

TE Verg Bescheid 2011/8/9 N/0077-BVA/02/2011-EV5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.08.2011

Norm

BVergG 2006 §3 Abs2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 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 § 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 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl. I Nr 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Altlastensanierung Kokerei Linz: Los 1 - Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien; Los 2 - Errichtung eines Funnel & Gate Systems", des Auftraggebers voestalpine Stahl GmbH, vertreten durch den Einkauf, Abteilung FEB-Bau, Dienstleistungen, mechanische Komponenten, Medien, beide voestalpine-Straße 3, 4020 Linz, diese vertreten durch x***, über den Antrag der Bewerbungsgemeinschaft A***, vertreten durch Y***, vom 1. August 2011 (eingelangt am 2. August 2011), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Altlastensanierung Kokerei Linz: Los 1 - Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien; Los 2 - Errichtung eines Funnel & Gate Systems", des Auftraggebers voestalpine Stahl GmbH, vertreten durch den Einkauf, Abteilung FEB-Bau, Dienstleistungen, mechanische Komponenten, Medien, beide voestalpine-Straße 3, 4020 Linz, diese vertreten durch x***, über den Antrag der Bewerbungsgemeinschaft A***, vertreten durch Y***, vom 1. August 2011 (eingelangt am 2. August 2011), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der voestalpine Stahl GmbH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution aufgetragen, den Ablauf der Teilnahmefrist ohne Festsetzung einer neuen Frist für die Abgabe eines Teilnahmeantrages aufzuschieben; falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventuelle das gegenständliche Vergabeverfahren wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes bei sonstiger Exekution ausgesetzt; falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventuelle der voestalpine Stahl GmbH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, die Teilnahmeanträge zu öffnen; falls das Bundesvergabeamt diesem Antrag nicht stattgeben sollte, in eventuelle der voestalpine Stahl GmbH wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag über die ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen", wird insoweit stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Altlastensanierung Kokerei Linz: Los 1 - Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien; Los 2 - Errichtung eines Funnel & Gate Systems" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Ablauf der Teilnahmeantragsfrist ausgesetzt und dem Auftraggeber untersagt wird, im genannten Vergabeverfahren die eingelangten Teilnahmeanträge zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "Altlastensanierung Kokerei Linz: Los 1 - Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien; Los 2 - Errichtung eines Funnel & Gate Systems", des Auftraggebers voestalpine Stahl GmbH, vertreten durch den Einkauf, Abteilung FEB-Bau, Dienstleistungen, mechanische Komponenten, Medien, beide voestalpine-Straße 3, 4020 Linz, diese vertreten durch x***, erfolgte europaweit am 7.7.2011 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 128- 213097.

Laut Bekanntmachung handelt es sich um einen aus 2 Losen bestehenden Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 90000000 und 45262000), beide Lose sollen in einem Verhandlungsverfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Los 1 (CPV-Code 90000000, 90500000, 90520000, 90522000, 90522200) wird bezeichnet mit "Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien" und Los 2 (CPV-Code 45262000, 45262200, 45262213, 45262220) mit "Errichtung eines Funnel & Gate Systems". Nach Punkt I.2) der Bekanntmachung, "Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeit(en)", betrifft die Auftragsvergabe einen sonstigen privaten Auftraggeber, jedoch keinen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG, wobei die Ausschreibung auf "Grundlage der FRL2008 für die Altlastensanierung und -sicherung des BMLFUW" erfolgt. Die weiteren Angaben unter Punkt I.2) der Bekanntmachung lauten: Laut Bekanntmachung handelt es sich um einen aus 2 Losen bestehenden Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 90000000 und 45262000), beide Lose sollen in einem Verhandlungsverfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Los 1 (CPV-Code 90000000, 90500000, 90520000, 90522000, 90522200) wird bezeichnet mit "Behandlung, Entsorgung und Wiederverwertung von kontaminierten Bodenmaterialien" und Los 2 (CPV-Code 45262000, 45262200, 45262213, 45262220) mit "Errichtung eines Funnel & Gate Systems". Nach Punkt römisch eins.2) der Bekanntmachung, "Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeit(en)", betrifft die Auftragsvergabe einen sonstigen privaten Auftraggeber, jedoch keinen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG, wobei die Ausschreibung auf "Grundlage der FRL2008 für die Altlastensanierung und -sicherung des BMLFUW" erfolgt. Die weiteren Angaben unter Punkt römisch eins.2) der Bekanntmachung lauten:

"Allgemeine öffentliche Verwaltung, Sonstige Stahlproduktion". Während in der Bekanntmachung unter Punkt VI.4) "Nachprüfungsverfahren/Rechtsbehelfe", Unterpunkt VI.4.1) "Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren" keine Eintragungen vorgenommen wurden, enthält Unterpunkt VI.4.2) "Einlegung von Rechtsbehelfen, Genaue Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen:" den Hinweis "Österreichische Zivilgerichtsbarkeit (gegenständlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich des BVergG)". Bewerber wurden laut Bekanntmachung noch nicht ausgewählt. Der ursprünglich bekannt gemachte Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge (8.8.2011, 10:00 Uhr) wurde mit Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 29.7.2011 bis 16.8.2011, 10:00 Uhr, erstreckt. "Allgemeine öffentliche Verwaltung, Sonstige Stahlproduktion". Während in der Bekanntmachung unter Punkt römisch sechs.4) "Nachprüfungsverfahren/Rechtsbehelfe", Unterpunkt römisch sechs.4.1) "Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren" keine Eintragungen vorgenommen wurden, enthält Unterpunkt römisch sechs.4.2) "Einlegung von Rechtsbehelfen, Genaue Angaben zu den Fristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen:" den Hinweis "Österreichische Zivilgerichtsbarkeit (gegenständlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich des BVergG)". Bewerber wurden laut Bekanntmachung noch nicht ausgewählt. Der ursprünglich bekannt gemachte Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge (8.8.2011, 10:00 Uhr) wurde mit Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 29.7.2011 bis 16.8.2011, 10:00 Uhr, erstreckt.

