

TE Verg Bescheid 2005/7/21 06N-71/05-13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.07.2005

Norm

BVergG 2002 §100

BVergG 2002 §101

BVergG 2002 §103

BVergG 2002 §104

BVergG 2002 §105

VwGG §42 Abs3

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 6, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß § 154 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl I Nr. 2002/99 idF BGBl II 2005/56 ("BVergG"), als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Recycling Point Blumau" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenring 1, 1010 Wien, vertreten durch BH Baden bei Wien, Schwartzstraße 50, 2500 Baden, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag vom 14. Juli 2005 der Bewerbergemeinschaft A***, und B***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 6, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002, BGBl römisch eins Nr. 2002/99 in der Fassung BGBl römisch zwei 2005/56 ("BVergG"), als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Recycling Point Blumau" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenring 1, 1010 Wien, vertreten durch BH Baden bei Wien, Schwartzstraße 50, 2500 Baden, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag vom 14. Juli 2005 der Bewerbergemeinschaft A***, und B***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der Bewerbergemeinschaft A*** und B***, "das Bundesvergabeamt möge nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung

- -Strichaufzählung
der Auftraggeberin die Entgegennahme von Transport und Entsorgungsleistungen zur "Räumung des Recycling Point Blumau" insbesondere von der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** untersagen;
- -Strichaufzählung
der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** als sonstige geeignete Maßnahmen gemäß § 171 Abs 4 BVergG untersagen, einen auf Grundlage eines an die Auftraggeberin zur Durchführung der Transport- und Entsorgungsleistungen zur Räumung der Recycling Point Blumau gelegten Angebotes erlangten Auftrag anzunehmen und auszuführen, es sei denn dieses Angebot wurde in einem nach dem 14.7.2005 vergaberechtskonform bekannt gemachten Vergabeverfahren gelegt und keine weiteren Angebote zur Erbringung der Abfallentsorgungs- und Transportleistungen zur Räumung des Recycling Point Blumau außerhalb eines vergaberechtskonform öffentlich bekannt gemachten Vergabeverfahrens zu legen; der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** als sonstige geeignete Maßnahmen gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG untersagen, einen auf Grundlage eines an die Auftraggeberin zur Durchführung der Transport- und Entsorgungsleistungen zur Räumung der Recycling Point Blumau gelegten Angebotes erlangten Auftrag anzunehmen und auszuführen, es sei denn dieses Angebot wurde in einem nach dem 14.7.2005 vergaberechtskonform bekannt gemachten Vergabeverfahren gelegt und keine weiteren Angebote zur Erbringung der Abfallentsorgungs- und Transportleistungen zur Räumung des Recycling Point Blumau außerhalb eines vergaberechtskonform öffentlich bekannt gemachten Vergabeverfahrens zu legen;
- -Strichaufzählung
der Auftraggeberin den Abruf von Abfalltransport- und Entsorgungsleistungen zur "Räumung der Recycling Point Blumau" insbesondere von der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** untersagen, es sei denn, dass dieser Abruf auf Grund eines Angebotes (Vertrages) in einem nach dem 14.7.2005 bekannt gemachten Vergabeverfahren erfolgt;
- -Strichaufzählung
der Auftraggeberin jegliche weitere Handlungen zur Vergabe der Transport- und Entsorgungsleistungen für die "Räumung der Recycling Point Blumau" insbesondere an die C*** - D*** - E*** zu untersagen, es sei denn, dass diese Handlungen im Rahmen eines nach dem 14.7.2005 vergaberechtskonform bekannt gemachten Vergabeverfahrens stattfinden;
- -Strichaufzählung
der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages zur Vergabe der Transport- und Entsorgungsleistungen für die "Räumung der Recycling Point Blumau" zu untersagen", wird

teilweise stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bund (Republik Österreich), vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch die BH Baden bei Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 14. September 2005, untersagt, im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau", Leistungen für Transport und Entsorgung und auch auf jede andere Weise für die darin zu beschaffenden Leistungen den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß § 171 Abs 4 BVergG Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 171 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 171, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Die Antragstellerin stellte am 14. Juli 2005 neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 177 Abs 5 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Anträge auf Nichtigerklärung: Die Antragstellerin stellte am 14. Juli 2005

neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Anträge auf Nichtigerklärung:

"Das Bundesvergabeamt wolle unter Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlich gebotenen effektiven Rechtsschutzes

- -Strichaufzählung
die (aus der Mitteilung vom 8.7.2005 konkludent folgende) Entscheidung(en) der Auftraggeberin, das Vergabeverfahren "Direktvergabe" zur Vergabe der Leistungen für den Transport und die Entsorgung zur "Räumung des Recycling Point Blumau" zu wählen, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung
die (aus der Mitteilung vom 8.7.2005 konkludent folgende) Entscheidung(en) der Auftraggeberin, den Zuschlag der Bietergemeinschaft- C*** - D*** - E*** auf Grundlage ihrer Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 erteilen zu wollen, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung
die Entscheidung(en) der Auftraggeberin, die Leistungen für den Transport und die Entsorgung zur "Räumung des Recycling Point Blumau" der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** zu vergeben, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung
die Entscheidung(en) der Auftraggeberin, die Vergabe der zu vergebenden Leistungen für den Transport und die Entsorgung zur "Räumung des Recycling Point Blumau" der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** anzubieten, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung
die Entscheidung(en) der Auftraggeberin, ein Angebot der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** insbesondere das im Rahmen des widerrufenen Vergabeverfahrens gelegte "Alternativangebot B" zur Durchführung der Transport- und Entsorgungsleistungen zur "Räumung des Recycling Point Blumau" anzunehmen, für nichtig erklären"
- -Strichaufzählung
die Entscheidung(en) der Auftraggeberin, die Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** zur Angebotsabgabe für die Transport- und Entsorgungsleistungen zur "Räumung des Recycling Point Blumau" nach dem Zugang des Erkenntnisses vom VwGH vom 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009-5 aufzufordern, für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung
die Entscheidung(en) der Auftraggeberin, das Angebot der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** nach dem Zugang der Erkenntnisse vom VwGH vom 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009- 5 annehmen zu wollen, für nichtig erklären."

Darüber hinaus stellte die Antragstellerin den Antrag, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass der nach bzw. am 8.7.2005 abgeschlossene Vertrag zwischen der Antragstellerin und der Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** zur Erbringung der Transport- und Entsorgungsleistung zur 'Räumung des Recycling Point' nichtig ist."

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Der Auftraggeber beabsichtige seit mehr als einem Jahr Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" (Transport und Entsorgung von Abfällen, prioritäre Dienstleistungen gemäß Kategorie 16 Anhang III zum BVergG 2002 im Oberschwellenbereich) zur Vergabe zu bringen. Der Auftraggeber beabsichtige seit mehr als einem Jahr Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" (Transport und Entsorgung von Abfällen, prioritäre Dienstleistungen gemäß Kategorie 16 Anhang römisch drei zum BVergG 2002 im Oberschwellenbereich) zur Vergabe zu bringen.

Bereits in einem ersten Vergabeverfahren wären diese zur Ausschreibung gebracht worden (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung - bekannt gemacht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 3.6.2004, Versendung am 19.5.2004). Im Rahmen dieses zweistufigen Verfahrens hätte die Antragstellerin auf der ersten Stufe sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Anforderungen nachgewiesen, weswegen ihr Teilnahmeantrag vom Auftraggeber als vollständig befunden worden wäre und sie mit Schreiben vom 20.7.2004 - neben sechs weiteren Unternehmen - zur Angebotsabgabe aufgefordert worden wäre. In diesem Vergabeverfahren hätte der Auftraggeber

mit Zuschlagsentscheidungen vom 15.9.2004 bzw. 27.1.2004 jeweils bekannt gegeben, die Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** (in weiterer Folge "Zuschlagsempfängerin" genannt) zu beabsichtigen. Diese Zuschlagsentscheidungen wären jedoch von der Antragstellerin jeweils erfolgreich bekämpft und für nichtig erklärt worden (06N-92/04 und 06N-4/05). Im zweiten Nachprüfungsverfahren hätte sich zusätzlich herausgestellt, dass bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise sämtliche Angebote des Vergabeverfahrens auszuschneiden gewesen wären. Mit Schreiben vom 29.4.2005 hätte der Auftraggeber das Ausscheiden sämtlicher noch im Vergabeverfahren verbliebener Angebote, insbesondere des der Zuschlagsempfängerin (§ 98 Z 8 BVergG) und weiters mitgeteilt, dass auf Grund dieses Umstandes die Ausschreibung gemäß § 105 Abs 3 BVergG ex lege als widerrufen gelte. Dieser Widerruf wäre vom Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 3.5.2005 (Berichtigung vom 11.5.2005) gemeinschaftsweit wie auch im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt gemacht worden. Bereits in einem ersten Vergabeverfahren wären diese zur Ausschreibung gebracht worden (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung - bekannt gemacht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 3.6.2004, Versendung am 19.5.2004). Im Rahmen dieses zweistufigen Verfahrens hätte die Antragstellerin auf der ersten Stufe sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Anforderungen nachgewiesen, weswegen ihr Teilnahmeantrag vom Auftraggeber als vollständig befunden worden wäre und sie mit Schreiben vom 20.7.2004 - neben sechs weiteren Unternehmen - zur Angebotsabgabe aufgefordert worden wäre. In diesem Vergabeverfahren hätte der Auftraggeber mit Zuschlagsentscheidungen vom 15.9.2004 bzw. 27.1.2004 jeweils bekannt gegeben, die Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft C*** - D*** - E*** (in weiterer Folge "Zuschlagsempfängerin" genannt) zu beabsichtigen. Diese Zuschlagsentscheidungen wären jedoch von der Antragstellerin jeweils erfolgreich bekämpft und für nichtig erklärt worden (06N-92/04 und 06N-4/05). Im zweiten Nachprüfungsverfahren hätte sich zusätzlich herausgestellt, dass bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise sämtliche Angebote des Vergabeverfahrens auszuschneiden gewesen wären. Mit Schreiben vom 29.4.2005 hätte der Auftraggeber das Ausscheiden sämtlicher noch im Vergabeverfahren verbliebener Angebote, insbesondere des der Zuschlagsempfängerin (Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG) und weiters mitgeteilt, dass auf Grund dieses Umstandes die Ausschreibung gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG ex lege als widerrufen gelte. Dieser Widerruf wäre vom Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 3.5.2005 (Berichtigung vom 11.5.2005) gemeinschaftsweit wie auch im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt gemacht worden.

