

TE Verg Bescheid 2010/5/14 N/0038-BVA/10/2010-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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
-
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
-
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 Senates 10 Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Tischlerarbeiten, 8600 Bruck an der Mur, Dr.-Theodor-Körner-Straße 44, Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Steiermark & Kärnten eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GesBR auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 3. Mai 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10 Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Tischlerarbeiten, 8600 Bruck an der Mur, Dr.-Theodor-Körner-Straße 44, Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur" des Auftraggebers

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., vergebende Stelle Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Planen & Bauen - Steiermark & Kärnten eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GesBR auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 3. Mai 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für zwei Monate ab Antragstellung, der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags untersagen", wird mit folgender Maßgabe stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, untersagt, im Vergabeverfahren "Tischlerarbeiten, 8600 Bruck an der Mur, Dr.-Theodor-Körner-Straße 44, Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 3. Mai 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer Mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte diesen Antrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, beim Bundesvergabeamt per E-Mail ein. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. April 2010 von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns, der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Auftragsbearbeitungskosten, der Rechtsberatungskosten und des Verlusts eines Referenzprojekts. Die Zuschlagsentscheidung sei zusammengefasst deshalb rechtswidrig, weil

Die Antragstellerin stellte am 3. Mai 2010 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer Mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte diesen Antrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, beim Bundesvergabeamt per E-Mail ein. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26. April 2010 von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns, der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Auftragsbearbeitungskosten, der Rechtsberatungskosten und des Verlusts eines Referenzprojekts. Die Zuschlagsentscheidung sei zusammengefasst deshalb rechtswidrig, weil

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG auszuscheiden sei, da sie an der Erstellung

Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuscheiden sei, da sie an der Erstellung

Der Ausschreibungsunterlagen mitgearbeitet habe. Durch die Rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, in ihrem Recht auf eine Vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch in ihrem Recht auf Ausscheiden eines von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließenden Angebots, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs verletzt. Bei Ausscheiden des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre es möglich, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden könnte.

Der Ausschreibungsunterlagen mitgearbeitet habe. Durch die Rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, in ihrem Recht auf eine Vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch in ihrem Recht auf Ausscheiden eines von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließenden Angebots, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung, korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs verletzt. Bei Ausscheiden des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre es möglich, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden könnte.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters führte sie im Wesentlichen aus, dass Gefahr bestehe, dass sie nicht den Zuschlag erhalte. Ihr drohe der genannte Schaden. Die Auftraggeberin hätte

ohne Erlassung der einstweiligen Verfügung die Möglichkeit, unumkehrbare Tatsachen zu schaffen. Es würden weder öffentliche noch Interessen der Auftraggeberin verletzt. Die Dauer des Nachprüfungsverfahrens sei bei der Zeitplanung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestehe ein Vorrang des Primärrechtsschutzes. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes bestehe ein öffentliches Interesse an der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Die zeitlich beschränkte Untersagung der Zuschlagserteilung sei die einzige und gelindeste, gerade noch zum Ziel führende Maßnahme.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2010 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und bestätigte weiters im Wesentlichen den vom Antragsteller dargestellten zeitlichen Ablauf zum Vergabeverfahren. Zum Hauptverfahren führte sie darin im Wesentlichen aus, dass der Antragsteller die Antragslegitimation fehle, weil sie nicht über die notwendige Befugnis für die Bodenlegerarbeiten verfüge. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei im Zuge der Erstellung der Angebotsunterlagen vom Generalplaner wegen der Details eines anderen Projekts kontaktiert worden. Ebenso sei in der Folge eine andere Gesellschaft kontaktiert worden, die auch Textvorschläge unterbreitet habe. Die Ausschreibungsunterlagen seien bestandsfest geworden. Es liege kein Wettbewerbsvorteil vor. Es habe lediglich ein "technischer Dialog" stattgefunden. Es bestehe kein Wissensvorsprung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. Die Auftraggeberin beantragte die Ab- bzw Zurückweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

Am 7. Mai 2010 gab die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Bevollmächtigung eines Rechtsvertreters bekannt und behauptete die Verspätung des Nachprüfungsantrags. Sie beantragte die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags und des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Am 11. Mai 2010 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erneut eine Stellungnahme ein. Darin erstattete sie weiteres Vorbringen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags.