Mit Schriftsatz vom 1.8.2011 (eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2.8.2011) brachte die Bergwerksgemeinschaft A***, vertreten durch Y***, (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein. Mit Schriftsatz vom 1.8.2011 (eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2.8.2011) brachte die Bergwerksgemeinschaft A***, vertreten durch Y***, in der Fassung Antragstellerin, einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein.

Weiters wurde begehrt: "das Bundesvergabeamt möge nach

Durchführung einer mündlichen Verhandlung:

1. 1.Ziffer eins

Die Bewerbungsunterlagen `Altlastensanierung Kokerei Linz` der Auftraggeberin zur Gänze für nichtig erklären,

- im Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Nichtigerklärungsantrages -

1. 2.Ziffer 2

die in diesem Nachprüfungsantrag genannten Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären, und zwar:

- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 2.7.3 (5) (a) Referenzprojekte und
- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 2.7.2 (b) Technische Ausstattung und

- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 2.7.6.2 (9) Mindestanforderungen an das Entsorgungskonzept und
- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 7.1 (3) Altlasten- und Sanierungsbeschreibung und
- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 8 Ablauf der ersten Stufe des Verfahrens und
- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 18 Mehrfache Beteiligungen durch ein Unternehmen am

Vergabeverfahren und

- Teil A Pkt. 13 iVm Teil A Punkt 12 (2) Rügepflicht und Verzicht/Fristverkürzung, Teil A Pkt. 13 in Verbindung mit Teil A Punkt 12 (2) Rügepflicht und Verzicht/Fristverkürzung,

und

- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 17.1 (1) Subunternehmer und
- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 20 salvatorische Klausel und
- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 2.6.1 (1) Voraussetzungen der finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit und

- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 2.7.2 (c) Technische Ausstattung und
- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 3.2.2 Anzahl der Subunternehmer und
- -Strichaufzählung
Teil B Pkt. 3.2.2 ISO-Zertifizierung und
- -Strichaufzählung
Teil A Pkt. 9 (2) Zuschlagskriterium `Transportkilometer (Emissionen)` und
- -Strichaufzählung
Teil C."

Außerdem beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie die Gewährung von Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die gegenständliche Ausschreibung mit zahlreichen Rechtswidrigkeiten behaftet sei:

Mit den Eignungs- und Auswahlkriterien sowie der Leistungsbeschreibung verstoße der Auftraggeber gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des freien Wettbewerbs, sowie insbesondere gegen § 96 Abs. 3 BVergG. Diese Ausschreibungsbestimmungen seien so ausgestaltet, dass sie nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt seien und nur durch die U***, erfüllt werden könnten. Nur dieses und kein anderes Unternehmen am örtlich relevanten Markt verfüge über das in Teil B Pkt. 2.7.3 (5) (a) der Bewerbungsunterlage geforderte Referenzprojekt betreffend kohlenwasserstoff-belastete Abfälle. Erfahrungen mit kohlenwasserstoffbelasteten Abfällen spielten jedoch für die gegenständliche Sanierung nur eine untergeordnete Rolle. Für die ausschreibungsgegenständlichen Sanierungsleistungen seien vielmehr vor allem Erfahrungen mit vorwiegend polyzyklischen aromatischen kohlenwasserstoffbelasteten Abfällen relevant. Mit den Eignungs- und Auswahlkriterien sowie der Leistungsbeschreibung verstoße der Auftraggeber gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des freien Wettbewerbs, sowie insbesondere gegen Paragraph 96, Absatz 3, BVergG. Diese Ausschreibungsbestimmungen seien so ausgestaltet, dass sie nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt seien und nur durch die U***, erfüllt werden könnten. Nur dieses und kein anderes Unternehmen am örtlich relevanten Markt verfüge über das in Teil B Pkt. 2.7.3 (5) (a) der Bewerbungsunterlage geforderte Referenzprojekt betreffend kohlenwasserstoff-belastete Abfälle. Erfahrungen mit kohlenwasserstoffbelasteten Abfällen spielten jedoch für die gegenständliche Sanierung nur eine untergeordnete Rolle. Für die ausschreibungsgegenständlichen Sanierungsleistungen seien vielmehr vor allem

Erfahrungen mit vorwiegend polyzyklischen aromatischen kohlenwasserstoffbelasteten Abfällen relevant.

Auch die für dieses Referenzprojekt geforderten Kapazitäten einer Behandlungsleistung von durchschnittlich 1500 t/d jeweils an 10 Tagen könnten nur von diesem bestimmten Unternehmen erbracht werden. Diese für das Referenzprojekt geforderte Behandlungsleistung betrage die 3-fache Menge der ausgeschriebenen täglichen Behandlungsmenge von maximal 500 t/d bei 300 Arbeitstagen in einem Jahr [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.7.2 (b) (Technische Ausstattung)]. Ein Kriterium, das eine doppelt so hohe Produktionskapazität wie die ausgeschriebene Leistung bewerte, sei rechtswidrig (EuGH 27.10.2005, Contse RS C-234/03) und nicht iSv § 70 Abs. 1 BVergG durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Auch die für dieses Referenzprojekt geforderten Kapazitäten einer Behandlungsleistung von durchschnittlich 1500 t/d jeweils an 10 Tagen könnten nur von diesem bestimmten Unternehmen erbracht werden. Diese für das Referenzprojekt geforderte Behandlungsleistung betrage die 3-fache Menge der ausgeschriebenen täglichen Behandlungsmenge von maximal 500 t/d bei 300 Arbeitstagen in einem Jahr [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.7.2 (b) (Technische Ausstattung)]. Ein Kriterium, das eine doppelt so hohe Produktionskapazität wie die ausgeschriebene Leistung bewerte, sei rechtswidrig (EuGH 27.10.2005, Contse RS C-234/03) und nicht iSv Paragraph 70, Absatz eins, BVergG durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Das vorgesehene "Prinzip der Nähe" [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.7.6.2 (9) (a) (Mindestanforderung an das Entsorgungskonzept)] bedeute, dass eine Bodenwaschanlage bei der Behandlung von 115.000 t/a maximal 2,79 km von der Anfallstelle entfernt sein dürfe. Nur das eine genannte Unternehmen erfülle dieses Kriterium. Sämtliche anderen Bodenwaschanlagen wie, zB die der Antragstellerin in 14,1 km Entfernung, seien von der Anfallstelle zu weit entfernt.

