

TE Verg Bescheid 2012/5/22 N/0053-BVA/08/2012-EV26

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.05.2012

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, über den Antrag der A*** vom 14.5.2012 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, über den Antrag der A*** vom 14.5.2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der Antragstellerin, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin nach Verständigung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages untersagen bzw das Vergabeverfahren vorübergehend aussetzen", wird teilweise stattgegeben.

Der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft wird es hiermit für die Dauer des gegenständlichen, beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0053- BVA/08/2012 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "ID Nr.: 9333 Koralmbahn, Aich-Althofen, 3. Stufe Bau / Baulos 60.6 - Drauquerung, Baumeisterarbeiten" den Zuschlag zu erteilen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

1.1. Die Auftraggeberin führt derzeit das im Spruch ersichtliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich als offenes

Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts mit einem Billigstbieterprinzip durch. Das Vergabeverfahren wurde 2011 eingeleitet. Die Angebotseröffnung erfolgte am 22.12.2011. Es wurde eine fünfmonatige Zuschlagsfrist ab Angebotsfristende festgesetzt.

Die Auftraggeberin gab in der Vergabebekanntmachung zudem einen Bauvertragsbeginn am 2.7.2012 und ein Ausführungsende am 31.7.2014 an.

1.2. Am 4.5.2012 versandte die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (= Mitbeteiligte)

Die Antragstellerin A*** brachte gegen diese Zuschlagsentscheidung am 14.5.2012 den hier gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Im Nachprüfungsantrag wird abseits eines vergaberechtswidrigen Preises der Mitbeteiligten insb gerügt, dass ein vormaliger einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer der Mitbeteiligten und nunmehr seit 6.2.2012 einzelvertretungsbefugter Prokurist der Mitbeteiligten im Jänner 2012 vom Landesgericht L*** rechtskräftig wegen eines Finanzvergehens verurteilt worden ist und deshalb eine Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte vergaberechtlich unzulässig wäre.

1.3. Zur Absicherung dieses Nachprüfungsantrags wurde der hier spruchgegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) gestellt - siehe lfd Nr 1 des Verwaltungsakts.

Als Schaden bzw durch die eV abzusichernde Interessen werden einerseits in einer solchen Situation notorisch dem Grunde nach eintretende finanzielle Nachteile der Antragstellerin mangels Auftragserhalts; und zudem der drohende Referenzauftragsentgang; bzw letztlich - erkennbar - die mangels eV drohende Vernichtung der eigenen Zuschlagschance vor einer Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren geltend gemacht.

1.4. Die Auftraggeberin legte diverse Vergabeunterlagen vor und nahm mit der Eingabe, lfd Nr 15, zum eV - Antrag Stellung.

Sie führte insb auch finanzielle Nachteile sowie Aspekte der Beeinträchtigung der Vogelbrutzeit und Fischlaichzeit bzw Aspekte iZm einem offenbar notwendigem Muschelumsetzen im Baugebiet als Interessen wider die eV ins Treffen.