Am 11. Mai 2010 brachte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme ein und erstatte ebenfalls Ausführungen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags.

Am 12. Mai 2010 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin wandte sie sich gegen die Verfristung und stellte eine weitere Stellungnahme zu der behaupteten fehlenden Antragslegitimation in Aussicht.

Am 14. Mai 2010 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin verwies sie auf ihr bisheriges Vorbringen zur Verspätung des Nachprüfungsantrags und führte zur fehlenden Befugnis der Antragstellerin und den behaupteten Vorarbeiten so wie die Auftraggeberin aus. Sie beantragte, den Nachprüfungsantrag wegen Verspätung zurückzuweisen, in eventu den Nachprüfungsantrag wegen fehlender Antragslegitimation der Antragstellerin zurückzuweisen, in eventu den Nachprüfungsantrag abzuweisen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, in der Folge BIG genannt, steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. (offenes Firmenbuch zu FN 34.857 w)

Sie ist in mehrere Bereiche gegliedert. Einer dieser Bereiche ist "Planen & Bauen", der wieder in vier regionale Gliederungen geteilt ist. Eine dieser Gliederungen ist "Planen & Bauen - Region Steiermark und Kärnten". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Die BIG nimmt Zu- und Umbauarbeiten an Schule und Internat der Forstschule Bruck an der Mur vor. Dieses Gesamtvorhaben hat einen Auftragswert, der den Schwellenwert für Bauaufträge bei Weitem übersteigt. Im Zuge dieses Vorhabens hat sie Tischlerarbeiten als Bauauftrag mit dem CPV-Code 45421000 - Bautischlerarbeiten als Los ausgeschrieben. Das Vergabeverfahren findet nach den Regeln für den Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip mit den Zuschlagskriterien 98 % preis und 2 % Verlängerung der Gewährleistungsfrist statt. Der Auftrag wurde am 6. April 2010 in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Zahl CM- 471563 und im Landesamtsblatt der Steiermark unter der Bezeichnung "Tischlerarbeiten für den Zu- und Umbau für die HBLF-Forstschule Bruck an der Mur" veröffentlicht. Abgesandt wurde

die Ausschreibung am 26. März 2010. Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 16. April 2010. An diesem Tag fand um 10.00 Uhr die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden drei Angebote geöffnet, jenes der C*** mit einer Angebotssumme von Euro 548.882,16 ohne USt, jenes der A*** mit einer Angebotssumme von Euro 582.205,85 ohne USt und jenes der D*** mit einer Angebotssumme von Euro 588.348,02 ohne USt. Es wurden bisher keine Angebote ausgeschieden. (Auskünfte der Auftraggeberin OZ 6; amtliche Einsicht unter www.peponline.at; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin teilte der Antragstellerin mit Telefax vom 26. April 2010, 15.23 Uhr, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der C*** mit. Dabei war der 4. Mai 2010 als Ende der Stillhaltefrist angegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag)

Auf der Homepage des Bundesvergabeamtes findet sich folgender Hinweis:

"Um ein ordnungsmäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mail-Adresse des BVA zu richten. Sollten Sie Ihr Anbringen außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes eingebracht haben, gilt dieses Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag (Mo-Do 7-15 Uhr und Fr 7-12 Uhr) als eingelangt und wird ab diesem Zeitpunkt behandelt werden."

(Amtliche Einschau unter <http://www.bva.gv.at/BVA/Kontakt/default.htm>)

Die Antragstellerin bekam nach Einbringung ihrer Anträge folgende Meldung per E-Mail:

"WM B***

Von: Mail Delivery System [MAILER-DEMON@***.com]

Gesendet: Montag, 03. Mai 2010 15:03

An: WM B***

Betreff: Bericht ueber erfolgreiche Zustellung

Anlagen: Delivery report; Message Headers

Dies ist eine automatisch generierte Nachricht des Postfix E-Mail-Dienstes. Dieser Dienst wird auf dem Server mxs3.mindpack.com betrieben und teilt Ihnen folgendes mit:

Ihre Nachricht wurde erfolgreich an die E-Mail-Server der am Ende dieser E-Mail aufgelisteten Empfaenger ausgeliefert.

Falls Sie einen Zustellbericht angefordert haben und der empfangende E-Mail-Server diese Funktionalitaet unterstuetzt erhalten Sie auch von diesem E-Mail-Server eine entsprechende Benachrichtigung.

