

TE Verg Bescheid 2005/7/21 06N-72/05-13

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 15. Juli 2005 der Bewerbergemeinschaft 1. A***, 2. B***, 3. C***, 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 15. Juli 2005 der Bewerbergemeinschaft 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der Bewerbergemeinschaft 1. A***, 2. B***, 3. C***, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin, nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung

- -Strichaufzählung
die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Räumung des Recycling Point Blumau, Leistungen für Räumung, Transport und Entsorgung", untersagen, und
- -Strichaufzählung
die Erteilung des Zuschlages und auch jede andere Form des Vertragsabschlusses betreffen die Vergabe des Auftrages "Räumung des Recycling Point Blumau, Leistungen für Räumung, Transport und Entsorgung" 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 15. Juli 2005 neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 177 Abs 5 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Anträge auf Nichtigerklärung: Die Antragstellerin stellte am 15. Juli 2005 neben den im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die folgenden Anträge auf Nichtigerklärung:

"Das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidungen der Auftraggeberin

- -Strichaufzählung
für die Vergabe des Auftrages "Räumung des Recycling Point Blumau" das Vergabeverfahren Direktvergabe wählen,
- -Strichaufzählung
den am 29.4.2005 eingetretenen ex lege-Widerruf des zuvor geführten Vergabeverfahrens als "nicht eingetreten" zu betrachten und ein durch veröffentlichten Widerruf bereits beendetes Vergabeverfahren fortsetzen,
- -Strichaufzählung
den Zuschlag nicht der Antragstellerin zu erteilen und das vorliegende Vergabeverfahren nicht gemeinschaftsweit bekannt zu machen,

für nichtig erklären, [...]

In eventu wolle das Bundesvergabeamt die Entscheidungen der Auftraggeberin,

- -Strichaufzählung
den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft D***- E*** - F***, zu erteilen,
- -Strichaufzählung
die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren zu zulassen und
- -Strichaufzählung
entgegen der Bestimmung des § 35 BVergG nicht mindestens drei Unternehmer zur Angebotabgabe einzuladen, entgegen der Bestimmung des Paragraph 35, BVergG nicht mindestens drei Unternehmer zur Angebotabgabe einzuladen,

- -Strichaufzählung
die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu unterlassen für nichtig erklären.

In eventu wolle das Bundesvergabeamt feststellen, dass

- -Strichaufzählung
der Zuschlag im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, in eventu
- -Strichaufzählung
die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren Entsorgung der Altlast "Recycling Point Blumau" im Wege Direktvergabe vorzunehmen rechtswidrig war und damit ein Rechtsverstoß im Sinne des § 172 Abs 1 Bundesvergabegesetz vorliegt, und die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren Entsorgung der Altlast "Recycling Point Blumau" im Wege Direktvergabe vorzunehmen rechtswidrig war und damit ein Rechtsverstoß im Sinne des Paragraph 172, Absatz eins, Bundesvergabegesetz vorliegt, und
- -Strichaufzählung
dass die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau" an die Bietergemeinschaft A*** - B*** - C*** nichtig ist."

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

Der Auftraggeber beabsichtige seit geraumer Zeit, den Auftrag "Räumung des Recycling Point Blumau", Transport und Entsorgung (nicht prioritäre Dienstleistung im Oberschwabenbereich) zu vergeben.

Bereits in einem ersten Vergabeverfahren (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung) wären die gegenständlichen Leistungen zur Ausschreibung gebracht worden. In der ersten Stufe dieses Verfahrens hätte die Antragstellerin einen ordnungsgemäßen Teilnahmeantrag gestellt und wäre in der Folge zur Angebotsabgabe bis 30.8.2004 aufgefordert worden (neben sieben weiteren Unternehmen). Im weiteren Vergabeverfahren hätte der Auftraggeber mit Zuschlagsentscheidungen vom 15.9.2004 bzw. 27.1.2005 jeweils bekannt gegeben, den der Bietergemeinschaft A*** - B*** - C*** (in weiterer Folge "Zuschlagsempfänger" genannt), erteilen zu wollen. Diese beiden Zuschlagsentscheidungen wurden jeweils in einem Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt (06N-92/04 bzw 06N- 4/05) für nichtig erklärt worden. Im zweiten Nachprüfungsverfahren hätte sich zusätzlich herausgestellt, dass sämtliche Angebote des Vergabeverfahrens auszuscheiden gewesen wären.

