

TE Verg Bescheid 2008/6/16 N/0058-BVA/08/2008-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.06.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs2 Z4

BVergG 2006 §329

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

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0058-BVA/08/2008 bezüglich der Auftragsvergabe "Sanierung Altlast N61 "Deponie rechte Kremszeile" Bau- und Entsorgungsleistungen" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren erfolgten Ausschreibung über den seitens der anwaltlich vertretenen Antragstellerin A*** betreffend dieses Nachprüfungsverfahrens gestellten und beim Bundesvergabeamt gemäß § 13 Abs 5 AVG am 9.6.2008 eingelangten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0058-BVA/08/2008 bezüglich der Auftragsvergabe "Sanierung Altlast N61 "Deponie rechte Kremszeile" Bau- und Entsorgungsleistungen" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (= BIG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren erfolgten Ausschreibung über den seitens der anwaltlich vertretenen Antragstellerin A*** betreffend dieses Nachprüfungsverfahrens gestellten und beim Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 9.6.2008 eingelangten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Dem eV - Antrag, das Bundesvergabeamt wolle nach Mitteilung der Auftraggeberin über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren 1. die Öffnung der Angebote untersagen; 2. die Aussetzung des Vergabeverfahrens verfügen in eventu den Lauf der Angebotsfrist aussetzen; 3. in eventu die Zuschlagserteilung untersagen, wird

nicht Folge gegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 328 und 329 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328 und 329 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Auftraggeberin BIG leitete im Mai 2008 das im Spruch genannte offene Vergabeverfahren ein. Die Auftraggeberin qualifizierte dabei den zu vergeben geplanten Leistungsvertrag als Bauauftrag im Unterschwellenbereich.

Die BIG setzte in ihrer (ursprünglichen) Ausschreibung das Ende der Angebotsfrist mit 16.6.2006, 11.00 Uhr fest, wobei die Angebotsfrist unstrittig mehr als 15 Tage betrug; und sohin die Anfechtungsfrist bezüglich der Ausschreibung - dies in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung - aus § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu erschließen ist. Die BIG setzte in ihrer (ursprünglichen) Ausschreibung das Ende der Angebotsfrist mit 16.6.2006, 11.00 Uhr fest, wobei die Angebotsfrist unstrittig mehr als 15 Tage betrug; und sohin die Anfechtungsfrist bezüglich der Ausschreibung - dies in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung - aus Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu erschließen ist.

Die im Spruch ersichtliche Antragstellerin zu N/0058-BVA/08/2008 (- im Folgenden auch Erstantragstellerin genannt -) übersandte am 6.6.2008 um 12.00 Uhr per e-mail den hier relevanten Nachprüfungsantrag an das Bundesvergabeamt, der nach den amtlichen Feststellungen des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts - im Rahmen dessen Zuweisungskompetenz gemäß § 304 BVergG 2006 - am 6.6.2008 um 12.02 Uhr beim Bundesvergabeamt elektronisch registriert wurde - Aktenvermerk des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts auf der laufenden Nummer (= lfd Nr) 1 des Verwaltungsakts des Bundesvergabeamts N/0058-BVA/08/2008. Die im Spruch ersichtliche Antragstellerin zu N/0058-BVA/08/2008 (- im Folgenden auch Erstantragstellerin genannt -) übersandte am 6.6.2008 um 12.00 Uhr per e-mail den hier relevanten Nachprüfungsantrag an das Bundesvergabeamt, der nach den amtlichen Feststellungen des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts - im Rahmen dessen Zuweisungskompetenz gemäß Paragraph 304, BVergG 2006 - am 6.6.2008 um 12.02 Uhr beim Bundesvergabeamt elektronisch registriert wurde - Aktenvermerk des Vorsitzenden des Bundesvergabeamts auf der laufenden Nummer (= lfd Nr) 1 des Verwaltungsakts des Bundesvergabeamts N/0058-BVA/08/2008.

Die Amtsstunden des Bundesvergabeamts endeten am Freitag, 6.6.2008, gemäß gehöriger und einschlägiger Kundmachung gemäß § 13 Abs 5 AVG um 12.00 Uhr. Die Amtsstunden des Bundesvergabeamts endeten am Freitag, 6.6.2008, gemäß gehöriger und einschlägiger Kundmachung gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG um 12.00 Uhr.

Im dem den gegenständlichen Nachprüfungsantrag enthaltenden Schriftsatz, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts, ist neben dem Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung insbesondere auch der in diesem Bescheid zu behandelnde Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV - Antrag) enthalten, mit dem die im Spruch dieses Bescheids erledigten Sicherungsbegehren vorgetragen wurden.

Die Antragstellerin befürchtete am 6.6.2008 laut ihrem Nachprüfungs- und eV - Antrag, dass für sie - ohne eine um ihre Kritikpunkte laut Nachprüfungsantrag bereinigte Ausschreibung - die Gefahr bestünde, dass sie kein taugliches bzw kein konkurrenzfähiges Angebot legen könne. Eine Angebotsöffnung am 16.6.2008 würde dazu führen, dass das Vergabeverfahren gemäß dem (offenbar im Nachprüfungsantrag gemeinten) VwGH - Erk v 24.9.2003, 2000/04/0106 zu widerrufen wäre, wenn sie mit ihrem Nachprüfungsantrag durchdringen sollte.

