

# DIE EINSTWEILIGE VERFÜGUNG IM VERGABERECHT

Dem vergaberechtlichen Provisorialverfahren ist bisher in der Literatur relativ wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden.<sup>1)</sup> Gleichzeitig sind die uneinheitlichen Entscheidungen des BVA zur einstweiligen Verfügung Legion. Der folgende Beitrag bemüht sich um eine systematische Klärung der Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung, wobei durch das Gesetz nicht beantwortete Fragen – auch schadenersatzrechtlicher Natur – dem Versuch einer thesenhaften Beantwortung zugeführt werden.

PHILIPP GÖTZL

## 1. Problemstellung und Thesen

Nach Art 2 Abs 1 lit a und der fünften Begründungserwägung der RMRL<sup>2)</sup> müssen die für die Nachprüfung von Vergabeverstößen zuständigen Stellen angesichts der Kürze der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge befugt sein, möglichst rasch vorläufige Maßnahmen zu treffen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung sonstiger Entscheidungen des Auftraggebers<sup>3)</sup> auszusetzen. Nach dem Grundgedanken der RMRL soll eine einstweilige Verfügung<sup>4)</sup> nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern.<sup>5)</sup>

Umgesetzt wurde diese Richtlinienbestimmung in Österreich durch § 171<sup>6)</sup>. Inhaltlich geht es dabei um die Notwendigkeit zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch faktische Geschehnisse ins Leere geht und der Antragsteller (Bieter) vor vollendete Tatsachen gestellt wird.<sup>7)</sup> Tatsächlich ist die eV in der Regel die „letzte Chance“ für einen Bieter zu verhindern, dass das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung an den Falschen endet. Die Bedeutung der eV im Vergaberecht geht aber weit über den genannten Zweck hinaus:

### These 1: Der Antrag auf eV ist nötig, um der „Schadensminderungspflicht“ des (übergangenen) Bieters zu genügen.

Voraussetzung dafür, dass ein (übergangener) Bieter nach Zuschlagserteilung Schadenersatz fordern kann, ist gemäß § 181 Abs 2 – neben dem Vorliegen eines positiven Feststellungsbescheids – der Umstand, dass der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel nicht hätte abwenden können. Damit wurde erstmals durch das BVergG 2002 eine (zivil-

rechtliche) Schadensminderungspflicht<sup>8)</sup> des Bieters normiert. Es stellt sich die Frage, ob das die angesprochene Schadensminderungspflicht auslösende „Rechtsmittel“ auch eine eV sein kann. Die Materialien<sup>9)</sup> sagen dazu nichts konkretes, sondern verweisen auf die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts.

Nach der Judikatur des OGH<sup>10)</sup> muss ein Geschädigter diejenigen Rechtsmittel ergreifen oder die Prozesse führen, die

- 1) *Elsner/Keisler/Hahn*, Vergaberechtsschutz in Österreich, Kommentar (2004), Rz 186ff; *Fruhmam/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner*, Bundesvergabegesetz<sup>2</sup>, Kommentar (1999), 582ff; *Fuchs/Holoubek*, Das Provisorialverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002, ÖZW 2003, 66; *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar (2002), 699ff; *Sachs*, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, in: Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), 117ff; *Hoffer/Schmölz*, Einstweilige Verfügungen gemäß § 116 BVergG 1997, RPA 3/2001, 1/2002 u. 5/2002.
- 2) Richtlinie 89/655/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl.Nr. L 209 vom 30.12.1989, 33, geändert durch die Richtlinie 97/50/EWG ABl.Nr. L 209 vom 24.7.1992, 1.
- 3) Gegenstand einer eV sind die im Gesetz genannten Entscheidungen des Auftraggebers (§ 20 Z 13 BVergG 2002).
- 4) In der Folge kurz: eV.
- 5) BVA 9.1.2004, 03N-1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11; EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH.
- 6) In der Folge sind Paragraphenzitate ohne Nennung des Gesetzes solche des BVergG 2002, BGBl I 2002/99. Vgl. die Vorgängerbestimmungen § 116 BVergG 1997 und § 93 BVergG 1993.
- 7) BVA 8.7.2003, 05N-63/03-6.
- 8) Die zivilrechtliche Schadensminderungspflicht wird aus § 1304 ABGB abgeleitet, also aus der Bestimmung, die das Mitverschulden regelt (*Kozial/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II, 309 mwN in Fn 162). Dies ist möglich, da nach der Rsp des OGH (OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v, ÖBl 2000, 59) die Vergabevorschriften auch Bieter verpflichten.
- 9) BT der Erläuterungen RV 2002 zu § 181.
- 10) OGH 20.3.1997, ZVR 1998/90; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>2</sup> RZ 43 zu § 1304 mwN.

geeignet sind, den Schaden ganz oder teilweise abzuwehren, da er ansonsten die ihm obliegende „Rettungspflicht“ verletzt. Ein derartiges „Rechtsmittel“ im materiellen Sinne ist die eV im Vergaberecht, ist sie doch – in Verbindung mit der Nichtigkeitswirkung gemäß These 3 – geeignet, einen allfälligen Schaden infolge Zuschlagserteilung „an den Falschen“ hintan zu halten. Der Bieter verletzt daher seine Obliegenheit zur Schadensminderung („Schadensminderungs- oder Rettungspflicht“), wenn er eine eV nicht einbringt. Davon sind allerdings zwei Ausnahmen zu machen: Wenn (1.) das Nachprüfungsverfahren oder das Provisorialverfahren „höchst zweifelhafte Erfolgsaussichten“<sup>11)</sup> hat, kann keine Obliegenheit zur Schadensminderung entstehen. Wann das der Fall ist, wird sich aus den späteren Ausführungen insbesondere zur inhaltlichen Zulässigkeit der eV ergeben. Außerdem muss (2.) ein kausaler Zusammenhang<sup>12)</sup> zwischen der (nicht eingebrachten) eV und dem dann eingetretenen Schaden bestehen. Ohne Kausalität ist keine Pflichtverletzung und auch keine Obliegenheitsverletzung des Bieters denkbar.

**These 2: Erweisen sich die zur Begründung des Antrages zumindest bedingt vorsätzlich vorgebrachten Tatsachen als unrichtig oder wurde die eV offenbar mutwillig erwirkt, so wird der Antragsteller (Bieter) dem AG gegenüber schadenersatzpflichtig.**

Entgegen manchen noch nicht publizierten Diskussionsansätzen geht es zu weit die Schadenersatzbestimmung des § 394 EO<sup>13)</sup> (analog) auf die durch die vergaberechtliche einstweilige Verfügung abgedeckten Sachverhalte anzuwenden. Weder das Gesetz, noch die Materialien<sup>14)</sup> verweisen auf diese Bestimmung. Eine Lücke, die eine analoge Anwendung rechtfertigen würde, liegt nicht vor. Auf mögliche oder tatsächliche Schäden des Auftraggebers wird in der umfangreichen Interessenabwägung vor Bewilligung der eV eingegangen. Für einen allfälligen Schadenersatzanspruch des Auftraggebers gegen den antragstellenden Bieter sind daher zusätzliche Zurechnungskriterien nötig, welche sich in § 1295 Abs 2 ABGB finden. Damit ist zum einen eine vorsätzliche Schädigungshandlung<sup>15)</sup> in Form von zumindest bedingt vorsätzlich unrichtig vorgebrachten Tatsachen Voraussetzung oder andererseits, im Falle der Schikane, ein krasse Missverhältnis<sup>16)</sup> zwischen den eigenen Interessen des Antragstellers und den beeinträchtigten Interessen des Auftraggebers. Es bleibt hier beim Grundsatz, dass Rechtsausübung so lange nicht rechtswidrig sein kann, so lange sie nicht zur Scheinrechtsausübung wird.<sup>17)</sup>

**These 3: Wird ein Zuschlag trotz rechtgültiger eV erteilt, ist dieser nichtig.**

Vergaberechtlich stellt sich im Zusammenhang mit einer eV vor allem die Frage, welche rechtliche Wirkung die erlassene eV hat, gerade wenn die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wird. Das Gesetz sieht zwar eine 14-tägige Stillhaltefrist ab rechtskonformer Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vor (§ 100 Abs 2) und hält für den Antrag auf Erlassung einer eV eine aufschiebende Wirkung mit Nichtigkeitsanktion ab der zwingenden Verständigung durch das BVA bis zur Entscheidung durch die Vergabekontrollbehörde<sup>18)</sup> fest (§ 171 Abs 7). Mit der Erlassung der eV wird diese aber lediglich vollstreckbar; das Gesetz ordnet hier keine Nichtigkeit mehr an.

Hinzu kommt, dass die neue Spruchpraxis des BVA<sup>19)</sup>, wonach eine Aussetzung der Zuschlagsentscheidung überwiegend nicht möglich sein soll, zu Ergebnissen führt, die vom Gesetz nicht gewollt sind. In diesem Beitrag wird daher vorgeschlagen, per analogiam zu §§ 100 Abs 2, 171 Abs 7 von einer Nichtigkeitswirkung einer Entscheidung auf Erlassung einer eV auszugehen, wenn die Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung Inhalt ist.