Der Postfix E-Mail-Dienst

INTERNATIONAL VERSION

...

: delivery via ****.gv.at [***.***.***.***] .**: *** OK:@bva.gv.at>

<*****@***.***.gv.at>"

(Beilage ./3 zum Schriftsatz OZ 16)

Weiters bekam die Antragstellerin folgende Meldung:

"WM B***

Von: ***, *** [***.***@bva.gv.at]

An: WM B***

Gesendet: Montag, 03. Mai 2010 15:06

Betreff: Gelesen: Read: Vergabeverfahren: Zu- und Umbauarbeiten HBLF

Forstschule Bruck a.d. Mur

Ihre Nachricht

An: ***,***@bva.gv.at

Betreff:

Wurde am 03.05.2010 15:06 gelesen."

(Beilage ./4 zum Schriftsatz OZ 16)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, Veröffentlichungen sowie die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, # B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7. 3. 2006, B 1417/03; BVA 19. 6. 2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20; Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12. 6. 2001, # B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25. 9. 2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21. 6. 2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7. 3. 2006, B 1417/03; BVA 19. 6. 2008, N/0060-BVA/08/2008-21; 6. 7. 2008, N/0056-BVA/04/2008-20;

24. 9. 2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 16. 12. 2008, N/0160-BVA/10/2008-12;

5. 1. 2009, N/0153-BVA/03/2008-23, RPA 2009, 86 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK

2009/13 = ZVB-LSK 2009/14; 5. 3. 2010, N/0131-BVA/14/2009-35; 7. 4. 2010,

N/0012-BVA/12/2010-16). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. N/0012-BVA/12/2010-16). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 7. Mai 2010, OZ 6,, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 7. Mai 2010, OZ 6,, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Die Inhaltserfordernisse des § 328 Abs 2 BVergG sind erfüllt. Vorgebracht wird seitens der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet eingebracht worden seien. Sie seien am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, und somit nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabebeamtes per E-Mail eingebracht worden. Er gelte erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden und somit am 4. Mai 2010, also nach Ende der Angebotsfrist [gemeint ist wohl Antragsfrist] als eingebracht. Gemäß § 13 Abs 2 AVG seien etwaige technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen der Behörde und den Beteiligten im Internet bekanntzumachen. Dies könnten nach den Materialien unter anderem Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen sein. Der im Sachverhalt wiedergegebene Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes sei eine solche organisatorische Beschränkung. Damit stelle das Bundesvergabeamt aber klar, dass es in Ergänzung der allgemeinen Regelung des § 13 Abs 5 AVG sehr wohl die Einbringung eines fristgebunden Antrages spätestens innerhalb der Amtsstunden des letzten Tages der Frist als für die Frage der Rechtzeitigkeit maßgeblich ansehe und sich die Kundmachung auf der Behördenhomepage daher nicht nur auf die Frage der Behandlung des Antrages durch die Behörde beziehe. Andernfalls hätte die Wortfolge "Um ein ordnungsmäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mail-Adresse des BVA zu richten" keinen inhaltlichen Sinn, sondern hätte das Bundesvergabeamt auch schlicht auf diesen Satz verzichten können und nur darauf hinweisen können, dass außerhalb der Amtsstunden per E-Mail eingebrachte Anträge eben erst am nächsten Tag mit Amtsstunden behandelt würden und daher auch erst an diesem Tag die Entscheidungsfristen zu laufen begännen. Das Bundesvergabeamt habe daher durch diese Kundmachung klargestellt, dass fristgebundene Anträge bei Einbringung per E-Mail nur dann fristgerecht eingebracht seien, wenn sie innerhalb der Frist zu den Amtsstunden eingebracht würden (wozu sonst der Hinweis auf "fristgerechtes" Einbringen?) Eine solche organisatorische Festlegung bewirke nun, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Anträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht gälten. Von einer solchen organisatorischen Festlegung gehe auch der VwGH in seiner Rechtsprechung aus (vgl etwa VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089). Die Inhaltserfordernisse des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind erfüllt. Vorgebracht wird seitens der Antragstellerin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, dass die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verspätet eingebracht worden seien. Sie seien am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, und somit nach Ende der Amtsstunden des Bundesvergabebeamtes per E-Mail eingebracht worden. Er gelte erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden und somit am 4. Mai 2010, also nach Ende der Angebotsfrist [gemeint ist wohl Antragsfrist] als eingebracht. Gemäß Paragraph 13, Absatz 2, AVG seien etwaige technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen der Behörde und den Beteiligten im Internet bekanntzumachen. Dies könnten nach den Materialien unter anderem Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen sein. Der im Sachverhalt wiedergegebene Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes sei eine solche organisatorische Beschränkung. Damit stelle das Bundesvergabeamt aber klar, dass es in Ergänzung der allgemeinen Regelung des Paragraph 13, Absatz 5, AVG sehr wohl die Einbringung eines fristgebunden Antrages spätestens innerhalb der Amtsstunden des letzten Tages der Frist als für die Frage der Rechtzeitigkeit maßgeblich ansehe und sich die Kundmachung auf der Behördenhomepage daher nicht nur auf die Frage der Behandlung des Antrages durch die Behörde beziehe. Andernfalls hätte die Wortfolge "Um ein ordnungsmäßes und fristgerechtes Einbringen von Eingaben in elektronischer Form an das BVA zu gewährleisten, sind diese während der Amtsstunden an die oben genannte E-Mail-Adresse des BVA zu richten" keinen inhaltlichen Sinn, sondern hätte das Bundesvergabeamt auch schlicht auf diesen Satz verzichten können und nur darauf hinweisen können, dass außerhalb der Amtsstunden per E-Mail eingebrachte Anträge eben erst am nächsten Tag mit Amtsstunden behandelt würden und daher auch erst an diesem Tag die Entscheidungsfristen zu laufen begännen. Das Bundesvergabeamt habe daher durch diese Kundmachung klargestellt, dass fristgebundene Anträge bei Einbringung per E-Mail nur dann fristgerecht eingebracht seien, wenn sie innerhalb der Frist zu den Amtsstunden eingebracht würden (wozu sonst der Hinweis auf "fristgerechtes" Einbringen?) Eine solche organisatorische Festlegung bewirke nun, dass außerhalb der Amtsstunden eingebrachte Anträge erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht gälten. Von einer solchen organisatorischen Festlegung gehe auch der VwGH in seiner Rechtsprechung aus (vergleiche etwa VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089).

Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass es auch nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes für die

Frage der Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt des Anbringens und nicht des Einlangens ankomme. Sie habe eine Empfangsbestätigung erhalten. Die Anträge hätten sich daher am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesbundesvergabeamtes befunden. § 13 Abs 2 iVm Abs 5 AVG besage lediglich, dass die Behörde nicht verpflichtet sei, außerhalb der Amtsstunden Anbringen entgegenzunehmen. Es bestehe allerdings kein gesetzliches Verbot, außerhalb der Amtsstunden trotzdem Anbringen entgegenzunehmen. Im konkreten Fall hätte das Bundesvergabeamt den nachprüfungsantrag außerhalb der Amtsstunden entgegengenommen. Der Antrag sei um 15.06 Uhr gelesen worden. Durch die Übermittlung der Lesebestätigung sei jedenfalls davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag mit 3. Mai 2010 als eingebracht und eingelangt gelte. Der Nachprüfungsantrag sei nicht nur in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes sondern auch in den persönlichen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes gelangt. Mit der Übermittlung der Lesebestätigung habe die Antragstellerin vom Bundesvergabeamt die Bestätigung des Posteinganges vergleichbar mit dem Posteingangsstempel bei persönlicher Übermittlung erhalten. Aus diesem Grund sei der Antrag jedenfalls fristgerecht eingebracht worden. Wenn eine Behörde wie im konkreten Fall ein überreichtes schriftliches anbringen entgegennehme, obwohl sie dazu grundsätzlich nicht verpflichtet sei, sei nach der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 20. 1. 1982, 81/01/0291) das Anbringen rechtswirksam eingebracht und gleichzeitig auch als eingelangt zu qualifizieren. Aus der Kundmachung auf der Homepage des Bundesvergabeamtes ergebe sich nur die Konsequenz, dass das Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag als eingelangt gelte. Da es sich um eine verfahrensrechtliche Frist handle, komme es auf das Einbringen und nicht auf das Einlangen an. Die Antragstellerin brachte dazu vor, dass es auch nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes für die Frage der Rechtzeitigkeit auf den Zeitpunkt des Anbringens und nicht des Einlangens ankomme. Sie habe eine Empfangsbestätigung erhalten. Die Anträge hätten sich daher am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr im elektronischen Verfügungsbereich des Bundesbundesvergabeamtes befunden. Paragraph 13, Absatz 2, in Verbindung mit Absatz 5, AVG besage lediglich, dass die Behörde nicht verpflichtet sei, außerhalb der Amtsstunden Anbringen entgegenzunehmen. Es bestehe allerdings kein gesetzliches Verbot, außerhalb der Amtsstunden trotzdem Anbringen entgegenzunehmen. Im konkreten Fall hätte das Bundesvergabeamt den nachprüfungsantrag außerhalb der Amtsstunden entgegengenommen. Der Antrag sei um 15.06 Uhr gelesen worden. Durch die Übermittlung der Lesebestätigung sei jedenfalls davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag mit 3. Mai 2010 als eingebracht und eingelangt gelte. Der Nachprüfungsantrag sei nicht nur in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes sondern auch in den persönlichen Verfügungsbereich des Bundesvergabeamtes gelangt. Mit der Übermittlung der Lesebestätigung habe die Antragstellerin vom Bundesvergabeamt die Bestätigung des Posteinganges vergleichbar mit dem Posteingangsstempel bei persönlicher Übermittlung erhalten. Aus diesem Grund sei der Antrag jedenfalls fristgerecht eingebracht worden. Wenn eine Behörde wie im konkreten Fall ein überreichtes schriftliches anbringen entgegennehme, obwohl sie dazu grundsätzlich nicht verpflichtet sei, sei nach der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 20. 1. 1982, 81/01/0291) das Anbringen rechtswirksam eingebracht und gleichzeitig auch als eingelangt zu qualifizieren. Aus der Kundmachung auf der Homepage des Bundesvergabeamtes ergebe sich nur die Konsequenz, dass das Anbringen erst nach Beginn der Amtsstunden am nächsten Werktag als eingelangt gelte. Da es sich um eine verfahrensrechtliche Frist handle, komme es auf das Einbringen und nicht auf das Einlangen an.