1.5. Der Mitbeteiligten wurde als bloßer Beteiligter im eV - Verfahren gemäß 8 AVG iVm § 330 BVergG 2006 e contrario bereits am 14.5.2012 ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, bis 21.5.2012 auch ihren Standpunkt zum eV - Begehren darzulegen und zu gesondert behördlich ausdrücklich aufgeworfenen Fragen Position zu beziehen. Die Mitbeteiligte lässt sich aktuell vor dem Bundesvergabeamt anwaltlich - so wie die anderen Parteien des Nachprüfungsverfahrens - vertreten, kam am 16.5.2012 telefonisch um Fristverlängerung insb auch wegen ihrer Stellungnahmemöglichkeit zum eV - Begehren ein, wurde aber auf die eingeräumte nahezu siebentägige Frist bei sonst insoweit üblichen 2 bis 3 Tagen und auf die eV - Entscheidungsfrist des BVA hingewiesen. Am 21.5.2012 verfasste die Mitbeteiligte eine Eingabe, in welcher die nicht eingeräumte Fristverlängerung moniert wurde, in der aber abseits weiterer Ausführungen keine hinreichend konkreten Interessen vorgebracht und bescheinigt wurden, die gegen die ausgesprochene stattgebende eV - Entscheidung sprechen würden, lfd Nr 16 des Verwaltungsakts. 1.5. Der Mitbeteiligten wurde als bloßer Beteiligter im eV - Verfahren gemäß Paragraph 8, AVG in Verbindung mit Paragraph 330, BVergG 2006 e contrario bereits am 14.5.2012 ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, bis 21.5.2012 auch ihren Standpunkt zum eV - Begehren darzulegen und zu gesondert behördlich ausdrücklich aufgeworfenen Fragen Position zu beziehen. Die Mitbeteiligte lässt sich aktuell vor dem Bundesvergabeamt anwaltlich - so wie die anderen Parteien des Nachprüfungsverfahrens - vertreten, kam am 16.5.2012 telefonisch um Fristverlängerung insb auch wegen ihrer Stellungnahmemöglichkeit zum eV - Begehren ein, wurde aber auf die eingeräumte nahezu siebentägige Frist bei sonst insoweit üblichen 2 bis 3 Tagen und auf die eV - Entscheidungsfrist des BVA hingewiesen. Am 21.5.2012 verfasste die Mitbeteiligte eine Eingabe, in welcher die nicht eingeräumte Fristverlängerung moniert wurde, in der aber abseits weiterer Ausführungen keine hinreichend konkreten Interessen vorgebracht und bescheinigt wurden, die gegen die ausgesprochene stattgebende eV - Entscheidung sprechen würden, lfd Nr 16 des Verwaltungsakts.

1.6. Das BVA stellte am 21.5.2012 durch eine Amtshilfeanfrage an die BH W*** sowie an den Magistrat Y*** fest, dass betreffend die Baumeisterbefugnis der Mitbeteiligten beim Magistrat Y*** und betreffend die Baumeisterbefugnis bzw zwei weitere Berufsbefugnisse der Mitbeteiligten jeweils bei der BH W*** keine aktenkundigen Schritte gemäß §§ 87 und 91 GewO gesetzt worden sind, weil die jeweiligen Gewerbebehörden bislang noch nicht gemäß § 402 StPO iVm § 195 FinStrG von der streitrelevanten Verurteilung in Kenntnis gesetzt worden wären. 1.6. Das BVA stellte am 21.5.2012 durch eine Amtshilfeanfrage an die BH W*** sowie an den Magistrat Y*** fest, dass betreffend die

Baumeisterbefugnis der Mitbeteiligten beim Magistrat Y*** und betreffend die Baumeisterbefugnis bzw zwei weitere Berufsbefugnisse der Mitbeteiligten jeweils bei der BH W*** keine aktenkundigen Schritte gemäß Paragraphen 87 und 91 GewO gesetzt worden sind, weil die jeweiligen Gewerbebehörden bislang noch nicht gemäß Paragraph 402, StPO in Verbindung mit Paragraph 195, FinStrG von der streitrelevanten Verurteilung in Kenntnis gesetzt worden wären.

Eine anderweitige konstitutive Verwaltungsentscheidung betreffend die gewerberechtliche Befugnissituation bei der Mitbeteiligten nach der streitrelevanten strafgerichtlichen Verurteilung liegt sohin bislang nicht vor.