Mit dem selbem Schreiben vom 29.4.2005 wäre der Antragstellerin die Absicht zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 6 Z 1 BVergG bekannt gegeben worden, nachdem das als widerrufen geltende erste Verfahren kein im Sinne des BVergG geeignetes Angebot ergeben hätte. Mit einem weiteren Schreiben vom 29.4.2005 wären drei Bieter des als widerrufen geltenden ersten Vergabeverfahrens zur Angebotslegung im nunmehr eingeleiteten zweiten Vergabeverfahren aufgefordert worden. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.7.2005, 06N-39/05-27, wären dem von der Antragstellerin gegen diese Vorgehensweise eingebrachte Nachprüfungsantrag insoweit stattgegeben worden, als die Entscheidung des Auftraggebers vom 29.4.2005 über die Aufforderung zur Angebotsabgabe insgesamt für nichtig erklärt worden wäre. Mit dem selbem Schreiben vom 29.4.2005 wäre der Antragstellerin die Absicht zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG bekannt gegeben worden, nachdem das als widerrufen geltende erste Verfahren kein im Sinne des BVergG geeignetes Angebot ergeben hätte. Mit einem weiteren Schreiben vom 29.4.2005 wären drei Bieter des als widerrufen geltenden ersten Vergabeverfahrens zur Angebotslegung im nunmehr eingeleiteten zweiten Vergabeverfahren aufgefordert worden. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 3.7.2005, 06N-39/05-27, wären dem von der Antragstellerin gegen diese Vorgehensweise eingebrachte Nachprüfungsantrag insoweit stattgegeben worden, als die Entscheidung des Auftraggebers vom 29.4.2005 über die Aufforderung zur Angebotsabgabe insgesamt für nichtig erklärt worden wäre.

Mit Erkenntnis vom 13.6.2005 (der Antragstellerin am 8.7.2005 zugestellt) hätte der VwGH den im Rahmen des als widerrufen geltenden ersten Vergabeverfahrens ergangenen Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2005, 06N-92/04-39, hinsichtlich des Spruchpunktes I. aufgehoben, mit welchem die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin für nichtig erklärt worden wäre. Nach Ansicht des VwGH wären die vom Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung zur Begründung der Ausscheidenspflicht sämtlicher Angebote der Zuschlagsempfängerin nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 zu begründen. Darüber hinaus hätte der VwGH in seiner Begründung jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die weiteren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten seitens des Bundesvergabeamtes nicht zur Begründung herangezogen worden wären und daher das Vorliegen dieser Gründe vom VwGH nicht zu beurteilen gewesen

wären. Mit Erkenntnis vom 13.6.2005 (der Antragstellerin am 8.7.2005 zugestellt) hätte der VwGH den im Rahmen des als widerrufen geltenden ersten Vergabeverfahrens ergangenen Bescheid des Bundesvergabesamtes vom 24.11.2005, 06N-92/04-39, hinsichtlich des Spruchpunktes römisch eins. aufgehoben, mit welchem die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin für nichtig erklärt worden wäre. Nach Ansicht des VwGH wären die vom Bundesvergabesamt in seiner Entscheidung zur Begründung der Ausscheidenspflicht sämtlicher Angebote der Zuschlagsempfängerin nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 zu begründen. Darüber hinaus hätte der VwGH in seiner Begründung jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die weiteren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten seitens des Bundesvergabesamtes nicht zur Begründung herangezogen worden wären und daher das Vorliegen dieser Gründe vom VwGH nicht zu beurteilen gewesen wären.

Mit Schreiben vom 8.7.2005 hätte daraufhin der Auftraggeber gegenüber der Antragstellerin festgehalten, dass unter Beachtung des genannten Erkenntnisses und des Bescheides des Bundesvergabesamtes vom 3.7.2005, 06N-39/05, "der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex lege Widerruf gemäß § 105 Abs 3 nicht eingetreten sei. Demzufolge sei auch das in Folge geführte Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 6 Z 1 BVergG nicht mehr existent." Nunmehr müsse man davon ausgehen, dass der Auftraggeber in Kürze die Erteilung des Zuschlages zu Gunsten des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin beabsichtigt bzw den Zuschlag unter Missachtung der Bestimmung des BVergG bereits erteilt habe. Offensichtlich hätte der Auftraggeber in der Zwischenzeit beschlossen, die zu vergebenden Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" außerhalb eines bekannt gemachten Vergabeverfahrens mittels einer direkten Beauftragung der Zuschlagsempfängerin zur Vergabe zu bringen. Es würde sich jedoch der Kenntnis der Antragstellerin entziehen, ob dies im Wege einer Direktvergabe oder im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer beabsichtigt werde bzw bereits erfolgt sei. Mit Schreiben vom 8.7.2005 hätte daraufhin der Auftraggeber gegenüber der Antragstellerin festgehalten, dass unter Beachtung des genannten Erkenntnisses und des Bescheides des Bundesvergabesamtes vom 3.7.2005, 06N-39/05, "der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex lege Widerruf gemäß Paragraph 105, Absatz 3, nicht eingetreten sei. Demzufolge sei auch das in Folge geführte Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG nicht mehr existent." Nunmehr müsse man davon ausgehen, dass der Auftraggeber in Kürze die Erteilung des Zuschlages zu Gunsten des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin beabsichtigt bzw den Zuschlag unter Missachtung der Bestimmung des BVergG bereits erteilt habe. Offensichtlich hätte der Auftraggeber in der Zwischenzeit beschlossen, die zu vergebenden Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" außerhalb eines bekannt gemachten Vergabeverfahrens mittels einer direkten Beauftragung der Zuschlagsempfängerin zur Vergabe zu bringen. Es würde sich jedoch der Kenntnis der Antragstellerin entziehen, ob dies im Wege einer Direktvergabe oder im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer beabsichtigt werde bzw bereits erfolgt sei.

Zu den Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens (und damit auch zur Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes) führte die Antragstellerin aus, dass das erste (nicht offene) Vergabeverfahren seit 29.4.2005 gemäß § 105 Abs 3 BVergG ex lege als widerrufen gelte und somit - auch in Folge Mitteilung des tatsächlichen Ausscheidens sämtlicher Bieter des ersten nicht offenen Vergabeverfahrens - endgültig beendet sei. Ungeachtet der Aufhebung der Nichtigklärung der ersten Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 durch den VwGH könne dieses beendete Vergabeverfahren weder durch dieses Erkenntnis des VwGH noch durch die Antragsgegnerin selbst wieder aufgenommen werden. Derartiges liege nicht in der Parteidisposition, auch bei ex-lege als widerrufen geltenden Vergabeverfahren. Vielmehr wäre dieser Widerruf auch mangels Anfechtung der Ausscheidensentscheidung anfechtungsfest geworden und seitens des Auftraggebers gemeinschaftsweit bekannt gemacht, wodurch dieser unverändert aufrecht sei. Demnach könne auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 kein rechtswirksamer Zuschlag erteilt werden. Neben dem Fehlen eines dieser Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens wäre die herangezogene Zuschlagsentscheidung darüber hinaus spätestens mit dem Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin auch "rückgängig" gemacht worden. Schließlich wären auch sämtliche Angebote mit dem Ausscheiden in zivilrechtlicher Hinsicht abgelehnt worden, weshalb die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 mangels entsprechender verbindlicher Angebote auch deswegen nicht als Grundlage für die Zuschlagserteilung herangezogen werden könnte. Schließlich könne auch im vom Auftraggeber nach eingetretenem Widerruf eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine Zuschlagserteilung in Folge Nichtigklärung der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" durch das Bundesvergabesamt vom 3.7.2005, 06N-39/05-27,

ebenfalls nicht rechtswirksam erfolgen. Zu den Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens (und damit auch zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamten) führte die Antragstellerin aus, dass das erste (nicht offene) Vergabeverfahren seit 29.4.2005 gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG ex lege als widerrufen gelte und somit - auch in Folge Mitteilung des tatsächlichen Ausscheidens sämtlicher Bieter des ersten nicht offenen Vergabeverfahrens - endgültig beendet sei. Ungeachtet der Aufhebung der Nichtigkeitsklärung der ersten Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 durch den VwGH könne dieses beendete Vergabeverfahren weder durch dieses Erkenntnis des VwGH noch durch die Antragsgegnerin selbst wieder aufgenommen werden. Derartiges liege nicht in der Parteidisposition, auch bei ex-lege als widerrufen geltenden Vergabeverfahren. Vielmehr wäre dieser Widerruf auch mangels Anfechtung der Ausscheidensentscheidung anfechtungsfest geworden und seitens des Auftraggebers gemeinschaftsweit bekannt gemacht, wodurch dieser unverändert aufrecht sei. Demnach könne auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 kein rechtswirksamer Zuschlag erteilt werden. Neben dem Fehlen einer dieser Zuschlagsentscheidungen zu Grunde liegenden Vergabeverfahrens wäre die herangezogene Zuschlagsentscheidung darüber hinaus spätestens mit dem Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin auch "rückgängig" gemacht worden. Schließlich wären auch sämtliche Angebote mit dem Ausscheiden in zivilrechtlicher Hinsicht abgelehnt worden, weshalb die Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 mangels entsprechender verbindlicher Angebote auch deswegen nicht als Grundlage für die Zuschlagserteilung herangezogen werden könnte. Schließlich könne auch im vom Auftraggeber nach eingetretenem Widerruf eingeleiteten Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine Zuschlagserteilung in Folge Nichtigkeitsklärung der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" durch das Bundesvergabeamt vom 3.7.2005, 06N-39/05-27, ebenfalls nicht rechtswirksam erfolgen.

Es liege damit jedenfalls keine rechtswirksame Zuschlagserteilung vor, da diese lediglich im Rahmen einer nunmehr durchgeführten offenkundig unzulässigen Direktvergabe bzw. in einem offenkundig unzulässigen Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen erteilt hätte werden können, was allerdings ebenfalls deren Nichtigkeit bewirken würde. Diese - letztgenannte - Nichtigkeit begründete die Antragstellerin insbesondere mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, mit einem Größenschluss/Analogie zu § 100 Abs 1 BVergG sowie mit § 879 Abs 1 ABGB. Das Vergabeverfahren befände sich demnach noch im Stadium vor Zuschlagserteilung, sodass das BundesvergabeamtEs liege damit jedenfalls keine rechtswirksame Zuschlagserteilung vor, da diese lediglich im Rahmen einer nunmehr durchgeführten offenkundig unzulässigen Direktvergabe bzw. in einem offenkundig unzulässigen Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen erteilt hätte werden können, was allerdings ebenfalls deren Nichtigkeit bewirken würde. Diese - letztgenannte - Nichtigkeit begründete die Antragstellerin insbesondere mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes, mit einem Größenschluss/Analogie zu Paragraph 100, Absatz eins, BVergG sowie mit Paragraph 879, Absatz eins, ABGB. Das Vergabeverfahren befände sich demnach noch im Stadium vor Zuschlagserteilung, sodass das Bundesvergabeamt

- neben der Erlassung einstweiliger Verfügungen - zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen von Auftraggebern zuständig wäre.