Die nachfolgenden Ausführungen zur Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrages auf eV sollen daher im Rahmen der vorangestellten Thesen gesehen und letztendlich nachstehende Fragen beantwortet werden: Muss der (übergangene) Bieter einen Antrag auf eV stellen und ein Nachprüfungsverfahren einleiten, um überhaupt nachträglich Schadenersatz geltend machen zu können, ohne dem Einwand der Schadensminderungspflicht ausgesetzt zu sein (These 1)? Unter welchen Umständen wird der Antragsteller selbst schadenersatzpflichtig (These 2) und welche Wirkung hat die rechtmäßig erlassene eV eigentlich (These 3)?

- 
- 11) OGH 29.11.1989, JBl 1990, 587 = SZ 62/185.
  - 12) *Schwimm/Harrer*, ABGB<sup>2</sup> RZ 23f zu § 1304. Für die Kausalitätsprüfung ist ua zu fragen, ob der Schaden auch entstanden wäre, wenn eine berechnigte eV eingebracht worden wäre (äquivalente Kausalität).
  - 13) Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung; dazu OGH SZ 26/201; SZ 51/119 ua.
  - 14) BT der Erläuterungen der RV 2002 zu § 171. Vgl. auch die Materialien zu §§ 93 Abs 2 BVergG 1993, 116 Abs 2 BVergG 1997, EBRV 1996 (dazu *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner*, BVergG<sup>2</sup>, FN 4 zu § 116), welche nur auf § 389 EO verweisen.
  - 15) Bedingter Vorsatz genügt, OGH 20.5.1992, RdW 1992, 340; OGH 15.12.1993, wbl 1994, 167.
  - 16) Nun, in Abkehr von der jahrelangen Rsp, wonach die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung darstellen muss, OGH 3.12.1986, wbl 1987, 37; OGH 12.1.1993, ecolex 1993, 304.
  - 17) OGH 18.12.1996, SZ 69/289 ua.
  - 18) Welche nach § 176 Abs 1 innerhalb einer Woche ergehen muss.
  - 19) BVA 16.6.2003, 14N-55/03-2; BVA 17.9.2003, 14N-89/03-20.

## 2. Zulässigkeitsvoraussetzungen einer eV

Die gesetzliche Ausgangslage der §§ 171 Abs 1, 162 Abs 2 bestimmt, dass das Bundesvergabeamt zur Erlassung der eV zuständig ist, sobald ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist. Offenbar aufgrund eines Gesetzesversehens wird mit § 171 Abs 1 die eV auch für das Feststellungsverfahren zugelassen. Das ist systemwidrig, bestimmt § 162 Abs 2 Z 1 doch die Zuständigkeit des BVA „zur Erlassung einstweiliger Verfügungen“ nur bis zur Zuschlagserteilung. § 162 Abs 3, der sich mit der Zuständigkeit der Kontrollbehörde nach Zuschlagserteilung beschäftigt, gibt keinen Hinweis auf eine Kompetenz zur Erlassung einer eV. Der Hinweis in § 171 Abs 1 auf die Zulässigkeit einer eV auch für das Feststellungsverfahren ist sohin verfehlt.<sup>20)</sup> Ein Antrag auf eV ist also frühestens nach oder zugleich mit der Einbringung eines Nachprüfungsantrags zulässig.<sup>21)</sup> Die Zulässigkeit endet mit der Beendigung des Vergabeverfahrens, also mit Zuschlagserteilung<sup>22)</sup> oder Widerruf.<sup>23)</sup> Dabei muss geprüft werden, ob der Zuschlag bereits rechtsgültig erteilt<sup>24)</sup> oder der Widerruf rechtmäßig erfolgte, ansonsten das Verfahren als nicht beendet gilt.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lassen sich nach der Spruchpraxis des BVA nachstehende spezielle Unzulässigkeitstatbestände<sup>25)</sup> differieren:

Eine eV ist oder wird unzulässig, wenn über den Hauptantrag bereits abgesprochen bzw. das Nachprüfungsverfahren bereits erledigt wurde.<sup>26)</sup> Das betrifft Fälle, in denen ein Antrag auf Nachprüfung (= Hauptantrag) wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen wird<sup>27)</sup> oder inhaltlich bereits über den Antrag auf Nichtigerklärung und damit in der Hauptsache abgesprochen wurde.<sup>28)</sup> In diesem Sinne fällt auch mit der Einstellung des Nachprüfungsverfahrens die Voraussetzung für die eV weg.<sup>29)</sup>

Weiters ist eine eV nicht zulässig, wenn die maßgeblichen Fristen – spruchrelevant wurde die Angebotsfrist bei der beantragten Maßnahme Untersagung der Angebotsöffnung – (nachträglich) verlängert werden und damit länger als die eV-Frist von zwei Monaten dauern.<sup>30)</sup> Die eV ist dann kein „notwendiges Mittel“ mehr, um eine unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen. In einer Entscheidung<sup>31)</sup> hat das BVA Anträge auf Unterlassung der neuerlichen Ausschreibung und Untersagung des Widerrufs zurückgewiesen, da das Vergabeverfahren nicht konkret bezeichnet wurde. Einen Zurückweisungsgrund stellt es weiters dar, wenn der Antragsteller die von ihm begehrte vorläufige Maßnahme, die Zeit, für welche diese beantragt wird, die behauptete Rechtswidrigkeit und die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen, damit die

inhaltlichen Voraussetzungen trotz Verbesserungsauftrag gar nicht bezeichnet oder wenn trotz Verbesserungsauftrag die Pauschalgebühren nicht entrichtet und der Nachweis der Verstärkung des Auftraggebers nicht erbracht wurden.<sup>32)</sup>

Nach ständiger Judikatur<sup>33)</sup> wird ein Antrag auf Unterlassung der Zuschlagserteilung zurückgewiesen, wenn bereits eine gleichlautende eV vorliegt. Gleichlautend muss aber inhaltlich ident bedeuten, dh, auch die Frist, für welche die eV bewilligt wurde, muss identisch sein. Wenn nun zwei Nachprüfungsanträge samt Anträge auf Erlassung einer eV – jeweils von verschiedenen Bieter – vorliegen, stellt sich die Frage, was mit dem später gestellten Antrag zu geschehen hat. Die Möglichkeiten dazu reichen von einer Zurückweisung über eine Umdeutung des zweiten (Nachprüfungs-) Antrages in einen Teilnahmeantrag bis hin zur Zulässigkeit beider Nachprüfungsanträge. Im Ergebnis ist der Antrag auf eV auch im zweiten Nachprüfungsverfahren zulässig, wenn dieser einen anderen Zeitraum betrifft als der die Untersagung des Zuschlages (auch) verfügende Bescheid. Für eine Zulässigkeit des zweiten Antrages spricht auch, wenn im zweiten Verfahren eine andere Nachprüfungsantragstellerin

20) So jüngst BVA 6.5.2003, 10N-40/03-8, wo ausgesprochen wurde, dass § 171 Abs 1 keine den § 162 erweiternde Zuständigkeit des BVA festlegt und der Antrag auf Erlassung der eV im Feststellungsverfahren zurückgewiesen wurde; so auch *Sachs*, *Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht*, 118 f.

21) So zumindest nach nationalem (österreichischem) Recht (§ 171 Abs 1 iVm § 162 Abs 2 Z 1). Dieses Erfordernis ist nach EU-Recht nicht gegeben. EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00 (Kommission/Spanien, Randnr. 98) weist darauf hin, dass die Mitgliedstaaten nach Art 2 der RMRL ihren Nachprüfungsinstanzen allgemein die Befugnis übertragen müssen, „unabhängig von einer vorherigen Klageerhebung vorläufige Maßnahmen zu erlassen (...)“. Insoweit ist fraglich, ob die österreichische Regelung richtliniengemäß ist.

22) § 162 Abs 2 Z 1; BVA 16.4.2003, 03N-31/03-8.

23) BVA 30.4.2003, 9 N 45/03-3; BVA 16.6.2003, 14N-55/03-2. Anders: BVA 20.11.2003, 13N-112/03-7.

24) §§ 100 Abs 1 u 2, 132 Abs 1, 2 u 3, 171 Abs 7.

25) Damit ist eine eV entweder von vornherein unzulässig, oder wird nachträglich unzulässig. Im letztgenannten Fall kann eine Antragstellung nach § 171 Abs 5 letzter Satz erfolgen.

26) Vgl § 171 Abs 1: „Sobald das Nachprüfungs-(...)verfahren eingeleitet ist“. In all diesen Fällen liegt ein Antrag auf Nichtigerklärung, der ja Voraussetzung für einen Antrag auf Erlassung einer eV ist, nicht (mehr) vor.

27) BVA 30.9.2003, 05N-96/03-14; BVA 10.7.2003, 14N-64/03-13; BVA 6.5.2003, 10N-40/03-8; BVA 6.5.2003, 10N-40/03-8.

28) BVA 1.3.2001, N-26/01-5; BVA 2.7.1999, N-27/99-13; BVA 25.5.1999, N-23/99-8; *Hahnl*, *BVergG 2002*, 703 E 9 u 707 E 19 mwN.

29) BVA 25.9.1995, N-9/95-14; BVA 31.10.1995, N-10/95-6; *Hahnl*, *BVergG 2002*, 707 E 18.

30) BVA 2.9.2003, 3N 87/03-5. Gleiches muss freilich für eine Verlängerung der Zuschlagsfrist bis nach Ablauf der eV gelten, wenn die Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt wurde.