Die Antragstellerin vertritt insbesondere die Auffassung, dass die Auftraggeberin anstelle eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich ausschreiben hätte müssen; dass die Angebotsfrist bis - ursprünglich - 16.6.2006 zu kurz bemessen gewesen wäre; und dass einige Ausschreibungsbestimmungen auch sonst vergaberechtswidrig wären. Die zu erfolgen habende Qualifikation als Dienstleistungsauftrag versucht die Antragstellerin - im Lichte der §§ 6 und 9 BVergG 2006 hinsichtlich der Auftragszuordnung - durch eine von einem ihrer kollektiv zeichnungsbefugten Prokuristen trotz des Zusatzes ppa dennoch allein gefertigten eidesstattigen Erklärung zu belegen - Firmenbuchauszug und eidesstattige Erklärung als Beilagen zum Nachprüfungsantrag lfd Nr 1 im Akt N/0058-BVA/08/2008. Die Antragstellerin vertritt insbesondere die Auffassung, dass die Auftraggeberin anstelle eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich ausschreiben hätte müssen; dass die Angebotsfrist bis - ursprünglich

- 16.6.2006 zu kurz bemessen gewesen wäre; und dass einige Ausschreibungsbestimmungen auch sonst vergaberechtswidrig wären. Die zu erfolgen habende Qualifikation als Dienstleistungsauftrag versucht die Antragstellerin - im Lichte der Paragraphen 6 und 9 BVergG 2006 hinsichtlich der Auftragszuordnung - durch eine von einem ihrer kollektiv zeichnungsbefugten Prokuristen trotz des Zusatzes ppa dennoch allein gefertigten eidesstattigen Erklärung zu belegen - Firmenbuchauszug und eidesstattige Erklärung als Beilagen zum Nachprüfungsantrag lfd Nr 1 im Akt N/0058-BVA/08/2008.

Am 9.6.2008 brachte eine als solche in der verfahrenseinleitenden Eingabe zu N/0060-BVA/08/2008 bezeichnete Bewerber- bzw Bietergemeinschaft (= Zweitantragstellerin) einen weiteren Nachprüfungsantrag gegen die verfahrensgegenständliche Ausschreibung per Telefax ein, stellte aber kein eV - Begehren. Bei diesem zweiten Nachprüfungsantrag stellt sich derzeit jedenfalls die Frage der Verfristung gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 iVm der Fristberechnungsmethode gemäß VwGH - Erk 2006/04/0112. Am 9.6.2008 brachte eine als solche in der verfahrenseinleitenden Eingabe zu N/0060-BVA/08/2008 bezeichnete Bewerber- bzw Bietergemeinschaft (= Zweitantragstellerin) einen weiteren Nachprüfungsantrag gegen die verfahrensgegenständliche Ausschreibung per Telefax ein, stellte aber kein eV - Begehren. Bei diesem zweiten Nachprüfungsantrag stellt sich derzeit jedenfalls die Frage der Verfristung gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit der Fristberechnungsmethode gemäß VwGH - Erk 2006/04/0112.

Die Auftraggeberin veranlasste am 12.6.2008 eine in der elektronischen Ausgabe des Amtsblatts der Wiener Zeitung am 13.6.2008 erstmals verfügbare Änderung der ursprünglichen innerstaatlichen Bekanntmachung über die Einleitung des Vergabeverfahrens, in welcher die Ausschreibung dahin abgeändert wurde, dass nunmehr aktuell eine Angebotsfrist bis 24.7.2008, 14.00 Uhr und eine unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist erfolgende Angebotseröffnung festgesetzt wurde - zB Eingabe der Auftraggeberin, lfd Nr 12 des Akts N/0058-BVA/08/2008.

In dieser Änderungsbekanntmachung (siehe zB den Internetausdruck lfd Nr 12a des Akts) wies die Auftraggeberin - rechtlich nach der hier vertretenen Rechtsauffassung zutreffend - darauf hin, dass auch bei einer Ausschreibungsanfechtung eine Ausschreibungsberichtigung nur vor Ablauf der Angebotsfrist zulässig ist - § 90 BVergG 2006 bzw Öhler/Schramm in Schramm ua, Kommentar zum BVergG 2002, §78 Rz 6 bzw Pock in Heid/Presmayr, Handbuch Vergaberecht², 364 mwN, so dass eine Verlängerung der Angebotsfrist zu vermeiden hilft, dass das gegenständliche Vergabeverfahren zur Gänze zu widerrufen wäre, auch wenn das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren nur Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 streichen sollte. In dieser Änderungsbekanntmachung (siehe zB den Internetausdruck lfd Nr 12a des Akts) wies die Auftraggeberin - rechtlich nach der hier vertretenen Rechtsauffassung zutreffend - darauf hin, dass auch bei einer Ausschreibungsanfechtung eine Ausschreibungsberichtigung nur vor Ablauf der Angebotsfrist zulässig ist - Paragraph 90, BVergG 2006 bzw Öhler/Schramm in Schramm ua, Kommentar zum BVergG 2002, §78 Rz 6 bzw Pock in Heid/Presmayr, Handbuch Vergaberecht², 364 mwN, so dass eine Verlängerung der Angebotsfrist zu vermeiden hilft, dass das gegenständliche Vergabeverfahren zur Gänze zu widerrufen wäre, auch wenn das Bundesvergabeamt im Nachprüfungsverfahren nur Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 streichen sollte.

Das Bundesvergabeamt verfasste am 13.6.2008 im Wesentlichen nachstehende Note an die Parteien der beiden oben bereits erwähnten Nachprüfungsverfahren:

An

1. 1.Ziffer eins
die Auftraggeberin, die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.,

[...]

sowie

1. 2.Ziffer 2
die Erstantragstellerin (zu N/0058-BVA/08/2008), die A.S.A. Abfall Service AG,

[...]

sowie

1. 3.Ziffer 3

die Zweitantragstellerin (zu N/0060-BVA/08/2008), die Bewerberbzw Bietergemeinschaft bestehend aus: B1***, B2***, B3***, B4*** und B5***,

[...]

I. Hinweis auf § 324 Abs 4 BVergG 2006römisches eins. Hinweis auf Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006

Das Bundesvergabeamt weist darauf hin, dass die Adressaten dieses Telefax unter Berücksichtigung des § 324 Abs 4 BVergG 2006 aktuell als Parteien der zu den beiden ersichtlichen Geschäftszahlen protokollierten Nachprüfungsverfahren behandelt werden. Die beiden Nachprüfungsverfahren werden sohin derzeit verbunden geführt. Das Bundesvergabeamt weist darauf hin, dass die Adressaten dieses Telefax unter Berücksichtigung des Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006 aktuell als Parteien der zu den beiden ersichtlichen Geschäftszahlen protokollierten Nachprüfungsverfahren behandelt werden. Die beiden Nachprüfungsverfahren werden sohin derzeit verbunden geführt.