Zur inhaltlichen Komponente führte der Auftraggeber an, dass die Voraussetzungen für die Wahl einer Direktvergabe bzw. der Vergabe in einem Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen offenkundig nicht vorlägen.

Die Antragstellerin bekämpft mit ihrem Antrag die gemäß § 20 Z 13 lit a sublit mm BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" bzw. die gemäß § 20 Z 13 lit a sublit ee BVergG gesondert anfechtbaren Entscheidungen "Aufforderung zur Angebotsabgabe" sowie die Entscheidungen, direkte Verhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin aufzunehmen (als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. Angebotsfrist) und die - freilich der Antragstellerin nicht bekannt gegebene - Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin. Zusätzlich bekämpft die Antragstellerin die zeitlich vorhergehende Entscheidung des Auftraggebers, auf ein offenes bzw. nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu verzichten sowie auch die Entscheidung des Auftraggebers, den Auftrag direkt an die Zuschlagsempfängerin vergeben zu wollen sowie auch die zeitlich nachfolgende Entscheidung, den Zuschlag dieser Bietergemeinschaft zu erteilen. Die Bekämpfbarkeit der genannten Entscheidungen ist im Sinne eines effektiven Bieterschutzes deshalb geboten, da diese Entscheidungen die schwersten denkbaren Verstöße gegen das Vergaberecht darstellen würden. Die Antragstellerin bekämpft mit ihrem Antrag die gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, m, m, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe" bzw. die gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG gesondert anfechtbaren Entscheidungen "Aufforderung zur Angebotsabgabe" sowie

die Entscheidungen, direkte Verhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin aufzunehmen (als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw Angebotsfrist) und die - freilich der Antragstellerin nicht bekannt gegebene - Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin. Zusätzlich bekämpft die Antragstellerin die zeitlich vorhergehende Entscheidung des Auftraggebers, auf ein offenes bzw nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu verzichten sowie auch die Entscheidung des Auftraggebers, den Auftrag direkt an die Zuschlagsempfängerin vergeben zu wollen sowie auch die zeitlich nachfolgende Entscheidung, den Zuschlag dieser Bietergemeinschaft zu erteilen. Die Bekämpfbarkeit der genannten Entscheidungen ist im Sinne eines effektiven Bieterschutzes deshalb geboten, da diese Entscheidungen die schwersten denkbaren Verstöße gegen das Vergaberecht darstellen würden.

Zur Zulässigkeit ihrer Anträge führte die Antragstellerin an, dass diese jedenfalls fristgerecht ab Kenntnis der beabsichtigten Vergabe und Unterlassung einer nach dem BVergG erforderlichen Bekanntmachung eingebracht worden wären. Im Sinne einer notwendigen richtlinienkonformen Interpretation des § 169 Abs 1 Z 9 BVergG wäre unter der dort genannten "Zuschlagserteilung" lediglich eine rechtswirksame Zuschlagserteilung zu verstehen, wobei allenfalls auch eine Nichtanwendung dieser Frist im Sinne des Effektivitätsgebotes der Rechtsmittelrichtlinien stattzufinden hätte. Diese Wertung hätte jedenfalls auch unabhängig davon zu erfolgen, ob die Vorgehensweise des Auftraggebers als Direktvergabe oder als Verhandlungsverfahren anzusehen wäre. Im Rahmen der Darstellung des Schadens verwies die Antragstellerin darauf, dass der Auftraggeber zu Unrecht die zu vergebenden Leistungen im Rahmen einer unzulässigen Direktvergabe bzw im Rahmen eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer vergeben wolle bzw rechtsunwirksam bereits vergeben hätte. Damit werde bzw wäre die Antragstellerin auf Grund dieser rechtswidrigen Wahl des Verfahrens und insbesondere durch die (beabsichtigte) direkte Zuschlagserteilung an ihre Mitbewerberin an der Teilnahme an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren behindert worden. Ihr drohe durch die beabsichtigte unzulässige Auftragsvergabe ein Gewinnentgang samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 4,7% der Auftragssumme sohin ca. Euro 650.000,-- netto sowie weiters frustrierte Kosten in Form der bisher angefallenen Projektkosten in der Höhe von etwa Euro 100.000,-- und der Verlust eines Referenzprojektes. Ihr Interesse am Vertragsabschluss hätte sie durch die Beteiligung am als widerrufen geltenden Vergabeverfahren sowie durch die erfolgreiche Führung dreier Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt dargetan. Bei rechtmäßiger Vorgehensweise des Auftraggebers könnte sich die Antragstellerin im Rahmen eines offenen bzw. nicht offenen Vergabeverfahrens an diesem beteiligen und hätte eine echte Chance auf Zuschlagserteilung.

Zur Zulässigkeit ihrer Anträge führte die Antragstellerin an, dass diese jedenfalls fristgerecht ab Kenntnis der beabsichtigten Vergabe und Unterlassung einer nach dem BVergG erforderlichen Bekanntmachung eingebracht worden wären. Im Sinne einer notwendigen richtlinienkonformen Interpretation des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG wäre unter der dort genannten "Zuschlagserteilung" lediglich eine rechtswirksame Zuschlagserteilung zu verstehen, wobei allenfalls auch eine Nichtanwendung dieser Frist im Sinne des Effektivitätsgebotes der Rechtsmittelrichtlinien stattzufinden hätte. Diese Wertung hätte jedenfalls auch unabhängig davon zu erfolgen, ob die Vorgehensweise des Auftraggebers als Direktvergabe oder als Verhandlungsverfahren anzusehen wäre. Im Rahmen der Darstellung des Schadens verwies die Antragstellerin darauf, dass der Auftraggeber zu Unrecht die zu vergebenden Leistungen im Rahmen einer unzulässigen Direktvergabe bzw im Rahmen eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer vergeben wolle bzw rechtsunwirksam bereits vergeben hätte. Damit werde bzw wäre die Antragstellerin auf Grund dieser rechtswidrigen Wahl des Verfahrens und insbesondere durch die (beabsichtigte) direkte Zuschlagserteilung an ihre Mitbewerberin an der Teilnahme an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren behindert worden. Ihr drohe durch die beabsichtigte unzulässige Auftragsvergabe ein Gewinnentgang samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 4,7% der Auftragssumme sohin ca. Euro 650.000,-- netto sowie weiters frustrierte Kosten in Form der bisher angefallenen Projektkosten in der Höhe von etwa Euro 100.000,-- und der Verlust eines Referenzprojektes. Ihr Interesse am Vertragsabschluss hätte sie durch die Beteiligung am als widerrufen geltenden Vergabeverfahren sowie durch die erfolgreiche Führung dreier Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt dargetan. Bei rechtmäßiger Vorgehensweise des Auftraggebers könnte sich die Antragstellerin im Rahmen eines offenen bzw. nicht offenen Vergabeverfahrens an diesem beteiligen und hätte eine echte Chance auf Zuschlagserteilung.

Die Antragstellerin machte die Verletzung in ihrem Recht auf Abwicklung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung, in ihrem Recht auf Unterbleiben einer unzulässigen Direktvergabe, in ihrem Recht auf Unterbleiben

eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens, in ihrem Recht auf Mitteilung der beabsichtigten Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf rechtskonformen Beendigung des Vergabeverfahrens geltend.

Zum Provisorialverfahren brachte die Antragstellerin vor, dass einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und der Auftraggeber auch im Falle einer rechtsunwirksamen Zuschlagserteilung die Möglichkeit hätte, gemeinsam mit der Zuschlagsempfängerin die Leistungen zur Durchführung zu bringen und damit die Antragstellerin als auch andere Mitbewerber innerhalb weniger Monate vor vollendete Tatsachen zu stellen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften und rechtswidrigen (nichtigen) Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chancen, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Die beantragten einstweiligen Maßnahmen seien daher das notwendige und geeignete Mittel, um die durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten unmittelbar drohenden Schädigungen der Interessen der Antragstellerin zu verhindern, was auch frustrierte Aufwendungen auf Seiten der Zuschlagsempfängerin umfassen würde, um eine spätere Rückabwicklung der erbrachten Leistungen im Vorhinein zu verhindern.

Unter Verweis auf das Vorbringen zum Hauptantrag führte die Antragstellerin an, dass einem Verbot der Abwicklung der verfahrensgegenständlichen Leistungen verbunden mit der einstweiligen Untersagung einer weiteren Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für zwei Monate ab Antragstellung, kein allfälliges besonderes Interesse des Auftraggebers entgegenstünde. Insbesondere wäre die bisherige Verzögerung maßgeblich durch den Auftraggeber erfolgt und könne daher keinesfalls zu Lasten der Antragstellerin gehen. Auch hätte jeder Auftraggeber bei seiner Zeitplanung die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren gehabt. Weiters wäre dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen und eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen wäre, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern würden. Ein derartiges öffentliches Interesse an einer sofortigen Auftragsvergabe wäre allerdings nicht ersichtlich, sodass die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung bei weitem überwiegen würden. Nachdem die zu räumenden Abfälle bereits seit Jahren dort lagerten, würde sich auch insofern keine besondere Dringlichkeit ergeben.

Zum Antrag auf außerordentliche Feststellung der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages verwies die Antragstellerin auf die gefestigte Judikatur des VfGH und die herrschende Ansicht, dass derartige Feststellungsbescheide auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zulässig wären, soweit - wie hier - die Klärung einer strittigen Rechtsfrage im öffentlichen Interesse liege oder wenn die Erlassung eines solchen Feststellungsbescheides ein zweckentsprechendes Mittel der Rechtsverfolgung für eine Partei wäre und wenn die Erlassung eines solchen Bescheides nicht gesetzlich ausgeschlossen sei. Dabei verwies die Antragstellerin auf ihr Vorbringen zum Hauptantrag und führte zum öffentlichen Interesse einer derartigen Feststellung der Nichtigkeit aus, dass nur dadurch weiterhin die Möglichkeit bestünde, die auszuschreibenden Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" in einem den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der Bestimmungen des BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens zur Vergabe zu bringen. Es bestünde auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Es lege auch ein notwendiges Mittel zur Rechtsverfolgung vor, da lediglich durch eine Feststellung der Nichtigkeit der bereits ergangenen Zuschlagserteilung die Abwicklung und der zur Vergabe gebrachten Leistungen rechtzeitig und wirksam verhindern könnten. Eine derartige Feststellung würde die Antragstellerin auch in die Lage versetzen, nicht trotz vergaberechtswidriger Auftragsvergabe innerhalb weniger Monate vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, sodass auch ein außerordentliches Feststellungsinteresse der Antragstellerin vorhanden wäre.

1. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 19. Juli 2005 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte grundsätzlich den von der Antragstellerin dargestellten zeitlichen Ablauf. Der Auftraggeber betonte jedoch, dass nach seiner Ansicht, das nicht offene Vergabeverfahren mit rechtsgültiger Zuschlagserteilung (§ 102 BVergG) vom 12.7.2005 beendet worden wäre. Im Lichte des Erkenntnisses VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009-5, sowie des durchgeführten Vergabeverfahrens wäre die Zuschlagserteilung an die im Verfahren als Bestbieterin ermittelte Zuschlagsempfängerin nicht nur rechtsgültig, sondern auch rechtsrichtig. Es hätte auch bereits die Bekanntmachung der Auftragsvergabe stattgefunden. Zum Sachverhalt führte der Auftraggeber auch noch an, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.1.2005 wegen

Vorliegens eines unbeheblichen Mangels gemäß § 98 Z 8 BVergG ausgeschieden worden wäre und das Bundesvergabeamt dieses Ausscheiden und das Vorliegen eines unbeheblichen Mangels bestätigt hätte. Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 19. Juli 2005 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte grundsätzlich den von der Antragstellerin dargestellten zeitlichen Ablauf. Der Auftraggeber betonte jedoch, dass nach seiner Ansicht, das nicht offene Vergabeverfahren mit rechtsgültiger Zuschlagserteilung (Paragraph 102, BVergG) vom 12.7.2005 beendet worden wäre. Im Lichte des Erkenntnisses VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009-5, sowie des durchgeführten Vergabeverfahrens wäre die Zuschlagserteilung an die im Verfahren als Bestbieterin ermittelte Zuschlagsempfängerin nicht nur rechtsgültig, sondern auch rechtsrichtig. Es hätte auch bereits die Bekanntmachung der Auftragsvergabe stattgefunden. Zum Sachverhalt führte der Auftraggeber auch noch an, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.1.2005 wegen Vorliegens eines unbeheblichen Mangels gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ausgeschieden worden wäre und das Bundesvergabeamt dieses Ausscheiden und das Vorliegen eines unbeheblichen Mangels bestätigt hätte.

In diesem Zusammenhang verwies der Auftraggeber auch noch darauf, dass nach seiner Ansicht das durchgeführte, nicht offene Vergabeverfahren einerseits vom Auftraggeber nicht widerrufen worden wäre und andererseits nunmehr auch kein ex lege Widerruf mehr vorliege. Denn der eingetretene ex lege Widerruf hätten nur so lange gegolten, als die Voraussetzungen des § 105 Abs 3 BVergG vorgelegen wären. Auf Grund des VwGH-Erkenntnisses vom 13.6.2005 stehe aber nunmehr fest, dass ex-ante betrachtet die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 105 Abs 3 BVergG zum Zeitpunkt der von der Antragsgegnerin gleichlautend wie vormals am 15.9.2004 getroffenen Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005 und damit auch nach Nichtigerklärung derselben durch das Bundesvergabeamt auf Grund Vorliegens zumindest zwei zuschlagsfähiger Angebote, nicht gegeben gewesen wären. Sogar hätte ein ex lege Widerruf des vormaligen nicht offenen Verfahrens auch nicht mit Schreiben des Auftraggebers vom 29.4.2005 an sämtliche Bieter oder durch die vom Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung getroffenen Mitteilung über den angeblich eingetretenen ex lege Widerruf von Seiten des Auftraggebers verfügt werden, weil dessen Eintreten der Disposition und durch den Auftraggeber entzogen wäre. Ein Vergabeverfahren könne demnach bloß dann gemäß § 105 Abs 3 BVergG als widerrufen gelten, wenn die dort zwingend bestimmten Voraussetzungen aus objektiver und rechtmäßiger Betrachtungsweise gegeben wären. Durch das aufhebende Erkenntnis des VwGH vom 13.6.2005 stehe fest, dass aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren jedenfalls das Hauptangebot sowie das Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin weiterhin gültig verblieben seien. Mit Vorliegen des Erkenntnisses wäre damit klargestellt gewesen, dass die vom Auftraggeber mit Schreiben vom 15.9.2004 getroffene Zuschlagsentscheidung weiterhin rechtlichen Bestand hätte, wodurch auf Grund Vorliegens von zumindest zwei zuschlagsfähiger Angebote zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung keine Voraussetzungen gemäß § 105 Abs 3 gegeben gewesen wären. Nichts anderes könne aber für die Bescheiderlassung durch das Bundesvergabeamt am 7.4.2005 gelten. Der Umstand, dass der Widerruf des nicht offenen Verfahrens damit zu keinem Zeitpunkt habe eintreten können, wäre sämtlichen Bietern mit Schreiben vom 8.7.2005 mitgeteilt und gleichermaßen öffentlich bekannt gemacht worden (Amtsblatt zur Wiener Zeitung sowie Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften). In diesem Zusammenhang verwies der Auftraggeber auch noch darauf, dass nach seiner Ansicht das durchgeführte, nicht offene Vergabeverfahren einerseits vom Auftraggeber nicht widerrufen worden wäre und andererseits nunmehr auch kein ex lege Widerruf mehr vorliege. Denn der eingetretene ex lege Widerruf hätten nur so lange gegolten, als die Voraussetzungen des Paragraph 105, Absatz 3, BVergG vorgelegen wären. Auf Grund des VwGH-Erkenntnisses vom 13.6.2005 stehe aber nunmehr fest, dass ex-ante betrachtet die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG zum Zeitpunkt der von der Antragsgegnerin gleichlautend wie vormals am 15.9.2004 getroffenen Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005 und damit auch nach Nichtigerklärung derselben durch das Bundesvergabeamt auf Grund Vorliegens zumindest zwei zuschlagsfähiger Angebote, nicht gegeben gewesen wären. Sogar hätte ein ex lege Widerruf des vormaligen nicht offenen Verfahrens auch nicht mit Schreiben des Auftraggebers vom 29.4.2005 an sämtliche Bieter oder durch die vom Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie im Amtsblatt zur Wiener Zeitung getroffenen Mitteilung über den angeblich eingetretenen ex lege Widerruf von Seiten des Auftraggebers verfügt werden, weil dessen Eintreten der Disposition und durch den Auftraggeber entzogen wäre. Ein Vergabeverfahren könne demnach bloß dann gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG als widerrufen gelten, wenn die dort zwingend bestimmten Voraussetzungen aus objektiver und rechtmäßiger Betrachtungsweise gegeben wären. Durch das aufhebende Erkenntnis des VwGH vom 13.6.2005 stehe fest, dass aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren jedenfalls das Hauptangebot sowie das

Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin weiterhin gültig verblieben seien. Mit Vorliegen des Erkenntnisses wäre damit klargestellt gewesen, dass die vom Auftraggeber mit Schreiben vom 15.9.2004 getroffene Zuschlagsentscheidung weiterhin rechtlichen Bestand hätte, wodurch auf Grund Vorliegens von zumindest zwei zuschlagsfähiger Angebote zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung keine Voraussetzungen gemäß Paragraph 105, Absatz 3, gegeben gewesen wären. Nichts anderes könne aber für die Bescheiderlassung durch das Bundesvergabeamt am 7.4.2005 gelten. Der Umstand, dass der Widerruf des nicht offenen Verfahrens damit zu keinem Zeitpunkt habe eintreten können, wäre sämtlichen Bietern mit Schreiben vom 8.7.2005 mitgeteilt und gleichermaßen öffentlich bekannt gemacht worden (Amtsblatt zur Wiener Zeitung sowie Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften).

Sohin wäre der Auftraggeber in Folge des Erkenntnisses des VwGH vom 13.6.2005 verpflichtet gewesen, das Ausscheiden des Alternativangebotes B sowie des Hauptangebotes der Zuschlagsempfängerin zurückzunehmen. Daraufhin wäre unter Zugrundelegung der vom Auftraggeber zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin am 15.9.2004 getroffenen Zuschlagsentscheidung, welche durch Behebung des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004 durch den Verwaltungsgerichtshof weiterhin in Geltung gestanden wäre, der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin zu erteilen gewesen.

In weiterer Folge hielt der Auftraggeber fest, dass - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht von einer erfolgreichen Bekämpfung der ersten Zuschlagsentscheidung durch die Antragstellerin gesprochen werden könne, nachdem der entsprechende Bescheid des Bundesvergabeamtes nunmehr vom VwGH aufgehoben worden wäre. Es hätte sich - zumindest hinsichtlich des Hauptangebotes und des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin - auch nicht herausgestellt, dass sämtliche Angebote auszuschneiden gewesen wären. Der Zuschlag wäre daher auch aus diesem Grund zu Recht der Zuschlagsempfängerin erteilt worden. Weiters hielt der Auftraggeber zum Sachverhalt fest, dass eine Entscheidung, Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" im Wege einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter zu beschaffen seitens des Auftraggebers nicht getroffen worden und auch nicht beabsichtigt wären. Vielmehr wäre die Zuschlagserteilung und die Rücknahme des Ausscheidens des Hauptangebotes sowie des Alternativangebotes B im Rahmen des vormaligen nicht offenen Verfahrens erfolgt, sodass der Zuschlag nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 15.9.2004, nach Verstreichen einer vierzehntägigen Stillhaltefrist und nach Aufhebung des Spruchpunktes I. des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2005 an die Zuschlagsempfängerin zu erteilen gewesen. In weiterer Folge hielt der Auftraggeber fest, dass - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht von einer erfolgreichen Bekämpfung der ersten Zuschlagsentscheidung durch die Antragstellerin gesprochen werden könne, nachdem der entsprechende Bescheid des Bundesvergabeamtes nunmehr vom VwGH aufgehoben worden wäre. Es hätte sich - zumindest hinsichtlich des Hauptangebotes und des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin - auch nicht herausgestellt, dass sämtliche Angebote auszuschneiden gewesen wären. Der Zuschlag wäre daher auch aus diesem Grund zu Recht der Zuschlagsempfängerin erteilt worden. Weiters hielt der Auftraggeber zum Sachverhalt fest, dass eine Entscheidung, Leistungen für die "Räumung des Recycling Point Blumau" im Wege einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter zu beschaffen seitens des Auftraggebers nicht getroffen worden und auch nicht beabsichtigt wären. Vielmehr wäre die Zuschlagserteilung und die Rücknahme des Ausscheidens des Hauptangebotes sowie des Alternativangebotes B im Rahmen des vormaligen nicht offenen Verfahrens erfolgt, sodass der Zuschlag nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 15.9.2004, nach Verstreichen einer vierzehntägigen Stillhaltefrist und nach Aufhebung des Spruchpunktes römisch eins. des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2005 an die Zuschlagsempfängerin zu erteilen gewesen.