1.7. Es sind bislang weder Tatsachen behauptet noch sonst evident, nach denen dem Nachprüfungsantrag offenkundig keine Erfolgsaussichten iSv EuGH C-424/01 zuzubilligen wären, zumal sich bei der relevanten Preisfrage das Thema der allfälligen Sachverständigennotwendigkeit gemäß § 52 AVG stellen könnte; und im weiteren Streitbereich iZm der vorgebrachten Verurteilung der - verurteilte - frühere Geschäftsführer am 22.12.2012 - als dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung - noch Geschäftsführer der Mitbeteiligten war und seit 6.2.2012 deren einzelvertretungsbefugter Prokurist sowie offenbar auch mehrfacher gewerberechtlicher Geschäftsführer ist, dies mit einer nach einem vorgelegten FB - Auszug 47,5 - prozentigen Beteiligung an der Mitbeteiligten. Letzterer zweiter Streitbereich iZm der Verurteilung wird sohin gleichfalls erst im Nachprüfungsverfahren tatsächlich sowie rechtlich unter Beachtung des Art 6 Abs 1 MRK und des Art 47 GRC gehörig zu erörtern sein. 1.7. Es sind bislang weder Tatsachen behauptet noch sonst evident, nach denen dem Nachprüfungsantrag offenkundig keine Erfolgsaussichten iSv EuGH C-424/01 zuzubilligen wären, zumal sich bei der relevanten Preisfrage das Thema der allfälligen Sachverständigennotwendigkeit gemäß Paragraph 52, AVG stellen könnte; und im weiteren Streitbereich iZm der vorgebrachten Verurteilung der - verurteilte - frühere Geschäftsführer am 22.12.2012 - als dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung - noch Geschäftsführer der Mitbeteiligten war und seit 6.2.2012 deren einzelvertretungsbefugter Prokurist sowie offenbar auch mehrfacher gewerberechtlicher Geschäftsführer ist, dies mit einer nach einem vorgelegten FB - Auszug 47,5 - prozentigen Beteiligung an der Mitbeteiligten. Letzterer zweiter Streitbereich iZm der Verurteilung wird sohin gleichfalls erst im Nachprüfungsverfahren tatsächlich sowie rechtlich unter Beachtung des Artikel 6, Absatz eins, MRK und des Artikel 47, GRC gehörig zu erörtern sein.

1.8. Hinsichtlich der Entscheidungsfrist von 7 Werktagen für das BVA gemäß § 330 BVergG 2006 ist ausdrücklich festzustellen, dass der Antrag am 14.5.2012 einlangte, am 17.5.2012 ein gesetzlicher Feiertag war; und am 20.5.2012 ein Sonntag, womit die Entscheidungsfrist des BVA im Provisorialbereich am 23.5.2012 endet. 1.8. Hinsichtlich der Entscheidungsfrist von 7 Werktagen für das BVA gemäß Paragraph 330, BVergG 2006 ist ausdrücklich festzustellen, dass der Antrag am 14.5.2012 einlangte, am 17.5.2012 ein gesetzlicher Feiertag war; und am 20.5.2012 ein Sonntag, womit die Entscheidungsfrist des BVA im Provisorialbereich am 23.5.2012 endet.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0053-BVA/08/2012 und den auftraggeberseitig vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit nicht ohnehin notorisch bzw gemäß § 313 BVergG 2006 unbestritten. Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0053-BVA/08/2012 und den auftraggeberseitig vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit nicht ohnehin notorisch bzw gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 unbestritten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde bereits 2011 eingeleitet. Auf das Vergabeverfahren finden daher gemäß § 345 Abs 15 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 die Bestimmungen des BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 weiter Anwendung. 3.0. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde bereits 2011 eingeleitet. Auf das Vergabeverfahren finden daher gemäß Paragraph 345, Absatz 15, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 weiter Anwendung.

Das gegenständliche Nachprüfungs- und eV- bzw Pauschalgebührenersatzverfahren sind jedoch gemäß dem am 16.2.2012 im BGBl kundgemachten § 345 Abs 15 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 wegen der jeweiligen Einleitung am 14.5.2012 bereits nach den Bestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 durchzuführen. Das gegenständliche Nachprüfungs- und eV- bzw Pauschalgebührenersatzverfahren sind jedoch gemäß dem am 16.2.2012 im BGBl kundgemachten Paragraph 345, Absatz 15, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 wegen der jeweiligen Einleitung am 14.5.2012 bereits nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch

eins 2012/10 durchzuführen.

Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels gegenteiliger Zitierung auf die Fassung des BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10. Zitate des BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher mangels gegenteiliger Zitierung auf die Fassung des BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10.

3.1. Die Auftraggeberin unterliegt unstrittig den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber und der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts (= BVA). Der Nachprüfungs- und eV- Antrag erfüllt auch sonst unstrittig die gesetzlichen Anforderungen gemäß §§ 322 und 328 BVergG 2006. 3.1. Die Auftraggeberin unterliegt unstrittig den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber und der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts (= BVA). Der Nachprüfungs- und eV- Antrag erfüllt auch sonst unstrittig die gesetzlichen Anforderungen gemäß Paragraphen 322 und 328 BVergG 2006.

3.2. Die zentral einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 idFBGBl I 2012/10 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten: 3.2. 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
Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten

Voraussetzungen,

1. 3.Ziffer 3
die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
2. 4.Ziffer 4
die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
3. 5.Ziffer 5
die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
4. 6.Ziffer 6
die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 321 festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird. (3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag

zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in Paragraph 321, festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist kein zulässiger Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außer-Kraft-Treten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(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 vergebührt 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.

(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. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) [...].

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Paragraph 330, (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.

(4) [...].

3.3. § 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird. Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG 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 BVergG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 dient. 3.3. Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird. Wenn nunmehr Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 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, BVergG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 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 BVergG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde. 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.

Sicherungsinteressen sind der Antragstellerin zudem auch insoweit zuzubilligen, als durch eine Zuschlagserteilung mangels eV vor einer Erledigung des Nichtigerklärungsbegehrens bereits finanzielle bzw künftig referenzmäßige - gleichfalls - als Schäden zu bewertende Nachteile entstünden, die - gespiegelt als Sicherungsinteressen - idR nicht durch finanzielle oder andere gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 rechtserhebliche Interessen wider die eV überwogen werden. Sicherungsinteressen sind der Antragstellerin zudem auch insoweit zuzubilligen, als durch eine Zuschlagserteilung mangels eV vor einer Erledigung des Nichtigerklärungsbegehrens bereits finanzielle bzw künftig

referenzmäßige - gleichfalls - als Schäden zu bewertende Nachteile entstünden, die - gespiegelt als Sicherungsinteressen - idR nicht durch finanzielle oder andere gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 rechtserhebliche Interessen wider die eV überwogen werden.

Wenn nämlich bereits der Unionsgesetzgeber durch die RL 92/13/EWG idgF einen Provisorialrechtsschutz, wie national in den §§ 328 ff BVergG 2006, normiert hat, wäre dieser sinnentleert, wenn es im Provisorialverfahren darauf ankäme, welcher der in § 329 Abs 1 genannten Interessensträger betragsmäßig beziffert welche drohenden Nachteile durch eine eV - erleiden würde. Eine Provisorialmaßnahme ist vielmehr vom Grundsatz her als gesetzlich vorausgesetzt mit allseitig verbundenem finanziellem Aufwand zu bewerten, so dass finanzielle Nachteile der Auftraggeberin oder anderer Bieter grundsätzlich nicht per se gegen eine eV sprechen. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können daher zusammenfassend für die derzeit absehbare Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0053-BVA/08/2012 nicht erkannt werden, zumal weder die Auftraggeberin noch die Mitbeteiligte substantiierte Interessen gegen die eV-Entscheidung im stattgebenden Teil ins Treffen führten. Wenn nämlich bereits der Unionsgesetzgeber durch die RL 92/13/EWG idgF einen Provisorialrechtsschutz, wie national in den Paragraphen 328, ff BVergG 2006, normiert hat, wäre dieser sinnentleert, wenn es im Provisorialverfahren darauf ankäme, welcher der in Paragraph 329, Absatz eins, genannten Interessensträger betragsmäßig beziffert welche drohenden Nachteile durch eine eV - erleiden würde. Eine Provisorialmaßnahme ist vielmehr vom Grundsatz her als gesetzlich vorausgesetzt mit allseitig verbundenem finanziellem Aufwand zu bewerten, so dass finanzielle Nachteile der Auftraggeberin oder anderer Bieter grundsätzlich nicht per se gegen eine eV sprechen. Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können daher zusammenfassend für die derzeit absehbare Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0053-BVA/08/2012 nicht erkannt werden, zumal weder die Auftraggeberin noch die Mitbeteiligte substantiierte Interessen gegen die eV-Entscheidung im stattgebenden Teil ins Treffen führten.