II. Formelle Belehrung gemäß § 313 BVergG 2006römisches zwei. Formelle Belehrung gemäß Paragraph 313, BVergG 2006

Die dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Auftraggeber (-innen) bzw vergebenden Stellen haben dem Bundesvergabeamt gemäß § 313 Abs 1 BVergG 2006 alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Die dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Auftraggeber (-innen) bzw vergebenden Stellen haben dem Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 313, Absatz eins, BVergG 2006 alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

Gleiches gilt für die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer (-innen).

Hat ein Auftraggeber bzw eine Auftraggeberin, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer bzw eine Unternehmerin Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder einer Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Bundesvergabeamt, da die sonstigen Adressaten dieses Telefax hiermit vorher auf diese Säumnisfolge ausdrücklich hingewiesen wurde, gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 auf Grund der Behauptungen des bzw der nicht säumigen Beteiligten entscheiden. Hat ein Auftraggeber bzw eine Auftraggeberin, eine vergebende Stelle oder ein Unternehmer bzw eine Unternehmerin Unterlagen nicht vorgelegt, Auskünfte nicht erteilt oder einer Auskunft zwar erteilt, die Unterlagen des Vergabeverfahrens aber nicht vorgelegt, so kann das Bundesvergabeamt, da die sonstigen Adressaten dieses Telefax hiermit vorher auf diese Säumnisfolge ausdrücklich hingewiesen wurde, gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 auf Grund der Behauptungen des bzw der nicht säumigen Beteiligten entscheiden.

[...]

III. Ausdrückliche Aufforderung an die Zweitantragstellerin und die Auftraggeberin zur Frage der Fristgerechtigkeit des Nachprüfungsantrags zu N/0060-BVA/08/2008römisches drei. Ausdrückliche Aufforderung an die Zweitantragstellerin und die Auftraggeberin zur Frage der Fristgerechtigkeit des Nachprüfungsantrags zu N/0060-BVA/08/2008

Gemäß § 37 AVG wird im Verfahren N/0060-BVA/08/2008 die Tatsache festgehalten, dass die Zweitantragstellerin ihren Nachprüfungsantrag am 9.6.2008 um ca 14.00 Uhr per Telefax beim Bundesvergabeamt eingebracht hat. Gemäß Paragraph 37, AVG wird im Verfahren N/0060-BVA/08/2008 die Tatsache festgehalten, dass die Zweitantragstellerin ihren Nachprüfungsantrag am 9.6.2008 um ca 14.00 Uhr per Telefax beim Bundesvergabeamt eingebracht hat.

(Dazu wird obiter und rücksichtlich der Kundmachungen gemäß § 323 Abs 1 BVergG 2006 gegenüber allen Adressaten klargestellt, dass die Erstantragstellerin ihren Nachprüfungsantrag per e-mail am 6.6.2008 mit einer e-mails - Eingangszeit um 12.02 einbrachte, so dass die zu N/0058-BVA/08/2008 verfahrenseinleitende Eingabe gemäß § 13 Abs 5 AVG iVm der aktuellen Amtsstundenkundmachung die Entscheidungsfristen des Bundesvergabeamts am 9.6.2008 in Gang setzte.) (Dazu wird obiter und rücksichtlich der Kundmachungen gemäß Paragraph 323, Absatz eins, BVergG 2006 gegenüber allen Adressaten klargestellt, dass die Erstantragstellerin ihren Nachprüfungsantrag per e-mail am 6.6.2008 mit einer e-mails - Eingangszeit um 12.02 einbrachte, so dass die zu N/0058-BVA/08/2008 verfahrenseinleitende Eingabe gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG in Verbindung mit der aktuellen Amtsstundenkundmachung die Entscheidungsfristen des Bundesvergabeamts am 9.6.2008 in Gang setzte.)

Die Auftraggeberin und die Zweitantragstellerin zu N/0060 BVA/08/2008 werden nunmehr - iS des rechtlichen Gehörs zu potentiell spruchrelevanten Umständen in einem fairen Verfahren über civil rights insbesondere auch zur diesbezüglichen Vermeidung von Überraschungsentscheidungen; und weiters gemäß § 39 Abs 2 AVG vor einer Erörterung der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 mit allen Parteien - ausdrücklich aufgefordert, bis 18.6.2008, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt darzulegen, ob sie diesen Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008

Die Auftraggeberin und die Zweitantragstellerin zu N/0060 BVA/08/2008 werden nunmehr - iS des rechtlichen Gehörs zu potentiell spruchrelevanten Umständen in einem fairen Verfahren über civil rights insbesondere auch zur diesbezüglichen Vermeidung von Überraschungsentscheidungen; und weiters gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG vor einer Erörterung der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 mit allen Parteien - ausdrücklich aufgefordert, bis 18.6.2008, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt darzulegen, ob sie diesen Nachprüfungsantrag vom 9.6.2008

unter Berücksichtigung des § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86; unter Berücksichtigung des Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86;

insbesondere des letzten Satzes des § 321 Abs 2 BVergG 2006 idFBGBl I 2007/86; insbesondere des letzten Satzes des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86;

und schließlich auch unter Berücksichtigung der vom VfGH in dessen Erkenntnis vom 11.10.2007, VfGH 2006/04/0112 dargelegten Fristberechnungsgrundsätze

als rechtzeitig bewerten - zum zitierten VfGH-Erk siehe zB ZVB 2008/18 (Hartlieb) = bbl 2008/74 (Keschmann).

IV. Aufforderung der Erstantragstellerin zur Replik auf die Mitteilung der Auftraggeberin zum eV - Antrag der Erstantragstellerin

römisch vier. Aufforderung der Erstantragstellerin zur Replik auf die Mitteilung der Auftraggeberin zum eV - Antrag der Erstantragstellerin

Die Erstantragstellerin wird ausdrücklich aufgefordert, bis 16.6.2008, 09.30 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt darzulegen, ob sie die Verlängerung der Angebotsfrist laut beiliegendem Schriftsatz bestreitet bzw ob die gestellten eV - Begehren aufrecht bleiben.

Die Erstantragstellerin, deren eV - Antrag hier gegenständlich ist, ließ die aufgezeigte Verlängerung der Angebotsfrist inklusive der Vertagung der Angebotseröffnung auf 24.7.2008 bis 16.6.2008 unbestritten. Sie vertritt in der Eingabe, lfd Nr 18 aber die Auffassung, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Nachprüfungsverfahren länger als bis zum 23.7.2008 dauert, so dass nach Ablauf des 23.7.2008 weiterhin ein Sicherungsinteresse bestünde.