31) BVA 16.6.2003, 14N-55/03-2, „Untersagung eines fiktiven Vergabeverfahrens“.

32) BVA 11.7.2003, 05N-66/03-9. Zur Unmöglichkeit der Rückerstattung der Pauschalgebühr vgl. BVA 19.4.2004, 17N-13/04-24.

33) BVA 17.9.2003, 14N-89/03-20; BVA 18.9.2003, 14N-93/03-11.

den Antrag stellt. Dann liegt kein Sachverhalt der entschiedenen Sache vor.<sup>34)</sup>

Auch dem Fehlen jeglicher Erfolgsaussichten des Hauptantrages kann nach der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Rahmen des Provisorialverfahrens durchaus Beachtung geschenkt werden.<sup>35)</sup> Einer derartigen Vorgangsweise steht der Wortlaut des § 171 Abs 3 nicht entgegen.<sup>36)</sup> Wenn aber nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten – zumindest teilweise – vorliegen und die Behauptungen der Antragstellerin nicht denkunmöglich erscheinen, ist der Antrag auf eV jedenfalls zulässig. Die mangelnde inhaltliche Begründetheit ist Gegenstand des Hauptverfahrens.<sup>37)</sup>

Zur Zurückweisung des eV-Antrages führt es schließlich, wenn die Auftraggeberin dem Antrag bereits vollinhaltlich entsprochen hat. Konkret wurden die von der Antragstellerin gerügten Mängel der Ausschreibung vollinhaltlich berichtet und als geänderte Ausschreibungsunterlagen neu ausgegeben. Weiters wurde der Termin für die Abgabe der Angebote unter Einhaltung der notwendigen Fristen verlegt.<sup>38)</sup>

### 3. Inhaltliche Voraussetzungen einer eV

Die inhaltlichen Voraussetzungen einer eV sind in § 171 normiert. Der Gesetzestext lässt aber wesentliche Fragen offen. Damit wird ein Blick auf die Spruchpraxis des BVA unumgänglich:

#### 3.1 Inhalt des Begehrens<sup>39)</sup>

§ 171 Abs 4 BVergG spricht von einer vorübergehenden Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens oder einzelner Auftraggeberentscheidungen, weiters von sonstigen geeigneten Maßnahmen, die mit einer eV angeordnet und damit begehrt werden können. Konkrete Begehren sind daraus nicht abzuleiten.

Nach der aktuellen Spruchpraxis des BVA ist das häufigst zulässige Begehren das auf Untersagung der Zuschlagserteilung: „Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis (2 Mo ab Antrag) untersagt“<sup>40)</sup>. Ein solcher Antrag hat aufschiebende Wirkung.

Daneben wird vereinzelt dem Begehren auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben<sup>41)</sup>: „Die Zuschlagsentscheidung wird bis zur rechtskräftigen Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten ab Antragstellung, somit längstens bis zum [...] ausgesetzt“<sup>42)</sup>

Ein solches Begehren ist nach Ansicht des BVA<sup>43)</sup> zumeist unbegründet, da die Zuschlagsentscheidung bei der Antragstellung schon gefällt ist, damit eine bereits abgeschlossene Handlung darstellen soll und eine – nachträglich – beantragte Aussetzung derselben sinnwidrig und denkunmöglich wäre.<sup>44)</sup> Diese Argumente überzeugen schon nach einem Blick in das Gesetz nicht. § 171 Abs 4 BVergG differenziert gerade nicht zwischen bereits getroffenen oder erst drohenden Auftraggeberentscheidungen. Mit einer solchen Rechtsauffassung wäre das System der Anfechtung nur gesondert anfechtbarer Entscheidungen nach § 20 Z 13 BVergG endgültig torpediert; sind die nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen doch im Zeitpunkt ihrer möglichen Anfechtung in aller Regel bereits abgeschlossene Handlungen, was deren endgültige Unanfechtbarkeit bedeuten würde. Ein solches Ergebnis kann vom Gesetz nicht gewollt sein. Die Zuschlagsentscheidung ist daher nicht losgelöst von ihrer (möglichen) Wirkung zu sehen, welche darin besteht, dass bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht (vgl § 100 Abs 1 Satz 1 BVergG) die Nichtigkeit eines erteilten Zuschlages eintreten kann. Mit der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird in Wirklichkeit die Mitteilung der (gültigen) Zuschlagsentscheidung für den beantragten Zeitraum denkunmöglich, was, für einen dennoch erteilten Zuschlag, eine Nichtigkeit nach § 100 Abs 1 letzter Satz BVergG zur Folge hat.

Mehr Aussicht auf Erfolg hat zur Zeit das Begehren „Die Auftraggeberin wird angewiesen, die Öffnung der Angebote betreffend

34) BVA 30.12.2003, 10N-143/03-6: Hier wird die Rechtsauffassung, ein späterer Nachprüfungsantrag wäre wegen des früheren unzulässig, ausdrücklich abgelehnt.

35) EuGH 9.4.2003, Rs C-424/01, CS Communications.

36) BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7.

37) BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4; Ausnahmsweise können dies Umstände aber in der Interessenabwägung berücksichtigt werden: bejahend: BVA 29.12.2003, 10N-142/03-11; BVA 30.12.2003, 10N-143/03-6; verneinend: BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14.

38) BVA 30.4.2003, 09N-42/03-4.

39) Aus praktischen Erwägungen wird der Inhalt des Begehrens unter den inhaltlichen Voraussetzungen, nicht den Zulässigkeitsvoraussetzungen – eine solche stellt das Begehren zweifelsfrei auch dar – besprochen.

40) Zuletzt etwa (Auszug) BVA 24.5.2004, 17N-48/04-8; BVA 29.4.2004, 05N-35/04-22; BVA 26.4.2004, 07N-40/04-4; BVA 23.4.2004, 07N-39/04-6; BVA 22.4.2004, 05N-30/04-16 u 05N-34/04-11 (tw Stattgebung); BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22; BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27; BVA 9.1.2004, 12N-2/04-7; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4, BVA 2.1.2004, 05N-150/03-5 ua.

41) BVA 30.12.2003, 10N-145/03-6. In aller Regel wird der Antrag auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung mit einem solchen auf Untersagung der Erteilung des Zuschlages verbunden. Die Begründung für eine – ohnehin seltene – Stattgabe ist dann, dass die beantragte zusätzliche Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zu keiner Mehrbelastung des Auftraggebers und der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin führt.

42) BVA 9.1.2004, 03N-1/04-7.

43) BVA 17.9.2003, 14N-89/03-20 (Anm. Madl, RPA 4/04); nicht gelindestes Mittel: BVA 23.4.2004, 07N-39/04-6 u.a.

44) BVA 16.6.2003, 14N-55/03-2; BVA 17.9.2003, 14N-89/03-20.

das gegenständliche Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des BVA über den Nachprüfungsantrag, längstens jedoch bis zum (...) zu unterlassen.“<sup>45)</sup> Auch ein solches Begehren hat aufschiebende Wirkung.

Schließlich wird das Begehren auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens „Der Auftraggeberin wird die Fortsetzung des gegenständlichen Verfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum (...) untersagt“ regelmäßig zurückgewiesen, da es nicht mehr gelindestes Mittel, sondern „überschießend“ ist<sup>46)</sup>, außer es wird die Wahl der falschen Verfahrensart angefochten.<sup>47)</sup>

Andere, als die genannten Begehren sind zwar möglich, haben nach dem Stand der Judikatur aber wenig Aussicht auf Erfolg und wurden noch nicht judiziert.<sup>48)</sup>

Die Frage, welches Begehren nun konkret zu stellen ist, ist immer im Zusammenhang mit der Frage zu sehen, welche Maßnahme noch gelindestes Mittel zur Hintanhaltung der Rechtsverletzung ist.<sup>49)</sup> In aller Regel ist die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung gelindestes Mittel, wenn die Zuschlagsentscheidung angefochten ist.<sup>50)</sup> Gleiches gilt mE auch für eine Aussetzung der Zuschlagsentscheidung, da damit lediglich die Zuschlagserteilung unmöglich (nichtig) wird. Im Vergleich dazu ist die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens in der Regel nicht mehr gelindestes Mittel.<sup>51)</sup> Ebenso die Untersagung im gegenständlichen Vergabeverfahren weiter fortzuführen, Angebote zu öffnen, Angebote zu bewerten oder eine Zuschlagsentscheidung zu treffen<sup>52)</sup> oder ein Mehrbegehren auf Untersagung der Fortsetzung des Verfahrens, insbesondere Verhandlungen mit den zur Angebotslegung eingeladenen Bietern zu führen.<sup>53)</sup> Gelindestes Mittel ist weiters nicht das Begehren auf Aussetzung der Zuschlagsfrist.<sup>54)</sup>

Eine weitere Vorgabe an das Begehren ist, dass es logisch, schlüssig und rechtmöglich („denkmöglich“) sein muss. So wurde der Antrag auf Aussetzung des Ablaufs der Zuschlagsfrist in einer E<sup>55)</sup> zurückgewiesen, da eine Frist lediglich gehemmt oder unterbrochen, nicht aber ausgesetzt werden kann. Auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Maßnahme auf „Einstellung der Ausschreibung bis zur Aufhebung der Ausschreibung“ wurde zurückgewiesen, da die Ausschreibung bereits erfolgt und der Antrag dem Wortlaut nach denkmöglich ist. Es handelt sich um eine durch den Auftraggeber abgeschlossene Handlung die einer Einstellung nicht mehr zugänglich ist.<sup>56)</sup> Schließlich sind Anträge auf „Aussetzung der Zuschlagserteilung“ mangels bereits erfolgter Zuschlagserteilung denkmöglich.<sup>57)</sup> Dabei ist immer

zu berücksichtigen, dass keine rechtliche Umdeutung des Begehrens möglich ist.<sup>58)</sup>

### 3.2 Schaden

§ 171 Abs 2 bestimmt, dass der Antragsteller die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen genau zu bezeichnen hat. Diese unmittelbar drohende Schädigung ist schon nach den Materialien zum BVergG 1997<sup>59)</sup> lediglich zu bescheinigen oder zumindest glaubhaft zu machen, nicht aber unter Beweis zu stellen.<sup>60)</sup> Jüngst hat das BVA<sup>61)</sup> darauf hingewiesen, dass dieser Voraussetzung genüge getan ist, wenn offensichtlich zumindest Schaden droht.

