

TE Verg Bescheid 2011/10/7 N/0095-BVA/07/2011-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.10.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'", des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann von Oberösterreich, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30.9.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'", des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann von Oberösterreich, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y***, vom 30.9.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, im Vergabeverfahren fortzufahren, insbesondere den Zuschlag zu erteilen", wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im

Vergabeverfahren "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'" untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntgabe zur Auftragsvergabe "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'" erfolgte europaweit am 19.5.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 96-157842. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Dienstleistung (CPV-Code 90400000), die in einem offenen Verfahren an den Bestbieter vergeben werden soll. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens sind die Aufnahme, der Transport und die ordnungsgemäße endgültige Behandlung der diskontinuierlich anfallenden Deponiesickerwässer, welche gemäß Abfallverzeichnisverordnung BGBl II 2008/498 idGF der SN 95301 "Sickerwasser aus Abfalldeponien, mit gefährlichen Inhaltsstoffen" bzw. Abfallcode 190702 "Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält" zugeordnet sind, über den Zeitraum von fünf Jahren. Die Veröffentlichung der Bekanntgabe zur Auftragsvergabe "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'" erfolgte europaweit am 19.5.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 96-157842. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Dienstleistung (CPV-Code 90400000), die in einem offenen Verfahren an den Bestbieter vergeben werden soll. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens sind die Aufnahme, der Transport und die ordnungsgemäße endgültige Behandlung der diskontinuierlich anfallenden Deponiesickerwässer, welche gemäß Abfallverzeichnisverordnung BGBl römisch zwei 2008/498 idGF der SN 95301 "Sickerwasser aus Abfalldeponien, mit gefährlichen Inhaltsstoffen" bzw. Abfallcode 190702 "Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält" zugeordnet sind, über den Zeitraum von fünf Jahren.

Mit Telefax vom 20.9.2011 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt. Gegen diese Entscheidung richtet sich der mit Schriftsatz vom 30.9.2011 gestellte Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin ausführt, sie habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Durch die angefochtene Entscheidung fühle sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG, insbesondere aber in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt. Mit Telefax vom 20.9.2011 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt. Gegen diese Entscheidung richtet sich der mit Schriftsatz vom 30.9.2011 gestellte Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin ausführt, sie habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Durch die angefochtene Entscheidung fühle sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG, insbesondere aber in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin den Angebotsbedingungen widerspreche. In Punkt 1.2.4 des Informationsschreibens beschreibe der Auftraggeber die der Entsorgungs- und Behandlungsdienstleistung zu Grunde liegenden Abfälle näher:

Das diskontinuierlich anfallende Deponiesickerwasser wurde gem. Abfallverzeichnisverordnung BGBl II 2008/498 idGF der SN 95301 Sickerwasser aus Abfalldeponien, mit gefährlichen Inhaltsstoffen bzw. Abfallcode 190702 Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält, zugeordnet. In Punkt 1.3.1 des Informationsteiles stelle der Auftraggeber ausdrücklich fest, dass auch folgende Leistungen ausschreibungsgegenständlich seien: Das diskontinuierlich anfallende Deponiesickerwasser wurde gem. Abfallverzeichnisverordnung BGBl römisch zwei 2008/498 idGF der SN 95301 Sickerwasser aus Abfalldeponien, mit gefährlichen Inhaltsstoffen bzw. Abfallcode 190702 Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält, zugeordnet. In Punkt 1.3.1 des Informationsteiles stelle der Auftraggeber ausdrücklich fest, dass auch folgende Leistungen ausschreibungsgegenständlich seien:

Ordnungsgemäße endgültige Behandlung (gem. Begriffsbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes gem. § 2 Abs. 5 Z 1 iVm Anhang 2 sowie Z 2 (AWG, BGBl. I 2002/102 idGF) in den vom Bieter vorgesehenen Behandlungsanlagen. Der Auftraggeber verlange also wahlweise eine Abfallbehandlung im Sinne eines Verwertungs- oder Beseitigungsverfahrens von Abfällen oder eine stoffliche Verwertung von Abfällen. Eine derartige Abfallbehandlung habe nach den Bestimmungen des AWG zu erfolgen und bedürfe zwingend einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann. Ordnungsgemäße endgültige Behandlung (gem. Begriffsbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes gem. Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer eins, in Verbindung mit Anhang 2 sowie Ziffer 2, (AWG,

