

# TE Verg Bescheid 2008/1/24 N/0013-BVA/12/2008-EV7

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.2008

## Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §140 Abs4 Z5

BVergG 2006 §304 Abs1

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

AVG 1991 §13 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 140 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 140 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
  2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013
- 
1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
  2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
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 gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den ersten Vertreter des Vorsitzenden des Senates 12, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Neubau der Flugfeldtankanlagen in Langenlebar und Hörsching" der Republik Österreich (Bund) / Bundesministerium für Landesverteidigung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den ersten Vertreter des Vorsitzenden des Senates 12, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Neubau der Flugfeldtankanlagen in Langenlebar und Hörsching" der Republik Österreich (Bund) / Bundesministerium für Landesverteidigung wie folgt entschieden:

### Spruch

Dem Antrag vom 18. Jänner 2008 der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* "das Bundesvergabeamt möge nach Mitteilung der Auftraggeberin über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Stillhaltefrist aussetzen und der Auftraggeberin untersagen, das Vergabeverfahren zu widerrufen," wird insofern stattgegeben, als der Republik Österreich (Bund) / Bundesministerium für Landesverteidigung als Auftraggeber im Vergabeverfahren „Neubau der Flugfeldtankanlagen in Langenlebar und Hörsching" bei sonstiger Exekution für die Dauer des beim Bundesvergabeamt zu N/0013-BVA/12/2008 anhängigen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 1. März 2008 untersagt wird, das Vergabeverfahren zu widerrufen.

Das im zuvor wörtlich wiedergegebenen Antrag enthaltene Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 326, 328 Abs. 1 und 2 und 329 Abs. 1, 2 und 3 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer eins, 326, 328, Absatz eins und 2 und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

### Begründung

Mit Schriftsatz vom 18. Jänner 2008 (eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag) beantragte die A\*\*\* (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X\*\*\* die Nichtigerklärung der ihr bekanntgegebenen Entscheidung der Republik Österreich (Bund) / Bundesministerium für Landesverteidigung als Auftraggeber im Vergabeverfahren "Neubau der Flugfeldtankanlagen in Langenlebar und Hörsching –E90033/003/00-01/RD-ARWT/KA/2006" (im Weiteren: Auftraggeber) vom 11. Jänner 2008, das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen. Zusätzlich stellte sie auch

einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben wurde, einen Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und einen Antrag auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Begründet wurde das Nichtigerklärungsbegehren damit, dass die erforderlichen Voraussetzungen für einen Widerruf des Vergabeverfahrens nicht vorliegen würden.

Die beantragte Maßnahme wurde im Wesentlichsten zusammengefasst damit begründet, dass der Auftraggeber nach Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung die Möglichkeit hätte, den Widerruf auch tatsächlich durchzuführen, wodurch ihr als bereits ermittelter beabsichtigter Zuschlagsempfängerin (dies sei ihr vom Auftraggeber am 27. November 2007 auch bekannt gegeben worden) der Verlust des Auftrages, ein wichtiges Referenzprojekt und ein Schaden von ca. EUR 40.000.-- für die Angebotserstellung sowie Deckungsbeiträge (inklusive Gewinn) in Höhe von etwa EUR 893.000.-- zu entstehen drohten. Durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und die Abgabe eines Angebotes habe sie ihr Interesse am Vertragsabschluss bewiesen. Zudem bestehe kein Rechtsanspruch, dass nach einem Widerruf des Vergabeverfahrens die Leistung erneut ausgeschrieben werde und die Antragstellerin wiederum als Bestbieterin hervorgehe. Die einstweilige Verfügung sei zu erlassen, da alle hierfür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen würden und von keinem Überwiegen der möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter oder des Auftraggebers auszugehen sei. Auch ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der vorläufigen Untersagung des Widerrufs des Vergabeverfahrens sei nicht zu erkennen.

Das Bundesvergabeamt verständigte den Auftraggeber noch am 18. Jänner 2008 von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und veröffentlichte die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auf der virtuellen Amtstafel des Bundesvergabeamtes. Insbesondere forderte das Bundesvergabeamt mit Telefax den Auftraggeber auf, Angaben darüber zu machen, ob Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter des Auftraggebers oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG gegen die Erlassung einzelner oder sämtlicher beantragter einstweiliger Maßnahmen sprechen. Das Bundesvergabeamt verständigte den Auftraggeber noch am 18. Jänner 2008 von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und veröffentlichte die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auf der virtuellen Amtstafel des Bundesvergabeamtes. Insbesondere forderte das Bundesvergabeamt mit Telefax den Auftraggeber auf, Angaben darüber zu machen, ob Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter des Auftraggebers oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG gegen die Erlassung einzelner oder sämtlicher beantragter einstweiliger Maßnahmen sprechen.