Die verhängte Sicherungsmaßnahme ist zudem auch das gemäß §§ 328 Abs 2 Z 5 iVm 329 BVergG 2006 gelindeste Mittel zur Erreichung des aufgezeigten Sicherungszwecks. Die verhängte Sicherungsmaßnahme ist zudem auch das gemäß Paragraphen 328, Absatz 2, Ziffer 5, in Verbindung mit 329 BVergG 2006 gelindeste Mittel zur Erreichung des aufgezeigten Sicherungszwecks.

3.3.1. Wenn nämlich - zur Interessenslage nochmals konkretisierend - die Auftraggeberin in ihrer Vergabebekanntmachung aus 2011 einen Beginn des Bauauftrags mit 2.7.2012 angibt, ist aktuell nicht ersichtlich, inwieweit die in der auftraggeberseitigen Eingabe, lfd Nr 15 des Verwaltungsakts, monierte erforderliche zeitgerechte Errichtung der Koralmbahn im Entscheidungszeitraum des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 326 BVergG 2006 rechtserheblich tatsächlich gefährdet würde. 3.3.1. Wenn nämlich - zur Interessenslage nochmals konkretisierend - die Auftraggeberin in ihrer Vergabebekanntmachung aus 2011 einen Beginn des Bauauftrags mit 2.7.2012 angibt, ist aktuell nicht ersichtlich, inwieweit die in der auftraggeberseitigen Eingabe, lfd Nr 15 des Verwaltungsakts, monierte erforderliche zeitgerechte Errichtung der Koralmbahn im Entscheidungszeitraum des Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 rechtserheblich tatsächlich gefährdet würde.

3.3.2. Sofern die Auftraggeberin in der besagten Eingabe nur pauschal darauf verweist, dass nach einer - dem Bundesvergabeamt laut Vergabeunterlagenübersicht offenbar nicht vorgelegten naturschutzrechtlichen Bewilligung - irgendwelche zeitlich terminisierten Fällungs- und Rodungsarbeiten insb auch von Hang- und Ufergehölzen außerhalb der Brutzeit von Vögeln, sohin nicht von März bis Juni erfolgen müssen, bleibt die Auftraggeberin hier bereits die Tatsachenangabe schuldig, um welche angeblich zu schützenden Vogelarten insb gemäß den Anhängen I und II der Vogelschutzrichtlinie (RL 2009/147/EG) es sich handeln soll. 3.3.2. Sofern die Auftraggeberin in der besagten Eingabe nur pauschal darauf verweist, dass nach einer - dem Bundesvergabeamt laut Vergabeunterlagenübersicht offenbar nicht vorgelegten naturschutzrechtlichen Bewilligung - irgendwelche zeitlich terminisierten Fällungs- und Rodungsarbeiten insb auch von Hang- und Ufergehölzen außerhalb der Brutzeit von Vögeln, sohin nicht von März bis Juni erfolgen müssen, bleibt die Auftraggeberin hier bereits die Tatsachenangabe schuldig, um welche angeblich zu schützenden Vogelarten insb gemäß den Anhängen römisch eins und römisch zwei der Vogelschutzrichtlinie (RL 2009/147/EG) es sich handeln soll,

zumal die Auftraggeberin insoweit eben einerseits selbst pauschal eine Brutzeit von März bis Juni behauptet und gleichzeitig in der eigenen Vergabebekanntmachung einen Beginn des zu vergebenden Bauauftrags ab 2.7.2012 vorsieht.