BGBI. römisch eins 2002/102 idgF) in den vom Bieter vorgesehenen Behandlungsanlagen. Der Auftraggeber verlange also wahlweise eine Abfallbehandlung im Sinne eines Verwertungs- oder Beseitigungsverfahrens von Abfällen oder eine stoffliche Verwertung von Abfällen. Eine derartige Abfallbehandlung habe nach den Bestimmungen des AWG zu erfolgen und bedürfe zwingend einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann.

Punkt 1.4.3 des Informationsteils bestimme:

Vom Bieter ist ein Entsorgungskonzept zu erstellen und mit dem Angebot vorzulegen, das den jeweiligen Entsorgungspfad aufweist, welche allenfalls erforderliche vorab Behandlungsschritte (z.B. Vorbehandlung, Zwischenlagerung) bis hin zur endgültigen ordnungsgemäßen Behandlung gemäß den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, enthält. Vom Bieter ist ein Entsorgungskonzept zu erstellen und mit dem Angebot vorzulegen, das den jeweiligen Entsorgungspfad aufweist, welche allenfalls erforderliche vorab Behandlungsschritte (z.B. Vorbehandlung, Zwischenlagerung) bis hin zur endgültigen ordnungsgemäßen Behandlung gemäß den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2002,, enthält.

Damit lege der Auftraggeber noch einmal ausdrücklich fest, dass die Behandlung der ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer zwingend nach den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 zu erfolgen habe. Außerdem verlange der Auftraggeber als zwingend zu erbringende Nebenleistung "die Ausstellung erforderlicher Begleitpapiere (Begleitschein gemäß §§ 5-7 AbfallnachweisVO BGBl II 2003/618, Wiegescheine bzw. Durchflussmengenmessungen) sowie elektronische Erfassung der Daten in einem EDV-System". Damit lege der Auftraggeber noch einmal ausdrücklich fest, dass die Behandlung der ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer zwingend nach den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 zu erfolgen habe. Außerdem verlange der Auftraggeber als zwingend zu erbringende Nebenleistung "die Ausstellung erforderlicher Begleitpapiere (Begleitschein gemäß Paragraphen 5 -, 7, AbfallnachweisVO BGBl römisch zwei 2003/618, Wiegescheine bzw. Durchflussmengenmessungen) sowie elektronische Erfassung der Daten in einem EDV-System".