Auch durch das ursprünglich vorgenommene Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin wäre die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung nicht rückgängig gemacht worden. Vielmehr hätte sich der Auftraggeber bekanntermaßen stets gegen die Nichtigerklärungsentscheidungen des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004 und 7.4.2005 gestellt und zur Aufrechterhaltung der jeweils gleich lautenden Zuschlagsentscheidung auch höchstgerichtliche Beschwerden eingebracht. Darüber hinaus wäre es dem Auftraggeber auch rechtlich möglich, eine Ausscheidensentscheidung - noch dazu infolge eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses - rückgängig zu machen. An der Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise besteht insbesondere dann kein Zweifel, wenn wie gegenständlich der nunmehrige Auftragnehmer zu seinem Angebot durch Akzeptanz der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Auftragserteilung vom 12.7.2005 stehe und somit im Lichte der Entscheidung des VwGH das Vorliegen eines

zivilrechtlich verbindlichen und vergaberechtlich ausschreibungs-konformen Angebotes gesichert sei, welches vom Auftraggeber im Laufe des nicht offenen Vergabeverfahrens unzweifelhaft als Bestangebot ermittelt worden wäre. Damit stünde auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses fest, dass die Zurücknahme der Ausscheidung im Bezug auf das Hauptangebot sowie das Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin zwingend war und sohin der ex lege Widerruf gemäß § 105 Abs 3 BVergG aus einer ex ante Betrachtung mangels Vorliegens der Voraussetzungen zu keinem Zeitpunkt dem Rechtsbestand angehört hätte. Dass ein ex lege Widerruf keinesfalls eine endgültige Beendigung eines Vergabeverfahrens darstelle, ergebe sich schließlich auch aus dem dem Rechtsschutzsystem des BVergG immanenten Prinzips, wonach rechtswidrige Entscheidungen des Auftraggebers (hier: Ausscheidung sämtlicher Angebote) durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklärt werden können und diesfalls jener Stand des Vergabeverfahrens gehalten werde, der jenem ohne die entsprechende Auftraggeberentscheidung entspräche. Auch durch das ursprünglich vorgenommene Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin wäre die vom Auftraggeber getroffene Zuschlagsentscheidung nicht rückgängig gemacht worden. Vielmehr hätte sich der Auftraggeber bekanntermaßen stets gegen die Nichtigerklärungsentscheidungen des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004 und 7.4.2005 gestellt und zur Aufrechterhaltung der jeweils gleich lautenden Zuschlagsentscheidung auch höchstgerichtliche Beschwerden eingebracht. Darüber hinaus wäre es dem Auftraggeber auch rechtlich möglich, eine Ausscheidensentscheidung - noch dazu infolge eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses - rückgängig zu machen. An der Zulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise besteht insbesondere dann kein Zweifel, wenn wie gegenständlich der nunmehrige Auftragnehmer zu seinem Angebot durch Akzeptanz der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Auftragserteilung vom 12.7.2005 stehe und somit im Lichte der Entscheidung des VwGH das Vorliegen eines zivilrechtlich verbindlichen und vergaberechtlich ausschreibungs-konformen Angebotes gesichert sei, welches vom Auftraggeber im Laufe des nicht offenen Vergabeverfahrens unzweifelhaft als Bestangebot ermittelt worden wäre. Damit stünde auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses fest, dass die Zurücknahme der Ausscheidung im Bezug auf das Hauptangebot sowie das Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin zwingend war und sohin der ex lege Widerruf gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG aus einer ex ante Betrachtung mangels Vorliegens der Voraussetzungen zu keinem Zeitpunkt dem Rechtsbestand angehört hätte. Dass ein ex lege Widerruf keinesfalls eine endgültige Beendigung eines Vergabeverfahrens darstelle, ergebe sich schließlich auch aus dem dem Rechtsschutzsystem des BVergG immanenten Prinzips, wonach rechtswidrige Entscheidungen des Auftraggebers (hier: Ausscheidung sämtlicher Angebote) durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklärt werden können und diesfalls jener Stand des Vergabeverfahrens gehalten werde, der jenem ohne die entsprechende Auftraggeberentscheidung entspräche.

In Folge rechtswirksamer Zuschlagserteilung vom 12.7.2005 lege demgemäß eine gesetzliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen (sowie gleichermaßen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen) nicht vor, wodurch die Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin bereits aus diesem Grund wegen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückzuweisen wären. Die Ausführungen der Antragstellerin über Fragen eines effektiven Rechtsschutzes kommen daher vorliegend nicht zum Tragen.

Aus demselben Grund sowie weiters, da eine Vergabe unter Außerachtlassung einer erforderlichen Bekanntmachung nicht vorgenommen worden wäre, wäre der entsprechende Antrag zur Wahl einer Direktvergabe gemäß § 169 Abs 1 Z 9 als unzulässig zurückzuweisen. Weiters wäre auch der Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Nichtigkeit des nach bzw am 8.7.2005 abgeschlossenen Vertrages als unzulässig zurückzuweisen. Denn das Bundesvergabeamt sei auf Grund seiner taxativ festgelegten und unprorogablen Kompetenzen nicht zuständig festzustellen, ob ein abgeschlossener Vertrag nichtig sei. Nachdem eine derartige Zuständigkeit in § 162 nicht geregelt sei, wäre vielmehr die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben. Der entsprechende Antrag würde darüber hinaus auch nicht den Voraussetzungen des § 162 Abs 3 BVergG entsprechen. Weiters verwies der Auftraggeber darauf, dass die von der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpften Entscheidungen, wie etwa die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe", weiters die "Aufforderung zur Angebotsabgabe", sowie die Aufnahme von "direkten Verhandlung der Zuschlagsempfängerin" vom Auftraggeber tatsächlich nicht getroffen worden wären. Die dazu gestellten Begehren wären daher wegen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes zwingend zurückzuweisen. Aus demselben Grund sowie weiters, da eine Vergabe unter Außerachtlassung einer erforderlichen Bekanntmachung nicht vorgenommen worden wäre, wäre der entsprechende Antrag zur Wahl einer Direktvergabe gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer 9, als unzulässig zurückzuweisen. Weiters wäre auch der Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Nichtigkeit des nach bzw am 8.7.2005 abgeschlossenen Vertrages als unzulässig

zurückzuweisen. Denn das Bundesvergabeamt sei auf Grund seiner taxativ festgelegten und unprorogablen Kompetenzen nicht zuständig festzustellen, ob ein abgeschlossener Vertrag nichtig sei. Nachdem eine derartige Zuständigkeit in Paragraph 162, nicht geregelt sei, wäre vielmehr die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben. Der entsprechende Antrag würde darüber hinaus auch nicht den Voraussetzungen des Paragraph 162, Absatz 3, BVergG entsprechen. Weiters verwies der Auftraggeber darauf, dass die von der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpften Entscheidungen, wie etwa die Wahl des Vergabeverfahrens "Direktvergabe", weiters die "Aufforderung zur Angebotsabgabe", sowie die Aufnahme von "direkten Verhandlung der Zuschlagsempfängerin" vom Auftraggeber tatsächlich nicht getroffen worden wären. Die dazu gestellten Begehren wären daher wegen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes zwingend zurückzuweisen.

Zu den Antragsvoraussetzungen hält der Auftraggeber fest, dass insbesondere durch das - eben dargestellte - Nichtvorliegen der entsprechenden Auftraggeberentscheidungen die Antragstellerin auch nicht in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, auf Gleichbehandlung, auf Unterbleiben einer unzulässigen Direktvergabe, auf Unterbleiben eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens, auf Mitteilung der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt sein könne. Darüber hinaus fehle es bei der Antragstellerin an der notwendigen Schadenseignung im Sinne des § 163 Abs 1 BVergG, da sie - wie auch das Bundesvergabeamt feststellte - aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre und ihr dadurch denkunmöglich durch die von ihr bekämpften Entscheidungen überhaupt ein Vermögensnachteil erwachsen könnte. Zu den Antragsvoraussetzungen hält der Auftraggeber fest, dass insbesondere durch das - eben dargestellte - Nichtvorliegen der entsprechenden Auftraggeberentscheidungen die Antragstellerin auch nicht in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren, auf Gleichbehandlung, auf Unterbleiben einer unzulässigen Direktvergabe, auf Unterbleiben eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens, auf Mitteilung der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt sein könne. Darüber hinaus fehle es bei der Antragstellerin an der notwendigen Schadenseignung im Sinne des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG, da sie - wie auch das Bundesvergabeamt feststellte - aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre und ihr dadurch denkunmöglich durch die von ihr bekämpften Entscheidungen überhaupt ein Vermögensnachteil erwachsen könnte.

Zur inhaltlichen Unbegründetheit der Anträge der Antragstellerin machte der Auftraggeber geltend, dass die Zuschlagserteilung jedenfalls rechtsgültig wäre. So wäre auch am 15.9.2004 die Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung erfolgt und die dadurch ausgelöste vierzehntätige Stillhaltefrist eingehalten worden. Zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 12.7.2005 wären ihr daher keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden. Denn insbesondere habe durch die Kassation der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004 die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 fortbestanden. Dabei wäre wesentlich, dass die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 vom Auftraggeber beim VwGH angefochten worden wäre und sodann durch die gleichlautende Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005 die vorangegangene Zuschlagsentscheidung weiter aufrechterhalten worden wäre. Gleichermaßen wäre nach neuerlicher Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung auch gegen diesen Bescheid des Bundesvergabeamtes eine höchstgerichtliche Beschwerde erhoben worden. Der Auftraggeber hätte auch niemals erklärt, sich an die im nicht offenen Verfahren getroffene Zuschlagsentscheidung nicht mehr gebunden zu fühlen, sondern vielmehr dargelegt, die am 15.9.2004 vorgenommene Zuschlagsentscheidung im vollen Umfang aufrecht zu erhalten.

Im Hinblick auf die relevierte Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung gemäß § 879 Abs 1 ABGB führte der Auftraggeber an, dass es der Zuschlagsempfängerin auch nicht bereits auf Grund des Ausscheidens ihrer Angebote bewusst hätte sein müssen, dass sie seitens des Auftraggebers endgültig abgelehnt worden wäre und ihre Angebote somit endgültig keine Bindungswirkung mehr entfalten könnten. Vielmehr stehe dem gegenüber fest, dass die Zuschlagsempfängerin nach wie vor an ihrem Angebot vom 30.8.2004 festhalte und demgemäß diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Weiters wäre der geschlossene Vertrag allein schon deshalb schutzwürdig, weil dadurch dem durch Erkenntnis des VwGH vom 13.6.2005 wiederhergestellten rechtmäßigen Zustand von Seiten des Auftraggebers entsprochen worden wäre. Im Hinblick auf die relevierte Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB führte der Auftraggeber an, dass es der Zuschlagsempfängerin auch nicht bereits auf Grund des Ausscheidens ihrer Angebote bewusst hätte sein müssen, dass sie seitens des Auftraggebers endgültig abgelehnt

worden wäre und ihre Angebote somit endgültig keine Bindungswirkung mehr entfalten könnten. Vielmehr stehe dem gegenüber fest, dass die Zuschlagsempfängerin nach wie vor an ihrem Angebot vom 30.8.2004 festhalte und demgemäß diesem Angebot der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Weiters wäre der geschlossene Vertrag allein schon deshalb schutzwürdig, weil dadurch dem durch Erkenntnis des VwGH vom 13.6.2005 wiederhergestellten rechtmäßigen Zustand von Seiten des Auftraggebers entsprochen worden wäre.