Die Anforderung an die Bodenwaschanlage, eine Maximalkonzentration PAK-schadstoffbelasteter Abfälle von 125.000 mg/kg zu behandeln [vgl. Bewerbungsunterlagen, Leistungsbeschreibung Teil A Pkt. 7.2.1 (16)], finde keine sachliche Rechtfertigung in der ausgeschriebenen Konzentration zwischen 200 mg/kg und 500 mg/kg [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 7.1 (3)]. Lediglich die Bodenwaschanlage der U*** erfülle im örtlich relevanten Markt auch diese Anforderung.

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens sei rechtswidrig. Es liege kein Ausnahmeverfahren im Sinne der im BVergG abschließend aufgelisteten Ausnahmefälle vor. Die zu erbringenden Leistungen seien marktübliche Sanierungsleistungen, für welche am Markt eine Preisbestimmung im Rahmen eines offenen Verfahrens möglich sei. In den Bewerbungsunterlagen werde die Wahl des Verhandlungsverfahrens weder begründet noch erläutert und der Auftraggeber habe in den Bewerbungsunterlagen die Zuschlagskriterien sogar bekanntgegeben.

Mit der vom Auftraggeber in den Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 18, getroffenen Formulierung werde die Mehrfachbeteiligung von Unternehmern pauschal und ohne sachliche Begründung ausgeschlossen. Ein automatischer Ausschluss stelle eine diskriminierende Behandlung dar (vgl. EuGH 23.12.2009, C-376/08 Serrantoni/ Milano). Die ausgeschriebenen Leistungen könnten in Österreich und im angrenzenden Ausland nur von einem sehr kleinen Kreis und die thermische Verwertung könne österreichweit nur von einem einzigen Unternehmen, der F*** GesmbH, erbracht werden. Durch das generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung könnte sich nur ein Bieter gemeinsam mit der F*** GesmbH beteiligen. Den übrigen möglichen Bietern sei mangels Erfüllung der Kapazitäten thermischer Verwertung vor Ort eine Beteiligung damit nicht möglich. Von den drei, in Österreich bestehenden Unternehmen, die über eine Bodenwaschanlage verfügten und somit grundsätzlich die ausgeschriebenen Leistungen erbringen könnten, kämen infolge des automatischen Verbotes der Mehrfachbeteiligung nur mehr zwei Bieter in Frage. Die P*** GmbH sei sowohl an der U*** als auch an der W*** maßgeblich beteiligt. Das generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung verhindere den Wettbewerb. Mit der vom Auftraggeber in den Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 18, getroffenen Formulierung werde die Mehrfachbeteiligung von Unternehmern pauschal und ohne sachliche Begründung ausgeschlossen. Ein automatischer Ausschluss stelle eine diskriminierende Behandlung dar vergleiche EuGH 23.12.2009, C-376/08 Serrantoni/ Milano). Die ausgeschriebenen Leistungen könnten in Österreich und im angrenzenden Ausland nur von einem sehr kleinen Kreis und die thermische Verwertung könne österreichweit nur von einem einzigen Unternehmen, der F*** GesmbH, erbracht werden. Durch das generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung könnte sich nur ein Bieter gemeinsam mit der F*** GesmbH beteiligen. Den übrigen möglichen Bietern sei mangels Erfüllung der Kapazitäten thermischer Verwertung vor Ort eine Beteiligung damit nicht möglich. Von den drei, in Österreich bestehenden Unternehmen, die über eine Bodenwaschanlage verfügten und somit grundsätzlich die ausgeschriebenen Leistungen erbringen könnten, kämen infolge des automatischen Verbotes der

Mehrfachbeteiligung nur mehr zwei Bieter in Frage. Die P*** GmbH sei sowohl an der U*** als auch an der W*** maßgeblich beteiligt. Das generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung verhindere den Wettbewerb.

Die Regelung in Teil A Pkt. 13 iVm Teil A Punkt 12 der Bewerbungsunterlagen, wonach die Bewerber verpflichtet seien, der vergebenden Stelle Rechtswidrigkeiten bis 25.7.2011 zur Kenntnis zu bringen, ansonsten der Bewerber auf eine spätere Geltendmachung im gesetzlich größtmöglichen Umfang verzichte und der Auftraggeber insoweit schad- und klaglos zu halten sei, verkürze die in § 321 Abs. 4 BVergG vorgesehene Anfechtungsfrist zur Geltendmachung von Rechtswidrigkeiten unzulässiger Weise um nahezu eine Woche. Die Regelung in Teil A Pkt. 13 in Verbindung mit Teil A Punkt 12 der Bewerbungsunterlagen, wonach die Bewerber verpflichtet seien, der vergebenden Stelle Rechtswidrigkeiten bis 25.7.2011 zur Kenntnis zu bringen, ansonsten der Bewerber auf eine spätere Geltendmachung im gesetzlich größtmöglichen Umfang verzichte und der Auftraggeber insoweit schad- und klaglos zu halten sei, verkürze die in Paragraph 321, Absatz 4, BVergG vorgesehene Anfechtungsfrist zur Geltendmachung von Rechtswidrigkeiten unzulässiger Weise um nahezu eine Woche.

Die Beschränkung des Subunternehmereinsatzes, alle wesentlichen Teile der Leistungen seien vom Auftragnehmer selbst zu erbringen [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 17.1 (1)] betreffe ca. 60% der Leistungen von Los 1 und ca. 40 % der Leistungen von Los

1. 2.Ziffer 2

Diese Regelung widerspreche § 83 BVergG, wonach der Einsatz von Subunternehmern grundsätzlich zulässig sei und dem Gleichbehandlungs- und dem Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sowie den Grundfreiheiten des AEUV als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht. Diese Regelung widerspreche Paragraph 83, BVergG, wonach der Einsatz von Subunternehmern grundsätzlich zulässig sei und dem Gleichbehandlungs- und dem Wettbewerbsgrundsatz gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sowie den Grundfreiheiten des AEUV als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht.

