

TE Verg Bescheid 2006/6/7 N/0041-BVA/07/2006-13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.06.2006

Norm

BVergG 2006 §3 Abs2

BVErgG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" des Auftraggebers Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, vertreten durch X***, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Mai 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" des Auftraggebers Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, vertreten durch X***, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Mai 2006, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle unverzüglich nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und Verständigung der Auftraggeberin (§ 328 Abs. 5 BVergG 2006) mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch nach Einlangen des Antrages 6 Wochen

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle unverzüglich nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und Verständigung der Auftraggeberin (Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006) mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch nach Einlangen des Antrages 6 Wochen

- -Strichaufzählung
der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren die Angebotsöffnung untersagen;
- -Strichaufzählung
mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Fortführung dieses Vergabeverfahrens untersagen;
- -Strichaufzählung
mittels einstweiliger Verfügung das Vergabeverfahren ,Bauleistungen zur Sanierung Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien" aussetzen und insbesondere den Lauf der Angebotsfrist in diesem Vergabeverfahren aussetzen,
- -Strichaufzählung
in eventu die Erteilung des Zuschlags untersagen" werden abgewiesen.

Begründung

Der Auftraggeber hat mit Ausschreibungsbekanntmachung zu den Vergabeverfahren "Sanierung Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz" am 25. März 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L300711 das Gewerk "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen" und zu L300745 das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" als Bauauftrag (CPV-Code des verfahrensgegenständlichen Hauptteiles 45112000-5) in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich veröffentlicht. Weiters wurde zu L300533 das Gewerk "Entsorgung von kontaminierten Materialien" am 25. März 2006 als Dienstleistung gemäß Kategorie 16 in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich veröffentlicht. Die Ausschreibungsbekanntmachung zu letztgenanntem Gewerk erfolgte auch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 1. April 2006 unter 2006/S64-066798. Nach mehrmaliger Änderung (zunächst 24.4.2006, dann 15.5.2006 bzw. 6.6.2006) wurde die Frist für die Angebotsabgabe im gegenständlichen Vergabeverfahren letztlich am 6. Juni 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L 321688 mit 1.8.2006, 9.00 Uhr, sowie die Angebotseröffnung mit 1.8.2006, 11.30 Uhr, fixiert.

In der Ausschreibungsbekanntmachung ist unter Punkt I.2) Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeiten unter der Rubrik "Sonstiges" angeführt: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert". In der Ausschreibungsbekanntmachung ist unter Punkt römisch eins.2) Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeiten unter der Rubrik "Sonstiges" angeführt: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert".

Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006 außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes, eingelangt sohin am 31. Mai 2006, stellte die A***, in der Folge Antragstellerin, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung bzw. in eventu von Teilen der Ausschreibung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht gemäß § 17 AVG begehrt wurden. Weiters wurden Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006 außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabeamtes, eingelangt sohin am 31. Mai 2006, stellte die A***, in der Folge Antragstellerin, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung bzw. in eventu von Teilen der Ausschreibung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG begehrt wurden. Weiters wurden Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gestellt.

Betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führte die Antragstellerin Folgendes aus:

Obwohl die Räumung der Beizschlammdeponie Ternitz und die Entsorgung der kontaminierten Materialien ein einheitliches Projekt darstellten, habe der Auftraggeber die Gewerke "Entsorgung von kontaminierten Materialien"