Die AbfallnachweisVO habe der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auf Grundlage des AWG verordnet. Sie diene allein dem Zweck der Nachvollziehbarkeit von dem AWG unterliegenden Handlungen. Außerhalb des Anwendungsbereiches des AWG sei die Ausstellung von Begleitpapieren iSd AbfallnachweisVO nicht vorgesehen. Indem der Auftraggeber die Ausstellung dieser Papiere als Nebenleistung festlege, stelle er auch klar, dass die ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer in den Anwendungsbereich des AWG fallen würden und entsprechend den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen zu behandeln seien. Damit habe der Auftraggeber aber auch klargestellt, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern nicht um Abwässer iSd § 3 Abs. 1 Z 1 AWG 2002 handle, die nach der zitierten Bestimmung nämlich keine Abfälle seien. In seinen Fragebeantwortungen vom 10. und 27. Juni 2011 habe der Auftraggeber das Erfordernis des Vorliegens aller erforderlichen Genehmigungen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern um Abfälle mit der Abfallschlüsselnummer 95301 handle, bekräftigt. Diese Abfallschlüsselnummer beschreibe "Sickerwasser aus Abfalldeponien mit gefährlichen Inhaltsstoffen" und stufe diese als "gefährlichen Abfall" ein. In seiner Fragebeantwortung vom 17. Juni 2011 habe der Auftraggeber erklärt, dass er grundsätzlich auch eine Behandlung der Deponiesickerwässer nach anderen als abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen akzeptieren würde. Dies jedoch unter der zwingenden Voraussetzung, "dass dies allen gesetzlichen Rahmenbedingungen entspricht und entsprechend rechtskräftige Bescheide für die angebotene Entsorgung ausgehend von der Entnahme des Deponiesickerwassers bei der Deponie Faltinger bis hin zur rechtskonformen Behandlung sichergestellt ist." Die AbfallnachweisVO habe der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auf Grundlage des AWG verordnet. Sie diene allein dem Zweck der Nachvollziehbarkeit von dem AWG unterliegenden Handlungen. Außerhalb des Anwendungsbereiches des AWG sei die Ausstellung von Begleitpapieren iSd AbfallnachweisVO nicht vorgesehen. Indem der Auftraggeber die Ausstellung dieser Papiere als Nebenleistung festlege, stelle er auch klar, dass die ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer in den Anwendungsbereich des AWG fallen würden und entsprechend den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen zu behandeln seien. Damit habe der Auftraggeber aber auch klargestellt, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern nicht um Abwässer iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, AWG 2002 handle, die nach der zitierten Bestimmung nämlich keine Abfälle seien. In seinen Fragebeantwortungen vom 10. und 27. Juni 2011 habe der Auftraggeber das Erfordernis des Vorliegens aller erforderlichen Genehmigungen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern um Abfälle mit der Abfallschlüsselnummer 95301 handle, bekräftigt. Diese

Abfallschlüsselnummer beschreibe "Sickerwasser aus Abfalldeponien mit gefährlichen Inhaltsstoffen" und stufe diese als "gefährlichen Abfall" ein. In seiner Fragebeantwortung vom 17. Juni 2011 habe der Auftraggeber erklärt, dass er grundsätzlich auch eine Behandlung der Deponiesickerwässer nach anderen als abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen akzeptieren würde. Dies jedoch unter der zwingenden Voraussetzung, "dass dies allen gesetzlichen Rahmenbedingungen entspricht und entsprechend rechtskräftige Bescheide für die angebotene Entsorgung ausgehend von der Entnahme des Deponiesickerwassers bei der Deponie Faltinger bis hin zur rechtskonformen Behandlung sichergestellt ist."

Ein Angebot, dessen Entsorgungskonzept lediglich auf den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes beruhe und nicht gleichzeitig alle auf den Leistungsgegenstand anzuwendenden Bestimmungen einhalte, weiche deshalb von den Ausschreibungsbedingungen ab und sei vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthalte ein Entsorgungskonzept, das zwar möglicherweise den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes entspreche, aber jedenfalls den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen des AWG widerspreche.