Die idZ vorgebrachte angebliche Aberkennung der aufschiebenden Wirkung iZm einer (möglichen) Berufung gegen den Naturschutzbescheid mag daher im hier zu entscheidenden Provisorialverfahren iSd RL 92/13/EWG idgF bereits nach den eigenen Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Interessenslage wider die verhängte eV dartun.

3.3.3. Wenn die Auftraggeberin in ihrer besagten Eingabe - zweizeilig - zu bergende und wieder auszusetzende Muschelbestände wider die begehrte eV ins Treffen führt, ist dieses Vorbringen mangels annähernder Konkretheit, welche Maßnahmen hier wann zu setzen sind, nicht geeignet, die Sicherungsinteressen der Antragstellerin nicht überwiegen zu lassen.

3.3.4. Wenn die Auftraggeberin in der besagten Eingabe schließlich wider die eV unsubstantiiert die Laichzeit der Hauptfischarten ins Treffen führt, bleibt die Auftraggeberin neuerlich jedwede konkrete Angabe darüber schuldig, welche im fraglichen Drauabschnitt angeblich einheimischen "Leitfischarten" durch welche Baumaßnahmen gemäß der eigenen Leistungsbeschreibung und gemäß dem eigenen Bauzeitplan während der gemeinschaftsweit bekannt gemachten Bauvertragszeit von 2.7.2012 bis 31.7.2014 wann in ihrer Laichzeit beeinträchtigt werden könnten. Zumal die Laichzeiten fischereirechtlich österreichweit grundsätzlich zumeist mit den im Verordnungswege je Fischart kundgemachten Fisch - Schonzeiten korrespondieren.

Die Auftraggeberin hat eben nicht vorgebracht, welche insb der gemäß § 2 ABGB als bekannt vorauszusetzenden, in der Kärntner Fischereischonzeitenverordnung (idF LGBI 27/2012) in den §§ 1 und 2 nummerierten Salmoniden, Cypriniden, wels- bzw barschartigen oder sonstigen heimischen Fische wegen einer vorläufigen Zuschlagssperre wann während der auftraggeberseitig selbst kundgemachten Bauvertragszeit beim Laichvorgang und der (Jung-) Fischentwicklung gefährdet würden. Die Auftraggeberin hat eben nicht vorgebracht, welche insb der gemäß Paragraph 2, ABGB als bekannt vorauszusetzenden, in der Kärntner Fischereischonzeitenverordnung in der Fassung Landesgesetzblatt 27 aus 2012,) in den Paragraphen eins und 2 nummerierten Salmoniden, Cypriniden, wels- bzw barschartigen oder sonstigen heimischen Fische wegen einer vorläufigen Zuschlagssperre wann während der auftraggeberseitig selbst kundgemachten Bauvertragszeit beim Laichvorgang und der (Jung-) Fischentwicklung gefährdet würden.

3.4. Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass eine eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 als hinreichend befristet zu bewerten ist - vgl zB nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11. 3.4. Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass eine eV für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 als hinreichend befristet zu bewerten ist - vergleiche zB nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11.

Auf Basis der festgestellten Tatsachen steht zudem derzeit auch nicht fest, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als in § 326 BVergG 2006 vorgesehen dauern würde; wobei bei einer erst zu erweisenden längeren Dauer als sechs Wochen mitunter Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 gegen die Aufrechterhaltung der eV sprechen könnten. Auf Basis der festgestellten Tatsachen steht zudem derzeit auch nicht fest, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als in Paragraph 326, BVergG 2006 vorgesehen dauern würde; wobei bei einer erst zu erweisenden längeren Dauer als sechs Wochen mitunter Interessen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 gegen die Aufrechterhaltung der eV sprechen könnten.