Schon die ältere Judikatur verstand unter dem Begriff des Schadens im Sinne des § 171 nicht nur den gemäß § 181<sup>62)</sup> einklagbaren Schaden (Kosten der Anbotsstellung und Teilnahme am Vergabeverfahren), sondern auch den entgangenen Gewinn<sup>63)</sup>, in der Regel in Form des Entgangs des aus dem konkreten Auftrag zu lukrierenden Gewinnes.<sup>64)</sup> Nach ständiger neuerer BVA-Spruchpraxis kann auch in dem drohenden Verlust eines bedeutungsvollen Referenz-

45) BVA 1.9.2003, 05N-85/03-5; BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15; BVA 20.11.2003, 13N-112/03-7; BVA 23.9.2003, 09N-88/03-12.

46) So etwa BVA 25.11.2003, 17N-115/03-14; BVA 26.11.2003, 17N-119/03-20: Die beantragte Maßnahme, das gesamte Vergabeverfahren auszusetzen scheint überschießend, zumal es der Auftraggeberin offen steht, neben der Erteilung des Zuschlages auch andere Entscheidungen zu treffen.

47) BVA 29.8.2003, 09N-84/03-5: Angefochten wurde die Entscheidung der Auftraggeberin, entgegen § 25 das Verhandlungsverfahren zu wählen.

48) Gar keine Aussicht auf Erfolg haben Begehren, mit denen das BVA anstelle des AG bestimmte Handlungen vornehmen soll: Dies führt iS. BVA 22.4.2003, 09N-37/03-4 zwangsweise zur Zurückweisung eines eV-Antrages, da das BVA nicht zuständig ist anstelle des Auftraggebers bestimmte Handlungen zu setzen. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 162 Abs 2 ist das BVA nur zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen und zur Erlassung von eVs zuständig.

49) Vgl Hahnl, aaO, 718ff, E 11 und E 14 zu Abs 1, E 12 zu Abs 3 und E 1ff zu Abs 4; Hoffer/Schmölz, Einstweilige Verfügungen gemäß § 116 BVergG 1997, RPA 2002, 281ff.

50) BVA 26.2.2003, 15N-08/03-11; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10.

51) BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8; BVA 14.3.2003, 15N-16/03-10.

52) BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10.

53) BVA 16.7.2003, 05N-68/03-12.

54) BVA 26.11.2003, 15N-118/03-9.

55) BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8.

56) BVA 7.3.2003, 07N-12/03-8.

57) BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8; BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7.

58) BVA 14.3.2003, 07N-12/03-19; BVA 7.3.2003, 07N-12/03-8; VwGH 16.6.1992, 92/11/0120; VwGH 19.9.1996, 96/20/0530.

59) EBRV 1996 (972 BlgNr XVIII. GP).

60) So auch BVA 30.9.2003, 14N-97/03-15; BVA 10.10.2001, N 72/01-20; 17.09.2002, 12N-46/02-11.

61) BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4.

62) Vormals § 122 BVergG 1997.

63) BVA 5.3.2001, N-32/01-6; BVA 19.3.2001, N-40/01-10; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4.

64) BVA 26.2.2003, 15N-08/03-11.

projektes<sup>65</sup>) für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin erblickt werden. Daneben auch im fehlenden Deckungskostenbeitrag.<sup>66</sup>)

Es empfiehlt sich dringend den behaupteten Schaden ziffernmäßig anzugeben<sup>67</sup>). Nur ausnahmsweise wird vom BVA vertreten, dass keinerlei ziffernmäßige Angaben über den drohenden Schaden nötig sind; nämlich dann, wenn die Interessenabwägung (dazu unten) ausnahmsweise zugunsten der nicht beziffernden Partei ausfällt.<sup>68</sup>) Die bloße ziffernmäßige Darstellung des Schadens, ohne Bescheinigung, reicht aus, wenn sie aufgrund der Höhe des Auftragswertes glaubhaft und nachvollziehbar erscheint.<sup>69</sup>) Auf „Nummer sicher“ geht man allerdings, wenn man nicht nur auf den ausreichend hohen Auftragswert vertraut, sondern auch eine Abrechnung als Bescheinigungsmittel beilegt: So sprach das BVA aus, dass die ziffernmäßige Darstellung<sup>70</sup>) eines Schadens ausreicht, wenn die Bezug habende Berechnung auch als Beilage angeschlossen ist und diese plausibel und nachvollziehbar erscheint.

### 3.3 Rechtswidrigkeit, Rechtsschutzinteresse

Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit tatsächlich vorliegt ist für die Erlassung einer eV nicht relevant. Aus dem Vorbringen muss sich nur ergeben, dass die behaupteten Rechtswidrigkeiten zumindest möglich sind.<sup>71</sup>) Ein Antrag auf eV ist nur dann unzulässig, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig<sup>72</sup>) sein kann oder die behauptete Rechtswidrigkeit denkunmöglich ist.<sup>73</sup>)

Als nicht denkunmögliche Rechtswidrigkeit wurde beispielsweise das Vorbringen gewertet, das Angebot derjenigen Bieterin, der der Zuschlag erteilt werden soll, wäre auszuschneiden<sup>74</sup>) oder nicht auszuschneiden<sup>75</sup>) gewesen. Oder die Behauptung, dass die für den Oberschwellenbereich mindestens vorgegebene Angebotsfrist nicht eingehalten wurde, was „zur Folge haben (kann), dass die Erstellung eines aussichtsreichen Angebots verunmöglicht wird“.<sup>76</sup>) Nicht denkunmöglich ist die Frage, ob eine vom Auftraggeber vorgebrachte Ausnahmebestimmung vom Geltungsbereich des BVergG vorliegt<sup>77</sup>), genauso wie die behauptete Rechtswidrigkeit der Wahl des Verfahrens, insbesondere im Hinblick auf das Vorliegen der in § 25 Abs 5 normierten Ausnahmefälle<sup>78</sup>), oder die behauptete Rechtswidrigkeit der Bewerberauswahl.<sup>79</sup>)

Eine denkunmögliche Rechtswidrigkeit wurde hingegen angenommen, wenn bereits im Provisorialverfahren klar erkennbar ist, dass das Angebot der Antragstellerin eine Mindestanforderung an das Angebot<sup>80</sup>) nicht erreicht. So etwa, wenn das Angebot der Antragstellerin ein wesentliches Kri-

terium nicht erfüllt, woran auch die Erlassung einer eV nichts zu ändern vermag. Gleiches gilt für den Fall, dass die Antragstellerin überhaupt kein Angebot abgegeben hat; hier liegt ein gänzlicher Mangel von Rechtsschutzinteresse vor.<sup>81</sup>)

Über im Provisorialverfahren auftauchende Rechtsfragen, die für die Entscheidung im Hauptverfahren von Bedeutung sind, darf nur im Hauptverfahren entschieden werden. Sie sind für die Erlassung einer eV ohne Relevanz.<sup>82</sup>) Im Zweifelsfall ist – unpräjudiziell für die Entscheidung im Hauptverfahren – zumindest vorläufig von einem berechtigten Antrag auszugehen.<sup>83</sup>)

### 3.4 Interessenabwägung

§ 171 Abs 3 bestimmt, dass das BVA vor der Erlassung einer eV 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 gegen-

65) BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4; BVA 19.8.2003, 17N-80/03-13; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11; BVA 22.4.2003, 06N-34/03-8; BVA 22.2.2002, N-136/01-22.

66) BVA 5.8.2003, 03N-71/03-7.

67) Bei der Berechnung des Schadens sind diejenige Leistungen die hier nicht erbracht werden müssen, abzuziehen; BVA 23.8.2001, N-82/01-9.

68) BVA 2.10.2001, N-98/01-11, „notwendige Sicherheitsvorkehrungen“.