und "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" getrennt und unterschiedlich ausgeschrieben. Beim Auftraggeber handle es sich zwar um keinen Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 BVergG 2006, da die ausgeschriebenen Leistungen jedoch laut eigenen Angaben des Auftraggebers am Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 3 Abs. 1 leg.cit. subventioniert würden, würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, abgesehen vom 3. Teil des BVergG 2006, sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten. Auch beim Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" seien aufgrund der vorzunehmenden Berechnung des geschätzten Auftragswertes § 3 Abs. 2 BVergG 2006 und somit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 anwendbar und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2006 sei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit § 13 Abs. 4 leg.cit., wonach ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden dürfe, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, seien daher sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes mit einzubeziehen. Da der geschätzte Auftragswert für das Gewerk "Entsorgung" ca. Euro 12 Mio. und für das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport" ca. Euro 3 Mio. betrage, werde der relevante Schwellenwert von Euro 5.278.000,-- bei Weitem überschritten. Gemäß § 14 Abs. 2 leg.cit. habe der Auftraggeber bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch den geschätzten Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Da für den Aushub, die Verladung und den Transport von kontaminierten Materialien auch eine Zwischenlagerung bzw. Entsorgung dieser kontaminierten Materialien unbedingt erforderlich sei, wären die geschätzten Auftragswerte beider Gewerke zusammenzurechnen, womit wiederum die Anwendbarkeit des BVergG 2006 bzw. die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 3 Abs. 2 BVergG 2006 begründet wäre. Obwohl die Räumung der Beizschlammdeponie Ternitz und die Entsorgung der kontaminierten Materialien ein einheitliches Projekt darstellten, habe der Auftraggeber die Gewerke "Entsorgung von kontaminierten Materialien" und "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" getrennt und unterschiedlich ausgeschrieben. Beim Auftraggeber handle es sich zwar um keinen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006, da die ausgeschriebenen Leistungen jedoch laut eigenen Angaben des Auftraggebers am Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, leg.cit. subventioniert würden, würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, abgesehen vom 3. Teil des BVergG 2006, sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten. Auch beim Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" seien aufgrund der vorzunehmenden Berechnung des geschätzten Auftragswertes Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 und somit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 anwendbar und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 sei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit Paragraph 13, Absatz 4, leg.cit., wonach ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden dürfe, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, seien daher sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes mit einzubeziehen. Da der geschätzte Auftragswert für das Gewerk "Entsorgung" ca. Euro 12 Mio. und für das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport" ca. Euro 3 Mio. betrage, werde der relevante Schwellenwert von Euro 5.278.000,-- bei Weitem überschritten. Gemäß Paragraph 14, Absatz 2, leg.cit. habe der Auftraggeber bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch den geschätzten Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Da für den Aushub, die Verladung und den Transport von kontaminierten Materialien auch eine Zwischenlagerung bzw. Entsorgung dieser kontaminierten Materialien unbedingt erforderlich sei, wären die geschätzten Auftragswerte beider Gewerke zusammenzurechnen, womit wiederum die Anwendbarkeit des BVergG 2006 bzw. die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 begründet wäre.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin Folgendes vor:

Sie beabsichtige, sich an den Ausschreibungen zu beteiligen. Das bisherige Vergabeverfahren des Auftraggebers sei jedoch rechtswidrig, da der Auftraggeber nicht nur aufgrund einer Verkennung der Rechtslage eine

gemeinschaftsweite Bekanntmachung der mit dem verfahrensgegenständlichen Gewerk zu vergebenden Leistungen unterlassen habe, sondern auch, da in den Ausschreibungsbedingungen dem Auftragnehmer entgegen § 79 Abs. 3 BVergG 2006 nicht kalkulierbare Risiken überbunden würden, der Auftraggeber insoweit auch entgegen § 97 Abs. 2 bzw. § 99 Abs. 2 leg.cit. pauschal von heranzuziehenden ÖNORMEN abweiche, entgegen § 1 Abs. 3 BVergG und § 22 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 ein einheitliches Vorhaben in mehreren Aufträgen mit der Zielsetzung vergebe, die Anwendung des BVergG 2006 zu umgehen und die Nichtvorlage von Eignungsnachweisen zu einem nicht behebbaren Mangel erkläre, obwohl es sich dabei um behebbare Mängel handle. Sie beabsichtige, sich an den Ausschreibungen zu beteiligen. Das bisherige Vergabeverfahren des Auftraggebers sei jedoch rechtswidrig, da der Auftraggeber nicht nur aufgrund einer Verkennung der Rechtslage eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung der mit dem verfahrensgegenständlichen Gewerk zu vergebenden Leistungen unterlassen habe, sondern auch, da in den Ausschreibungsbedingungen dem Auftragnehmer entgegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 nicht kalkulierbare Risiken überbunden würden, der Auftraggeber insoweit auch entgegen Paragraph 97, Absatz 2, bzw. Paragraph 99, Absatz 2, leg.cit. pauschal von heranzuziehenden ÖNORMEN abweiche, entgegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG und Paragraph 22, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 ein einheitliches Vorhaben in mehreren Aufträgen mit der Zielsetzung vergebe, die Anwendung des BVergG 2006 zu umgehen und die Nichtvorlage von Eignungsnachweisen zu einem nicht behebbaren Mangel erkläre, obwohl es sich dabei um behebbare Mängel handle.