Die Auftraggeberin vertritt in ihrer Eingabe, lfd Nr 15 des Akts N/0058-BVA/08/2008, unter Hinweis auf ein Erkenntnis des VfGH zu § 13 Abs 5 AVG idFBGBl I 1998/158, ZI 2000/03/0153, die Auffassung der Zurückweisungsbedürftigkeit des Nachprüfungsantrags auch der Erstantragstellerin wegen Verfristung, ohne dass die Auftraggeberin dabei auf die zu dieser historischen Rechtslage gegenteilige Judikatur des VfGH eingeht - B 460/00 ua, in der (scil: Rsp) der VfGH die Rechtsauffassung des VfGH, wie sie dem seitens der Auftraggeberin zitierten Erkenntnis zur Fristfrage zu Grunde liegt, ausdrücklich ablehnt und zB einen nach Ende der Amtsstunden per Telefax eingebrachten Antrag ausdrücklich als fristkonform beurteilt hat.

Die Auftraggeberin vertritt in ihrer Eingabe, lfd Nr 15 des Akts N/0058-BVA/08/2008, unter Hinweis auf ein Erkenntnis des VfGH zu Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 1998/158, ZI 2000/03/0153, die Auffassung der Zurückweisungsbedürftigkeit des Nachprüfungsantrags auch der Erstantragstellerin wegen Verfristung, ohne dass die Auftraggeberin dabei auf die zu dieser historischen Rechtslage gegenteilige Judikatur des VfGH eingeht - B 460/00 ua, in der (scil: Rsp) der VfGH die Rechtsauffassung des VfGH, wie sie dem seitens der Auftraggeberin zitierten Erkenntnis zur Fristfrage zu Grunde liegt, ausdrücklich ablehnt und zB einen nach Ende der Amtsstunden per Telefax eingebrachten Antrag ausdrücklich als fristkonform beurteilt hat.

1. 2. Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und den am 13.6.2008 vorgelegten Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen.

1. 3. Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts, anwendbare Rechtslage und Zulässigkeit des Antrags

Die Auftraggeberin ist eine gemäß Art 126b Abs 2 B-VG der Rechnungshofkontrolle unterliegende, dem Bund zurechenbare Unternehmung. Die Auftraggeberin ist eine gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG der Rechnungshofkontrolle unterliegende, dem Bund zurechenbare Unternehmung.

Da die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auf Basis ihres Unternehmensgegenstands gemäß § 2 Bundesimmobiliengesetz Raum für Bundeszwecke zur Verfügung zu stellen hat, wodurch der Bund seinen Raumbedarf zur Erfüllung seiner sonstigen Staatsaufgaben decken kann, ist diese Gesellschaft als - iS des § 3 Abs 1 Z 2 lit a) BVergG 2006 - zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet anzusehen; und damit öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, die - in diesem Verfahren unstrittig - der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 unterliegt - so zB bereits BVA 6.12.2008, N/0089-BVA/08/2006-88. Da die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. auf Basis ihres Unternehmensgegenstands gemäß Paragraph 2, Bundesimmobiliengesetz Raum für Bundeszwecke zur Verfügung zu stellen hat, wodurch der Bund seinen Raumbedarf zur Erfüllung seiner sonstigen Staatsaufgaben decken kann, ist diese Gesellschaft als - iS des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a,) BVergG 2006 - zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet anzusehen; und damit öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die - in diesem Verfahren unstrittig - der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 unterliegt - so zB bereits BVA 6.12.2008, N/0089-BVA/08/2006-88.

Zu den anzuwendenden Gesetzen ist auszuführen, dass das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren jeweils im Kalenderjahr 2008 eingeleitet wurden, so dass gegenständlich gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, BGBl I 2007/86, das BVergG 2006, soweit relevant, zur Gänze in der Fassung der Novelle BGBl I 2007/86 Anwendung findet. Unter Paragraphenangaben mit der Kurzbezeichnung BVergG 2006 sind daher in diesem Bescheid - mangels gegenteiligen Hinweises - solche des BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 gemeint. Zu den anzuwendenden Gesetzen ist auszuführen, dass das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren jeweils im Kalenderjahr 2008 eingeleitet wurden, so dass gegenständlich gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2007/86, das BVergG 2006, soweit relevant, zur Gänze in der Fassung der Novelle BGBl römisch eins 2007/86 Anwendung findet. Unter Paragraphenangaben mit der Kurzbezeichnung BVergG 2006 sind daher in diesem Bescheid - mangels gegenteiligen Hinweises - solche des BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 gemeint.

Für das nachprüfungsverfahrensrechtlich gemäß Art II Abs 2 lit C. Z 40a EGVG idF BGBl 1993/463 subsidiär anwendbare AVG ist auszuführen, dass gemäß § 82 Abs 14 und Abs 16 AVG idF BGBl I 2008/5 gegenständlich das AVG BGBl 1991/51 idF BGBl I 2008/5 Anwendung findet. Paragraphenangaben mit der Kurzbezeichnung AVG beziehen sich daher in diesem Bescheid - mangels gegenteiligen Hinweises - auf die gerade genannte und am 1.1.2008 in Kraft getretene Fassung des AVG. Für das nachprüfungsverfahrensrechtlich gemäß Artikel römisch zwei, Absatz 2, lit C. Ziffer 40 a, EGVG in der Fassung BGBl 1993/463 subsidiär anwendbare AVG ist auszuführen, dass gemäß Paragraph 82, Absatz 14 und Absatz 16, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 gegenständlich das AVG BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 Anwendung findet. Paragraphenangaben mit der Kurzbezeichnung AVG beziehen sich daher in diesem Bescheid - mangels gegenteiligen Hinweises - auf die gerade genannte und am 1.1.2008 in Kraft getretene Fassung des AVG.