69) Das ist der Fall etwa bei einem geschätzten Auftragswert von € 1.307.000,— und einem entgangenen Gewinn einschließlich des entgangenen Deckungsbeitrags in der Höhe von 15 bis 20 % des Auftragswertes (BVA 14.3.2003, 15N-16/03-10); bei einem Schaden idH von 13 % des Gesamtaufwandes (BVA 5.3.2003, 15N-11/03-5); auch bei einer glaubhaft und nachvollziehbaren Summe im Hinblick auf einen Auftragswert von € 136.000.000,— (BVA 16.4.2003, 09N-30/03-7). Vgl. jüngst BVA 22.4.2003, 05-36/03-11; BVA 26.2.2003, 15N-08/03-11.

70) BVA 30.9.2003, 14N-97/03-15, Vorlage der entsprechenden Kalkulationsgrundlagen.

71) BVA 5.8.2003, 03N-71/03-7; BVA 12.1.98, N-1/98-7.

72) BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11; BVA 23.10.2001, N-104/01-15; BVA 30.10.2001, N-106/01-8.

73) BVA 26.4.2004, 07N-40/04-4; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11; BVA 8.2.2001, N-18/01-7.

74) BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8; BVA 26.2.2003, 15N-08/03-11; BVA 22.4.2003, 06N-34/03-8; BVA 16.4.2003, 09N-30/03-7.

75) BVA 5.3.2003, 15N-11/03-5; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 22.4.2003, 06N-34/03-8.

76) BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10.

77) BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15.

78) BVA 29.8.2003, 09N-84/03-5.

79) BVA 23.9.2003, 09N-88/03-12.

80) Hier 5 % statt mindesten 13 % für Los 1.

81) BVA 5.1.2004, 05N-149/03-9.

82) So etwa die Rechtsfrage, ob ein Nachprüfungsantrag fristgerecht (§ 169) erfolgt ist, ob eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 20 Z 13 lit b iVm § 166 Abs 2 vorliegt (BVA 16.7.2003, 05N-68/03-12), ob der Antragstellerin überhaupt Antragslegitimation (BVA 26.4.2004, 07N-40/04-4) zukommt, oder der Antrag dem sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegt (BVA 23.10.2001, N-104/01-15; BVA 21.5.2002, N-16/02-13; BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15).

83) RS BVA 22.4.2003, 05N-36/03-11, fristgerechter Antrag.

einander abzuwägen hat. Nach diesem Modell hat der Antragsteller (= „Bieter“) immer die besseren Chancen, ist doch nur bei einem Überwiegen der nachteiligen Folgen von der Erlassung einer eV abzusehen.<sup>84)</sup> Nur dann rechtfertigen besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung.<sup>85)</sup>

Zur Frage, welche konkreten Interessen in die Abwägung einfließen sollen, sagt das Gesetz nichts. Das BVA<sup>86)</sup> hat nur allgemein klargestellt, dass in jedem Vergabeverfahren auf den individuellen Sachverhalt abzustellen und unabdingbare Voraussetzung für ein erfolgreiches Vorbringen zur Interessenabwägung dessen ausreichende Konkretisierung ist. Die durch die beantragte Maßnahme verbundenen tatsächlichen Nachteile sind in einer nachprüfaren Form darzulegen<sup>87)</sup>, wobei die tatsächlich eingetretenen oder zu erwartenden Nachteile zu berücksichtigen sind, nicht die Frage, wie allfällige Nachteile möglichst gleichmäßig auf alle Vertragsparteien aufzuteilen sind. Wichtig für das Verständnis des Zusammenspiels zwischen den geschädigten Interessen, damit für das Verständnis einer richtigen Interessenabwägung ist, dass die Voraussetzung für die Erlassung einer beantragten eV nicht das öffentliche Interesse an einer solchen Maßnahme, sondern die Interessen des Antragstellers und der Umstand ist, dass diese Interessen nicht von entgegenstehenden Interessen – vor allem des Auftraggebers bzw. den öffentlichen Interessen – überwogen werden.<sup>88)</sup>

### 3.4.1 Antragstellerinteresse

Die Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes nach Zuschlagserteilung stellt im Rahmen der Interessenabwägung das wohl wichtigste Antragstellerinteresse dar.<sup>89)</sup> Dieses gründet sich darauf, dass nach der Erteilung des Zuschlages mit dem Rechtsschutzinstrumentarium des BVergG nicht mehr in das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Zuschlagsempfänger – das mit der Zuschlagsentscheidung ja nur in Aussicht gestellt wird – eingegriffen werden kann. Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer eV wäre der Antragsteller zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen.<sup>90)</sup>

Auch der Schaden des Antragstellers wird als ein solches Interesse gewertet und besteht aus dem Entgang des Auftrages, etwa in der Form des entgangenen Gewinns, der Frustration der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen<sup>91)</sup> und dem Umstand, dass Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren drohen.<sup>92)</sup> Je massiver der Schaden behauptet und glaubhaft gemacht wird, in desto größerem Maße findet er Berücksichtigung bei der Interessenabwägung.<sup>93)</sup>

Als Antragsteller empfiehlt es sich dringend, immer auch das Referenzprojekt zur Schadensbelegung anzuführen. Dabei ist mit dem BVA<sup>94)</sup> festzuhalten, dass Referenzprojekte bei Ausschreibungen regelmäßig zum Nachweis der Leistungsfähigkeit verlangt werden und für potenzielle Bieter notwendig sind. Sogar ist mit der Behauptung eines Referenzprojektes eine Bescheinigung des Schadens gar nicht nötig.<sup>95)</sup> Offenbar besondere Bedeutung hat das Referenzprojekt, wenn es für andere Planungsaufträge im internationalen Rahmen relevant wird.<sup>96)</sup>

### 3.4.2 Auftraggeberinteresse

Soweit ersichtlich wurde bisher der (drohende) Verlust des Auftrages und ein möglicher Schaden als Auftraggeberinteresse grundsätzlich anerkannt, aber noch nicht dahingehend gewertet, dass es das Antragstellerinteresse überwiegen kann. In der Regel fand der mögliche Schaden mangels ausreichender Konkretisierung nicht einmal Eingang in die Interessenabwägung. So wurde beispielsweise der Verlust eines Auftrages zwar als Auftraggeberinteresse gewertet, konkret aber nicht berücksichtigt, da der Auftraggeber nicht einmal behauptet hatte, dass die Nichtdurchführung des Auftrages zum Verlust des Auftrages führen würde.<sup>97)</sup> Ein nur mit „mindestens“ angegebener Schaden für den Bund für die beantragte Dauer der eV ist nach einer anderen E<sup>98)</sup> nicht geeignet, die Rechtsschutzinteressen der Antragstellerin zu

84) BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4; BVA 2.1.2001, 05N-150/03-5; BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34; *Sachs*, *Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht*, 129.

85) RS BVA 22.4.2003, 05N-36/03-11; BVA 14.3.2003, 15N-16/03-10; BVA 25.6.2003, 10N-60/03-9.

86) BVA 16.10.2002, N-52/2002-7.

87) BVA 9.4.2001, N-62/00-42 u.a. Die Ausführung, dass sich ein höheres Schadensrisiko „ergeben könnte“ reicht nicht aus. Gleiches gilt für die Behauptung der Verhinderung eines „effektiven und effizienten Einsatz von Geldmitteln“, BVA 27.3.2003, 10N-25/03-11.

88) BVA 9.4.2001, N-62/00-42 u.a.

89) BVA 9.1.2004, 03N-1/04-7.

90) BVA 6.10.2003, 09N-100/03-6.

91) Hier ist ausnahmsweise nur der bereits eingetretene, nicht auch der drohende Schaden relevant, BVA 22.4.2003, 06N-34/03-8.

92) BVA 6.10.2003, 09N-100/03-6.

93) BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4. Diese neuere Jud. steht im Widerspruch zur älteren, wonach bei der Interessenabwägung das Gewicht der behaupteten Rechtsverletzung außer Betracht zu bleiben hat und allein die durch die Verzögerung der Vergabe verursachten Nachteile – nach ihrem objektiven Gehalt – zu beurteilen sind. BVA 11.5.2001, N-52/01-12.

94) BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 6.10.2003 09N-100/03-6.

95) BVA 22.2.2002, N-136/01-22, RPA 2002/2, 93 (*Eflinger*) sowie ZVB 2002/57, 133 (Anm. *Latzenhofer*). BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11.

96) BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7; BVA 22.4.2003, 06N-34/03-8. Dies wiederum in innerem Widerspruch zur älteren Jud. BVA 11.5.2001, N-52/01-12.

97) BVA 20.1.2004, 03N-1/04-12.

98) BVA 21.5.2003, 09N-49/03-4; Schaden von „mindestens € 11.111.-“.