Mit Schreiben vom 29.4.2005 hätte der Auftraggeber mitgeteilt, dass sämtliche noch im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote gemäß § 98 BVergG ausgeschieden worden wären und daher das Verfahren gemäß § 105 Abs 3 BVergG ex lege als widerrufen gelte. Eine Veröffentlichung dieses eingetretenen Widerrufs wäre europaweit am 3.5.2005 bzw in Österreich am 4.5.2005 erfolgt. Mit Schreiben vom 29.4.2005 hätte der Auftraggeber mitgeteilt, dass sämtliche noch im Vergabeverfahren verbliebenen Angebote gemäß Paragraph 98, BVergG ausgeschieden worden wären und daher das Verfahren gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG ex lege als widerrufen gelte. Eine Veröffentlichung dieses eingetretenen Widerrufs wäre europaweit am 3.5.2005 bzw in Österreich am 4.5.2005 erfolgt.

Zu dem vom Auftraggeber in weiterer Folge eingeleiteten Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 6 Z 1 BVergG wäre die Antragstellerin nicht zur Angebotslegung aufgefordert worden. Das Bundesvergabeamt hätte diese Auftraggeberentscheidung allerdings über Anfechtung der Antragstellerin mit Bescheid vom 3.7.2005 für nichtig erklärt. Zu dem vom Auftraggeber in weiterer Folge eingeleiteten Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG wäre die Antragstellerin nicht zur Angebotslegung aufgefordert worden. Das Bundesvergabeamt hätte diese Auftraggeberentscheidung allerdings über Anfechtung der Antragstellerin mit Bescheid vom 3.7.2005 für nichtig erklärt.

In weiterer Folge hätte der Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen 2005/04/0001 und 2005/04/0009 den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24.1.2004, 06N-92/04 (erstes Nachprüfungsverfahren) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Darauf hin hätte der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex lege-Widerruf gemäß § 105 Abs 3 BVergG nicht eingetreten wäre und demzufolge auch das eingeleitete Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht mehr existent sei. Offenbar hätte der Auftraggeber in weiterer Folge ohne weiteres - also freihändig, de facto oder direkt - jedenfalls aber ohne Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt. In weiterer Folge hätte der Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen 2005/04/0001 und 2005/04/0009 den Bescheid des

Bundesvergabeamtes vom 24.1.2004, 06N-92/04 (erstes Nachprüfungsverfahren) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Darauf hin hätte der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass der mit Schreiben vom 29.4.2005 bekannt gegebene ex lege-Widerruf gemäß Paragraph 105, Absatz 3, BVergG nicht eingetreten wäre und demzufolge auch das eingeleitete Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht mehr existent sei. Offenbar hätte der Auftraggeber in weiterer Folge ohne weiteres - also freihändig, de facto oder direkt - jedenfalls aber ohne Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin erteilt.