In den Ausschreibungsunterlagen werde unter Punkt 1.4.2, letzter Absatz festgelegt, dass "aufgrund der Art der Leistungen (Altlastensanierung) mit der Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß die in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderung von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft gesetzt sind. Aus eben diesem Grund behält sich der Auftraggeber vor, einzelne Leistungen bzw. die Leistungsgruppen nicht abzurufen, wodurch dem Auftragnehmer kein Recht zur Änderung der Einheitspreise erwächst." Darüber hinaus habe der Auftragnehmer unter der Leistungsposition 020201 eine Pauschale für Erschwernisse bei der Koordinierung mit anderen Auftragnehmern (anderer Gewerke) anzubieten, die einmalig pauschal die komplette (zusätzliche) Leistungserbringung vergüten soll.

Durch diese Bestimmungen werde einem Unternehmer ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden und damit gegen die Bestimmung des § 79 Abs. 3 BVergG 2006 verstoßen. Wesentliches Kriterium jeder Preiskalkulation und damit der Angebotskalkulation seien das zu erwartende Auftragsvolumen bzw. der Leistungsumfang. Ein Unternehmer könne aufgrund der dargestellten Ausschreibungsbedingungen den zu erwartenden Leistungsumfang bzw. das zu erwartende Auftragsvolumen aufgrund der ausdrücklich festgelegten Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß sowie mangels Kenntnis des Koordinierungsaufwandes mit unbekannten Auftragnehmern anderer Gewerke nicht einmal ansatzweise kalkulieren, da eine Preiskalkulation ohne Zugrundelegung von - zumindest ungefähren - Mengenausmaßen nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich sei (vgl. BVA 23.4.2004, 17F-13103-11; BVA 25.9.2004, 15N-69104-21). Durch diese Bestimmungen werde einem Unternehmer ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden und damit gegen die Bestimmung des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen. Wesentliches Kriterium jeder Preiskalkulation und damit der Angebotskalkulation seien das zu erwartende Auftragsvolumen bzw. der Leistungsumfang. Ein Unternehmer könne aufgrund der dargestellten Ausschreibungsbedingungen den zu erwartenden Leistungsumfang bzw. das zu erwartende Auftragsvolumen aufgrund der ausdrücklich festgelegten Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß sowie mangels Kenntnis des Koordinierungsaufwandes mit unbekannten Auftragnehmern anderer Gewerke nicht einmal ansatzweise kalkulieren, da eine Preiskalkulation ohne Zugrundelegung von - zumindest ungefähren - Mengenausmaßen nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich sei vergleiche BVA 23.4.2004, 17F-13103-11; BVA 25.9.2004, 15N-69104-21).

Durch diese Vorgangsweise würden die Risiken und sämtliche Unwägbarkeiten einseitig auf den Auftragnehmer überwält. Der Auftragnehmer hätte in seiner Kalkulation zumindest auch den - zumindest denkmöglichen - Fall zugrunde zu legen, dass im Extremfall überhaupt keine Leistungen abgerufen werden. Es sei einem Unternehmer somit nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen (vgl. auch BVA 4.11.2004, 07N-95104-19). Durch diese Vorgangsweise würden die Risiken und sämtliche Unwägbarkeiten einseitig auf den Auftragnehmer überwält. Der Auftragnehmer hätte in seiner Kalkulation zumindest

auch den - zumindest denkmöglichen - Fall zugrunde zu legen, dass im Extremfall überhaupt keine Leistungen abgerufen werden. Es sei einem Unternehmer somit nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen vergleiche auch BVA 4.11.2004, 07N-95104-19).