überwiegen. In einem Rechtssatz sprach das BVA<sup>99)</sup> aus, dass die Bezifferung der Kosten der Verzögerung durch den Auftraggeber nicht ausreicht, wenn er nicht darlegt, in welchem Verhältnis diese Kosten der verspäteten Vergabe des ausgeschriebenen Gewerks zu den ohnehin anfallenden Kosten des Gesamtvorhabens stehen. Auch ein finanzieller Nachteil aufgrund der möglichen Zurücknahme von Finanzierungszusagen, aus Einnahmeverlusten und aus drohenden Schadenersatzansprüchen sowie Prestigeverlust durch eine Bauverzögerung wurde als überwiegendes Auftraggeberinteresse im Rahmen der Interessenabwägung abgelehnt, da – trotz sehr ausführlicher Darlegung der terminlichen und finanziellen Auswirkungen eines verzögerten Baubeginns – nicht hinreichend konkret dargestellt werden konnte, dass diese Nachteile auch tatsächlich eintreten.<sup>100)</sup>

Dem Erfolg des vom Auftraggeber zumeist geltend gemachten Dringlichkeitsinteresses steht die Spruchpraxis des BVA entgegen, wonach der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens und dadurch verursachte Verzögerungen einkalkulieren muss.<sup>101)</sup> Dabei ist es gleichgültig, ob gar keine Verzögerung des Terminplanes und keine Erhöhung des Risikos für Verkehrsteilnehmer<sup>102)</sup>, oder eine geringfügige Verzögerung von einem Monat vorliegt, die keine nachteiligen Auswirkungen für die Projektdurchführung insgesamt hat.<sup>103)</sup> Ein Dringlichkeitsinteresse des Auftraggebers ist auch dann nicht gegeben, wenn sich von vornherein aus den Umständen<sup>104)</sup> eine langfristige Terminisierung ergibt.

In gleicher Weise liegt kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers vor, wenn der Auftragsinhalt vorläufig anderweitig erfüllt werden kann, sohin ein Provisorium möglich ist oder aktuell eine „provisorische“ Regelung bereits besteht.<sup>105)</sup> Eine Dringlichkeit wird schließlich auch nicht durch besondere Wichtigkeit begründet, so auch nicht dadurch, dass der Auftragsgegenstand ein wichtiges Informationsmedium darstellt, welches für die erst in einem Jahr stattfindende Wahl wesentlich ist.<sup>106)</sup>

Nach der Analyse der bisherigen Judikatur zur Dringlichkeit könnte diese als Auftraggeberinteresse Berücksichtigung finden, wenn im Verfahren vorgebracht und bescheinigt<sup>107)</sup> wird, dass nach Einleitung des Beschaffungsverfahrens eine vorab nicht absehbare Dringlichkeit entstanden ist.<sup>108)</sup> So spricht es ja nur gegen die Abweisung eines Antrages auf eV, wenn der Auftraggeber und auch der beabsichtigte Zuschlagsempfänger die Dringlichkeit der Leistungserbringung behaupten, welche schon bei Aufstellung eines Zeitplanes

einkalkuliert werden konnte.<sup>109)</sup> Eine nachträglich hervor kommende Dringlichkeit konnte aber nicht einkalkuliert werden. In diesem Sinne müsste der Stellungnahme des Auftraggebers entnommen werden, warum eine sofortige Zuschlagserteilung unbedingt erforderlich ist.<sup>110)</sup>

Offenkundig kein Interesse des Auftraggebers besteht, wenn er trotz Aufforderung keine entgegenstehenden Interessen dargetan, sich ausdrücklich nicht gegen die beantragte eV ausgesprochen, oder ausdrücklich keinen Einwand erhoben hat.<sup>111)</sup> Der Einwand, dass für den Auftraggeber ein nicht unerheblicher organisatorischer Aufwand verbunden ist, gilt als Nichteinwand, da das Gesetz der Behörde nicht

99) BVA 25.11.2003, 17N-115/03-14.

100) BVA 19.8.2003, 17N-80/03-13; VfGH 1.8.2002, B 1194/02 („Salzburger Festspielhaus“).

101) BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4; BVA 12.12.2003, 17N-129/03-17; BVA 16.9.2003, 08N-94/03-36; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10; BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14; BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7; BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15. Nach der Jud. nimmt die Wahrscheinlichkeit möglicher Nachprüfungsverfahren mit der Größenordnung des Auftrages, insbesondere des Auftragswertes zu, BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14.

102) BVA 24.5.2004, 17N-48/04-8; BVA 14.3.2003, 15N-16/03-10: Laufzeit der EV endet noch vor der Zuschlagsfrist. Oder wenn die auftragsgegenständliche Sicherheitskräfte und Arbeitsmediziner aufgrund gesetzlicher Vorgaben bereits eingerichtet bzw bestellt sein müssen, BVA 29.4.2004, 05-35/04-22.

103) BVA 4.6.2003, 14N-53/03-5; BVA 9.5.2003, 17N-46/03-10; BVA 23.9.2003, 09N-88/03-12.

104) Solche Umstände werden angenommen, wenn der AG in einer Stellungnahme seinen Bedarf hinsichtlich des Auftragsgegenstandes selbst mit Jahreswechsel terminisiert, keine Gründe für diese Terminisierung angegeben hat und die eV vor Jahreswechsel endet (BVA 28.10.2003, 05N-106/03-7, ÖNB/Storage-Erweiterung) oder in Anbetracht der erheblichen Bauzeit bis Nov. 2004 das Interesse des Auftraggebers an der Einhaltung des Bauzeitplanes nicht so bedeutend ist (BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25) oder wenn erst 10 Monate nach einer Ratsempfehlung eine europaweite Interessentensuche durch Bekanntmachung startet (BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7). Abgelehnt wurde die Dringlichkeit infolge notwendiger Durchführungen der geplanten Arbeiten in der vorleistungsfreien Zeit angesichts der noch relativ langer Zeitspanne bis zum potenziell frühest möglichen Arbeitsbeginn (BVA 24.4.2003, 14N-38/03-12), weiters wenn aus einer Verordnung des BM hervor geht, dass für die gegenständlichen Bauarbeiten ein erheblicher Zeitraum in Aussicht genommen wurde (BVA 25.3.2003, 12N-23/03-4), oder wenn das Projekt eine Verkehrsprognose für das Jahr 2025 und folgende enthält, somit eine langfristige Vorschau gemacht wird (BVA 29.7.2003, 09N-70/03-9; „Verkehrsprognose Österreich 2025 +“).

105) BVA 16.12.2003, 05N-135/03-17; BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4.

106) BVA 22.4.2003, 05-36/03-11; Internetportal für die Arbeiterkammer.

107) RS BVA 19.8.2003, 17N-80/03-13 „(...) bei einer vorzunehmenden Interessenabwägung können Verzögerungen so lange nicht den Ausschlag geben, als nicht die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts durch nachvollziehbare und detaillierte Arbeitsablaufprognosen entsprechend bescheinigt wird.“.

108) BVA 16.9.2003, 08N-94/03-36; BVA 30.12.2003, 10N-143/03-6.

109) RS BVA 16.9.2003, 08N-94/03-36.

110) BVA 17.11.2003, 05N-110/03-11.

111) BVA 21.10.2003, 14N-104/03-6; BVA 9.1.2004, 12N-2/04-7; BVA 26.11.2003, 14N-116/03-9.



aufträgt zu prüfen, welche Maßnahme zuzumuten ist<sup>112)</sup>; genauso allgemeine Begründungen dafür, warum das gegenständliche Vergabeverfahren überhaupt durchgeführt wird, etwa in Form von Prognosen oder Analysen.<sup>113)</sup>

### 3.4.3 Öffentliches Interesse

Öffentliche Interessen, welche für die Abwägung nach § 171 Abs 3 maßgeblich sind, können in der Gefährdung von Leib, Leben und Eigentum liegen.<sup>114)</sup> So wurde etwa öffentliches Interesse infolge ausreichend bescheinigter erhöhter Unfallgefahr durch brechende Leitschienen angenommen.<sup>115)</sup> Die behauptete Gefährdung von Leib und Leben greift allerdings dort nicht, wo einstweilen ein ausreichendes Provisorium seinen Dienst tut<sup>116)</sup> oder wo ausschließlich Belange der Verkehrssicherheit angesprochen sind: Die Verbesserung der Verkehrssicherheit<sup>117)</sup> durch Festigung bzw Erhöhung derselben ist straßenbaulichen Maßnahmen charakteristischerweise zu eigen, ohne dass bereits a-priori von einem Überwiegen des dadurch ausgesprochenen öffentlichen Interesses gesprochen werden könnte, andernfalls müssten eVs im Vergabeverfahren mit straßenbaulichem Gegenstand regelmäßig abzuweisen sein, was im Widerspruch zu der im Einzelfall vorzunehmenden Interessensabwägung steht.