Zum Provisorialverfahren brachte der Auftraggeber vor, dass keine wie auch immer geartete weitere Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren vorliegen würde, welche durch eine einstweilige Verfügung unterbunden oder aufgeschoben werden könnte. Eine Zurückweisung hätte aber auch deswegen zu erfolgen, da keine zulässigen Hauptanträge vorliegen würden. Im Ergebnis hätte daher eine einstweilige Verfügung in Anbetracht des bereits erteilten Zuschlages keinen denkmöglichen Anwendungsbereich, es läge kein zulässiger Nachprüfungsantrag vor, das Angebot der Antragstellerin wäre gemäß § 98 BVergG vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden worden und demnach für einen Zuschlag nicht in Betracht zu ziehen. Demzufolge sei eine

- wenn auch nur drohende - Schädigung von Interessen der Antragstellerin nicht gegeben sowie wären die von der Antragstellerin behaupteten rechtswidrigen Entscheidungen unzulässig bzw gänzlich unbegründet.

Der Auftraggeber beantragte sohin, sämtliche Nichtigerklärungsanträge a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen sowie schließlich die Anträge auf Erlassung einstweiliger Maßnahmen a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Zusätzlich wäre der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen und schließlich der Antrag auf Ersatz der Gebühren gemäß § 177 Abs 5 wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen. Der Auftraggeber beantragte sohin, sämtliche Nichtigerklärungsanträge a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen sowie schließlich die Anträge auf Erlassung einstweiliger Maßnahmen a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen. Zusätzlich wäre der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung a limine zurückzuweisen, in eventu abzuweisen und schließlich der Antrag auf Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 177, Absatz 5, wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen.

1. 3.Ziffer 3

Die Zuschlagsempfängerin verwies ebenfalls darauf, dass der Zuschlag bereits (auf sein Alternativangebot B auf Grundlage der nunmehr durch den VwGH wiederhergestellten Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004) in rechtsgültiger Weise erteilt worden sei. Darüber hinaus hätte der Auftraggeber auf Grund des genannten Erkenntnisses die Entscheidung vom 29.4.2005, das Hauptangebot und das Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin auszuschneiden, mit Schreiben vom 8.7.2005 widerrufen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin wäre weder ein (weiteres) Verhandlungsverfahren noch eine Direktvergabe durchgeführt worden, die Zuschlagsempfängerin hätte auch keine weiteren Angebote gelegt. Es hätten auch keine Verhandlungen des Auftraggebers mit der Zuschlagsempfängerin stattgefunden. Die auf eine behauptete Direktvergabe bzw auf ein behauptetes Verhandlungsverfahren gestützten Anträge gingen damit mangels Existenz der entsprechenden Entscheidungen ins Leere. Damit wäre aber auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. Für das Hauptverfahren bedeute dies jedoch die ausschließliche Kompetenz des Bundesvergabeamtes zur Feststellung eines allfälligen rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers. Darüber hinaus fehle der Antragstellerin auch die notwendige Antragslegitimation, weil ihr Angebot rechtmäßig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden wäre und ihr daher weder aus der Zuschlagserteilung selbst, noch aus der Abwicklung des Auftrages ein Schaden entstehen könne. Dies betreffe ebenso den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist aber auch dadurch unzulässig, dass er sich auch auf mögliche künftige Vergabeverfahren bezieht. Die entsprechenden Begehren zur Erlassung einstweiliger Maßnahmen wären unzulässig, nachdem die Sicherung der Interessen eines Unternehmers in einem nicht (noch nicht oder nicht mehr) existierenden Vergabeverfahrens nicht vorgesehen sei. Darüber hinaus bezögen

sich verschiedene begehrte Maßnahmen darauf, dass ein abgeschlossener Vertrag nicht durchgeführt werde. Maßnahmen betreffend die Durchführung eines Vertrages können allerdings nicht Gegenstand einer einstweiligen Verfügung des Bundesvergabebeamten sein, nachdem dort eine Beschränkung auf Maßnahmen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bestünde. Gegenstand einer einstweiligen Verfügung könne nur eine auf das Vergabeverfahren bezogene Maßnahme sein. Dem Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an die Zuschlagsempfängerin bzw dieser Bietergemeinschaft die Legung von Angeboten zu untersagen, ist bereits wegen verpönte Benachteiligung eines Bieters unzulässig.

Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden allerdings jedenfalls berechnete Interessen der Zuschlagsempfängerin entgegenstehen. Auf Grund der fortgeschrittenen Zeit wäre die Zuschlagsempfängerin gezwungen, unverzüglich die erforderlichen Dispositionen zu treffen, um den erteilten Auftrag zu erfüllen. Würde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen, hätte dies erhebliche Stillstandskosten zur Folge. Außerdem würde eine weitere Verzögerung bei der Durchführung der Arbeiten erhebliche organisatorische und logistische Probleme verursachen. Die bereits in Angriff genommenen Umsetzungsschritte zur Durchführung des Auftrages müssten gestoppt werden. Diesbezüglich verwies die Zuschlagsempfängerin auf die Erklärung im Nachprüfungsverfahren 06N-92/04 von Dipl.-Ing. Siegfried Hager vom 1.10.2004 (mit Ausnahme der Bezugnahme auf witterungsbedingte Probleme). Es bestünden daher berechnete Interessen der Zuschlagsempfängerin auf umgehende Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen, sodass auch eine Interessenabwägung jedenfalls zu einem Abweisen der einstweiligen Verfügung führen müsste.

Die Zuschlagsempfängerin beantragte daher die Zurückweisung, in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung.

AUFGUND DES DURCHGEFÜHRTEN VERFAHRENS WIRD FOLGENDER

ENTSCHEIDUNGS-RELEVANTER SACHVERHALT FESTGESTELLT

1. 4.Ziffer 4

Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 3.6.2004 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Absendung am 19.5.2004) sowie österreichweit zur Teilnahme am Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau", Leistungen für Transport und Entsorgung eingeladen. Das Verfahren wurde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung für eine prioritäre Dienstleistung im Sinne des Anhangs III iVm § 4 BVergG im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip im Sinne des § 67 Abs 3 BVergG erfolgen (Stellungnahme des Auftraggebers vom 19.7.2005, OZ 7, sowie Einsicht in den Vergabeverfahrensakt). Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 3.6.2004 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Absendung am 19.5.2004) sowie österreichweit zur Teilnahme am Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau", Leistungen für Transport und Entsorgung eingeladen. Das Verfahren wurde als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung für eine prioritäre Dienstleistung im Sinne des Anhangs römisch drei in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip im Sinne des Paragraph 67, Absatz 3, BVergG erfolgen (Stellungnahme des Auftraggebers vom 19.7.2005, OZ 7, sowie Einsicht in den Vergabeverfahrensakt).

1. 5.Ziffer 5

Nach Einlangen von insgesamt sieben Teilnahmeanträgen hat der Auftraggeber diese geprüft und nach Aufforderung sämtlicher Teilnahmeantragsteller zur Angebotslegung nach Angebotsprüfung und Angebotsbewertung am 15.9.2004 eine erste Zuschlagsentscheidung getroffen. Diese Zuschlagsentscheidung ist vom Bundesvergabeamt am 24.11.2004, 06N-92/04-39, für nichtig erklärt worden (BVA 06N- 92/04 sowie Einsicht in den Vergabeverfahrensakt).

1. 6.Ziffer 6

Daraufhin hat der Auftraggeber eine weitere Angebotsprüfung und Bewertung durchgeführt, und am 27.1.2005 eine neuerliche - wiederum auf dasselbe Angebot derselben Bietergemeinschaft lautende - zweite Zuschlagsentscheidung getroffen. Gleichzeitig mit der Bekanntgabe der zweiten Zuschlagsentscheidung wurde das Alternativangebot A der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin, das Angebot der Antragstellerin sowie die Angebote drei weiterer Bieter aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Telefaxmitteilung an die Bieter vom 27.1.2005). Das daraufhin von der auch hier antragstellenden Partei eingeleitete Nachprüfungsverfahren führte

wiederum zur Nichtigerklärung der nunmehr zweiten Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005. In diesem Bescheid wurde die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens des Angebotes der (auch hier) antragstellenden Partei ausgesprochen, sowie weiters, dass das Vergabeverfahren zumindest zwingend zu widerrufen wäre (BVA 7.4.2005, 06N-4/05-31, Rz 33 und 35).

1. 7.Ziffer 7

Nach Beendigung des zweiten Nachprüfungsverfahrens (06N-4/05) hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 29.4.2005 den Bieter des ersten Verfahrens bekannt gegeben, dass die zum damaligen Zeitpunkt noch im Verfahren befindlichen restlichen Bieter ebenfalls ausgeschieden würden und damit das erste Vergabeverfahren als widerrufen gelte. Der Eintritt des ex-lege Widerrufs gemäß § 105 Abs 3 BVergG wurde österreichweit und europaweit bekannt gemacht (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt, insbesondere Schreiben vom 29.4.2005 und die entsprechenden Bekanntmachungen). Nach Beendigung des zweiten Nachprüfungsverfahrens (06N-4/05) hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 29.4.2005 den Bieter des ersten Verfahrens bekannt gegeben, dass die zum damaligen Zeitpunkt noch im Verfahren befindlichen restlichen Bieter ebenfalls ausgeschieden würden und damit das erste Vergabeverfahren als widerrufen gelte. Der Eintritt des ex-lege Widerrufs gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG wurde österreichweit und europaweit bekannt gemacht (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt, insbesondere Schreiben vom 29.4.2005 und die entsprechenden Bekanntmachungen).

Mit denselben Schreiben vom 29.4.2005 wurde auch die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 6 Z 1 BVergG bekannt gegeben. Das daraufhin von der (auch hier) antragstellenden Partei eingeleitete Nachprüfungsverfahren führte zur Nichtigerklärung der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" (Kontrollverfahren 06N-39 bis 41/05). Mit denselben Schreiben vom 29.4.2005 wurde auch die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG bekannt gegeben. Das daraufhin von der (auch hier) antragstellenden Partei eingeleitete Nachprüfungsverfahren führte zur Nichtigerklärung der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" (Kontrollverfahren 06N-39 bis 41/05).

1. 8.Ziffer 8

Daraufhin hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009-5, den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004, 06N-92/04-39, in seinem Spruchpunkt I. (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung) aufgehoben (siehe das zitierte Erkenntnis). Daraufhin hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13.6.2005, 2005/04/0001-6, 2005/04/0009-5, den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.11.2004, 06N-92/04-39, in seinem Spruchpunkt römisch eins. (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung) aufgehoben (siehe das zitierte Erkenntnis).