Die Behandlung von Deponiesickerwässer habe zwingend in einer nach § 37 ff AWG genehmigten Anlage zu erfolgen. Die Behandlung derartiger Abfälle in einer nach wasserrechtlichen Bestimmungen genehmigten Kläranlage könne daher nur zulässig sein, wenn die betreffende Kläranlage auch eine Genehmigung nach dem AWG aufweise. Solche Genehmigungen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die in ihrem Entsorgungskonzept für die Behandlung vorgesehenen Anlagen nicht vorgelegt und hätten diese Genehmigungen ihren Anlagen zum Zeitpunkt der Angebotslegung auch gefehlt. Im Rahmen der Anpassung des AWG an das Gemeinschaftsrecht habe der Gesetzgeber in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage klargestellt, dass lediglich der Einsatz von "Abfällen, welche mit häuslichen Abwässern vergleichbar sind" sowie der Einsatz von "Abfällen, die beim Betrieb der Kanalisation bzw. der Kläranlage oder gleichwertiger Anlagen anfallen", von der Genehmigungspflicht des § 37 AWG ausgenommen würden. Auf Deponiesickerstoffe treffe diese Ausnahme nicht zu. Im Übrigen bestimme Art. 3 Z 1 RL 2008/98/EG vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien ("AbfallRL") jeden Stoff oder Gegenstand zum Abfall, "dessen sich sein Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss". Diese Definition treffe auf Deponiesickerwässer unstrittig zu. Diese könnten daher lediglich dann außerhalb des Abfallregimes einzuordnen seien, wenn sie einem Ausnahmetatbestand zuordenbar wären. Flüssiger Abfall unterliege aber keinem solchen Ausnahmetatbestand. Auch sonstige Abwässer seien vom Anwendungsbereich der AbfallRL nur ausgenommen, soweit sie schon von anderen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften abgedeckt seien. Dies treffe auf Deponiesickerwässer nicht zu. "Denkbar" wäre eine Behandlung ausschließlich auf Basis des WRG daher nur, wenn die Deponiesickerwässer ihre Abfalleigenschaft verlieren würden. Dies könne aber nach § 5 Abs. 1 AWG 2002 nur dann und vor allem erst in dem Zeitpunkt eintreten, indem die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten verwendet würden. Selbst im Falle einer Vorbereitung zur Wiederverwendung im Sinne des § 2 Abs. 5 Z 6 AWG sei das Ende der Abfalleigenschaft erst mit dem Abschluss dieses Verwertungsverfahrens erreicht. Ein Abfallende der gegenständlichen Deponiesickerwässer sei nicht zu erblicken, da Deponiesickerwässer nicht unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder Produkten geeignet sein und darüber hinaus wegen ihrer gefährlichen Inhaltsstoffe bereits aufgrund des objektiven Abfallbegriffes Abfälle iSd AWG-Regimes seien. Im Übrigen sei der gemeinschaftsrechtliche Abfallbegriff im Zweifel weit auszulegen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verstoße daher gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen und sei somit als ausschreibungswidrig zu werten. Die Behandlung von Deponiesickerwässer habe zwingend in einer nach Paragraph 37, ff AWG genehmigten Anlage zu erfolgen. Die Behandlung derartiger Abfälle in einer nach wasserrechtlichen Bestimmungen genehmigten Kläranlage könne daher nur zulässig sein, wenn die betreffende Kläranlage auch eine Genehmigung nach dem AWG aufweise. Solche Genehmigungen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin für die in ihrem Entsorgungskonzept für die Behandlung vorgesehenen Anlagen nicht vorgelegt und hätten diese Genehmigungen ihren Anlagen zum Zeitpunkt der Angebotslegung auch gefehlt. Im Rahmen der Anpassung des AWG an das Gemeinschaftsrecht habe der Gesetzgeber in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage klargestellt, dass lediglich der Einsatz von "Abfällen, welche mit häuslichen Abwässern vergleichbar sind" sowie der Einsatz von "Abfällen, die beim Betrieb der Kanalisation bzw. der Kläranlage oder gleichwertiger Anlagen anfallen", von der Genehmigungspflicht des Paragraph 37, AWG ausgenommen würden. Auf Deponiesickerstoffe treffe diese Ausnahme nicht zu. Im Übrigen bestimme Artikel 3, Ziffer eins, RL 2008/98/EG vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien ("AbfallRL") jeden Stoff oder Gegenstand zum Abfall, "dessen sich sein Besitzer entledigt,