Öffentliche Interessen können auch durch volkswirtschaftliche Erwägungen angesprochen sein, die etwa darin liegen, dass ein zusätzlicher Entwicklungs- und Innovationsschub der österreichischen Volkswirtschaft verzögert wird oder ein gesamtwirtschaftlicher Wettbewerbsnachteil entsteht.<sup>118)</sup>

Ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens (Dringlichkeitsinteresse), welches das Antragstellerinteresse überwiegen könnte wurde von der bisherigen Spruchpraxis des BVA abgelehnt, wenn aus den Ausschreibungsunterlagen oder sonstigen Umständen hervorkommt, dass eine unverzügliche Fortführung nicht dringend geboten ist, etwa bei zu langer Verfahrens- und Ausführungsdauer<sup>119)</sup>, wenn aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens ersichtlich ist<sup>120)</sup>, oder es zu keiner Verzögerung des Terminplanes<sup>121)</sup> des Auftraggebers kommt. Ein besonderes öffentliches Dringlichkeitsinteresse ist schließlich nicht daran festzumachen, dass bestehende Verträge (bis zu einem bestimmten Termin) gekündigt werden müssen, um den neuen Rahmenvertrag wirksam werden zu lassen; weiters nicht daran, dass durch das Budgetprovisorium die zeitliche Komponente der Vergabe gelitten hätte.<sup>122)</sup> Massives öffentliches Interesse und eine hohe Dringlichkeit bei der Umsetzung

kann auch nicht dadurch begründet werden, dass die Einzigartigkeit des Projektes in Gefahr wäre.<sup>123)</sup>

VfGH und BVA betonen gleichlautend, dass die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter, sohin die „richtige Vergabeentscheidung“<sup>124)</sup>, ein öffentliches Interesse und nicht nur ein potentielles Bieterinteresse darstellt. Dabei hat Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor Raschheit.<sup>125)</sup> Dogmatisch richtiger wäre es freilich, dieses Interesse – zumindest im Rahmen der Interessenabwägung – ausschließlich als Bieter-, Bewerber- oder Antragstellerinteresse zu qualifizieren, da es nach § 171 Abs. 3 nicht zu berücksichtigen wäre.<sup>126)</sup>

Das öffentliche Interesse an der Teilnahme von potenziellen (Best-)Bietern am Vergabeverfahren, welches im Rahmen der Interessenabwägung eigentlich ein Interesse sonstiger Bewerber und Bieter darstellt<sup>127)</sup>, besteht dann, wenn eine mindestens vorgegebene Angebotsfrist nicht eingehalten wurde oder sonstige Umstände potentielle Bieter ausschließen.<sup>128)</sup> Damit sind konkret potentielle Bieter gemeint, denen durch einen Umstand (zB die kurze Anbotsfrist) eine Teilnahme am

112) BVA 17.12.2003, 05N-138/03-6; BVA 2.1.2001, 05N-150/03-5.

113) BVA 27.3.2003, 10N-25/03-11.

114) BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5.

115) BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10.

116) BVA 8.7.2003, 05N-63/03-6.

117) BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10; BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14; BVA 16.4.2003, 09N-30/03-7; RS BVA 30.9.2003, 14N-97/03-15.

118) BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22; BVA 29.12.03, 02N-147/03-5; BVA 5.3.2003, 15N-11/03-5.

119) BVA 29.10.2003, 04N-107/03-9; BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25. „Sonstige Umstände“ sind etwa gegeben, wenn am Vergabeakt des Auftraggebers auf der Rückseite des Aktendeckels eine niedrige Priorität vermerkt ist, BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15. Vgl BVA 16.4.2003, 12N-33/03-4 u. 12N-32/03-6.

120) Wenn dem Kriterium „Verkürzung der Ausführungsdauer“ eine im Vergleich zur Gewichtung des Kriteriums „Preis“ völlig untergeordnete Bedeutung zukommt (Gesamtpreis 96 %, Verkürzung der Ausführungsdauer: 4%), BVA 16.4.2003, 12N-33/03-4; BVA 16.4.2003, 12N-32/03-6; BVA 30.10.2002, N-58/02-5.

121) So, wenn der Auftraggeber entgegen dem eigenen ursprünglichen Terminplan die Zuschlagsfrist zweimal verlängert hat und somit eine deutliche Verzögerung des Vergabeverfahrens selbst zu verantworten hat, BVA 5.3.2003, 15N-11/03-5. Oder es keinesfalls zu einer Verzögerung des Terminplanes kommt, BVA 26.2.2003, 15N-08/03-11.

122) BVA 1.9.2003, 05N-85/03-5.

123) BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7.

124) VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 20.1.2004, 03N-1/04-12; BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4; BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14; RS BVA 30.9.2003, 14N-97/03-15; BVA 29.12.03, 02N-147/03-5; BVA 5.8.2003, 03N-71/03-7; BVA 20.12.2002, 12N-58/02-28; BVA 25.1.2002, N-128/01-45.

125) BVA 23.12.2002, 01N-73/02-21; jüngst 20.1.2004, 03N-1/04-12.

126) Hier sollen ja nur öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens einfließen.

127) § 171 Abs 3.

128) BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10.

Verfahren nicht möglich war, etwa weil sie keine Zeit zur Ausarbeitung von Angeboten hatten. Streng dogmatisch ist darin ebenfalls kein öffentliches Interesse zu sehen.

Primär finanzielle Interessen eines öffentlichen Auftraggebers sind nicht mit „öffentlichem Interesse“ gleichzusetzen. Solche reichen nicht aus, um „*ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens*“ zu dokumentieren.<sup>129)</sup>

#### 4. Gültigkeitsdauer

§ 171 Abs 5 bestimmt die maximale Gültigkeitsdauer einer eV mit zwei Monaten im Oberschwellen- und einem Monat im Unterschwellenbereich ab Antragstellung. Auch wenn das Nachprüfungsverfahren unter Umständen länger als diese Frist dauert, ist die Erlassung einer eV für einen die jeweilige Maximaldauer übersteigenden Zeitraum nicht zulässig.<sup>130)</sup> Allerdings kann die eV während der Dauer des anhängigen Nachprüfungsverfahrens bis zur Entscheidung in der Hauptsache nochmals – gegebenenfalls auch mehrmals – neu beantragt werden; dies jeweils mit der genannten maximalen Geltungsdauer nach § 171 Abs 5.<sup>131)</sup> Für die Bewilligung der neuerlich beantragten eV müssen wieder alle Voraussetzungen vorliegen und eine neuerliche Interessenabwägung durchgeführt werden.

#### 5. Rechtswirkungen

##### 5.1 Aufschiebende Wirkung

Erstmals mit § 171 Abs 7 wurde für Anträge auf eV, die auf Unterlassung der Angebotsöffnung, oder auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichtet sind, eine aufschiebende Wirkung normiert. Diese gilt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages<sup>132)</sup> bis zur Entscheidung „Aufschiebende Wirkung“ bedeutet, dass der Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit<sup>133)</sup> den Zuschlag bis zur Entscheidung über den Antrag nicht erteilen oder keine Angebote öffnen darf.

Interessanterweise greift die aufschiebende Wirkung selbst dann, wenn diese Anträge mangelhaft sind, etwa weil sie nicht den notwendigen Antragsinhalt aufweisen.<sup>134)</sup> Das kann – gerade im Zusammenhalt mit der Entscheidungsfrist der Behörde von einer Woche nach § 176 Abs 1 – zu unbilligen Ergebnissen führen: Wird ein, wenn auch mangelhafter Antrag auf eV am letzten Tag der Stillhaltefrist nach § 100 Abs 2 eingebracht und erfolgt noch am gleichen Tag die Verständigung durch das BVA, kann das zu einer faktischen Verlängerung der Stillhaltefrist um eine weitere auf gesamt drei Wochen führen. Soweit die Angaben schikanös gemacht wurden oder nicht nur mangelhaft, sondern auch

unwahr sind, ist hier eine Haftung des Antragstellers gegenüber dem Auftraggeber aus dem Titel des Schadenersatzes (§ 1295 Abs 2 ABGB, These 2) zu prüfen.

##### 5.2 Ab Entscheidung sofortige Vollstreckbarkeit – oder doch Nichtigkeit?

Die hier angesprochene Frage betrifft die vorläufige Maßnahme auf Untersagung der Zuschlagserteilung.<sup>135)</sup> Eine derartige eV hat – *de lege lata* – keine Nichtigkeitssanktion. § 171 Abs 6 verweist nur auf die Vollstreckbarkeit nach dem VVG 1991.<sup>136)</sup> § 5 Abs 1 VVG bestimmt dazu, dass die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung dadurch vollstreckt wird, dass der Verpflichtete durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten wird. Gleichzeitig verbietet § 5 Abs 4 VVG die Vollstreckung von Geldstrafen gegenüber einer Körperschaft öffentlichen Rechts. Im praktischen Ergebnis ist daher eine eV gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber, in aller Regel eine Körperschaft öffentlichen Rechts, nicht vollstreckbar.<sup>137)</sup> Die eV wird damit ab Erlassung praktisch wirkungslos. Hinzu kommt das Problem, dass ein entgegen einer eV auf Untersagung der Zuschlagserteilung erteilter Zuschlag dennoch gültig ist.

Eine Lösung wäre, die vorläufige Maßnahme der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zuzulassen. Dadurch würde die Zuschlagsentscheidung für die Dauer der gewährten eV ihre Relevanz verlieren und ein Zuschlag könnte mangels gültiger Zuschlagsentscheidung nach § 100 Abs 1 nicht erteilt werden.<sup>138)</sup> Praktisch scheitert der Ansatz an der neuen Spruch-

129) BVA 5.8.2003, 03N-71/03-7.

130) BVA 18.11.2003, 17N-111/03-8; BVA 12.12.2003, 17N-129/03-17.

131) BVA 8.3.2004, 12N-2/04-34; BVA 25.11.2003, 14N-97/03-31; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 22.2.2002, N-136/01-22; BVA 14.2.2001, N-62/00-30; BVA 14.2.2001, N-61, 65/00-30.

132) Die Verständigung muss gem. § 171 Abs 7 S 2 vom BVA nach Einlangen des Antrages (beim BVA) unverzüglich vorgenommen werden.

133) Ex lege Nichtigkeit nach § 171 Abs 7.

134) Latzenhofer, Die Reform des Rechtsschutzsystems des Bundesvergabegesetzes nach dem BVergG 2002, WBFÖ 4/2002, 15ff.