Weiters sei aufgrund der getrennten Ausschreibung der Gewerke "Entsorgung" und "Aushub, Verladung und Transport" die Kalkulation von folgenden Positionen im Gewerk "Aushub" nicht möglich:

- -Strichaufzählung
Position 02300105A Transporte nach Tonnenkilometer: Da der Anteil von Kurz- und Fernfuhr unbekannt sei, sei auch die Fahrtroute und damit die zu zahlende LKW-Maut unbekannt. Darüber hinaus seien die Zufahrts- und Entladebedingungen auf der Entsorgungsanlage sowie die Öffnungszeiten der Entsorgungsanlagen unbekannt.
- -Strichaufzählung
Position 02010203A zeitgebundene Baustellenregie: Der Aufwand für die Bauleitung hinsichtlich der Entsorgungsbestätigungen, der Verfuhrdisposition etc. sei aufgrund nicht bekannter Entsorgungsdestinationen nicht einschätzbar.

Dadurch, dass der Auftraggeber ausdrücklich die in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft setze, weiche er überdies über das in § 97 Abs. 2 bzw. § 99 Abs. 2 BVergG 2006 normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab (Punkt 5.24.10 ÖNORM B 2110, Ausgabedatum 1.3.2002). In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Gemäß § 1 Abs. 3 BVergG 2006 dürfe die Wahl zwischen der Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes (BVergG 2006) zu umgehen. Gemäß § 22 Abs. 1 BVergG 2006 könnten Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe könne in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen seien wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie z.B. die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend. Dadurch, dass der Auftraggeber ausdrücklich die in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft setze, weiche er überdies über das in Paragraph 97, Absatz 2, bzw. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab (Punkt 5.24.10 ÖNORM B 2110, Ausgabedatum 1.3.2002). In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Gemäß Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 2006 dürfe die Wahl zwischen der Vergabe mehrerer getrennter Aufträge nicht mit der Zielsetzung erfolgen, die Anwendung dieses Bundesgesetzes (BVergG 2006) zu umgehen. Gemäß Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006 könnten Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe könne in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen seien wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte, wie z.B. die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

Da die Sanierung der Altlast N 54 "Beizschlammdeponie Ternitz" als ein einheitliches Vorhaben zu betrachten sei und maßgebliche wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte - insbesondere im Zusammenhang mit dem Transport, der Zwischenlagerung, der Behandlung und der Entsorgung von kontaminierten Materialien einen äußerst hohen Koordinationsaufwand erfordern - für eine Gesamtvergabe sprechen würden, hätten die gegenständlichen Leistungen mittels einer Gesamtvergabe zur Ausschreibung gebracht werden müssen. Darüber hinaus hätte der Auftraggeber mit einer solchen Vorgangsweise zweifelsfrei nicht gegen § 1 Abs. 3 BVergG 2006 verstoßen, da auf diese Weise ausgeschlossen hätte werden können, dass der Auftraggeber mit der Trennung des Gewerkes "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" lediglich die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG 2006 auf Auftragsvergaben durch private Auftraggeber umgehen wollte. Da der Auftraggeber somit den in § 22 Abs. 1 leg.cit. normierten Ermessensspielraum überschritten habe, sei die Ausschreibung auch aus diesem Grund rechtswidrig. Da die Sanierung der Altlast N 54 "Beizschlammdeponie Ternitz" als ein einheitliches Vorhaben zu betrachten sei und maßgebliche wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte - insbesondere im Zusammenhang mit dem Transport, der Zwischenlagerung, der Behandlung und der Entsorgung von kontaminierten Materialien einen äußerst hohen Koordinationsaufwand erfordern - für eine Gesamtvergabe sprechen würden, hätten die gegenständlichen Leistungen mittels einer Gesamtvergabe zur Ausschreibung gebracht werden müssen. Darüber hinaus hätte der Auftraggeber mit