§ 328 Abs 1 BVergG setzt einen zulässigen Antrag gemäß § 320 BVergG voraus.

§ 328 Abs 3 BVergG trifft lediglich für den Fall eine eigene Regelung für

die Rechtzeitig eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, in dem noch kein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde. Daraus ergibt sich, dass das BVergG keine gesonderte Frist zur Einbringung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kennt, wenn bereits ein zulässiger Nachprüfungsantrag eingebracht wurde. Dies gilt wohl auch in jenen Fällen, in denen der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zusammen eingebracht werden. Daher ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages zu prüfen. Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG dann unzulässig, wenn er nicht innerhalb der Frist des § 321 BVergG gestellt wurde. Gemäß § 321 Abs 1 BVergG sind Nachprüfungsanträge bei Übermittlung der Entscheidung per Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich diese Frist gemäß § 321 Abs 2 BVergG auf sieben Tage. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher dann fristgerecht, wenn der gemeinsam eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig ist. Die Rechtzeitig eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, in dem noch kein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde. Daraus ergibt sich, dass das

BVergG keine gesonderte Frist zur Einbringung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kennt, wenn bereits ein zulässiger Nachprüfungsantrag eingebracht wurde. Dies gilt wohl auch in jenen Fällen, in denen der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zusammen eingebracht werden. Daher ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages zu prüfen. Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG dann unzulässig, wenn er nicht innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG gestellt wurde. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Nachprüfungsanträge bei Übermittlung der Entscheidung per Telefax binnen zehn Tagen einzubringen. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich diese Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG auf sieben Tage. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher dann fristgerecht, wenn der gemeinsam eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig ist.