1. 9.Ziffer 9

Der Auftraggeber teilte sodann den Bietern des nicht offenen Vergabeverfahrens mit, dass unter Beachtung des zitierten Erkenntnisses des VwGH festgehalten werden, dass der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex-lege Widerruf gemäß § 105 Abs 3 BVergG nicht eingetreten sei und demzufolge auch das geführte Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 6 Z 1 BVergG nicht mehr existieren würde. Dem Zuschlagsempfänger wurde darüber hinaus mit diesem Schreiben mitgeteilt, dass das mit Schreiben vom 29.4.2005 erklärte Ausscheiden des "Angebotes (Hauptangebot und Alternativangebot B)" der Zuschlagsempfängerin unter Beachtung des genannten Erkenntnisses hiermit widerrufen werde. Der Auftraggeber teilte sodann den Bietern des nicht offenen Vergabeverfahrens mit, dass unter Beachtung des zitierten Erkenntnisses des VwGH festgehalten werden, dass der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex-lege Widerruf gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG nicht eingetreten sei und demzufolge auch das geführte Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG nicht mehr existieren würde. Dem Zuschlagsempfänger wurde darüber hinaus mit diesem Schreiben mitgeteilt, dass das mit Schreiben vom 29.4.2005 erklärte Ausscheiden des "Angebotes (Hauptangebot und Alternativangebot B)" der Zuschlagsempfängerin unter Beachtung des genannten Erkenntnisses hiermit widerrufen werde.

In weiterer Folge hat der Auftraggeber der Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 8.7.2005, abgefertigt am 12.7.2005 mitgeteilt, dass dem Alternativangebot B der Zuschlagsempfängerin der Zuschlag erteilt werde und gleichzeitig eine Kopie der Zuschlagserteilung (Annahme des Angebotes) als Anlage beigegeben. Diese Kopie trägt drei Unterschriften der Bietergemeinschaft der Zuschlagsempfängerin (datiert mit 30.8.2004) sowie die

Unterzeichnung für den Auftraggeber durch Mag. F*** (für den Bezirkshauptmann Baden) am 8.7.2005. Die Rechtsvertreterin der Zuschlagsempfängerin übermittelte dem Auftraggeber am 12.7.2005 ein Schreiben, in dem im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau" der Empfang des Schreibens vom 8.7.2005 "betreffend Zuschlagserteilung samt Anlage (Kopie der Annahme des Angebotes)" bestätigt werde (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt, insbesondere die Schreiben vom 8. bzw. 12.7.2005).

1. 10.Ziffer 10

Schließlich hat der Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 14.7.2005 österreichweit und europaweit bekannt gegeben, dass die Bekanntmachung vom 4.5.2005 (eingetretener ex lege Widerruf) widerrufen werde und dazu darauf hingewiesen, dass der bekannt gegebene ex lege Widerruf gemäß § 105 Abs 3 BVergG nicht eingetreten sei und daher die Bekanntmachung vom 25.5.2004 (3.6.2004) nicht annulliert und unverändert gültig sei (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt, insbesondere die entsprechenden Bekanntmachungs-dokumente). Darüber hinaus ist am 12.7.2005 (Versendung an das Amt für Veröffentlichungen) bzw am 15.7.2005 (Amtsblatt zur Wiener Zeitung) eine Bekanntmachung eines vergebenden Auftrages mit Zuschlagsdatum 12.7.2005 veröffentlicht worden (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt). Schließlich hat der Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 14.7.2005 österreichweit und europaweit bekannt gegeben, dass die Bekanntmachung vom 4.5.2005 (eingetretener ex lege Widerruf) widerrufen werde und dazu darauf hingewiesen, dass der bekannt gegebene ex lege Widerruf gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG nicht eingetreten sei und daher die Bekanntmachung vom 25.5.2004 (3.6.2004) nicht annulliert und unverändert gültig sei (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt, insbesondere die entsprechenden Bekanntmachungs-dokumente). Darüber hinaus ist am 12.7.2005 (Versendung an das Amt für Veröffentlichungen) bzw am 15.7.2005 (Amtsblatt zur Wiener Zeitung) eine Bekanntmachung eines vergebenden Auftrages mit Zuschlagsdatum 12.7.2005 veröffentlicht worden (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt).

RECHTLICH IST DER FESTGESTELLTE SACHVERHALT WIE FOLGT ZU

BEURTEILEN

1. 11.Ziffer 11

Vorbemerkung

Unvorgreiflich der Rechtsansicht des für das Hauptverfahren zuständigen Senates und des im weiteren Verfahren zu ermittelnden Sachverhaltes wird für das Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass die vom Auftraggeber mit 12.7.2005 versuchte Zuschlagserteilung (absolut und ex-tunc) nichtig ist und es daher zu keinem rechtsgültigem Vertragsabschluss zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin gekommen ist. Dies aus den folgenden Gründen:

Zunächst ist dazu anzumerken, dass das aufhebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.6.2005, 2005/05/0001-6, 2005/04/0009-5, nicht - wie vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme angedeutet - eine parallele Zeitschiene eröffnet, wo im Sinne einer ex ante Betrachtung die seit der am 24.11.2004 erfolgten Kassation der ersten Zuschlagsentscheidung durch das Bundesvergabeamt vom Auftraggeber und weiteren Beteiligten des Vergabeverfahrens sowie durch Nachprüfungsbehörden gesetzte Handlungen und Ereignisse automatisch als nicht mehr existent anzusehen wären. Vielmehr bleiben diese - ohne weitere Handlungen zu setzen - aufrecht und entfalten weiterhin die entsprechenden Wirkungen. Dies wird letztlich auch durch den Auftraggeber selbst bestätigt, da er nach Zustellung des höchstgerichtlichen Erkenntnisses selbst Handlungen vorgenommen hat, die bei gegenteiliger Ansicht nicht durchgeführt hätten werden müssen, wie etwa den "Widerruf" des Ausscheidens von Angeboten der Zuschlagsempfängerin. Dazu ist weiters festzuhalten, dass durch das Erkenntnis des Gerichtshofes lediglich das Nachprüfungsverfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat (§ 42 Abs 3 VwGG). Dies gilt allerdings nicht für das dem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegende (grundsätzlich privatwirtschaftlich zu beurteilende) Vergabeverfahren. Zunächst ist dazu anzumerken, dass das aufhebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.6.2005, 2005/05/0001-6, 2005/04/0009-5, nicht - wie vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme angedeutet - eine parallele Zeitschiene eröffnet, wo im Sinne einer ex ante Betrachtung die seit der am 24.11.2004 erfolgten Kassation der ersten Zuschlagsentscheidung durch das Bundesvergabeamt vom Auftraggeber und weiteren Beteiligten des Vergabeverfahrens sowie durch Nachprüfungsbehörden gesetzte Handlungen und Ereignisse automatisch als nicht mehr existent anzusehen wären.

Vielmehr bleiben diese - ohne weitere Handlungen zu setzen - aufrecht und entfalten weiterhin die entsprechenden Wirkungen. Dies wird letztlich auch durch den Auftraggeber selbst bestätigt, da er nach Zustellung des höchstgerichtlichen Erkenntnisses selbst Handlungen vorgenommen hat, die bei gegenteiliger Ansicht nicht durchgeführt hätten werden müssen, wie etwa den "Widerruf" des Ausscheidens von Angeboten der Zuschlagsempfängerin. Dazu ist weiters festzuhalten, dass durch das Erkenntnis des Gerichtshofes lediglich das Nachprüfungsverfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat (Paragraph 42, Absatz 3, VWGG). Dies gilt allerdings nicht für das dem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegende (grundsätzlich privatwirtschaftlich zu beurteilende) Vergabeverfahren.

1. 12.Ziffer 12

Für die vorliegende Beurteilung ist wesentlich, dass sich der Auftraggeber für eine beabsichtigte Zuschlagserteilung - wie er es gegenständlich allerdings vorgenommen hat - jedenfalls nicht mehr auf seine erste Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 stützen konnte und kann. Denn selbst wenn es sich um einen - wie der Auftraggeber vorbringt - vom Bundesvergabeamt aufgezwungenen Willen handelt, ändert dies nichts daran, dass durch die zweite Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005 der Auftraggeber seine erste Zuschlagsentscheidung zumindest implizit widerrufen hat. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist demnach nicht von einer einheitlichen Zuschlagsentscheidung mit verschiedenen Daten, sondern von rechtlich getrennt zu behandelnden Zuschlagsentscheidungen auszugehen, die sich signifikant durch das jeweils unterschiedliche Bekanntmachungsdatum iSd § 100 Abs 1 BVergG unterscheiden. Mit der zweiten Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber jedenfalls faktisch akzeptiert, dass er sich nach einer allfälligen Kassation der Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Verfahren 06N-92/04 nicht mehr auf die erste Zuschlagsentscheidung berufen werde. Verstärkt wird diese Wirkung im vorliegenden Fall noch dadurch, dass der Auftraggeber in weiterer Folge sämtliche Angebote aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden hat (selbst wenn auch dies nach der Diktion des Auftraggebers "aufgezwungen" war) und daraufhin auch den Eintritt eines ex lege Widerrufs österreichweit und europaweit bekannt gemacht hat. Dadurch hat der Auftraggeber jedenfalls einen Rechtsschein erzeugt, sodass hier der privatrechtliche Grundsatz *venire contra factum proprium* zur Geltung kommt. Auch nunmehr vorgebrachte gegenteilige Darlegungen über den tatsächlich dahinter stehenden Willen des Auftraggebers ändern nichts am objektiven Erklärungswert der zweiten Zuschlagsentscheidung.

Für die vorliegende Beurteilung ist wesentlich, dass sich der Auftraggeber für eine beabsichtigte Zuschlagserteilung - wie er es gegenständlich allerdings vorgenommen hat - jedenfalls nicht mehr auf seine erste Zuschlagsentscheidung vom 15.9.2004 stützen konnte und kann. Denn selbst wenn es sich um einen - wie der Auftraggeber vorbringt - vom Bundesvergabeamt aufgezwungenen Willen handelt, ändert dies nichts daran, dass durch die zweite Zuschlagsentscheidung vom 27.1.2005 der Auftraggeber seine erste Zuschlagsentscheidung zumindest implizit widerrufen hat. Entgegen der Ansicht des Auftraggebers ist demnach nicht von einer einheitlichen Zuschlagsentscheidung mit verschiedenen Daten, sondern von rechtlich getrennt zu behandelnden Zuschlagsentscheidungen auszugehen, die sich signifikant durch das jeweils unterschiedliche Bekanntmachungsdatum iSd Paragraph 100, Absatz eins, BVergG unterscheiden. Mit der zweiten Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber jedenfalls faktisch akzeptiert, dass er sich nach einer allfälligen Kassation der Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Verfahren 06N-92/04 nicht mehr auf die erste Zuschlagsentscheidung berufen werde. Verstärkt wird diese Wirkung im vorliegenden Fall noch dadurch, dass der Auftraggeber in weiterer Folge sämtliche Angebote aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden hat (selbst wenn auch dies nach der Diktion des Auftraggebers "aufgezwungen" war) und daraufhin auch den Eintritt eines ex lege Widerrufs österreichweit und europaweit bekannt gemacht hat. Dadurch hat der Auftraggeber jedenfalls einen Rechtsschein erzeugt, sodass hier der privatrechtliche Grundsatz *venire contra factum proprium* zur Geltung kommt. Auch nunmehr vorgebrachte gegenteilige Darlegungen über den tatsächlich dahinter stehenden Willen des Auftraggebers ändern nichts am objektiven Erklärungswert der zweiten Zuschlagsentscheidung.