einer solchen Vorgangsweise zweifelsfrei nicht gegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen, da auf diese Weise ausgeschlossen hätte werden können, dass der Auftraggeber mit der Trennung des Gewerkes "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" lediglich die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG 2006 auf Auftragsvergaben durch private Auftraggeber umgehen wollte. Da der Auftraggeber somit den in Paragraph 22, Absatz eins, leg.cit. normierten Ermessensspielraum überschritten habe, sei die Ausschreibung auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Auf Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen fänden sich in Tabelle 2 unter anderem Verweise zu den geforderten Nachweisen der verlangten Eignungskriterien. Im Anschluss an diese Tabelle werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "das Fehlen von jeweils auch nur einer der Unterlagen ua. nach den Punkten 4, 5 und 6 einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zur Ausscheidung des Angebotes führe. Dadurch mache der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen einen grundsätzlich behebbaren Mangel (fehlende Eignungsnachweise) zu einem unbehebbar, weshalb die Ausschreibung auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.

Die Antragstellerin bekämpfe die Ausschreibung als eine gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers. Die Antragstellerin bekämpfe die Ausschreibung als eine gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers.

Die Antragstellerin mache die Verletzung in ihrem Recht auf Abwicklung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen transparenten Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht auf Kalkulierbarkeit ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Nichtabweichen von geeigneten Leitlinien in den Ausschreibungsbedingungen, in ihrem Recht auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens sowie auf vergaberechtskonforme Verlängerung der Angebotsfrist geltend.

Da der Auftraggeber zu Unrecht die gegenständlichen Leistungen entgegen § 1 Abs. 3 BVergG 2006 getrennt von den Leistungen des Gewerkes "Entsorgung" zur Vergabe bringen wolle und zu Unrecht rechtswidrige Ausschreibungsbedingungen festgelegt habe, drohe der Antragstellerin durch die geltend gemachten Rechtsverletzungen und durch die drohende Nichtdurchführung dieses Auftrages ein Gewinnentgang samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 3,75 % der Auftragssumme. Da der Auftraggeber zu Unrecht die gegenständlichen Leistungen entgegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 2006 getrennt von den Leistungen des Gewerkes "Entsorgung" zur Vergabe bringen wolle und zu Unrecht rechtswidrige Ausschreibungsbedingungen festgelegt habe, drohe der Antragstellerin durch die geltend gemachten Rechtsverletzungen und durch die drohende Nichtdurchführung dieses Auftrages ein Gewinnentgang samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 3,75 % der Auftragssumme.

Darüber hinaus drohe der Antragstellerin durch die rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers, dass die bisher angefallenen Projektkosten in der Höhe von etwas mehr als Euro 35.000,-- (netto) - bestehend aus Kosten der Angebotslegung und Rechtsberatung - frustriert sind.

Durch den Erwerb der Ausschreibungsunterlagen sowie der bisherigen Kommunikation mit dem Auftraggeber habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsschluss dargetan. Bei rechtmäßiger Vorgangsweise des Auftraggebers könnte sich die Antragstellerin an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren beteiligen und hätte dadurch eine echte Chance auf Zuschlagserteilung bzw. würden die bisher aufgewendeten Kosten der Antragstellerin nicht drohen, frustriert zu werden.

Mit Schriftsatz vom 2. Juni 2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages 1,6 Mio. Euro (ohne USt) betrage. Das Vergabeverfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der (offenen) Angebotsfrist, da die Angebotsfrist vom Auftraggeber bis 1.8.2006 verlängert worden sei.

Inhaltlich führte der Auftraggeber aus, dass schon zu den Vorgängerregelungen des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 - § 11 Abs. 3 BVergG 1997 bzw. § 8 Abs. 1 BVergG 2002 - vertreten worden sei, dass diese nur im Oberschwellenbereich zur Anwendung kommen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes zum BVergG 1997 komme es allein darauf an, ob der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreite. So komme es etwa bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nicht darauf an, ob der Auftragswert des damit zusammenhängenden Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte ebenfalls überschreite, sondern allein darauf, ob der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht wurde. Dementsprechend müsse es für die Zuständigkeit des