Für dieses Provisorialverfahren iVm dem parallel laufenden Nachprüfungsverfahren ist im Lichte des § 328 Abs 3 und 4 BVergG 2006 ist zu prüfen, ob es rechtserheblich ist, dass die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag am 6.6.2008 auf Basis der bislang bekannten Tatsachen nach Ende der Amtsstunden fristgerecht eingebracht hat. Für dieses Provisorialverfahren in Verbindung mit dem parallel laufenden Nachprüfungsverfahren ist im Lichte des Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 ist zu prüfen, ob es rechtserheblich ist, dass die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag am 6.6.2008 auf Basis der bislang bekannten Tatsachen nach Ende der Amtsstunden fristgerecht eingebracht hat.

Die einschlägige Frist für den Nachprüfungsantrag von spätestens 7

Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist ergibt sich

erstens § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, zweitens Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006,

weitere aus den Fristberechnungsgrundsätzen des VwGH im Erkenntnis

ZI 2006/04/0112

und drittens aus der ursprünglich am 16.6.2008 endenden Angebotsfrist.

Demnach war der Nachprüfungsantrag gegenständlich spätestens am 6.6.2008 einzubringen.

Ob es dabei fristwährend war, wenn der Nachprüfungsantrag am 6.6.2008 nach Ende der Amtsstunden eingebracht wurde und sohin erst am 9.6.2008 beim Bundesvergabeamt einlangte, hängt nunmehr mitunter davon ab, ob man die durch BGBl I 2008/5 geschaffene Fassung des § 13 Abs 5 AVG im Wesentlichen ident mit der durch BGBl I 1998/158 kundgemachten Fassung des § 13 Abs 5 AVG in der Auslegung des VwGH zB in ZI 2000/03/0152 beurteilt; oder ob man die Fassung des § 13 Abs 5 AVG idF BGBl I 2008/5 zumindest unter Heranziehung der Grundsätze des VfGH gemäß Erkenntnis B 460/00 auslegt. Ob es dabei fristwährend war, wenn der Nachprüfungsantrag am 6.6.2008 nach Ende der Amtsstunden eingebracht wurde und sohin erst am 9.6.2008 beim Bundesvergabeamt einlangte, hängt nunmehr mitunter davon ab, ob man die durch BGBl römisch eins 2008/5 geschaffene Fassung des Paragraph 13, Absatz 5, AVG im Wesentlichen ident mit der durch BGBl römisch eins 1998/158 kundgemachten Fassung des Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Auslegung des VwGH zB in ZI 2000/03/0152 beurteilt; oder ob man die Fassung des Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 zumindest unter Heranziehung der Grundsätze des VfGH gemäß Erkenntnis B 460/00 auslegt.

Diese Rechtsfrage kann nunmehr - trotz ausdrücklicher Relevierung der Fristfrage durch die Auftraggeberin in der Eingabe, lfd Nr 14 - nach der hier vertretenen Auffassung beim ersichtlichen Spruch für das gegenständliche Provisorialverfahren gemäß § 39 Abs 2 und 3 AVG dahinstehen, da dem Provisorialantrag ohnehin keine Folge gegeben wurde, so dass es wider das Prinzip der Verfahrensökonomie wäre, die Fristfrage weiterhin mit den Parteien des eV - Verfahrens zu erörtern und zB zu klären, ob die Antragstellerin zu N/0058-BVA/08/2008 auf Basis der aktuellen Internetkundmachungen und sonstigen Kundmachungen des Bundesvergabeamts iS der EBRV zu § 13 Abs 5 AVG idF BGBl I 2008/5 und unter allenfalls gebotener Heranziehung der vom VwGH bereits zur Rechtslage gemäß BGBl I 1998/158 vertretenen Fristmeinung davon auszugehen hatte, dass das Bundesvergabeamt nicht dazu bereit wäre, außerhalb der Amtsstunden Eingaben per e-mail - fristwährend - entgegen zu nehmen. Diese Rechtsfrage kann nunmehr - trotz ausdrücklicher Relevierung der Fristfrage durch die Auftraggeberin in der Eingabe, lfd Nr 14 - nach der hier vertretenen Auffassung beim ersichtlichen Spruch für das gegenständliche Provisorialverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 2 und 3 AVG dahinstehen, da dem Provisorialantrag ohnehin keine Folge gegeben wurde, so dass es wider das Prinzip der Verfahrensökonomie wäre, die Fristfrage weiterhin mit den Parteien des eV - Verfahrens zu erörtern und zB zu klären, ob die Antragstellerin zu N/0058-BVA/08/2008 auf Basis der aktuellen Internetkundmachungen und sonstigen Kundmachungen des Bundesvergabeamts iS der EBRV zu Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 und unter allenfalls gebotener Heranziehung der vom VwGH bereits zur Rechtslage gemäß BGBl römisch eins 1998/158 vertretenen Fristmeinung davon auszugehen hatte, dass das Bundesvergabeamt nicht dazu bereit wäre, außerhalb der Amtsstunden Eingaben per e-mail - fristwährend - entgegen zu nehmen.

Die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß §§ 318 und 328 Abs 7 BVergG 2006 wurden bezahlt. Die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß Paragraphen 318 und 328 Absatz 7, BVergG 2006 wurden bezahlt.

Die angefochtene Ausschreibung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006. Die angefochtene Ausschreibung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

Der Provisorialantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch § 328 Abs 2 BVergG 2006 verlangt werden. Der Provisorialantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 verlangt werden.

Schließlich ist festzuhalten, dass die Antragsvoraussetzungen der (Erst-) Antragstellerin nach § 320 BVergG 2006 derzeit nicht als offensichtlich iS des § 328 Abs 1 BVergG 2006 fehlend beurteilt werden können. Schließlich ist festzuhalten, dass die Antragsvoraussetzungen der (Erst-) Antragstellerin nach Paragraph 320, BVergG 2006 derzeit nicht als offensichtlich iS des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 fehlend beurteilt werden können.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 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 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts 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 eins, BVergG 2006 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 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts 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 3 BVergG 2006 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 Bundesvergabeamts 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 3, BVergG 2006 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 Bundesvergabeamts 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.