Die in den Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 20, enthaltene salvatorische Klausel, die es dem Bieter nicht ermögliche zu erkennen, auf welcher Basis er die Bewerbungs- und nachfolgenden Ausschreibungsunterlagen zu seinem Teilnahmeantrag bzw. Angebot abzugeben habe, verletze die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz sowie §§ 96 Abs. 1 und 99 Abs. 1 BVergG. Die in den Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 20, enthaltene salvatorische Klausel, die es dem Bieter nicht ermögliche zu erkennen, auf welcher Basis er die Bewerbungs- und nachfolgenden Ausschreibungsunterlagen zu seinem Teilnahmeantrag bzw. Angebot abzugeben habe, verletze die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz sowie Paragraphen 96, Absatz eins und 99 Absatz eins, BVergG.

Das Eignungs- bzw. Auswahlkriterium, nur Bewerber, die einen jährlichen Gesamtumsatz von mindestens Euro 50 Mio. für jedes der letzten 3 Geschäftsjahre und Umsatzerlöse aus den ausgeschriebenen oder mit diesen vergleichbaren Leistungen von mindestens Euro 15 Mio. für jedes der letzten 3 Geschäftsjahre vorweisen könnten, zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen (vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.6.1), diskriminiere kleine und mittlere Unternehmen, schließe diese vom Vergabeverfahren aus und verstoße damit gegen § 70 Abs. 1 BVergG. Das Eignungs- bzw. Auswahlkriterium, nur Bewerber, die einen jährlichen Gesamtumsatz von mindestens Euro 50 Mio. für jedes der letzten 3 Geschäftsjahre und Umsatzerlöse aus den ausgeschriebenen oder mit diesen vergleichbaren Leistungen von mindestens Euro 15 Mio. für jedes der letzten 3 Geschäftsjahre vorweisen könnten, zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen vergleiche Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.6.1), diskriminiere kleine und mittlere Unternehmen, schließe diese vom Vergabeverfahren aus und verstoße damit gegen Paragraph 70, Absatz eins, BVergG.

Das Auswahl- und Eignungskriterium, der Bewerber habe die Nachweise über die verfügbare Kapazität von nicht deponierfähigen Abfällen und die Erlaubnis der thermischen Verwertung für insgesamt 100.000t bis Ende 2022 zu erbringen [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 2.7.2 (c) (Technische Ausstattung)], sei diskriminierend und durch die Ausschreibung nicht sachlich gerechtfertigt. Nur die Anlage der F*** GesmbH verfüge über eine solche Kapazität. Wegen des gleichzeitig vorgesehenen Ausschlusses der Mehrfachbeteiligung sei es daher nur einem österreichischen Bieter gemeinsam mit der F*** GesmbH möglich, dieses Kriterium zu erfüllen.

Das Auswahlkriterium, die Anzahl der Subunternehmer sei bei der Auswahl der Bewerber durch den Auftraggeber zu berücksichtigen (vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 3.2.2), sei rechtswidrig. Die Anzahl der Subunternehmer sei weder für die Auftragsdurchführung relevant, noch gewährleiste eine beschränkte Anzahl von Subunternehmern eine bessere, schnellere oder kostengünstigere Durchführung des Auftrages, zumal die Anzahl einer Arbeitsgemeinschaft

auf zwei Mitglieder im Punkt Teil A Pkt. 16 (2) der Bewerbungsunterlagen eingeschränkt werde. Dieses Auswahlkriterium beschränke auch das Grundrecht der Bieter auf die Weitergabe des Auftrages und führe bei einem großen und technisch komplizierten Auftrag, wie dem verfahrensgegenständlichen, zu einer versteckten Ausländerdiskriminierung. Typischerweise bestehe Interesse an einem Einsatz von Subunternehmern aus dem EU-Ausland (vgl. EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia). Das Auswahlkriterium, die Anzahl der Subunternehmer sei bei der Auswahl der Bewerber durch den Auftraggeber zu berücksichtigen vergleiche Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 3.2.2), sei rechtswidrig. Die Anzahl der Subunternehmer sei weder für die Auftragsdurchführung relevant, noch gewährleiste eine beschränkte Anzahl von Subunternehmern eine bessere, schnellere oder kostengünstigere Durchführung des Auftrages, zumal die Anzahl einer Arbeitsgemeinschaft auf zwei Mitglieder im Punkt Teil A Pkt. 16 (2) der Bewerbungsunterlagen eingeschränkt werde. Dieses Auswahlkriterium beschränke auch das Grundrecht der Bieter auf die Weitergabe des Auftrages und führe bei einem großen und technisch komplizierten Auftrag, wie dem verfahrensgegenständlichen, zu einer versteckten Ausländerdiskriminierung. Typischerweise bestehe Interesse an einem Einsatz von Subunternehmern aus dem EU-Ausland vergleiche EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98, Holst Italia).

Auch das Auswahlkriterium, dass Bewerber mit einer länger als fünfjährigen ISO 14000 Zertifizierung doppelt so viele Punkte, als andere Bewerber, die diese Voraussetzung nicht erfüllen erhalten würden (vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 3.2.2), sei rechtswidrig. Die Dauer einer ISO-Zertifizierung sage nichts über die Qualität des Bieters aus. Auch das Auswahlkriterium, dass Bewerber mit einer länger als fünfjährigen ISO 14000 Zertifizierung doppelt so viele Punkte, als andere Bewerber, die diese Voraussetzung nicht erfüllen erhalten würden vergleiche Bewerbungsunterlagen, Teil B Pkt. 3.2.2), sei rechtswidrig. Die Dauer einer ISO-Zertifizierung sage nichts über die Qualität des Bieters aus.

Das Zuschlagskriterium "Transportkilometer (Emissionen)" werde nur durch die U*** erfüllt und verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und des freien Wettbewerbs [vgl.

Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 9 (2)].