Bundesvergabebeamtes hinsichtlich der Vergabe eines Bauauftrages auch (umgekehrt) darauf ankommen, ob dieser Auftrag den Schwellenwert für Bauaufträge überschreite. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert betrage derzeit Euro 5.278.000,-- und werde beim gegenständlichen Bauauftrag nicht überschritten. Schon nach der bisherigen Auslegung des Bundesvergabebeamtes (wenn auch zu den Vorgängerbestimmungen des § 3 Abs. 2 BVergG 2006) wäre daher das Bundesvergabeamt im gegenständlichen Fall nicht zur Nachprüfung zuständig und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen. Weiters stelle Art 8 der Richtlinie 2004/18/EG nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt sei. Soweit also Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die im Oberschwellenbereich liegen, mache Art 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liege. Inhaltlich führte der Auftraggeber aus, dass schon zu den Vorgängerregelungen des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 - Paragraph 11, Absatz 3, BVergG 1997 bzw. Paragraph 8, Absatz eins, BVergG 2002 - vertreten worden sei, dass diese nur im Oberschwellenbereich zur Anwendung kommen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabebeamtes zum BVergG 1997 komme es allein darauf an, ob der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreite. So komme es etwa bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nicht darauf an, ob der Auftragswert des damit zusammenhängenden Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte ebenfalls überschreite, sondern allein darauf, ob der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht wurde. Dementsprechend müsse es für die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes hinsichtlich der Vergabe eines Bauauftrages auch (umgekehrt) darauf ankommen, ob dieser Auftrag den Schwellenwert für Bauaufträge überschreite. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert betrage derzeit Euro 5.278.000,-- und werde beim gegenständlichen Bauauftrag nicht überschritten. Schon nach der bisherigen Auslegung des Bundesvergabebeamtes (wenn auch zu den Vorgängerbestimmungen des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006) wäre daher das Bundesvergabeamt im gegenständlichen Fall nicht zur Nachprüfung zuständig und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen. Weiters stelle Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt sei. Soweit also Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die im Oberschwellenbereich liegen, mache Artikel 8, Absatz 2, der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liege.

Für die Anwendbarkeit des BVergG 2006 und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes müsse zumindest der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreiten. Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher im gegenständlichen Fall nicht zuständig, zumal die Auftraggeberin das gegenständliche Vorhaben zulässigerweise getrennt vom Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" ausgeschrieben habe. Da es sich um zwei unterschiedliche und getrennt zu behandelnde Vorhaben handle, seien auch nicht sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes miteinzubeziehen. Der Auftraggeber habe seiner Entscheidung für eine Teilvergabe sachlich begründbare wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte zugrunde gelegt. Für die Anwendbarkeit des BVergG 2006 und damit die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes müsse zumindest der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreiten. Bei richtlinienkonformer Auslegung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher im gegenständlichen Fall nicht zuständig, zumal die Auftraggeberin das gegenständliche Vorhaben zulässigerweise getrennt vom Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" ausgeschrieben habe. Da es sich um zwei unterschiedliche und getrennt zu behandelnde Vorhaben handle, seien auch nicht sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes miteinzubeziehen. Der Auftraggeber habe seiner Entscheidung für eine Teilvergabe sachlich begründbare wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte zugrunde gelegt.

Bei den beiden Ausschreibungen "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" und "Entsorgung von kontaminierten Materialien" handle es sich um völlig unterschiedliche Leistungen und damit um zwei getrennte Vorhaben. Neben dem besonderen Umfang der gegenständlichen Leistungen und der Tatsache, dass es sich um Leistungen gänzlich unterschiedlicher Wirtschaftszweige handle, sprächen aber insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte für eine getrennte Vergabe. Im Falle einer Gesamtausschreibung der Leistungen käme es -