Das Gesetz verlangt also in § 329 Abs 1 BVergG 2006 eine Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin an der eV und der Interessen der Auftraggeberin bzw sonstiger Bewerber bzw Bieter wider die eV, wobei den Interessen an der eV auch noch allfällige besondere öffentliche Interessen wider die eV entgegenzustellen sind. Das Gesetz verlangt also in Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 eine Gegenüberstellung der Interessen der

Antragstellerin an der eV und der Interessen der Auftraggeberin bzw sonstiger Bewerber bzw Bieter wider die eV, wobei den Interessen an der eV auch noch allfällige besondere öffentliche Interessen wider die eV entgegenzustellen sind.

Hinsichtlich der Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006, die das Gesetz bei der Antragstellerin als schützenswert ansieht, ist klarzustellen, dass § 329 Abs 1 BVergG 2006 der Antragstellerin (nur) insoweit ein Sicherungsinteresse zubilligt, als mit einer eV nach dem BVergG 2006 bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen verhindert werden soll, dass das im Nachprüfungsantrag - als einem Rechtsgestaltungsantrag - jeweils vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren durch eine Zuschlagserteilung bzw durch einen Widerruf während des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 unzulässig wird oder aber durch eine anderweitige Schaffung von Tatsachen sinnentleert wird. Hinsichtlich der Interessen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006, die das Gesetz bei der Antragstellerin als schützenswert ansieht, ist klarzustellen, dass Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 der Antragstellerin (nur) insoweit ein Sicherungsinteresse zubilligt, als mit einer eV nach dem BVergG 2006 bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen verhindert werden soll, dass das im Nachprüfungsantrag - als einem Rechtsgestaltungsantrag - jeweils vorgetragene Nichtigerklärungsbegehren durch eine Zuschlagserteilung bzw durch einen Widerruf während des Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 unzulässig wird oder aber durch eine anderweitige Schaffung von Tatsachen sinnentleert wird.

Die Interessen an der Aufrechterhaltung des Pauschalgebührenersatzanspruchs für die eV - Gebühren, wie in der Eingabe der Antragstellerin zu N/0058-BVA/08/2008 mit der lfd Nr 18 angesprochen - bilden jedenfalls keine derartigen Tatsachen, die als Interesse an einer Provisorialmaßnahme beurteilt werden könnten, auch wenn die Antragstellerin diesen Aspekt in ihrer Eingabe, lfd Nr 18, problematisiert.

Dass die eV gemäß § 329 BVergG 2006 den Nichtigerklärungsantrag wie aufgezeigt schützen will, ergibt sich erstens zB aus § 329 Abs 3 Satz 2 BVergG 2006, wonach spätestens bei einer Entscheidung über den Nichtigerklärungsantrag auch die eV ex lege außer Kraft tritt. Damit wird das durch die eV gemäß BVergG 2006 zu schützende Sicherungsinteresse als absolut mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens schützbar verifiziert. Dass die eV gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 den Nichtigerklärungsantrag wie aufgezeigt schützen will, ergibt sich erstens zB aus Paragraph 329, Absatz 3, Satz 2 BVergG 2006, wonach spätestens bei einer Entscheidung über den Nichtigerklärungsantrag auch die eV ex lege außer Kraft tritt. Damit wird das durch die eV gemäß BVergG 2006 zu schützende Sicherungsinteresse als absolut mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens schützbar verifiziert.

Zweitens ergibt sich dieser aufgezeigte - zeitlich befristete - Zweck der eV gemäß §§ 328f BVergG 2006 zB auch aus § 328 Abs 3 und 4 BVergG 2006, wo ein rechtzeitiger Nachprüfungsantrag für die Erlassung einer eV gleichfalls vorausgesetzt wird. Diese letztgenannte Regelung hätte gleichfalls keinen Sinn, wenn eine eV nach dem BVergG 2006 unabhängig von einem noch unerledigten Nichtigerklärungsantrag erlassen werden könnte. Zweitens ergibt sich dieser aufgezeigte - zeitlich befristete - Zweck der eV gemäß Paragraphen 328 f, BVergG 2006 zB auch aus Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006, wo ein rechtzeitiger Nachprüfungsantrag für die Erlassung einer eV gleichfalls vorausgesetzt wird. Diese letztgenannte Regelung hätte gleichfalls keinen Sinn, wenn eine eV nach dem BVergG 2006 unabhängig von einem noch unerledigten Nichtigerklärungsantrag erlassen werden könnte.

Hat man daher zur Kenntnis zu nehmen, dass nur die drohende Vereitelung bzw die drohende Sinnentleerung des in einem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens eine eV gemäß § 329 BVergG 2006 bei Vorliegen der sonstigen Stattgabevoraussetzungen rechtfertigen kann, so ist diesbezüglich zu beachten, dass die Antragstellerin gegenständlich gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 glaubhaft zu machen hat, dass ihr Nachprüfungsantrag ohne gleichzeitige Erlassung der begehrten eV unzulässig bzw sinnentleert würde. Hat man daher zur Kenntnis zu nehmen, dass nur die drohende Vereitelung bzw die drohende Sinnentleerung des in einem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens eine eV gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 bei Vorliegen der sonstigen Stattgabevoraussetzungen rechtfertigen kann, so ist diesbezüglich zu beachten, dass die Antragstellerin gegenständlich gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 glaubhaft zu machen hat, dass ihr Nachprüfungsantrag ohne gleichzeitige Erlassung der begehrten eV unzulässig bzw sinnentleert würde.