entledigen will oder entledigen muss". Diese Definition treffe auf Deponiesickerwässer unstrittig zu. Diese könnten daher lediglich dann außerhalb des Abfallregimes einzuordnen seien, wenn sie einem Ausnahmetatbestand zuordenbar wären. Flüssiger Abfall unterliege aber keinem solchen Ausnahmetatbestand. Auch sonstige Abwässer seien vom Anwendungsbereich der AbfallRL nur ausgenommen, soweit sie schon von anderen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften abgedeckt seien. Dies treffe auf Deponiesickerwässer nicht zu. "Denkbar" wäre eine Behandlung ausschließlich auf Basis des WRG daher nur, wenn die Deponiesickerwässer ihre Abfalleigenschaft verlieren würden. Dies könne aber nach Paragraph 5, Absatz eins, AWG 2002 nur dann und vor allem erst in dem Zeitpunkt eintreten, indem die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten verwendet würden. Selbst im Falle einer Vorbereitung zur Wiederverwendung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer 6, AWG sei das Ende der Abfalleigenschaft erst mit dem Abschluss dieses Verwertungsverfahrens erreicht. Ein Abfallende der gegenständlichen Deponiesickerwässer sei nicht zu erblicken, da Deponiesickerwässer nicht unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder Produkten geeignet sein und darüber hinaus wegen ihrer gefährlichen Inhaltsstoffe bereits aufgrund des objektiven Abfallbegriffes Abfälle iSd AWG-Regimes seien. Im Übrigen sei der gemeinschaftsrechtliche Abfallbegriff im Zweifel weit auszulegen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verstoße daher gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen und sei somit als ausschreibungswidrig zu werten.

Durch die rechtswidrige Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe darin, dass sie die Chance auf Erhalt des Zuschlags verlieren würde. Hätte der Auftraggeber in rechtsrichtiger Vorgehensweise das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden, hätte er die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des - zweitgereihten - Angebotes der Antragstellerin treffen müssen. Darüber hinaus würden ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns sowie an frustrierten Angebotslegungskosten und der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes drohen.

Der Auftraggeber gab mit Schriftsatz vom 4.10.2011 zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe allgemein an, dass der geschätzte Auftragswert des in einem offenen Verfahren zu vergebenden Dienstleistungsauftrages EUR XXX,-- (ohne Ust) betrage. Vergebende Stelle sei die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH, 1230 Wien, Mosetigasse. Der Auftraggeber gab mit Schriftsatz vom 4.10.2011 zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe allgemein an, dass der geschätzte Auftragswert des in einem offenen Verfahren zu vergebenden Dienstleistungsauftrages EUR römisch 30 ,-- (ohne Ust) betrage. Vergebende Stelle sei die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH, 1230 Wien, Mosetigasse

1. 1.Ziffer eins

Die Angebotsöffnung sei am 1.7.2011 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 20.9.2011 per E-Mail/ Telefax erfolgt. Bislang sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Zum Sicherungsantrag führte der Auftraggeber im Wesentlichen wie folgt aus:

Das Sickerwasserbecken habe ein Fassungsvermögen von ca. 100 m³. Im Hinblick auf die diskontinuierlich anfallenden Sickerwässer müssten diese laufend entsorgt werden, wenn nicht eine Gefährdung des Grundwassers bzw. der Umwelt in Kauf genommen werden solle. Daraus folge ein erhebliches Interesse an einer ehest baldigen Auftragserteilung. Die Antragstellerin sei bisher selbst mit der gegenständlichen Entsorgung der Sickerwässer beauftragt gewesen, und zwar ohne dass dieser Sickerwasserbehandlung eine Ausschreibung in Übereinstimmung mit dem BVerG vorangegangen sei. Eine weitere Verzögerung der Auftragserteilung in Verbindung mit der Verpflichtung zur laufenden Sickerwasserbehandlung habe zur Folge, dass die "Direktvergabe" fortgesetzt werden müsste. Dies sei nicht im - von der Antragstellerin selbst vorgebrachten - Interesse an "der Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe". Der Auftraggeber wäre jedoch zu einer solchen Vorgangsweise zum Schutz der Umwelt/Gewässer gezwungen, sollte die einstweilige Verfügung auf mehr als die übliche Verfahrensdauer vor dem Bundesvergabeamt (6 Wochen) erteilt werden. Es werde daher beantragt, dass das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung auf längstens 6 Wochen befriste.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und