insbesondere unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur in Österreich - zu einer unsachlichen Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen. Kleinere Bieter würden vor der Teilnahme an großen Vergabeverfahren oft zurückschrecken. Eine Gesamtausschreibung hätte damit eine deutliche Verringerung des Bieterkreises und damit auch eine Einschränkung des Wettbewerbs unter den Bietern zur Folge. Es gebe kaum Unternehmen, die im Falle einer Gesamtausschreibung an einer solchen teilnehmen könnten und sowohl die Leistungen für Aushub und Transport als auch Entsorgungsleistungen von kontaminierten Materialien anbieten könnten. Der Auftraggeber habe auch deshalb die getrennte Vergabe gewählt, weil durch einen größeren Wettbewerb unter den (dann zahlreicheren) Bietern ein günstigerer Preis erzielt werden könne. Im Falle einer Gesamtausschreibung könnten kleinere und mittlere Unternehmen - wenn überhaupt - nur durch Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften am Vergabeverfahren teilnehmen und ein Angebot abgeben. In diesem Fall müssten die unterschiedlichen Leistungen der Mitglieder dieser Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft koordiniert werden, wodurch erst recht wieder ein höherer Koordinationsaufwand entstehe.

Des Weiteren sei die Festlegung auf Seite 11 im Anschluss an die Tabelle 2, dass das Fehlen von jeweils auch nur einer der Unterlagen nach den Punkten 1, 3 (im Falle einer Bietergemeinschaft), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 und 13 der Tabelle einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zum Ausscheiden des Angebotes führe, zur Gänze gestrichen worden.

Da die Angebotsfrist bis 1. August 2006 - somit weit über die 6- wöchige Entscheidungsfrist des BVA bis 12. Juli 2006 hinaus - verlängert und die Angebotsöffnung auf den 1. August 2006 verlegt worden sei, seien weder die Untersagung der Angebotsöffnung noch die Aussetzung der Angebotsfrist erforderlich, um allfällige entstandene oder unmittelbar drohende Schäden der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Dies gelte insbesondere auch für die zusätzlich begehrte Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. dessen Aussetzung, die auch sonst nicht die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme darstelle. Ebenso gelte dies für die zusätzlich beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung, werde doch eine Zuschlagsentscheidung gar nicht angefochten, sodass auch diese begehrte Maßnahme nicht zur Sicherung des Hauptbegehrens erforderlich sei, zumal eine Zuschlagserteilung mangels Zuschlagsentscheidung vor Ablauf der Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes nicht denkbar sei.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Gemäß § 3 Abs. 2 BVergG 2006 gelten, wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs. 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs I oder Bauaufträge im Sinne des Anhangs II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50% direkt subventionieren, bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. Die Schoeller-Bleckmann GmbH ist nach derzeitigem Ermittlungsstand kein Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 BVergG 2006. Nach eigenen Angaben des Auftraggebers in der Ausschreibungsbekanntmachung wird die verfahrensgegenständliche Leistung allerdings zu mehr als 50 % subventioniert, weswegen zu überprüfen sein wird, ob die Bestimmung des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 zur Anwendung kommt. Wenn gleich der gegenständliche Bauauftrag als Bauleistung des Anhangs I im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich bekannt gemacht wurde, kann aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden, ob nicht die in drei Gewerke aufgegliederten Leistungen mittels Gesamtvergabe auszuschreiben gewesen und damit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen wären, bzw. ob diese Gesamtvergabe sodann als Bauauftrag zu qualifizieren wäre. Es wird daher zunächst im Provisorialverfahren unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen (vgl. dazu auch BVA 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-8; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-8). Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 gelten, wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Anhangs römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50% direkt subventionieren, bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. Die Schoeller-Bleckmann GmbH ist nach derzeitigem Ermittlungsstand kein Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Nach eigenen Angaben des Auftraggebers in der Ausschreibungsbekanntmachung wird die verfahrensgegenständliche Leistung allerdings zu mehr als 50 % subventioniert, weswegen zu überprüfen sein wird, ob die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 zur

Anwendung kommt. Wenn gleich der gegenständliche Bauauftrag als Bauleistung des Anhanges römisch eins im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich bekannt gemacht wurde, kann aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden, ob nicht die in drei Gewerke aufgegliederten Leistungen mittels Gesamtvergabe auszuschreiben gewesen und damit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen wären, bzw. ob diese Gesamtvergabe sodann als Bauauftrag zu qualifizieren wäre. Es wird daher zunächst im Provisorialverfahren unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens von der Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten ausgegangen vergleiche dazu auch BVA 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-8; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-8).