Dies korrespondiert im Übrigen mit dem Umstand, dass der Auftraggeber im Rahmen der Urkundenvorlage an das Bundesvergabeamt nunmehr nicht den Prüfbericht zur ersten Angebotsprüfung und damit zur ersten Zuschlagsentscheidung, sondern nur den Angebotsprüfbericht vom 24.1.2005 zur zweiten Zuschlagsentscheidung vorgelegt hat (Beilagenordner I, Beilage .9) Dies korrespondiert im Übrigen mit dem Umstand, dass der Auftraggeber

im Rahmen der Urkundenvorlage an das Bundesvergabeamt nunmehr nicht den Prüfbericht zur ersten Angebotsprüfung und damit zur ersten Zuschlagsentscheidung, sondern nur den Angebotsprüfbericht vom 24.1.2005 zur zweiten Zuschlagsentscheidung vorgelegt hat (Beilagenordner römisch eins, Beilage ./9)

1. 13.Ziffer 13

Im Übrigen ist zu beachten, welche Wirkungen der (hier ex lege) Widerruf generell für das vorangegangene Vergabeverfahren hatte und nach wie vor hat. In diesem Zusammenhang ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich bei der staatlichen Auftragsvergabe um Privatwirtschaftsverwaltung handelt, sodass der Auftraggeber keine gesetzliche Grundlage für sein Handeln benötigt. Vielmehr darf der Auftraggeber innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen und unter Beachtung der wesentlichen Grundsätze alles das tun, was ihm nicht gesetzlich verboten ist (siehe etwa BVA 29.7.2002, N-19/02-19, oder BVA 26.1.2004, 10N-125/03-14). Es ist also - unbeschadet allgemein zivilrechtlicher Aspekte - grundsätzlich möglich, dass der Auftraggeber eine von ihm getroffenen Entscheidung wieder zurücknimmt.

Bei einem "Widerruf des Widerrufs" ist jedoch zu beachten, dass es sich hierbei um eine besondere Auftraggeberentscheidung handelt, die spezielle Rechtsfolgen nach sich zieht. So endet durch diese Entscheidung (und auch den in diesem Punkt dieser Entscheidung gleichzuhaltenden ex lege-Widerruf) das Vergabeverfahren (§ 103 Abs 1 BVergG), wobei (erst) dadurch etwa ein weiteres Vergabeverfahren zum selben Auftragsgegenstand zulässig wird (siehe etwa BVA 20.9.1996, F-6/96-26). Gerade diese Wirkung bestärkt allerdings die obigen Ausführungen, dass der Auftraggeber dadurch bzw durch die diesen Widerruf auslösende Handlungen zu erkennen gegeben hat, dass er sich nicht mehr auf die erste Zuschlagsentscheidung für eine Zuschlagserteilung stützen werde; dies auch nach allfälliger Bescheidkassation durch die Höchstgerichte. Bei einem "Widerruf des Widerrufs" ist jedoch zu beachten, dass es sich hierbei um eine besondere Auftraggeberentscheidung handelt, die spezielle Rechtsfolgen nach sich zieht. So endet durch diese Entscheidung (und auch den in diesem Punkt dieser Entscheidung gleichzuhaltenden ex lege-Widerruf) das Vergabeverfahren (Paragraph 103, Absatz eins, BVergG), wobei (erst) dadurch etwa ein weiteres Vergabeverfahren zum selben Auftragsgegenstand zulässig wird (siehe etwa BVA 20.9.1996, F-6/96-26). Gerade diese Wirkung bestärkt allerdings die obigen Ausführungen, dass der Auftraggeber dadurch bzw durch die diesen Widerruf auslösende Handlungen zu erkennen gegeben hat, dass er sich nicht mehr auf die erste Zuschlagsentscheidung für eine Zuschlagserteilung stützen werde; dies auch nach allfälliger Bescheidkassation durch die Höchstgerichte.

Dies wird auch durch die Bestimmung des § 175 Abs 2 BVergG insofern bestätigt, als nach Aufhebung einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes durch die öffentlichen Gerichtshöfe nicht von einer Beseitigbarkeit des (in dieser Bestimmung unterschiedslos behandelten) Widerrufs, sondern von einer ausschließlichen nachträglichen Feststellungskompetenz ausgegangen wird. Insofern sind auch die Ausführungen des Bundesvergabeamtes konsequent, dass - zumindest - durch eine Widerrufsentscheidung das Vergabeverfahren beendet ist und damit die vom Auftraggeber im vormaligen Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen "wegfallen" (BVA 14.6.2005, 17N-46/05-32). Dies wird auch durch die Bestimmung des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG insofern bestätigt, als nach Aufhebung einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes durch die öffentlichen Gerichtshöfe nicht von einer Beseitigbarkeit des (in dieser Bestimmung unterschiedslos behandelten) Widerrufs, sondern von einer ausschließlichen nachträglichen Feststellungskompetenz ausgegangen wird. Insofern sind auch die Ausführungen des Bundesvergabeamtes konsequent, dass - zumindest - durch eine Widerrufsentscheidung das Vergabeverfahren beendet ist und damit die vom Auftraggeber im vormaligen Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen "wegfallen" (BVA 14.6.2005, 17N-46/05-32).

1. 14.Ziffer 14

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass der "Widerruf des (ex lege) Widerrufs" erst nach erteiltem Zuschlag, nämlich nach dem 12.7.2005 erfolgt ist.

Zuständigkeit und Zulässigkeit des Antrages

1. 15.Ziffer 15

Für das Provisorialverfahren bedeuten diese Ausführungen in weiterer Folge, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten jedenfalls nicht denkunmöglich sind. So kann beim derzeitigen Ermittlungsstand - und unvorgreiflich der Entscheidung des für das Hauptverfahren zuständigen Senates - nicht ausgeschlossen werden, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zumindest teilweise tatsächlich vorliegen

und den Anträgen der Antragstellerin stattzugeben sein wird.

1. 16.Ziffer 16

Unter den oben dargestellten Prämissen ist aus der Sicht des Provisorialverfahrens daher - neben der allgemeinen Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten - weiters davon auszugehen, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung bzw Widerruf befindet, sodass das Bundesvergabeamt demgemäß zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist.

1. 17.Ziffer 17

Aus den dargestellten Prämissen ergibt sich aber weiters, dass hinsichtlich der Antragstellerin auch die allgemeinen Antragsvoraussetzungen sowohl für das Hauptverfahren als auch für das Provisorialverfahren vorliegen; dies auch im Hinblick auf die konkret geltend gemachten Rechtswidrigkeiten und Beschwerdepunkte durch die Antragstellerin.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 18.Ziffer 18

Gemäß § 171 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwiegen. Ergibt dieses Abwägen ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Gemäß § 171 Abs 4 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 Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwiegen. Ergibt dieses Abwägen ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, 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 Maßnahme zu verfügen.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos werde.

Zu der - damit im Zusammenhang stehenden (und eine Antragsvoraussetzung bildenden) - denkmöglichen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin bzw des entsprechenden Rechtes wird darauf verwiesen, dass nach dem Erkenntnis des VwGH vom 13.6.2005 zwar "das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot B der Zweitbeschwerdeführerin daher nicht aus den von der belangten Behörde herangezogenen Gründen

auszuscheiden gewesen" wäre. Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings ausdrücklich hinzugefügt, dass das Bundesvergabeamt keine Feststellungen dazu getroffen habe, ob das Alternativangebot B der Zweitbeschwerdeführerin nicht wegen spekulativer Preisgestaltung oder mangels Vergleichbarkeit auszuscheiden gewesen wäre. Demgemäß bedeutet das zitierte Erkenntnis nicht automatisch, dass eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin jedenfalls rechtmäßig wäre.

1. 19.Ziffer 19

Im Sinne dieser Darlegungen war zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin (das sind die von ihr dargelegten Schäden in Form von Gewinnentgang, frustrierter Kosten sowie des Verlustes eines Referenzprojektes) dadurch Rechnung zu tragen, dass dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung hinsichtlich der Leistungen "Räumung des 'Recycling Point Blumau', Leistungen für Räumung, Transport und Entsorgung" zu untersagen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass keine öffentlichen Interessen oder Interessen der Zuschlagsempfängerin gegen eine derartige einstweilige Verfügung stehen können, zumal der Auftraggeber auch nach seinem eigenem Vorbringen während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens ohnehin keine Zuschlagserteilung beabsichtigt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass - sollte sich der Senat der im Provisorialverfahren vertretenen Meinung anschließen - die Zuschlagserteilung als nichtig anzusehen und daher eine Vertragsabwicklung auf Grund dieser Umstände unzulässig ist. Es hätte jedenfalls eine neuerliche - entsprechend den rechtlichen Rahmenbedingungen getroffene - Zuschlagsentscheidung zu ergehen. Wenn der Senat im vorliegenden Fall allerdings von einer rechtmäßigen Zuschlagserteilung ausgeht, dann beeinträchtigt die verfügte Maßnahme nicht die ursprüngliche Gültigkeit der mit 12.7.2005 getroffenen Zuschlagserteilung. Der Auftraggeber ist diesfalls auch durch die vorliegende einstweilige Verfügung nicht gehindert, weitere Schritte vorzunehmen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber im vorliegenden Nachprüfungsverfahren selbst keine öffentlichen Interessen geltend gemacht hat, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden (der Auftraggeber ist allerdings von einer Unzulässigkeit der diesbezüglichen Anträge ausgegangen).

Eine durchzuführende Interessenabwägung führt daher jedenfalls zu einem Überwiegen der Interessen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes für die Antragstellerin ist durch die genannte einstweilige Maßnahme genüge getan.

1. 20.Ziffer 20

Im Hinblick auf die zu gewährende Maßnahme ist diese mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer zu befristen.

Dokumentnummer

VERGT_20050721_06N_71_05_13_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