Zur Zulässigkeit der Anträge hielt die Antragstellerin fest, dass sie ihren Nachprüfungsantrag binnen fünf Tagen ab Bekanntgabe des Auftraggebers, sich an die bisherigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes und an ihren eigenen Widerruf nicht mehr gebunden zu erachten, eingebracht habe. Auch im Lichte der §§ 169 Abs 2 Z 1 und des 169 Abs 1 Z 9 BVergG wäre der vorliegende Antrag daher als rechtzeitig anzusehen. Dies ergebe sich daraus, dass die zitierten Gesetzesstellen jeweils einen rechtsgültigen Zuschlag voraussetzen sowie weiters aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes. Zur Zulässigkeit der Anträge hielt die Antragstellerin fest, dass sie ihren Nachprüfungsantrag binnen fünf Tagen ab Bekanntgabe des Auftraggebers, sich an die bisherigen Entscheidungen des Bundesvergabeamtes und an ihren eigenen Widerruf nicht mehr gebunden zu erachten, eingebracht habe. Auch im Lichte der Paragraphen 169, Absatz 2, Ziffer eins und des 169 Absatz eins, Ziffer 9, BVergG wäre der vorliegende Antrag daher als rechtzeitig anzusehen. Dies ergebe sich daraus, dass die zitierten Gesetzesstellen jeweils einen rechtsgültigen Zuschlag voraussetzen sowie weiters aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

Die Zulässigkeit des vorliegenden Nachprüfungsantrages gründe sich weiters darauf, dass ein allenfalls zwischenzeitig erteilter Zuschlag von vornherein nichtig sei und sich das Vergabeverfahren noch im Stadium vor Zuschlagserteilung befinde. Die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich nicht nur aus § 100 Abs 1 BVergG sondern schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 879 ABGB. Die Zulässigkeit des vorliegenden Nachprüfungsantrages gründe sich weiters darauf, dass ein allenfalls zwischenzeitig erteilter Zuschlag von vornherein nichtig sei und sich das Vergabeverfahren noch im Stadium vor Zuschlagserteilung befinde. Die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich nicht nur aus Paragraph 100, Absatz eins, BVergG sondern schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des Paragraph 879, ABGB.

In weiterer Folge führte die Antragstellerin an, dass ihr bewusst sei, der Auftraggeber ginge bei der Zuschlagserteilung offensichtlich davon aus, dass durch das Erkenntnis des VwGH das Vergabeverfahren in jenen Stand zurücktrete, in dem es vor Einbringung der ersten Nachprüfungsanträge gewesen sei. In weiterer Folge wäre mangels einer rechtsgültigen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Zuschlag noch im ersten durchgeführten Vergabeverfahren erteilt. Diese Rechtsansicht wäre allerdings unrichtig, da der Auftraggeber das Vergabeverfahren nach der nunmehr aufgehobenen Entscheidung selbst weiter geführt hätte. Durch dieses weitergeführte Verfahren und im Besonderen durch die Bekanntmachung des Widerrufs des Vergabeverfahrens wäre dieses endgültig beendet worden. Ein Widerruf des Widerrufs wäre im BVergG nicht vorgesehen. In weiterer Folge könnten die Handlungen des Auftraggebers nach dem 8.7.2005 nur so qualifiziert werden, dass ein neues Vergabeverfahren zur Vergabe desselben Auftrages abzuwickeln begonnen worden wäre und der Auftraggeber im Zuge dieses Vergabeverfahrens die Direktvergabe gewählt hätte.

Die Nichtigkeit der Direktvergabe auf Grund zivilrechtlicher Rahmenbedingungen würde sich auch daraus ergeben, dass der Auftraggeber nicht zu Recht davon hätte ausgehen können, dass im vorliegenden Fall eine Direktvergabe zulässig wäre. Sollte das Bundesvergabeamt allerdings von einer Rechtswirksamkeit des erfolgten Zuschlages ausgehen, dann wären jedenfalls die vorliegenden Feststellungsanträge zulässig.