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg.cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg.cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. 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 der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer

einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren – die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten vorausgesetzt - zu beurteilen sein.

Der Auftraggeber hat mit österreichweiter Bekanntmachung vom 6.6.2006 das für 6.6.2006 vorgesehene Ende der Angebotsfrist bis 1.8.2006, 9.00 Uhr, verlängert und die Öffnung der Angebote mit 1.8.2006, 11.30 Uhr, fixiert.

Das Begehren der Antragstellerin, mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für 6 Wochen nach Einlangen des Antrages, dem Auftraggeber die Angebotsöffnung zu untersagen, war abzuweisen, da diese einstweilige Verfügung bis 12. Juli 2006 zu befristen wäre, die Angebotsöffnung jedoch nach Berichtigung durch den Auftraggeber vom 6. Juni 2006 ohnehin erst am 1. August 2006 vorgesehen ist. Die begehrte Maßnahme ist im gegenständlichen Fall daher weder notwendiges noch geeignetes Mittel, eine unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren zu beseitigen oder zu verhindern.

Ebenso war das Begehren, dem Auftraggeber die gänzliche Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen bzw. dieses Vergabeverfahren auszusetzen, abzuweisen, da auch diese Anordnungen im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 darstellen, würde doch durch deren Anordnung die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr beschränkt werden und ihm die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten genommen werden. Diese Maßnahmen waren daher jedenfalls als überschießend abzuweisen. Die Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber wurde erst nach Stellen des Nachprüfungsantrages beim Bundesvergabeamt vorgenommen. Dadurch bleibt aber der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit gewahrt, ein Angebot zu legen und für den Zuschlag in Betracht zu kommen. Die begehrte Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist war daher nicht notwendig, um der Antragstellerin die Möglichkeit zu sichern, im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen. Ebenso war das Begehren, dem Auftraggeber die gänzliche Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen bzw. dieses Vergabeverfahren auszusetzen, abzuweisen, da auch diese Anordnungen im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 darstellen, würde doch durch deren Anordnung die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr beschränkt werden und ihm die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten genommen werden. Diese Maßnahmen waren daher jedenfalls als überschießend abzuweisen. Die Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber wurde erst nach Stellen des Nachprüfungsantrages beim Bundesvergabeamt vorgenommen. Dadurch bleibt aber der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit gewahrt, ein Angebot zu legen und für den Zuschlag in Betracht zu kommen. Die begehrte Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist war daher nicht notwendig, um der Antragstellerin die Möglichkeit zu sichern, im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen.

Der Eventualantrag, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, war abzuweisen, da es Ziel dieser beantragten Maßnahme ist, dass dem Auftraggeber – solange das Nachprüfungsverfahren noch nicht entschieden ist – untersagt werden soll, im bezugsgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Nach der Systematik des BVergG 2006 ist für diesen Schritt jedoch eine weitere Entscheidung des Auftraggebers – nämlich die Zuschlagsentscheidung – erforderlich. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 2 Z 48 BVergG 2006 die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht einmal die Angebote geöffnet oder solche bewertet wurden, die Zuschlagsentscheidung noch gar nicht bekannt gegeben wurde und somit auch nicht die Stillhaltefrist zu laufen begonnen hat, erscheint die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern. Der Eventualantrag, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, war abzuweisen, da es Ziel dieser beantragten Maßnahme ist, dass dem Auftraggeber – solange das Nachprüfungsverfahren noch nicht entschieden ist –

untersagt werden soll, im bezugsgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Nach der Systematik des BVergG 2006 ist für diesen Schritt jedoch eine weitere Entscheidung des Auftraggebers – nämlich die Zuschlagsentscheidung – erforderlich. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht einmal die Angebote geöffnet oder solche bewertet wurden, die Zuschlagsentscheidung noch gar nicht bekannt gegeben wurde und somit auch nicht die Stillhaltefrist zu laufen begonnen hat, erscheint die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern.

Dokumentnummer

VERGT_20060607_N_0041_BVA_07_2006_EV13_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at