§ 321 Abs 1 BVergG stellt auf das Einbringen, nicht auf das Einlangen ab. Zu prüfen ist daher, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Der Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist insofern zuzustimmen, dass das Postenlaufprivileg des § 33 Abs 3 AVG nicht zur Anwendung kommt, da kein Zustelldienst iSd § 2 Z 7 ZustG in Anspruch genommen wurde. Ein solcher ist nämlich nur die Post oder ein anderer Universaldienstbetreiber gemäß § 5 Abs 1 bis 3 des Postgesetzes 1997 im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts ZustG sowie ein elektronischer Zustelldienst im Anwendungsbereich des 3. Abschnitts ZustG. E-Mail fällt unter keine der beiden Kategorien an Zustelldiensten. Paragraph 321, Absatz eins, BVergG stellt auf das Einbringen, nicht auf das Einlangen ab. Zu prüfen ist daher, ob der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Der Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ist insofern zuzustimmen, dass das Postenlaufprivileg des Paragraph 33, Absatz 3, AVG nicht zur Anwendung kommt, da kein Zustelldienst iSd Paragraph 2, Ziffer 7, ZustG in Anspruch genommen wurde. Ein solcher ist nämlich nur die Post oder ein anderer Universaldienstbetreiber gemäß Paragraph 5, Absatz eins bis 3 des Postgesetzes 1997 im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts ZustG sowie ein elektronischer Zustelldienst im Anwendungsbereich des 3. Abschnitts ZustG. E-Mail fällt unter keine der beiden Kategorien an Zustelldiensten.

§ 13 Abs 2 AVG erlaubt dem Bundesvergabeamt, technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen ihm und den Beteiligten im Internet kundzumachen. Die EBRV 294 BlgNR XXIII. GP 10 versteht unter organisatorischen Beschränkungen auch Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu § 13 Abs 5 AVG. Paragraph 13, Absatz 2, AVG erlaubt dem Bundesvergabeamt, technische Voraussetzungen oder organisatorische Beschränkungen des elektronischen Verkehrs zwischen ihm und den Beteiligten im Internet kundzumachen. Die EBRV 294 BlgNR römisch 23 . Gesetzgebungsperiode 10 versteht unter organisatorischen Beschränkungen auch Beschränkungen für außerhalb der Amtsstunden einlangende elektronische Anbringen und verweist in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu Paragraph 13, Absatz 5, AVG.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgeführt: "§ 13 Abs. 5 AVG idF BGBl. I Nr. 137/2001 normierte, dass die in den dort genannten technisch möglichen Weisen eingebrachten Anbringen, die innerhalb einer Frist, aber außerhalb der Amtsstunden einlangen, als rechtzeitig gelten. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass behördliche Entscheidungsfristen in diesen Fällen jedoch - anders als etwa nach § 73 AVG nicht mit dem Einlangen, sondern - erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnen. Die im Wesentlichen unverändert auch in § 13 Abs. 5 letzter Satz AVG idF BGBl. I Nr. 5/2008 enthaltene Regelung normiert somit ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089) Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgeführt: "§ 13 Absatz 5, AVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 137 aus 2001, normierte, dass die in den dort genannten technisch möglichen Weisen eingebrachten Anbringen, die innerhalb einer Frist, aber außerhalb der Amtsstunden einlangen, als rechtzeitig gelten. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass behördliche Entscheidungsfristen in diesen Fällen jedoch - anders als etwa nach Paragraph 73, AVG nicht mit dem Einlangen, sondern - erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden zu laufen beginnen. Die im Wesentlichen unverändert auch in Paragraph 13, Absatz 5, letzter Satz AVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008, enthaltene Regelung normiert somit ausschließlich den Beginn von behördlichen Entscheidungsfristen und ist für die Frage der Rechtzeitigkeit einer Berufung nicht maßgeblich." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089)

Weiter hat er in diesem Erkenntnis ausgeführt: "Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen

Verfügungsbereich' (vgl. die Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 5/2008, 294 BlgNR XXIII. GP, 10 f) der Behörde befindet." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089) Weiter hat er in diesem Erkenntnis ausgeführt: "Eine E-Mail-Sendung ist dann bei der Behörde eingelangt, wenn sie von einem - außerhalb der Amtsstunden betriebsbereit gehaltenen - Server, den die Behörde für die Empfangnahme von an sie gerichteten E-Mail-Sendungen gewählt hat, empfangen wurde und sich damit im 'elektronischen Verfügungsbereich' vergleiche die Erläuterungen zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 5 aus 2008,, 294 BlgNR römisch 23 . GP, 10 f) der Behörde befindet." (VwGH 22. 4. 2009, 2008/04/0089)

Unstrittig war der Nachprüfungsantrag am 3. Mai 2010, 15.03 Uhr, am Mailserver des Bundesvergabebeamtes abrufbereit und wurde tatsächlich auch am 3. Mai 2010, 15.06 Uhr, abgerufen. Er war damit bereits am 3. Mai 2010 in den elektronischen Verfügungsbereich des Bundesvergabebeamtes gekommen.