Die Antragstellerin bekämpfte sohin die Entscheidungen der Auftraggeberin, für die Vergabe des gegenständlichen Auftrages - ohne dass die Voraussetzungen vorlägen - das Vergabeverfahren der Direktvergabe zu wählen, den am 29.4.2005 eingetretenen ex lege Widerruf des zuvor geführten Vergabeverfahrens als "nicht eingetreten" zu betrachten und ein durch veröffentlichten Widerruf beendetetes Vergabeverfahren fortzusetzen, den Zuschlag nicht der Antragstellerin zu erteilen, und das vorliegende Vergabeverfahren nicht gemeinschaftsweit bekannt zu machen. Dabei wären die drei letztgenannten Entscheidungen Teil der gesondert anfechtbaren Entscheidung "Wahl des Vergabeverfahrens" bei der Direktvergabe. Eventualiter - für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die Auffassung vertreten sollte, die gegenständliche Auftragsvergabe wäre nicht im Wege einer Direktvergabe, sondern im Wege eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens erfolgt - bekämpfte die Antragstellerin die oben im ersten Eventualbegehren genannten Entscheidungen. Ein weiteres Eventualbegehren - für

den Fall, dass das Bundesvergabeamt die Auffassung vertreten sollte, der Zuschlag wäre im vorliegenden Vergabeverfahren bereits rechtswirksam erteilt worden - bekämpfte die Antragstellerin die Entscheidungen,

- -Strichaufzählung
dass der Zuschlag im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau" wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde iSd § 164 Abs 1 Z 2, und dass der Zuschlag im Vergabeverfahren "Recycling Point Blumau" wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde iSd Paragraph 164, Absatz eins, Ziffer 2., und
- -Strichaufzählung
dass die Wahl der Direktvergabe im gegenständlichen Vergabeverfahren "Entsorgung der Altlast Recycling Point Blumau" nicht zu Recht erfolgt ist, weil sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 steht.

Im Übrigen begehrte die Antragstellerin im Sinne einer "außerordentlichen Feststellungskompetenz des Bundesvergabeamtes die Feststellung, 'dass die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren Recycling Point Blumau' an [... die Zuschlagsempfängerin] nichtig ist".

Die Antragstellerin erachtete sich in ihrem Recht auf Wahl eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, auf gemeinschaftsweite Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, auf Abwicklung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages, auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung und in ihrem Recht auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt. An Schaden machte die Antragstellerin einen Gewinnentgang in der Höhe von ca. Euro 525.000,- sowie die Frustration bisher angelaufener Projektkosten in der Höhe von Euro 80.000,- und schließlich den Verlust eines Referenzprojektes geltend. Ihr Interesse am Vertragsabschluss hätte die Antragstellerin bereits durch die Beteiligung am als widerrufen geltenden Vergabeverfahren dargetan. Bei rechtmäßiger Vorgehensweise könnte sich die Antragstellerin an einem offenen bzw nicht offenen Verfahrens beteiligen und hätte eine echte Chance auf Zuschlagserteilung. Hinsichtlich des Feststellungsantrages wird das Interesse durch die Notwendigkeit einer derartigen Feststellung für die Erlangung von Schadenersatz vor den Zivilgerichten dargelegt.

Zur inhaltlichen Komponente führte die Antragstellerin an, dass die Wahl der Direktvergabe jedenfalls rechtswidrig wäre, was sich insbesondere aus dem hohen Auftragswert ergebe. Aber auch dann, wenn gegenständlich ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder ein Verhandlungsverfahren eingeleitet worden wäre, dann würde sich die Nichtigkeit einer daraus resultierten Zuschlagserteilung ergeben. Zur "außerordentlichen Feststellung" führte die Antragstellerin an, sie habe ein rechtliches Interesse daran, die Nichtigkeit des vermeintlichen Zuschlages feststellen zu lassen, zumal sich der Auftraggeber auf die Rechtsgültigkeit dieses Vertrages berufe.

Zum Provisorialverfahren führte die Antragstellerin an, dass einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und der Auftraggeber daher die Möglichkeit hätte, einen Zuschlag zu erteilen. Daraus ergäbe sich, eine unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und ein allenfalls zustehender Schadenersatzanspruch die Chancen, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Eine einstweilige Verfügung sei daher das notwendige und geeignete Mittel, um die durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten unmittelbar drohenden Schädigungen der Interessen der Antragstellerin zu verhindern.