Der Auftraggeber legte am 22. Jänner 2008 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, übermittelte dazu vom Bundesvergabeamt angeforderte Informationen und erstattete eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Wesentlichsten zusammengefasst führt sie aus, dass der Antrag auf "Einstweilige Verfügung" mangelhaft sei, da die Antragstellerin es verabsäumt habe ihr Interesse am Vergabeverfahren und den bereits eingetretenen oder drohenden Schaden beim Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung darzulegen. Dies habe sie nur beim Nachprüfungsantrag getan. Es fehle ein Hinweis, dass die diesbezüglichen Ausführungen beim Nachprüfungsantrag auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung heranzuziehen wären. Es liege somit ein nicht vergaberechtskonformer Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor. Es müsse zumindest ein Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG ergehen. Es könne daher dem Auftraggeber nicht zugemutet werden eine ausführliche und abschließende Stellungnahme zum "Antrag auf EV" vorzulegen, da ihm die gesetzlich verlangten Begründungen im Antrag fehlten und er sich daher inhaltlich mit dem "Antrag auf EV" nicht auseinandersetzen könne. Da außer der Antragstellerin im Vergabeverfahren kein Bieter mehr verblieben wäre, könnten durch eine einstweilige Verfügung Interessen anderer Bieter nicht berührt sein. Alle anderen Bieter wären im Vergabeverfahren rechtskonform und zwischenzeitig bereits bestandsfest ausgeschieden worden. Bereits aus der vorliegenden Aktenlage könne entnommen werden, dass das Nichtigerklärungsbegehren haltlos sei. Daher sei auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht gerechtfertigt. Es wurde ein Antrag auf Übermittlung des Provisorialbegehrens zur Verbesserung an den Antragsteller gemäß § 13 Abs. 3 AVG gestellt. In eventu wurde die Ab- bzw. Zurückweisung des Provisorialbegehrens beantragt. Der Auftraggeber legte am 22. Jänner 2008 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, übermittelte dazu vom Bundesvergabeamt angeforderte Informationen und erstattete eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Wesentlichsten zusammengefasst führt sie aus, dass der Antrag auf "Einstweilige Verfügung" mangelhaft sei, da die Antragstellerin es verabsäumt habe ihr Interesse am

Vergabeverfahren und den bereits eingetretenen oder drohenden Schaden beim Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung darzulegen. Dies habe sie nur beim Nachprüfungsantrag getan. Es fehle ein Hinweis, dass die diesbezüglichen Ausführungen beim Nachprüfungsantrag auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung heranzuziehen wären. Es liege somit ein nicht vergaberechtskonformer Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor. Es müsse zumindest ein Verbesserungsauftrag gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG ergehen. Es könne daher dem Auftraggeber nicht zugemutet werden eine ausführliche und abschließende Stellungnahme zum "Antrag auf EV" vorzulegen, da ihm die gesetzlich verlangten Begründungen im Antrag fehlten und er sich daher inhaltlich mit dem "Antrag auf EV" nicht auseinandersetzen könne. Da außer der Antragstellerin im Vergabeverfahren kein Bieter mehr verblieben wäre, könnten durch eine einstweilige Verfügung Interessen anderer Bieter nicht berührt sein. Alle anderen Bieter wären im Vergabeverfahren rechtskonform und zwischenzeitig bereits bestandsfest ausgeschieden worden. Bereits aus der vorliegenden Aktenlage könne entnommen werden, dass das Nichtigerklärungsbegehren haltlos sei. Daher sei auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht gerechtfertigt. Es wurde ein Antrag auf Übermittlung des Provisorialbegehrens zur Verbesserung an den Antragsteller gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG gestellt. In eventu wurde die Ab- bzw. Zurückweisung des Provisorialbegehrens beantragt.