Da Teil C der Bewerbungsunterlagen keine Regelung hinsichtlich der Auswahlkriterien enthalte, sei es einem Bewerber nicht erkennbar, welche Aspekte zu einer Einladung zur Angebotsabgabe führen würden. Dieses Fehlen von Auswahlkriterien gewährleiste keine nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien erfolgende Bieterauswahl. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, insbesondere die Regelungen des Verhandlungsverfahrens gemäß § 25 Abs. 5 iVm § 103 BVergG seien verletzt. Da Teil C der Bewerbungsunterlagen keine Regelung hinsichtlich der Auswahlkriterien enthalte, sei es einem Bewerber nicht erkennbar, welche Aspekte zu einer Einladung zur Angebotsabgabe führen würden. Dieses Fehlen von Auswahlkriterien gewährleiste keine nach objektiven und nachvollziehbaren Kriterien erfolgende Bieterauswahl. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, insbesondere die Regelungen des Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 5, in Verbindung mit Paragraph 103, BVergG seien verletzt.

Zum Auftraggeber führte die Antragstellerin insbesondere aus, es handle sich um einen Privaten, der aber einen Bauauftrag und damit in Verbindung stehende Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich vergebe, die zu mehr als 50% direkt vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW) subventioniert würden [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 5 (1)]. Der Auftragswert der Sanierungsleistungen betrage voraussichtlich zumindest Euro 153,9 Mio. und werde zu über 95% mit Euro 146,27 Mio. gefördert (siehe Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.10.2010, Pkt. 42 und 43, Seite 9). Es handle sich daher um einen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 2 BVergG. Die Bestimmungen der Teile 1, 2, 4-6 des BVergG kämen auf die gegenständliche Ausschreibung zur Anwendung. Im Hinblick auf die - nach Kenntnis der Antragstellerin - zur voestalpine-Gruppe gehörigen Mitglieder, habe der Auftraggeber maßgeblichen Einfluss auf das eine, von den insgesamt nur drei in Österreich existierenden Unternehmen, nämlich die U***, die als Bieter für die Durchführung der in Los 1 ausgeschriebenen Bodenwäsche in Betracht käme. Zum Auftraggeber führte die Antragstellerin insbesondere aus, es handle sich um einen Privaten, der aber einen Bauauftrag und damit in Verbindung stehende Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich vergebe, die zu mehr als 50% direkt vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW) subventioniert würden [vgl. Bewerbungsunterlagen, Teil A Pkt. 5 (1)]. Der Auftragswert der Sanierungsleistungen betrage voraussichtlich zumindest Euro 153,9 Mio. und werde zu über 95% mit Euro 146,27 Mio. gefördert (siehe Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12.10.2010, Pkt. 42 und 43, Seite 9). Es handle sich daher um einen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG. Die Bestimmungen der Teile 1, 2, 4-6 des BVergG kämen auf die gegenständliche Ausschreibung zur Anwendung. Im Hinblick auf die - nach Kenntnis der Antragstellerin - zur voestalpine-Gruppe gehörigen Mitglieder, habe der

Auftraggeber maßgeblichen Einfluss auf das eine, von den insgesamt nur drei in Österreich existierenden Unternehmen, nämlich die U***, die als Bieter für die Durchführung der in Los 1 ausgeschriebenen Bodenwäsche in Betracht käme.

Die Antragstellerin sei eine Bewerbergemeinschaft bestehend aus Unternehmern, zu deren Geschäftstätigkeit ua das Anbieten und die Ausführung der hier ausgeschriebenen Leistungen gehörten. Sie habe daher ein Interesse am Zuschlag. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, sowie in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines rechtskonformen sowie chancenreichen Teilnahmeantrages verletzt. Sie bekämpfe die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages mit den Bewerbungsunterlagen vom 1.7.2011. Es drohe ihr ein Schaden durch Verlust der Chance auf eine Angebotsabgabe und -bewertung, durch entgangenen Gewinn von ca. Euro 4,5 Mio. netto für 11 Jahre auf Grundlage des geschätzten Auftragswertes, durch bisher angelaufene frustrierte Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen samt Rechtsanwaltshonorar und durch den Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragstellerin sei eine Bewerbergemeinschaft bestehend aus Unternehmern, zu deren Geschäftstätigkeit ua das Anbieten und die Ausführung der hier ausgeschriebenen Leistungen gehörten. Sie habe daher ein Interesse am Zuschlag. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, sowie in ihrem Recht auf Abgabe und Bewertung eines rechtskonformen sowie chancenreichen Teilnahmeantrages verletzt. Sie bekämpfe die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages mit den Bewerbungsunterlagen vom 1.7.2011. Es drohe ihr ein Schaden durch Verlust der Chance auf eine Angebotsabgabe und -bewertung, durch entgangenen Gewinn von ca. Euro 4,5 Mio. netto für 11 Jahre auf Grundlage des geschätzten Auftragswertes, durch bisher angelaufene frustrierte Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen samt Rechtsanwaltshonorar und durch den Verlust eines Referenzprojektes.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, für den Fall, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht ausgesetzt werde bzw. die Rechtsschutzmöglichkeiten präkludierten bzw. spätestens im Fall der Zuschlagserteilung, verliere sie ihre Chance auf Erhalt des Zuschlages in einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit auf Beteiligung in einem fairen und lauten Wettbewerb. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten könnten nach Ablauf der Frist gemäß § 321 Abs. 4 BVergG nicht mehr aufgegriffen werden und der Auftraggeber könne auf Basis der angefochtenen Ausschreibung den Zuschlag erteilen. Eine bloße ex-post Feststellung der Rechtswidrigkeiten könne die Chance den Auftrag zu erhalten bzw die sich aus dessen Verlust für die Antragstellerin ergebende unmittelbare Schädigung ihrer Interessen nicht aufwiegen. Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, für den Fall, dass das gegenständliche Vergabeverfahren nicht ausgesetzt werde bzw. die Rechtsschutzmöglichkeiten präkludierten bzw. spätestens im Fall der Zuschlagserteilung, verliere sie ihre Chance auf Erhalt des Zuschlages in einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit auf Beteiligung in einem fairen und lauten Wettbewerb. Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten könnten nach Ablauf der Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 4, BVergG nicht mehr aufgegriffen werden und der Auftraggeber könne auf Basis der angefochtenen Ausschreibung den Zuschlag erteilen. Eine bloße ex-post Feststellung der Rechtswidrigkeiten könne die Chance den Auftrag zu erhalten bzw die sich aus dessen Verlust für die Antragstellerin ergebende unmittelbare Schädigung ihrer Interessen nicht aufwiegen.

