.7.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6). [...]. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (RV 327 BlgNR 24. GP 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR 22. GP 140). Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß § 131 Abs 1 erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015- BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an [...] verstieße jedenfalls gegen § 132 Abs 1 erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf. Die erläuternden Bemerkungen 2009 weisen darauf hin, dass ein Bieter dann als "im Vergabeverfahren verblieben" gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist. Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 140). Selbst unter der Annahme, dass der Auftraggeber während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre er somit gemäß Paragraph 131, Absatz eins, erster Satz BVergG verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin mitzuteilen (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015- BVA/12/2010-EV14). Der Antragstellerin stünde danach immer noch die Möglichkeit offen, einen Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung einzubringen. Eine (direkte) Zuschlagserteilung an [...] verstieße jedenfalls gegen Paragraph 132, Absatz eins, erster Satz BVergG, da der Auftraggeber den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen darf.

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14 und BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; in diesem Sinne auch BVA 26.5.2009, N/0054-BVA/12/2009-EV12). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich (siehe dazu bereits BVA 11.3.2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14 und BVA 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; in diesem Sinne auch BVA 26.5.2009, N/0054- BVA/12/2009-EV12).

In Übernahme dieser gerade zitierten Vorrechtsprechung, die mitunter zu den inhaltlich identen - national gemäß Art 4 Abs 3 EUV umzusetzenden - Rechtsschutzbestimmungen gemäß der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG ergangen ist, In Übernahme dieser gerade zitierten Vorrechtsprechung, die mitunter zu den inhaltlich identen - national gemäß Artikel 4, Absatz 3, EUV umzusetzenden - Rechtsschutzbestimmungen gemäß der RL 89/665/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG ergangen ist,

und die (scil: Vorrsp) mit dem Konzept des unionsrechtlich wegen einer Sektorenvergabe hier einschlägigen Art 2a Abs 2 RL 92/13/EWG idF RL 2007/66/EG (- Betroffenheit von der Zuschlagsentscheidung mangels endgültigen Ausscheidens

-) übereinstimmt, und die (scil: Vorrsp) mit dem Konzept des unionsrechtlich wegen einer Sektorenvergabe hier einschlägigen Artikel 2 a, Absatz 2, RL 92/13/EWG in der Fassung RL 2007/66/EG (- Betroffenheit von der Zuschlagsentscheidung mangels endgültigen Ausscheidens -) übereinstimmt,

nunmehr auch für den Anwendungsbereich des § 273 Abs 1 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 konnte daher die Antragstellerin beim derzeitigen Stand des gegenständlichen Vergabefahrens keine Interessen iSd § 329 Abs 1 BVergG 2006 darlegen, die Voraussetzung dafür wären, dass im Rahmen einer Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 selbige allenfalls zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen könnte. nunmehr auch für den Anwendungsbereich des Paragraph 273, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 konnte daher die Antragstellerin beim derzeitigen Stand des gegenständlichen Vergabefahrens keine Interessen iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 darlegen, die Voraussetzung dafür wären, dass im Rahmen einer Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 selbige allenfalls zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen könnte.

Es war daher bereits mangels gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 rechterheblicher Sicherungsinteressen der Antragstellerin mit Abweisung vorzugehen. Klarzustellen ist dabei, dass der von der Antragstellerin für ihren Standpunkt zitierte Beschluss des VwGH vom 11.12.2007 AW 2007/04/0054 vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG ergangen ist. Es war daher bereits mangels gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 rechterheblicher Sicherungsinteressen der Antragstellerin mit Abweisung vorzugehen. Klarzustellen ist dabei, dass der von der Antragstellerin für ihren Standpunkt zitierte Beschluss des VwGH vom 11.12.2007 AW 2007/04/0054 vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2007/66/EG ergangen ist.

#### **Schlagworte**

befristetes Zuschlagsverbot; Interessensabwägung;

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.08.2012

**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)