Unter Hinweis auf ihr Vorbringen zum Hauptantrag verwies die Antragstellerin darauf, dass dem kein allfälliges besonderes Interesse des Auftraggebers entgegenstünde und verwies dazu darauf, dass Verzögerungen im Vergabeverfahren durch den Auftraggeber selbst in signifikanter Weise herbeigeführt worden wären, was keinesfalls zu Lasten der Antragstellerin gehen könnte. Jedenfalls hätte aber der Auftraggeber in seine terminliche Planung bei den nunmehr neu ausgeschrieben Vergabeverfahren ein Nachprüfungsverfahren einkalkulieren müssen. Daher würden - auch unter Berücksichtigung des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes und der Überwiegensregelung des Gesetzes jedenfalls die Interessen der Antragstellerin auf Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen. Auch eine Dringlichkeit der Auftragsvergabe wäre selbst durch den Auftragsgegenstand nicht indiziert. Im Ergebnis würden daher die - im dargestellten Schaden liegenden - Interessen der Antragstellerin überwiegen.

1. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 20. 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 unbehebbar Mangels gemäß § 98 Z 8 BVergG ausgeschieden worden wäre. Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 20. 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 unbehebbar Mangels gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG ausgeschieden worden wäre.

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. Sohin 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 Europäische 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. Sohin 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 Europäische 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 es sich - zumindest hinsichtlich des Hauptangebotes und des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin - auch nicht herausgestellt hätte, 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" "freihändig", "de facto" oder "direkt" 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 es sich - zumindest hinsichtlich des Hauptangebotes und des Alternativangebotes B der Zuschlagsempfängerin - auch nicht herausgestellt hätte, 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" "freihändig", "de facto" oder "direkt" 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.

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. Im Übrigen wären auch die weiteren Feststellungsbegehren unzulässig. Weiters verwies der Auftraggeber darauf, dass von der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpfte Entscheidungen, wie etwa die "Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe" sowie "das vorliegende Vergabeverfahren nicht gemeinschaftsweit bekannt zu machen" 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. Im Übrigen wären auch die weiteren Feststellungsbegehren unzulässig. Weiters verwies der Auftraggeber darauf, dass von der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpfte Entscheidungen, wie etwa die "Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe" sowie "das vorliegende Vergabeverfahren nicht gemeinschaftsweit bekannt zu machen" 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 den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt sein könne. Darüber hinaus fehle es bei der Antragstellerin an der notwendigen Schadenseignung im Sinne des § 163 Abs 1 BVergG, da sie - unbekämpfter Weise - aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren auszuscheiden 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 den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt sein könne. Darüber hinaus fehle es bei der Antragstellerin an der notwendigen Schadenseignung im Sinne des Paragraph 163, Absatz eins, BVergG, da sie - unbekämpfter Weise - aus dem vormaligen nicht offenen Vergabeverfahren auszuscheiden 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 vierzehntägige 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 Nichtigserklärung 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. Gleichermäßen wäre nach neuerlicher Nichtigserklärung 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 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 Paragraph 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 eine Direktvergabe noch eine "feihändige Vergabe" durchgeführt worden,

Die auf eine behauptete Direktvergabe 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 (und unbekämpft) 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 die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens und auf Untersagung der Zuschlagserteilung und jeder anderen Form des Vertragsabschlusses richte, dies aber nach Abschluss des Vergabeverfahrens ins Leere gehe.

Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden allerdings jedenfalls berechnigte 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 Herrn H*** vom 1.10.2004 (mit Ausnahme der Bezugnahme auf witterungsbedingte Probleme). Es bestünden daher berechnigte 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

wiederrufen 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 Bietern 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 Bietern 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. G*** (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 BVerG 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, BVerG 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, frustrierten 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_72_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