Mit Schriftsatz vom 5.8.2011 machte der Auftraggeber zunächst allgemeine Angaben zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich, in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren zu vergebenden Dienstleistungsauftrages betrage insgesamt Euro 107,5 Mio. (netto), ca. Euro 90,2 Mio. (netto) betreffe das Los 1 und ca. Euro 17,3 Mio. (netto) das Los 2. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe des Verhandlungs-verfahrens, Teilnahmeanträge seien bislang noch keine eingereicht bzw. entgegengenommen worden.

Die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG seien auf die Vergabe des gegenständlichen Auftrages nicht anwendbar. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG. Auch die Voraussetzungen zur Anwendung von § 3 Abs. 2 BVergG lägen nicht vor. Zur Vergabe gelange ein Auftrag, dessen hauptsächlicher Gegenstand die Behandlung von kontaminiertem Bodenmaterial in einer Bodenwaschanlage sei. Es liege eine Dienstleistung vor. Hauptzweck des Auftrages sei es, am Standort der Kokerei auszuhebendes Altlastenmaterial mittels Bodenwaschverfahren zu reinigen. Teil dieses Dienstleistungsauftrages seien bestimmte Sicherungsmaßnahmen, insbesondere baulicher Natur (Errichtung eines Funnel & Gate-Systems), die im Verhältnis zur Bodenwäsche lediglich Nebenleistungen seien. Nach den für gemischte Verträge in der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien

(vgl. insbesondere EuGH in der RS Gestion Hotelaria) sei der vorliegende Auftrag als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren. Dieser Dienstleistungsauftrag werde zu mehr als 50% vom BMLFUW gefördert. Auf die Vergabe von zu mehr als 50% von der öffentlichen Hand subventionierten Dienstleistungsaufträgen, die nicht in Verbindung mit einem zu mehr als 50% subventionierten öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellenbereich stünden, sei § 3 Abs. 2 BVergG nicht anwendbar (vgl. BVA 12.07.2006, GZ N/0041- BVA/07/2006-49). Ein in Verbindung mit diesem Dienstleistungsauftrag stehender Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der zu mehr als 50% von der öffentlichen Hand subventioniert werde, liege nicht vor. Der Auftraggeber werde in der ihm aufgetragenen Stellungnahme zum Nachprüfungsverfahren noch näher darlegen, worauf sich die Nicht-Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 BVergG gründe. Die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG seien auf die Vergabe des gegenständlichen Auftrages nicht anwendbar. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG. Auch die Voraussetzungen zur Anwendung von Paragraph 3, Absatz 2, BVergG lägen nicht vor. Zur Vergabe gelange ein Auftrag, dessen hauptsächlicher Gegenstand die Behandlung von kontaminiertem Bodenmaterial in einer Bodenwaschanlage sei. Es liege eine Dienstleistung vor. Hauptzweck des Auftrages sei es, am Standort der Kokerei auszuhebendes Altlastenmaterial mittels Bodenwaschverfahren zu reinigen. Teil dieses Dienstleistungsauftrages seien bestimmte Sicherungsmaßnahmen, insbesondere baulicher Natur (Errichtung eines Funnel & Gate-Systems), die im Verhältnis zur Bodenwäsche lediglich Nebenleistungen seien. Nach den für gemischte Verträge in der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien vergleiche insbesondere EuGH in der RS Gestion Hotelaria) sei der vorliegende Auftrag als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren. Dieser Dienstleistungsauftrag werde zu mehr als 50% vom BMLFUW gefördert. Auf die Vergabe von zu mehr als 50% von der öffentlichen Hand subventionierten Dienstleistungsaufträgen, die nicht in Verbindung mit einem zu mehr als 50% subventionierten öffentlichen Bauauftrag im Oberschwellenbereich stünden, sei Paragraph 3, Absatz 2, BVergG nicht anwendbar vergleiche BVA 12.07.2006, GZ N/0041- BVA/07/2006-49). Ein in Verbindung mit diesem Dienstleistungsauftrag stehender Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der zu mehr als 50% von der öffentlichen Hand subventioniert werde, liege nicht vor. Der Auftraggeber werde in der ihm aufgetragenen Stellungnahme zum Nachprüfungsverfahren noch näher darlegen, worauf sich die Nicht-Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG gründe.

Der Auftraggeber sprach sich zwar nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung an sich aus, brachte aber zur Aussetzung des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist ohne Festsetzung einer neuen Teilnahmeantragsfrist bzw zur Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens im Wesentlichen vor, diese beantragten Maßnahmen seien nicht zwingend erforderlich. Offenbar gehe selbst die Antragstellerin, wie sich aus den abgestuften Eventualanträgen ergebe, nicht von der zwingenden Notwendigkeit solcher weitreichenden Maßnahmen aus.

Die Interessen des Auftraggebers stünden der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegen. Der Auftraggeber habe zwar bei der Erstellung des Zeitplanes für ein Vergabeverfahren auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens samt Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den daraus folgenden Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen, dies betreffe jedoch nur die Erhebung von Rechtsbehelfen bei der dafür zuständigen Rechtsschutzbehörde. Der Auftraggeber habe daher ein gerechtfertigtes Interesse, dass Rechtsbehelfe bei den zuständigen Rechtsschutzbehörden, wie in der Ausschreibung angegeben, und damit bei den österreichischen Zivilgerichten, eingebracht würden. Obwohl der Antragstellerin dieser Umstand aufgrund der Bekanntmachung bekannt gewesen sei, habe sie es unterlassen, den Auftraggeber in diesen Punkt wie auch zu den anderen behaupteten Rechtswidrigkeiten im Vorhinein zu befragen.