Auf der Grundlage der Stellungnahme der Antragstellerin samt Beilagen vom 18. Jänner 2008 (OZ 1 und OZ 3) und der Stellungnahme des Auftraggebers vom 22. Jänner 2008 (OZ 4) sowie den vorgelegten äußerst umfangreichen Unterlagen des Vergabeverfahrens wurde nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung „Neubau der Flugfeldtankanlagen in Langenlebarn und Hörsching" ein europaweit bekanntgemachtes Vergabeverfahren (Lieferauftrag im Oberschwellenwertbereich) durch. Es wurde eine Prüfung eingelangter Angebote vorgenommen und – soweit es im Zuge des Provisorialverfahren auch aufgrund der übereinstimmenden Angaben von Auftraggeber und Antragstellerin feststellbar ist – eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragstellerin getroffen. Diese wurde der Antragstellerin mit Telefax vom 27. November 2007 mitgeteilt. Die Antragstellerin wurde am 11. Jänner 2008 vom beabsichtigten Widerruf des Vergabeverfahrens verständigt.

Die Antragstellerin hat am 18. Jänner 2008 einen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht und dafür Pauschalgebühren in Höhe von EUR 7.500.-- (offensichtlich geht die Antragstellerin von einem Bauauftrag im Oberschwellenwertbereich aus) entrichtet. Der Auftraggeber geht in seiner Stellungnahme vom 22. Jänner 2008 von einem Lieferauftrag im Oberschwellenwertbereich aus.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Parteien bzw. den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens. Inhaltliche Widersprüchlichkeiten liegen keine vor.

Im Zuge des Provisorialverfahrens war nicht zu ermitteln, ob und wann und unter welchen Bedingungen bzw. unter Einhaltung vergaberechtlicher Erfordernisse im Vergabeverfahren Angebote von Bietern ausgeschieden wurden und ob die Voraussetzungen für einen Widerruf gemäß § 139 BVergG vorliegen. Diese Prüfung ist dem Hauptverfahren vorenthalten. Im Zuge des Provisorialverfahrens war nicht zu ermitteln, ob und wann und unter welchen Bedingungen bzw. unter Einhaltung vergaberechtlicher Erfordernisse im Vergabeverfahren Angebote von Bietern ausgeschieden wurden und ob die Voraussetzungen für einen Widerruf gemäß Paragraph 139, BVergG vorliegen. Diese Prüfung ist dem Hauptverfahren vorenthalten.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist unter Berücksichtigung von § 3 Abs. 1 BVergG jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber (vgl. insbesondere auch BVA vom 31. August 2006, N/0062/12-BVA/2006-22). Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist unter Berücksichtigung von Paragraph 3, Absatz eins, BVergG jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber vergleiche insbesondere auch BVA vom 31. August 2006, N/0062/12-BVA/2006-22).

Die Antragstellerin hat am 18. Jänner 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 11. Jänner 2008 mitgeteilten Entscheidung, das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung), beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung

ist unter Berücksichtigung von §§ 321 Abs. 1 Z 4 iVm 140 Abs. 4 Z 5 BVergG rechtzeitig. Das Vergabeverfahren wurde noch nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Gemäß § 306 Abs. 1 BVergG entscheidet über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates. Die Antragstellerin hat am 18. Jänner 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 11. Jänner 2008 mitgeteilten Entscheidung, das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung), beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung ist unter Berücksichtigung von Paragraphen 321, Absatz eins, Ziffer 4, in Verbindung mit 140 Absatz 4, Ziffer 5, BVergG rechtzeitig. Das Vergabeverfahren wurde noch nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG entscheidet über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen der jeweilige Vorsitzende des zuständigen Senates.

Der Schriftsatz der Antragstellerin wurde gemäß § 304 Abs. 1 BVergG vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes dem Senat 12 zur weiteren Behandlung zugewiesen. Dessen Vertreter ist zum Zeitpunkt der Erlassung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung krankheitsbedingt nicht im Dienst, sodass gemäß § 7 Abs. 1 der derzeit geltenden Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes (einsehbar über die Homepage des Bundesvergabeamtes: [www.bva.gv.at](http://www.bva.gv.at)) dessen erster Vertreter tätig zu werden hat. Der Schriftsatz der Antragstellerin wurde gemäß Paragraph 304, Absatz eins, BVergG vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes dem Senat 12 zur weiteren Behandlung zugewiesen. Dessen Vertreter ist zum Zeitpunkt der Erlassung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung krankheitsbedingt nicht im Dienst, sodass gemäß Paragraph 7, Absatz eins, der derzeit geltenden Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes (einsehbar über die Homepage des Bundesvergabeamtes: [www.bva.gv.at](http://www.bva.gv.at)) dessen erster Vertreter tätig zu werden hat.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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, leg.cit. 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.