3.5. Zur Abweisung im Punkte des Begehrens, "bzw das Vergabeverfahren vorübergehend auszusetzen", ist auszuführen, dass bereits die Untersagung der Zuschlagserteilung die Antragstellerin gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 vor der Vereitelung ihres Nichtigkeits- und damit Rechtsgestaltungsbegehrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausreichend schützt. Eine zusätzliche Aussetzung und damit gänzliche Unterbrechung des Vergabeverfahrens, die der Auftraggeberin jedwede Disposition im Vergabeverfahren und damit denkmöglich zB auch die Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung verbieten würde, stellt daher nicht mehr die gelindeste geeignete Sicherungsmaßnahme nach iSd § 329 Abs 3 BVergG 2006 dar. 3.5. Zur Abweisung im Punkte des Begehrens, "bzw das Vergabeverfahren vorübergehend auszusetzen", ist auszuführen, dass bereits die Untersagung der Zuschlagserteilung die Antragstellerin gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 vor der Vereitelung ihres Nichtigkeits- und damit Rechtsgestaltungsbegehrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausreichend schützt. Eine zusätzliche Aussetzung und damit gänzliche Unterbrechung des Vergabeverfahrens, die der Auftraggeberin jedwede Disposition

im Vergabeverfahren und damit denkmöglich zB auch die Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung verbieten würde, stellt daher nicht mehr die gelindeste geeignete Sicherungsmaßnahme nach iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 dar.

3.6. Dass dem über den stattgebenden Teil hinausgehenden zeitlichen Mehrbegehren, gerichtet auf ein Zuschlagsverbot bis zur Entscheidung über Nachprüfungsantrag, keine Folge gegeben wurde, gründet sich darauf, dass ein Nachprüfungsverfahren zB auch durch Zurückziehung des Nichtigerklärungsantrags beendet werden kann, ohne dass jemals eine - bescheidmäßige - Entscheidung des BVA über den Nachprüfungsantrag ergehen würde.

Es sind aber nach einer jederzeit zulässigen und möglichen Zurückziehung des Nachprüfungsantrags, die denkmöglich in der Praxis öfters auch nach auftraggeberseitiger Entscheidungszurücknahme erfolgt, insb keine Interessen an einer eV gemäß § 329 BVergG 2006 erkennbar, weil durch die eV gemäß den §§ 328ff BVergG 2006, wie oben ausgeführt, nur das hier streitige Nichtigerklärungsbegehren gesichert soll, welches nach Zurückziehung aber nicht mehr existiert. Es sind aber nach einer jederzeit zulässigen und möglichen Zurückziehung des Nachprüfungsantrags, die denkmöglich in der Praxis öfters auch nach auftraggeberseitiger Entscheidungszurücknahme erfolgt, insb keine Interessen an einer eV gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 erkennbar, weil durch die eV gemäß den Paragraphen 328 f, f, BVergG 2006, wie oben ausgeführt, nur das hier streitige Nichtigerklärungsbegehren gesichert soll, welches nach Zurückziehung aber nicht mehr existiert.

Zudem würde es gleichzeitig dem besonderen öffentlichen Interesse an einer verfahrensökonomischen Vollziehung iSd § 39 Abs 2 AVG widersprechen, wenn im Gefolge einer Antragszurückziehung eine erlassene einstweilige Verfügung erst formell durch einen weiteren - Zeit- bzw sonstigen Vollziehungsaufwand erfordernden - Bescheid aufgehoben werden muss, nur weil § 329 Abs 4 BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 für den Fall der Zurückziehung des Nachprüfungsantrags keine ausdrückliche die Rechtsfolge des ex lege - Außerkrafttretens vorsieht. Zudem würde es gleichzeitig dem besonderen öffentlichen Interesse an einer verfahrensökonomischen Vollziehung iSd Paragraph 39, Absatz 2, AVG widersprechen, wenn im Gefolge einer Antragszurückziehung eine erlassene einstweilige Verfügung erst formell durch einen weiteren - Zeit- bzw sonstigen Vollziehungsaufwand erfordernden - Bescheid aufgehoben werden muss, nur weil Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 für den Fall der Zurückziehung des Nachprüfungsantrags keine ausdrückliche die Rechtsfolge des ex lege - Außerkrafttretens vorsieht.

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