Es bestehe auch ein öffentliches Interesse an der zügigen Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Das gegenständlich zur Ausschreibung gelangte Projekt werde durch den BMLFUW gefördert und die aus der Verzögerung resultierenden Mehrkosten führten zu Belastungen der Allgemeinheit.

Den Interessen der Antragstellerin wäre auch durch die Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge ausreichend Rechnung getragen. Nach den Angaben der Antragstellerin sei sie derzeit nicht in der Lage, einen Teilnahmeantrag zu stellen und daran würde auch das Aussetzen der Teilnahmeantragsfrist nichts ändern. Im Falle der Nichtigklärung der Bewerbungsunterlagen bzw. bestimmter von der Antragstellerin angefochtener Bestimmungen in diesen, wäre der Auftraggeber ohnehin gehalten, die Bewerbungsunterlage entsprechend zu ändern und die Teilnahmeantragsfrist neu festzulegen.

Ein Aussetzen des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist ohne Festsetzung einer neuen Frist bzw. des gesamten Vergabeverfahrens sei auch nicht im Interesse der anderen Bewerber. Diese könnten darauf vertrauen, dass die vom

Auftraggeber festgesetzten Fristen zur Legung von Teilnahmeanträgen auch eingehalten würden. Bislang habe der Auftraggeber von keinem anderen Bewerber in den an ihn gerichteten Fragen Hinweise erhalten, dass ein Bewerber die Eignungskriterien nicht erfüllen könne oder dass das Eignungskriterium nur von einem bestimmten Bewerber erfüllt werden könne. Den anderen Bewerbern, welchen Teilnahmeanträge ohne weiteres auf Grundlage der in den Bewerbungsunterlagen festgelegten Anforderungen zu legen möglich sei, solle diese Möglichkeit auch fristgerecht gegeben werden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Ob es sich bei der voestalpine Stahl GmbH um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 2 BVergG handelt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Anhand der derzeit vorliegenden Informationen laut Bekanntmachung der Ausschreibung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften sowie den darauf Bezug nehmenden Angaben des Auftraggebers und den diesen widersprechenden Ausführungen der Antragstellerin, können weder die Frage der Vertragsart - Dienstleistungsauftrag, Bauauftrag oder ein mit einem Bauauftrag verbundener Dienstleistungsauftrag - noch die damit zusammenhängende Frage von dessen konkreten Finanzierung mit letzter Sicherheit beurteilt werden. Zudem liegen die dafür notwendigen Unterlagen des Vergabeverfahrens, und auch die bereits vom Auftraggeber erst - nach auf sein Ersuchen erfolgter Erstreckung der jeweiligen Vorlagefristen - am 11.8.2011 zu erwartende ausführliche Stellungnahme dem Bundesvergabeamt noch nicht vor. Unvorgreiflich eines anders lautenden Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, geht das Bundesvergabeamt in des Rechtsschutzes daher davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Bauauftrag in von § 4 BVergG handelt, welcher demnach von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 2 BVergG zur Vergabe gelangt. Ob es sich bei der voestalpine Stahl GmbH um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz 2, BVergG handelt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Anhand der derzeit vorliegenden Informationen laut Bekanntmachung der Ausschreibung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften sowie den darauf Bezug nehmenden Angaben des Auftraggebers und den diesen widersprechenden Ausführungen der Antragstellerin, können weder die Frage der Vertragsart - Dienstleistungsauftrag, Bauauftrag oder ein mit einem Bauauftrag verbundener Dienstleistungsauftrag - noch die damit zusammenhängende Frage von dessen konkreten Finanzierung mit letzter Sicherheit beurteilt werden. Zudem liegen die dafür notwendigen Unterlagen des Vergabeverfahrens, und auch die bereits vom Auftraggeber erst - nach auf sein Ersuchen erfolgter Erstreckung der jeweiligen Vorlagefristen - am 11.8.2011 zu erwartende ausführliche Stellungnahme dem Bundesvergabeamt noch nicht vor. Unvorgreiflich eines anders lautenden Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, geht das Bundesvergabeamt in des Rechtsschutzes daher davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Bauauftrag in von Paragraph 4, BVergG handelt, welcher demnach von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG zur Vergabe gelangt.

Das Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs 5 leg cit befindet sich in der 1. Stufe während offener Teilnahmeantragsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamt- vorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide Lose EUR 107,5 Mio (ohne Ust.). Der geschätzte Auftragswert für Los 1 beträgt 90,2 Mio (ohne Ust.) und für Los 2 17,3 Mio (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 5, leg cit befindet sich in der 1. Stufe während offener Teilnahmeantragsfrist. Der geschätzte Auftragswert des Gesamt- vorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers für beide Lose EUR 107,5 Mio (ohne Ust.). Der geschätzte Auftragswert für Los 1 beträgt 90,2 Mio (ohne Ust.) und für Los 2 17,3 Mio (ohne Ust.). Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. 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.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Die Pauschalgebühr für einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist demnach zur Erlassung der einstweiligen

Verfügung zuständig. 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.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Die Pauschalgebühr für einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist demnach zur Erlassung der 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.