§ 320 Abs. 1 BVergG besagt, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Paragraph 320, Absatz eins, BVergG besagt, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Dass der gegenständliche Beschaffungsvorgang unter den Anwendungsbereich des BVergG fällt wird auch vom Auftraggeber nicht einmal behauptet oder angezweifelt.

Dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren hat, hat sie durch die Abgabe eines Angebotes und die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens mehr als deutlich bewiesen. Zudem hat sie darauf auch in ihrem Schriftsatz vom 18. Jänner 2008 auf den Seiten 4 und 5 im Kapitel "Interesse am Vertragsabschluss – Schaden" hingewiesen. Auf Seite 7 dieses Schriftsatzes erklärt die Antragstellerin das Vorbringen im Punkt I. ihres Schriftsatzes (Nachprüfungsantrag) - und damit auch ihre Angaben zum Interesse und zum Schaden – ausdrücklich auch zum Vorbringen hinsichtlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren hat, hat sie durch die Abgabe

eines Angebotes und die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens mehr als deutlich bewiesen. Zudem hat sie darauf auch in ihrem Schriftsatz vom 18. Jänner 2008 auf den Seiten 4 und 5 im Kapitel "Interesse am Vertragsabschluss – Schaden" hingewiesen. Auf Seite 7 dieses Schriftsatzes erklärt die Antragstellerin das Vorbringen im Punkt römisch eins. ihres Schriftsatzes (Nachprüfungsantrag) - und damit auch ihre Angaben zum Interesse und zum Schaden – ausdrücklich auch zum Vorbringen hinsichtlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Warum der Auftraggeber im Schriftsatz vom 22. Jänner 2008 davon ausgeht, die Antragstellerin habe es unterlassen hinsichtlich ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Angaben zum Vertragsinteresse und zum Schaden zu tätigen, bleibt dem Bundesvergabeamt gänzlich verborgen. Diesbezüglich besteht auch keine Notwendigkeit eines Verbesserungsauftrages gemäß § 13 Abs. 3 AVG. Das bedeutet, dass die Formerfordernisse des § 320 Abs. 1 BVergG im Nachprüfungsantrag vollständig erfüllt sind. Es wurden sowohl das Vertragsinteresse als auch ein allenfalls drohender Schaden verständlich und nachvollziehbar dargestellt. Den diesbezüglich widersprechenden Ausführungen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 22. Jänner 2008 kann keinesfalls gefolgt werden. Warum eine Unzumutbarkeit zur Abgabe einer ausführlicheren Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung vorliegen könnte und damit eine Einschränkung der Parteienrechte des Auftraggebers vorliegen könnte ist nicht verständlich bzw. nachvollziehbar. Warum der Auftraggeber im Schriftsatz vom 22. Jänner 2008 davon ausgeht, die Antragstellerin habe es unterlassen hinsichtlich ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Angaben zum Vertragsinteresse und zum Schaden zu tätigen, bleibt dem Bundesvergabeamt gänzlich verborgen. Diesbezüglich besteht auch keine Notwendigkeit eines Verbesserungsauftrages gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG. Das bedeutet, dass die Formerfordernisse des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG im Nachprüfungsantrag vollständig erfüllt sind. Es wurden sowohl das Vertragsinteresse als auch ein allenfalls drohender Schaden verständlich und nachvollziehbar dargestellt. Den diesbezüglich widersprechenden Ausführungen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 22. Jänner 2008 kann keinesfalls gefolgt werden. Warum eine Unzumutbarkeit zur Abgabe einer ausführlicheren Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung vorliegen könnte und damit eine Einschränkung der Parteienrechte des Auftraggebers vorliegen könnte ist nicht verständlich bzw. nachvollziehbar.