Der Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes betrifft in seinem ersten Satz eine Konstellation wie im vorliegenden Fall. Da die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag und ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst nach Ende der Amtsstunden am letzten Tag der Frist eingebracht hat, kann nicht sichergestellt werden, dass rechtzeitig die nötigen Maßnahmen gesetzt werden, um den Eintritt des drohenden Schaden, im konkreten Fall der Zuschlagserteilung, hintanzuhalten. Es steht jedem Auftraggeber schließlich offen, nach Ablauf der Stillhaltefrist um 0.01 Uhr den Zuschlag zu erteilen. Dies wird auch durch den zweiten Satz verdeutlicht, der im Wesentlichen dem letzten Satz von § 13 Abs 5 AVG entspricht. Es steht einer Behörde zwar offen, durch eine entsprechende Festlegung zu bewirken, dass ein außerhalb der Amtsstunden eingebrachtes Anbringen als erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden eingebracht und eingelangt gilt (EBRV 294 BlgNR XXIII. GP 11). Gerade dieses Ergebnis lässt sich aus dem Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes nicht ablesen. Im zweiten Satz wird zwischen Einbringen und Einlangen unterschieden. Über das Einbringen wird keine Aussage gemacht. Lediglich hinsichtlich des Einlangens wird eine Festlegung getroffen. Es wird zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesvergabeamt einen außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Nachprüfungsantrag erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden behandelt. Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Der Nachprüfungsantrag und damit der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind daher als rechtzeitig anzusehen. Der Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes betrifft in seinem ersten Satz eine Konstellation wie im vorliegenden Fall. Da die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag und ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst nach Ende der Amtsstunden am letzten Tag der Frist eingebracht hat, kann nicht sichergestellt werden, dass rechtzeitig die nötigen Maßnahmen gesetzt werden, um den Eintritt des drohenden Schaden, im konkreten Fall der Zuschlagserteilung, hintanzuhalten. Es steht jedem Auftraggeber schließlich offen, nach Ablauf der Stillhaltefrist um 0.01 Uhr den Zuschlag zu erteilen. Dies wird auch durch den zweiten Satz verdeutlicht, der im Wesentlichen dem letzten Satz von Paragraph 13, Absatz 5, AVG entspricht. Es steht einer Behörde zwar offen, durch eine entsprechende Festlegung zu bewirken, dass ein außerhalb der Amtsstunden eingebrachtes Anbringen als erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden eingebracht und eingelangt gilt (EBRV 294 BlgNR römisch 23 . Gesetzgebungsperiode 11). Gerade dieses Ergebnis lässt sich aus dem Hinweis auf der Homepage des Bundesvergabebeamtes nicht ablesen. Im zweiten Satz wird zwischen Einbringen und Einlangen unterschieden. Über das Einbringen wird keine Aussage gemacht. Lediglich hinsichtlich des Einlangens wird eine Festlegung getroffen. Es wird zum Ausdruck gebracht, dass das Bundesvergabeamt einen außerhalb der Amtsstunden eingebrachten Nachprüfungsantrag erst nach Wiederbeginn der Amtsstunden behandelt. Genau dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Der Nachprüfungsantrag und damit der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind daher als rechtzeitig anzusehen.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt 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. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt 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.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung 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.

Nach § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung 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. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die ... beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der

möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die ... beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Abwendung des drohenden Schadens, wie er im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht wurde, und im Erhalt des Auftrags.

Der Auftraggeber macht keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist, zumal die Auftraggeberin keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht hat, von dritter Seite keine derartigen Interessen geltend gemacht wurden und auch von Amts wegen keine solchen Interessen festgestellt werden konnten. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von zwei Monaten. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 2 BVergG. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der

vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt § 329 Abs 4 BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 23.4.2009, N/0036-BVA/10-2009-EV13; siehe auch Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, MTK EO13 [2002] § 391). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von zwei Monaten. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt Paragraph 329, Absatz 4, BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 23.4.2009, N/0036-BVA/10-2009-EV13; siehe auch Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, MTK EO13 [2002] Paragraph 391,). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10;

19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011;

16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12;

siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Rechtzeitigkeit; Einbringen; Einlangen; Dauer der Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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