Dem Argument des Auftraggebers, es bestehe ein öffentliches Interesse an der zügigen Durchführung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens und die aus einer Verzögerung resultierenden Mehrkosten würden die Allgemeinheit belasten, ist entgegen zu halten, dass ein sich durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ergebender Mehraufwand in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen. Es würde eine einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium damit gänzlich ausschalten (vgl. BVA 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Zum Vorbringen des Auftraggebers, er habe zwar 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 (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.), dies sei jedoch nur für die Erhebung von Rechtsbehelfen bei der dafür zuständigen Rechtsbehörde relevant, ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung 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.) daran besteht, dass die Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sichergestellt wird. Wie bereits ausgeführt, ist bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe in dem, diesem Provisorialverfahren nachfolgenden, Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt zunächst die Art des verfahrensgegenständlichen Auftrages, somit auch der Geltungsbereich des BVergG im Bezug auf den verfahrensgegenständlichen Auftraggeber zu klären und zu beurteilen. Die Beurteilung dieses Themenkreises steht jedoch in einem zwingenden Zusammenhang mit der Frage der Sicherstellung des Auftrages an den tatsächlichen Bestbieter. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Antragstellerin bislang nicht direkt an den Auftraggeber zur Klärung der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten herangetreten ist. 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.). Dem Argument des Auftraggebers, es bestehe ein öffentliches Interesse an der zügigen Durchführung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens und die aus einer Verzögerung resultierenden Mehrkosten würden die Allgemeinheit belasten, ist entgegen zu halten, dass ein sich durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ergebender Mehraufwand in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vermag dieses Vorbringen nicht zu überzeugen. Es würde eine einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium damit gänzlich ausschalten (vergleiche BVA 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Zum Vorbringen des Auftraggebers, er habe zwar 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 (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.), dies sei jedoch nur für die Erhebung von Rechtsbehelfen bei der dafür zuständigen Rechtsbehörde relevant, ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung 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.) daran besteht, dass die Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sichergestellt wird. Wie bereits ausgeführt, ist bei der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe in dem, diesem Provisorialverfahren nachfolgenden, Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt zunächst die Art des verfahrensgegenständlichen Auftrages, somit auch der Geltungsbereich des BVergG im Bezug auf den verfahrensgegenständlichen Auftraggeber zu klären und zu beurteilen. Die Beurteilung dieses Themenkreises steht jedoch in einem zwingenden Zusammenhang mit der Frage der Sicherstellung des Auftrages an den tatsächlichen Bestbieter. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Antragstellerin bislang nicht direkt an den Auftraggeber zur Klärung der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten herangetreten ist. 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.).

Zum Vorbringen des Auftraggebers, allein die unter anderem beantragte Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge stelle im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel dar, ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit der Abgabe eines Teilnahmeantrages als Voraussetzung für die Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens und damit die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eben diese Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Bewerbungsunterlagen (Ausschreibung) in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Auch die Richtigkeit dieser Behauptung wird vom Bundesvergabeamt erst im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Im Rahmen der Interessensabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 29.7.2011, das Ende der Teilnahmeantragsfrist mit 16.8.2011, 10:00 Uhr, festgelegt wurde. Demnach ist seitens des Auftraggebers die Fortführung des Vergabeverfahrens geplant und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin selbst im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei Fortführung des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens nach Ablauf der Teilnahmeantragsfrist - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch das Legen eines Teilnahmeantrages teilnehmen und letztlich für einen Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist und durch die vorläufige Untersagung der Öffnung von einlangenden Teilnahmeanträgen abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Teilnahmeantrages und damit der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Bewerbungsunterlage und damit an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Durch das "bloße" Aussetzen des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist wird nicht nur verhindert, dass die Teilnahmeantragsfrist während des laufenden Nachprüfungsverfahrens abläuft, sondern damit wird die vom Auftraggeber im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages bereits ins Auge gefasste entsprechende, nochmalige Verlängerung der Teilnahmeantragsfrist, insbesondere in der Variante Nichtigerklärung einzelner Teile der Bewerbungsunterlagen, sowohl für die Antragstellerin, aber auch für andere am ausgeschriebenen Auftrag interessierte Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf der Grundlage einer bereinigten Bewerbungsunterlage gleichermaßen sichergestellt. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war im gegenständlichen Verhandlungsverfahren zusätzlich auch die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen. Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme gemäß § 329 Abs 2 BVergG. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war entsprechend dem Antrag mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen. Zum Vorbringen des Auftraggebers, allein die unter anderem beantragte Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge stelle im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel dar, ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit der Abgabe eines Teilnahmeantrages als Voraussetzung für die Zulassung zur 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens und damit die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eben diese Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Bewerbungsunterlagen (Ausschreibung) in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Auch die Richtigkeit dieser Behauptung wird vom Bundesvergabeamt erst im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Im Rahmen der Interessensabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Anfragebeantwortung des Auftraggebers vom 29.7.2011, das Ende der

Teilnahmeantragsfrist mit 16.8.2011, 10:00 Uhr, festgelegt wurde. Demnach ist seitens des Auftraggebers die Fortführung des Vergabeverfahrens geplant und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin selbst im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei Fortführung des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens nach Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch das Legen eines Teilnahmeantrages teilnehmen und letztlich für einen Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist und durch die vorläufige Untersagung der Öffnung von einlangenden Teilnahmeanträgen abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Teilnahmeantrages und damit der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme der Antragstellerin auf der Grundlage einer rechtskonformen Bewerbungsunterlage und damit an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Durch das "bloße" Aussetzen des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist wird nicht nur verhindert, dass die Teilnahmeantragsfrist während des laufenden Nachprüfungsverfahrens abläuft, sondern damit wird die vom Auftraggeber im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages bereits ins Auge gefasste entsprechende, nochmalige Verlängerung der Teilnahmeantragsfrist, insbesondere in der Variante Nichtigerklärung einzelner Teile der Bewerbungsunterlagen, sowohl für die Antragstellerin, aber auch für andere am ausgeschriebenen Auftrag interessierte Bewerber zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf der Grundlage einer bereinigten Bewerbungsunterlage gleichermaßen sichergestellt. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war im gegenständlichen Verhandlungsverfahren zusätzlich auch die Öffnung der Teilnahmeanträge zu untersagen. Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war entsprechend dem Antrag mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Das als Eventualantrag formulierte Mehrbegehren, auf Aussetzung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, war jedoch als "überschießend" abzuweisen. In diesem Fall wäre dem Auftraggeber jegliche Möglichkeit einer weiterführenden Handlung im Vergabeverfahren verwehrt, er könnte also auch weder die Ausschreibung bzw die Bewerbungsunterlagen berichtigen, noch die Teilnahmeantragsfrist nochmalig verlängern.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Verhandlungsverfahren, Aussetzung Teilnahmeantragsfrist;

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

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