Zum Zeitpunkt der Übermittlung der verfahrenseinleitenden Eingabe hatte die Auftraggeberin das Datum der Angebotseröffnung bzw das Ende der Angebotsfrist am 16.6.2008 um 11.00 Uhr festgelegt. Mit dem Ablauf der Angebotsfrist und der danach erfolgenden Angebotseröffnung wären irreversible Schritte im Vergabeverfahren gesetzt

worden, die dann, wenn die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag zur Gänze oder aber teilweise durchdringen sollte, allein deshalb nicht unwahrscheinlich zum Widerruf des Nachprüfungsverfahrens führen hätten können - VwGH 2000/04/0106. Schon allein deshalb konnte es als ursprünglich seitens der Antragstellerin glaubhaft gemacht betrachtet werden, dass ohne eine entsprechende eV irreversible Tatsachen geschaffen würden, die auf den Ausgang des Vergabeverfahrens Einfluss haben könnten, wenn man bedenkt, dass durch eine Streichung einzelner Ausschreibungsbedingungen gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 sich der Kreis denkmöglich zulässiger Angebote verändern könnte; bzw sich durch eine geänderte Ausschreibung die Angebotsinhalte auch sonst bewertungsrelevant verändern könnten. Zum Zeitpunkt der Übermittlung der verfahrenseinleitenden Eingabe hatte die Auftraggeberin das Datum der Angebotseröffnung bzw das Ende der Angebotsfrist am 16.6.2008 um 11.00 Uhr festgelegt. Mit dem Ablauf der Angebotsfrist und der danach erfolgenden Angebotseröffnung wären irreversible Schritte im Vergabeverfahren gesetzt worden, die dann, wenn die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag zur Gänze oder aber teilweise durchdringen sollte, allein deshalb nicht unwahrscheinlich zum Widerruf des Nachprüfungsverfahrens führen hätten können - VwGH 2000/04/0106. Schon allein deshalb konnte es als ursprünglich seitens der Antragstellerin glaubhaft gemacht betrachtet werden, dass ohne eine entsprechende eV irreversible Tatsachen geschaffen würden, die auf den Ausgang des Vergabeverfahrens Einfluss haben könnten, wenn man bedenkt, dass durch eine Streichung einzelner Ausschreibungsbedingungen gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 sich der Kreis denkmöglich zulässiger Angebote verändern könnte; bzw sich durch eine geänderte Ausschreibung die Angebotsinhalte auch sonst bewertungsrelevant verändern könnten.

Wenn nunmehr aber die Auftraggeberin zwischenzeitig die Angebotsfrist unstrittig bis 24.7.2008 erstreckt hat und darüber hinaus auch den Angebotseröffnungstermin auf den 24.7.2008 verschoben hat, ist nicht mehr erkennbar, inwieweit innerhalb des gemäß § 326 BVergG 2006 normierten Entscheidungszeitraums von 6 Wochen ab dem 9.6.2008, also bei einem Entscheidungsfristende bis zum Ablauf des 21.7.2008 bis 21.7.2008 irreversible Tatsachen geschaffen werden, die das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin unzulässig bzw sinnentleert machen würden. Da die Antragstellerin bis zum Zeitpunkt der Erlassung dieser eV auch keine Tatsachen mehr vorgebracht hat, die allenfalls dennoch eine Untersagung der Angebotsöffnung für diesen Zeitraum in ihrem gerechtfertigten Interesse liegend darstellen könnten, war diesem Sicherungsbegehren der Antragstellerin für den Zeitraum bis zum Ablauf des 21.7.2008 allein deshalb der Erfolg zu versagen. Gleiches gilt bis 21.7.2008 auch für die begehrte Aussetzung des Vergabeverfahrens oder aber der Angebotsfrist, da die Angebotsfrist derzeit, wie gesagt, ohnehin bis 24.7.2008 dauert, so dass Aussetzungen bis dahin derzeit keinem gerechtfertigten Sicherungsinteresse dienen. Wenn nunmehr aber die Auftraggeberin zwischenzeitig die Angebotsfrist unstrittig bis 24.7.2008 erstreckt hat und darüber hinaus auch den Angebotseröffnungstermin auf den 24.7.2008 verschoben hat, ist nicht mehr erkennbar, inwieweit innerhalb des gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 normierten Entscheidungszeitraums von 6 Wochen ab dem 9.6.2008, also bei einem Entscheidungsfristende bis zum Ablauf des 21.7.2008 bis 21.7.2008 irreversible Tatsachen geschaffen werden, die das Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin unzulässig bzw sinnentleert machen würden. Da die Antragstellerin bis zum Zeitpunkt der Erlassung dieser eV auch keine Tatsachen mehr vorgebracht hat, die allenfalls dennoch eine Untersagung der Angebotsöffnung für diesen Zeitraum in ihrem gerechtfertigten Interesse liegend darstellen könnten, war diesem Sicherungsbegehren der Antragstellerin für den Zeitraum bis zum Ablauf des 21.7.2008 allein deshalb der Erfolg zu versagen. Gleiches gilt bis 21.7.2008 auch für die begehrte Aussetzung des Vergabeverfahrens oder aber der Angebotsfrist, da die Angebotsfrist derzeit, wie gesagt, ohnehin bis 24.7.2008 dauert, so dass Aussetzungen bis dahin derzeit keinem gerechtfertigten Sicherungsinteresse dienen.

Für die von der Antragstellerin zeitlich nur für die absolute Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrten Sicherungsmaßnahmen der Untersagung der Angebotseröffnung, der Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw eventualiter der Angebotsfrist über den Zeitraum nach dem 21.7.2008 hinaus gilt Folgendes:

Der in der eV - Frage monokratisch entscheidende Senatsvorsitzende des Bundesvergabeamts hat seiner Entscheidung grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zu Grunde zu legen - siehe dazu Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213f. Ginge man zu Gunsten der Antragstellerin davon aus, dass es rechtlich zulässig wäre, bereits zum Zeitpunkt der erstmaligen eV-Entscheidung betreffend ein Nachprüfungsverfahren eine eV zu erlassen, deren Befristung absolut über den Entscheidungszeitraum gemäß § 326 BVergG 2006 hinausreicht - dagegen spricht nach der hier vertretenen Auffassung zB § 329 Abs 3 BVergG 2006, der eine Verlängerung einer bereits erlassenen eV vorsieht, was aber sinnentleert wäre, wenn eV's bereits ursprünglich nur relativ mit der Dauer des