Wasserwirtschaft ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 leg cit (Dienstleistungs-Kategorie 16 des Anhangs III zum BVergG), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert ist nach den Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, leg cit (Dienstleistungs-Kategorie 16 des Anhangs römisch drei zum BVergG), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert ist nach den Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Nach den bisher im Provisorialverfahren vorliegenden Unterlagen erfüllt der Antrag - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Hauptverfahren - auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Nach den bisher im Provisorialverfahren vorliegenden Unterlagen erfüllt der Antrag - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Hauptverfahren - auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, der von der Antragstellerin vorgebrachte drohende Schaden (entgangener Gewinn/Vertrauensschaden) im Fall der Auftragserteilung an einen anderen Bieter als die Antragstellerin sei nicht geeignet, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stützen, da sich dieser Schaden auch nachträglich mit Schadenersatz geltend machen ließe, bzw. der Antragstellerin drohe kein Verlust eines Referenzprojektes, da diese ohnehin in der Vergangenheit die gegenständliche Sickerwasserreinigung durchgeführt habe und somit auf die gegenständliche Sickerwasserreinigung als Referenz verweisen könne, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065) ist unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG auch der Verlust des Referenzprojektes sowie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung zu verstehen. Vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065) ist unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG auch der Verlust des Referenzprojektes sowie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung zu verstehen. Vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen.

Vielfach werden in Ausschreibungen nur Referenzprojekte gewertet, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes getätigt/abgeschlossen wurden. Der Verlust der gegenständlichen, für einen anderen Zeitraum geltenden (neuen) Referenz stellt daher sehr wohl einen Schaden iSd § 328 Abs. 1 BVergG dar. Ebenso hat die Antragstellerin den drohenden Schaden durch die Kosten der frustrierten Angebotserstellung plausibel dargelegt. Das Vergabeverfahren befindet sich nach erfolgter Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 20.9.2011. Es wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Vielfach werden in Ausschreibungen nur Referenzprojekte gewertet, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes getätigt/abgeschlossen wurden. Der Verlust der gegenständlichen, für einen anderen Zeitraum geltenden (neuen) Referenz stellt daher sehr wohl einen Schaden iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG dar. Ebenso hat die Antragstellerin den drohenden Schaden durch die Kosten der frustrierten Angebotserstellung plausibel dargelegt. Das Vergabeverfahren befindet sich nach erfolgter Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am

20.9.2011. Es wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2011. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird jedoch im

Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an einem zügigen Verfahrensablauf bestehe, und eine "Direktvergabe" fortgesetzt werden müsste, um nicht eine Gefährdung des Grundwassers und der Umwelt in Kauf zu nehmen, sollte die einstweilige Verfügung nicht auf längstens 6 Wochen befristet werden, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105 - BVA/02/2008-EV9 ua.). Außerdem hat der Auftraggeber offenkundig bereits seit geraumer Zeit Kenntnis über die Notwendigkeit der Behandlung der diskontinuierlich anfallenden Deponiesickerwasser bei der Deponie Faltinger (vgl. in diesem Zusammenhang auch die widerrufenen Ausschreibungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft 2010/S 163-251132). Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an einem zügigen Verfahrensablauf bestehe, und eine "Direktvergabe" fortgesetzt werden müsste, um nicht eine Gefährdung des Grundwassers und der Umwelt in Kauf zu nehmen, sollte die einstweilige Verfügung nicht auf längstens 6 Wochen befristet werden, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105 - BVA/02/2008-EV9 ua.). Außerdem hat der Auftraggeber offenkundig bereits seit geraumer Zeit Kenntnis über die Notwendigkeit der Behandlung der diskontinuierlich anfallenden Deponiesickerwasser bei der Deponie Faltinger (vergleiche in diesem Zusammenhang auch die widerrufenen Ausschreibungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft 2010/S 163-251132).

Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die ua beantragte Untersagung der Fortsetzung im Vergabeverfahren war als überschießend abzuweisen. Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass die Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge gemäß § 326 BVergG grundsätzlich mit 6 Wochen befristet ist. Die ua beantragte Untersagung der Fortsetzung im Vergabeverfahren war als überschießend abzuweisen. Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen

Maßnahme mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass die Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 326, BVergG grundsätzlich mit 6 Wochen befristet ist.

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2011

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