135) Die Nichtigkeitssanktion ist nur für die Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung von Relevanz. Die Maßnahme der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung hätte bereits Nichtigkeit nach § 100 Abs 1 zur Folge. Die Rechtswirkungen einer eV auf Untersagung der Angebotsöffnung ist insofern problematisch, als ein Zuwiderhandeln, also das Öffnen der Angebote, tatsächlich nicht mehr umkehrbar ist. Sind die Angebote einmal geöffnet und damit bekannt, ist die Transparenz des Verfahrens nicht mehr gewahrt. In einem solchen Fall liegt ein zwingender Grund (wichtiger Umstand) zum Widerruf der Ausschreibung vor (vgl. Sachs, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, 136).

136) BGBl Nr 53/1991.

137) Man wird ja wohl nicht ernsthaft davon ausgehen, einen strafrechtlich Verantwortlichen, des öffentlichen Auftraggebers (ggf. Bürgermeister/Landeshauptmann oder Bundesminister?) in Beugehaft zu nehmen.

praxis des BVA<sup>139</sup>), wonach die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung weder „gelindestes Mittel“, noch denkmöglich sei.

Einzig Lösungsmöglichkeit bleibt, eine Nichtigkeitswirkung der Entscheidung auf eV anzunehmen, soweit sie die Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ausspricht. Diesen Fall hat der Gesetzgeber in seiner gesamten Tragweite nicht berücksichtigt. Zur Verhinderung der Zuschlagserteilung und zur Durchsetzung des Bieterinteresses an einer richtigen Vergabeentscheidung reicht die Möglichkeit der bloßen Vollstreckbarkeit nicht aus. Die Materialien<sup>140</sup> verweisen zu der in § 171 Abs 7 ausgesprochenen Nichtigkeitsanktion für den Zeitraum der aufschiebenden Wirkung auf § 100 und den Umstand, dass die Nichtigkeitswirkung als flankierende Maßnahme zur effektiven Umsetzung des Urteils des EuGH in der Rs C-81/98, Alcatel („Ökopunkte“) dient.

Damit ist der effektive Rechtsschutz im Sinne Art 2 RMRL angesprochen, der darauf gerichtet ist, gerade keine unwiderruflichen Tatsachen<sup>141</sup>) – etwa durch rechtswirksame Zuschlagserteilung – zu schaffen. Die zweite Begründungserwägung der RMRL betont in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit, vorhandene Mechanismen zur Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen zu verstärken, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.<sup>142</sup> Zur Wahrung des so bestimmten effektiven Rechtsschutzes<sup>143</sup>) ist es aber nötig und geboten, eine Nichtigkeitswirkung auch für den Zeitraum ab dem Vorliegen der Entscheidung nach § 171 vorzusehen, worauf versehentlich auch in den Materialien nicht Rücksicht genommen wurde. Hier liegt eine „echte“ Lücke vor, die de lege ferenda zu schließen wäre. Bis dahin wird vorgeschlagen, per analogiam zu §§ 100 Abs 2, 171 Abs 7 und als flankierende Maßnahme zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes gemäß Art 2 Abs 1 lit a RMRL von einer Nichtigkeitswirkung einer Entscheidung auf Erlassung einer eV auszugehen, wenn als Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung beantragt ist.

Eine solche Nichtigkeit kann freilich nur eine subsidiäre sein. Die positiv normierten Nichtigkeiten – vor allem §§ 100 Abs 2, 132 Abs 2 und Abs 3, 171 Abs 7, aber auch §§ 100 Abs 1, 132 Abs 1 – haben Vorrang. Die hier angesprochene Nichtigkeit per analogiam kann daher nicht bestehende Nichtigkeiten verdrängen, sondern nur deren Wirkung verlängern. So verlängert sie die in § 171 Abs 7 angesprochene Nichtigkeit, in größerem zeitlichem Umfang, bis zur beantragten oder maximalen Dauer der eV. Diese Nichtigkeitswirkung beginnt frühestens mit dem Beginn der ihr zugrunde liegenden Nichtigkeit des § 171 Abs 7, also erst nach-

dem der Auftraggeber durch das BVA bereits vom Einlangen eines Antrages auf Erlassung einer eV verständigt wurde.<sup>144</sup>)

### 5.3 Bindungswirkung?

Aus dem Wesen und Zweck des Provisorialverfahrens folgt, dass die eV keine Bindungswirkung für die aufgrund eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens ergehende Hauptentscheidung entfalten kann, zumal die Tatsachenannahmen im Sicherungsverfahren auf bloßer Glaubhaftmachung beruhen. So hat das BVA<sup>145</sup>) ausgesprochen, dass die Entscheidung im Provisorialverfahren keine präjudizielle Wirkung hinsichtlich der Zulässigkeit der Hauptanträge gegenüber dem im Nachprüfungsverfahren entscheidenden Senat entfaltet.

### 6. Ergebnis

Zusammenfassend und abschließend sollen die eingangs aufgeworfenen Fragen beantwortet werden: Die erste Frage, ob der Bieter seine Schadensminderungspflicht (eigentlich: Obliegenheit) verletzt, wenn er keinen Antrag auf eV stellt (These 1), kann bejaht werden. Ausnahmen können sich nur dort ergeben, wo die oben dargestellten Voraussetzungen einer eV nicht vorliegen. Konkret bestehen „höchst zweifelhafte Erfolgsaussichten“ einer eV und damit keine Obliegenheit zur Antragstellung dann, wenn gewisse, seitens des BVA judizierte Unzulässigkeitstatbestände vorliegen, namentlich die Verlängerung maßgeblicher Fristen, der Umstand, dass über den Hauptantrag bereits abgesprochen wurde, bei einem Doppelantrag, oder wenn jegliche Erfolgsaussichten fehlen. Gleiches gilt beim Fehlen maßgeblicher inhaltlicher Voraussetzungen, wenn gegen eine Erlassung der eV sprechende öffentliche Interesse oder das Dringlichkeitsinteresse des Auftraggebers im Einzelfall massiv überwiegen. Die bisherige Ablehnung des Überwiegens von Interessen, die gegen die Erlassung einer eV sprechen, etwa die Gefährdung für Leib/Leben/Eigentum, volkswirtschaftliche Interessen und Dringlichkeit, fußte vor allem darauf, dass die geltend gemachten Interessen nicht ausrei-

138) Nichtigkeit; vgl. dazu oben ad 3.1. und Hoffer, RPA 2002, 281.

139) BVA 16.6.2003, 14N-55/03-2; BVA 17.9.2003, 14N-89/03-20.

140) BT der Erläuterung der RV 2002 zu § 171; vgl. Elsner/Keisler/Hahn, Vergaberechtsschutz in Österreich, Rz 190, insb Fn 120 u Rz 306.

141) SA des GA Mischo vom 10.6.1999 in der Rs C- 81/98 (Alcatel) Randnr. 63 und SA des GA Tizzano vom 28.6.2001 in der Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure) Randnr. 21 sprechen in diesem Zusammenhang von der Wahrung der „praktischen Wirksamkeit“ der Richtlinienbestimmung.

142) EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98 (Alcatel) Randnr. 33; EuGH 11.8.1995, Rs C-433/93 (Kommission/Deutschland) Randnr. 23.

143) Vgl dazu das oben (FN 5, 7, 85) angesprochene Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung.

144) Ein davor – außerhalb der Stillhaltefrist – erteilter Zuschlag ist gültig, BVA 8.3.2004, 14N-89/03-51.

145) BVA 16.7.2003, 05N-68/03-12.

chend konkret behauptet oder bescheinigt gewesen sind. Schließlich ist von der Schadensminderungspflicht auch die Obliegenheit umfasst, einen eV Antrag vor Ablauf nochmals zu beantragen.

Zur zweiten Frage, unter welchen Umständen der Antragsteller selbst schadenersatzpflichtig wird (These 2), kann auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1295 Abs 2 ABGB verwiesen werden.

Die Beantwortung der Frage, welche Wirkung die rechtmäßig erlassene eV hat (These 3) hängt von der beantragten Maßnahme ab. Dabei sprechen gute Gründe dafür, eine eV auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zuzulassen. Die Rechtsfolge eines Verstoßes des AG wäre klar die Nichtigkeit nach § 100 Abs 1. Bei einer eV auf Untersagung der Zuschlagserteilung kann eine Nichtigkeit eines allfällig rechtswidrig erteilten Zuschlags analog §§ 100 Abs 2, 171 Abs 7 angenommen werden.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die systematische Klärung der Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung nach § 171 ergibt, dass der Bieter bei sonstigem Verlust seiner Schadenersatzansprüche gegenüber dem Auftraggeber (sohin im Rahmen seiner „Schadensminderungspflicht“) einen Antrag auf eV stellen muss, ausgenommen ein solcher wäre nicht kausal für den (später) entstehenden Schaden oder hätte „höchst zweifelhafte Erfolgsaussichten“. Weiters kann der



Antragsteller unter den Voraussetzungen des § 1295 Abs 2 ABGB schadenersatzpflichtig werden. Schließlich sprechen gute Gründe dafür, eine eV auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zuzulassen. Bei einer eV auf Untersagung der Zuschlagserteilung kann eine Nichtigkeit eines allfällig dennoch und damit rechtswidrig erteilten Zuschlags analog §§ 100 Abs 2, 171 Abs 7 angenommen werden.