Aus § 328 Abs. 2 BVergG ist zu entnehmen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folgendes zu enthalten hat: Aus Paragraph 328, Absatz 2, BVergG ist zu entnehmen, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folgendes zu enthalten hat:

1. 1.Ziffer eins  
die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,
2. 2.Ziffer 2  
eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,
3. 3.Ziffer 3  
die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. 4.Ziffer 4  
die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. 5.Ziffer 5  
die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. 6.Ziffer 6  
die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Die Antragstellerin hat das Vergabeverfahren, die gesondert anfechtbare Entscheidung und den Auftraggeber in ihrem Schriftsatz genau bezeichnet. Sie hat auch den maßgeblichen Sachverhalt dargestellt. Auf das Vorliegen der in § 320 Abs. 1 BVergG genannten Voraussetzungen wurde bereits hingewiesen. Sie hat gleichfalls die behauptete Rechtswidrigkeit genau bezeichnet und sowohl die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen angeführt und die maßgeblichen Tatsachen, soweit sie ihr bekannt sein können, dargelegt. Sie hat ebenfalls die begehrte vorläufige Maßnahme genau bezeichnet und dargelegt, dass ihr Antrag rechtzeitig ist. Sie hat auch einen Betrag von EUR 7.500.-- an Pauschalgebühren bezahlt, sodass davon auszugehen ist, dass alle im BVergG genannten Erfordernisse für einen

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als erfüllt zu bezeichnen sind. Es besteht weder ein Erfordernis zur Erlassung eines Verbesserungsauftrages gemäß § 13 Abs. 3 AVG noch darf ein solcher mangels einer dazu erforderlichen Notwendigkeit erteilt werden. 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. Der Auftraggeber setzt sich in seiner Stellungnahme inhaltlich mit nicht haltbaren Thesen hinsichtlich des Nichtvorliegens von Formerfordernissen auseinander. Er führt aus, dass Interessen anderer Bieter durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht verletzt sein können. Er legt nicht dar, ob sonstige Interessen (in Betracht würde allenfalls eine Beeinträchtigung der Flugraumüberwachung und damit zusammenhängend eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit kommen) gegeben sind, sodass auch das Bundesvergabeamt keine Beeinträchtigungen festzustellen vermag. Demgegenüber steht jedoch die mögliche Beeinträchtigung von rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin (vgl. VfGH vom 15. Oktober 2001, B 1369/01). Ob diese Beeinträchtigungen in vergaberechtlich unzulässiger Art und Weise vorliegen, wird im durchzuführenden Hauptverfahren des Nachprüfungsverfahrens abzuklären sein. Die Antragstellerin hat das Vergabeverfahren, die gesondert anfechtbare Entscheidung und den Auftraggeber in ihrem Schriftsatz genau bezeichnet. Sie hat auch den maßgeblichen Sachverhalt dargestellt. Auf das Vorliegen der in Paragraph 320, Absatz eins, BVergG genannten Voraussetzungen wurde bereits hingewiesen. Sie hat gleichfalls die behauptete Rechtswidrigkeit genau bezeichnet und sowohl die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen angeführt und die maßgeblichen Tatsachen, soweit sie ihr bekannt sein können, dargelegt. Sie hat ebenfalls die begehrte vorläufige Maßnahme genau bezeichnet und dargelegt, dass ihr Antrag rechtzeitig ist. Sie hat auch einen Betrag von EUR 7.500.-- an Pauschalgebühren bezahlt, sodass davon auszugehen ist, dass alle im BVergG genannten Erfordernisse für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als erfüllt zu bezeichnen sind. Es besteht weder ein Erfordernis zur Erlassung eines Verbesserungsauftrages gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG noch darf ein solcher mangels einer dazu erforderlichen Notwendigkeit erteilt werden. 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. Der Auftraggeber setzt sich in seiner Stellungnahme inhaltlich mit nicht haltbaren Thesen hinsichtlich des Nichtvorliegens von Formerfordernissen auseinander. Er führt aus, dass Interessen anderer Bieter durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht verletzt sein können. Er legt nicht dar, ob sonstige Interessen (in Betracht würde allenfalls eine Beeinträchtigung der Flugraumüberwachung und damit zusammenhängend eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit kommen) gegeben sind, sodass auch das Bundesvergabeamt keine Beeinträchtigungen festzustellen vermag. Demgegenüber steht jedoch die mögliche Beeinträchtigung von rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin (vergleiche VfGH vom 15. Oktober 2001, B 1369/01). Ob diese Beeinträchtigungen in vergaberechtlich unzulässiger Art und Weise vorliegen, wird im durchzuführenden Hauptverfahren des Nachprüfungsverfahrens abzuklären sein. Der der Widerrufsentscheidung logisch folgende nächste Schritt in einem Vergabeverfahren ist der Widerruf des Vergabeverfahrens nach Ablauf der Stillhaltefrist. Es kann insbesondere unter Hinweis auf die vorgelegten sehr umfangreichen Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit dem auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung gerichteten Nachprüfungsbegehren obsiegt. Die Prüfung, entsprechende Erörterung und Entscheidung darüber ist dem Hauptverfahren vorbehalten und obliegt einem Senat, der aus drei Personen besteht. Würde dem Auftraggeber freigestellt bleiben auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens den Widerruf des Vergabeverfahrens zu erklären, würde das bedeuten, dass dieser Widerruf jederzeit erklärt werden könnte und es – mangels Zuständigkeit – dem Bundesvergabeamt verwehrt wäre im Nachprüfungsverfahren zu einer Entscheidung zu gelangen. Jedenfalls droht der Antragstellerin eine Schädigung ihrer Interessen, die sie im Schriftsatz vom 18. Jänner 2008 dargelegt hat. Daher wurde dem Auftraggeber vorläufig der Widerruf des Vergabeverfahrens untersagt. Sofern die Antragstellerin auch eine Aussetzung der Stillhaltefrist beantragt hat, wird hingewiesen, dass diese unter