Nachprüfungsverfahrens zu befristen wären, so obliegt es bei einer derartigen Rechtsmeinung (der Zulässigkeit einer bloß relativen Befristung der eV) dennoch der Antragstellerin, in der Begründung des von ihr gestellten eV - Begehrens gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 glaubhaft zu machen, dass ihre Sicherungsinteressen gemäß §§ 328 Abs 2 Z 4 und 329 Abs 1 BVergG 2006 bereits zum Zeitpunkt der eV - Entscheidung über den Zeitraum gemäß § 326 BVergG 2006 hinaus gegeben sind. Der in der eV - Frage monokratisch entscheidende Senatsvorsitzende des Bundesvergabeamts hat seiner Entscheidung grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zu Grunde zu legen - siehe dazu Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 213f. Ginge man zu Gunsten der Antragstellerin davon aus, dass es rechtlich zulässig wäre, bereits zum Zeitpunkt der erstmaligen eV-Entscheidung betreffend ein Nachprüfungsverfahren eine eV zu erlassen, deren Befristung absolut über den Entscheidungszeitraum gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 hinausreicht - dagegen spricht nach der hier vertretenen Auffassung zB Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006, der eine Verlängerung einer bereits erlassenen eV vorsieht, was aber sinnentleert wäre, wenn eV's bereits ursprünglich nur relativ mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen wären, so obliegt es bei einer derartigen Rechtsmeinung (der Zulässigkeit einer bloß relativen Befristung der eV) dennoch der Antragstellerin, in der Begründung des von ihr gestellten eV - Begehrens gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 glaubhaft zu machen, dass ihre Sicherungsinteressen gemäß Paragraphen 328, Absatz 2, Ziffer 4 und 329 Absatz eins, BVergG 2006 bereits zum Zeitpunkt der eV - Entscheidung über den Zeitraum gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 hinaus gegeben sind.

Die Antragstellerin hätte daher - bei der Annahme der grundsätzlichen Zulässigkeit einer nur relativen eV - Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - bereits jetzt glaubhaft zu machen gehabt, dass das Bundesvergabeamt den aktuellen Entscheidungszeitraum von 6 Wochen bereits jetzt absehbar überschreiten würde und die Auftraggeberin ohne Rücksicht auf den Gang des Nachprüfungsverfahrens die bis 24.7.2008 einlangenden Angebote am 24.7.2008 irreversibel öffnen würde.

Da die Antragstellerin Derartiges nicht glaubhaft gemacht hat - die bloße Behauptung in der Eingabe lfd Nr 18, dass das Nachprüfungsverfahren länger als sechs Wochen dauern könnte, ist rechtlich keine Glaubhaftmachung gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006, wenn die Antragstellerin weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch sonst zB die Notwendigkeit einer zeitaufwendigen Sachverständigenbestellung oder aber die Nichtverfügbarkeit von notwendigen sonstigen Beweismitteln im aktuellen Entscheidungszeitraum von sechs Wochen plausibel - mit Bescheinigungsmitteln -dortut, waren die angestrebten Sicherungsmaßnahmen (scil: Untersagung der Angebotsöffnung bzw der Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw der Angebotsfrist) in dieser eV - Entscheidung auch nicht nach dem 21.7.2008 zu verhängen. Da die Antragstellerin Derartiges nicht glaubhaft gemacht hat - die bloße Behauptung in der Eingabe lfd Nr 18, dass das Nachprüfungsverfahren länger als sechs Wochen dauern könnte, ist rechtlich keine Glaubhaftmachung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006, wenn die Antragstellerin weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch sonst zB die Notwendigkeit einer zeitaufwendigen Sachverständigenbestellung oder aber die Nichtverfügbarkeit von notwendigen sonstigen Beweismitteln im aktuellen Entscheidungszeitraum von sechs Wochen plausibel - mit Bescheinigungsmitteln -dortut, waren die angestrebten Sicherungsmaßnahmen (scil: Untersagung der Angebotsöffnung bzw der Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw der Angebotsfrist) in dieser eV - Entscheidung auch nicht nach dem 21.7.2008 zu verhängen.

Zu dem eventualiter zur Untersagung der Angebotsöffnung bzw zur Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw der Angebotsfrist begehrten Untersagung der Zuschlagserteilung ist auszuführen, dass erstens die Behörde auf Basis der derzeit erkennbaren Tatsachen zu entscheiden hat; und

dass zweitens derzeit die Angebotsöffnung (frühestens) am 24.7.2008 stattfinden soll, so dass bis zum 24.7.2008 eine drohende Zuschlagserteilung nicht ersichtlich ist.

Die Antragstellerin hat zudem aber bislang auch keine Tatsachen behauptet und glaubhaft gemacht - § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006, aus denen ein ihr zuzubilligendes berechtigtes Interesse an der Verhinderung der Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren nach dem 24.7.2008 bereits jetzt erschlossen werden könnte. Sollte sich das Nachprüfungsverfahren N/0058-BVA/08/2008 derart entwickeln, dass seitens der Antragstellerin ab dem 24.7.2008 eine ihr drohende Vereitelung der eigenen Zuschlagschance in diesem Vergabeverfahren glaubhaft gemacht werden kann, so wird die Behörde - dann - nach einem allfälligen neuerlichen eV - Antrag erneut über entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu befinden haben. Dass die Antragstellerin dabei verhalten ist, einen neuen mit Kosten verbundenen eV - Antrag zu stellen, ist wie gesagt für die Frage der zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung

glaubhaft zu machenden Sicherungsinteressen gemäß §§ 328 Abs 2 Z 4 und 329 Abs 1 BVergG 2008 rechtlich unerheblich. Die Antragstellerin hat zudem aber bislang auch keine Tatsachen behauptet und glaubhaft gemacht - Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006, aus denen ein ihr zuzubilligendes berechtigtes Interesse an der Verhinderung der Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren nach dem 24.7.2008 bereits jetzt erschlossen werden könnte. Sollte sich das Nachprüfungsverfahren N/0058-BVA/08/2008 derart entwickeln, dass seitens der Antragstellerin ab dem 24.7.2008 eine ihr drohende Vereitelung der eigenen Zuschlagschance in diesem Vergabeverfahren glaubhaft gemacht werden kann, so wird die Behörde - dann - nach einem allfälligen neuerlichen eV - Antrag erneut über entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu befinden haben. Dass die Antragstellerin dabei verhalten ist, einen neuen mit Kosten verbundenen eV - Antrag zu stellen, ist wie gesagt für die Frage der zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung glaubhaft zu machenden Sicherungsinteressen gemäß Paragraphen 328, Absatz 2, Ziffer 4 und 329 Absatz eins, BVergG 2008 rechtlich unerheblich.

Schlagworte

Interessensgefährdung der Antragstellerin, Bescheinigung;

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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