Berücksichtigung von § 140 Abs. 4 Z 5 BVergG jedenfalls am 18. Jänner 2008 um 24.00 Uhr geendet wäre. Unter der zumindest theoretischen Annahme, dass das Nachprüfungsverfahren nicht im Sinne der Antragstellerin enden sollte, ist kein Umstand ersichtlich, warum ein dann allenfalls vergaberechtskonformer Widerruf des Vergabeverfahrens nicht sofort zulässig erteilt werden können sollte. Es handelt sich bei der beantragten Aussetzung der Stillhaltefrist gemäß § 329 Abs. 2 BVergG nicht um das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel. Sollte nämlich dem Nichtigerklärungsbegehren stattgegeben werden, würde das bedeuten, dass die Stillhaltefrist gegenstandslos werden würde, da das Vergabeverfahren sich im Zustand vor der nunmehr angefochtenen Widerrufsentscheidung befinden würde. Somit war unter Berücksichtigung der angestellten Interessenabwägung im Provisorialverfahren lediglich die vorläufige Untersagung des Widerrufs anzuordnen. Sofern die Antragstellerin auch eine Aussetzung der Stillhaltefrist beantragt hat, wird hingewiesen, dass diese unter Berücksichtigung von Paragraph 140, Absatz 4, Ziffer 5, BVergG jedenfalls am 18. Jänner 2008 um 24.00 Uhr geendet wäre. Unter der zumindest theoretischen Annahme, dass das Nachprüfungsverfahren nicht im Sinne der Antragstellerin enden sollte, ist kein Umstand ersichtlich, warum ein dann allenfalls vergaberechtskonformer Widerruf des Vergabeverfahrens nicht sofort zulässig erteilt werden können sollte. Es handelt sich bei der beantragten Aussetzung der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG nicht um das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel. Sollte nämlich dem Nichtigerklärungsbegehren stattgegeben werden, würde das bedeuten, dass die Stillhaltefrist gegenstandslos werden würde, da das Vergabeverfahren sich im Zustand vor der nunmehr angefochtenen Widerrufsentscheidung befinden würde. Somit war unter Berücksichtigung der angestellten Interessenabwägung im Provisorialverfahren lediglich die vorläufige Untersagung des Widerrufs anzuordnen. Die Dauer der vorläufigen Untersagung des Widerrufs wurde unter Hinweis auf § 326 BVergG auf sechs Wochen beschränkt, wobei gemäß § 329 Abs. 3 BVergG das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken hat, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Dauer der vorläufigen Untersagung des Widerrufs wurde unter Hinweis auf Paragraph 326, BVergG auf sechs Wochen beschränkt, wobei gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken hat, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

#### **Schlagworte**

kein Erfordernis eines Verbesserungsauftrages, keine vom Auftraggeber vorgetragenen Gründe, die im Rahmen einer Interessenabwägung das Bundesvergabeamt veranlassen könnte von der Erlassung der einstweiligen Verfügung Abstand zu nehmen

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20080124\_N\_0013\_BVA\_12\_2008\_EV7\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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