



GZ: N/0103-BVA/14/2011-18

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum" über den gegen die BALSА Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H, Mosetiggasse 1, 1230 Wien, als Auftraggeber gerichteten Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 13.10.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "der BALSА Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., wird im Vergabeverfahren 'Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum' bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen", wird **stattgegeben**.

Der BALSА Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H, Mosetiggasse 1, 1230 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum" den **Zuschlag zu erteilen**.

B e g r ü n d u n g

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), brachte am 13.10.2011 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Weiters wurden Anträge auf Nichtigklärung der

Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem Schriftsatz vom **13.10.2011** brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor, dass die BALSa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H (idF BALSa) ausweislich der Bekanntmachung im Amtsblatt der EU am 11.7.2011, Zahl 2011/S 43-070263, ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Sanierung der Altlast T5 der Dachpappenfabrik Rum durchführe. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen seien Auftraggeber jedoch sowohl die BALSa als auch die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler Gesellschaft m.b.H., Hallerstraße 247, Postfach 8, 6040 Innsbruck (idF BITBAU).

Im Rahmen des gegenständlichen Vorhabens seien einerseits die Durchführung von Dekontaminierungsmaßnahmen (Räum- und Transportleistungen, Behandlungs- bzw. Entsorgungsleistungen) im Auftrag der BALSa und andererseits Bauleistungen im Auftrag der BITBAU erforderlich.

Gemäß Pkt. 2.10.2 der Ausschreibungsunterlagen seien bei der Angebotsöffnung gemäß § 118 Abs. 5 Z 1 bis 3 BVergG aus den Angeboten unter anderem der Angebotspreis sowie allfällige wesentliche Erklärungen der Bieter zu verlesen.

Gemäß Pkt. 3.6.1 der Ausschreibungsunterlagen (Kriterium "Preis") erhalte in diesem Kriterium das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis (ALSAG-Beitragsbereinigt) automatisch die höchst mögliche Punktezahl von 1.500 Punkten. Bewertet werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei. Eventualpositionen/Regiepreise würden in diesen zuschlagsrelevanten Nettoangebotspreis nicht einfließen.

Bei der Angebotsöffnung sei jedoch der zuschlagsrelevante Angebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei, nicht verlesen worden. Weiters würden die Ausschreibungsunterlagen kein Angebotsformular enthalten und seien weder der ALSAG-Beitrag noch die Eventualpositionen/Regiepreise definiert.

Gemäß Pkt. 3.6.4 der Ausschreibungsunterlagen werde das Angebot mit der höchsten Punktezahl als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot für den Zuschlag vorgesehen. Gemäß Punkt 3.6 der Ausschreibungsunterlagen seien folgende Zuschlagskriterien mit folgender Gewichtung vorgesehen:

Preis (bereinigt um die ALSAG-Beiträge): 75%, Technische Qualität: 17% und Umweltgerechtigkeit: 8%.

Der Antragsteller habe bereits umfangreiche vergleichbare Sanierungsleistungen erbracht. Er verfüge daher über genaue Kenntnisse der Notwendigkeiten der Leistungserbringung. Er könne somit den Aufwand für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen genau einschätzen.

Die Angebotsfrist habe am 13.9.2011 geendet. Der Antragsteller habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Gemäß der Niederschrift über die Angebotsöffnung seien 5 Angebote rechtzeitig eingebracht worden.

Bei der Angebotsöffnung seien nur die Nettoangebotssummen, eventuell vorhandene Nachlässe, die Umsatzsteuer und der Angebotspreis inkl. Umsatzsteuer verlesen worden. Nicht verlesen worden sei der zuschlagsrelevante Angebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei.

Mit Schreiben vom 30.9.2011, übermittelt am 3.10.2011, habe die BALSA dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß den §§ 129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden werde. Gleichzeitig sei ihm mit diesem Schreiben mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft C***-D*** zu erteilen, da deren Angebot im Rahmen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes mit der höchsten Punktezahl aller abgegebenen gültigen Angebote bewertet worden sei.

Der Auftraggeber habe dem Antragsteller 4 Ausscheidensgründe mitgeteilt:

1. Es könnten nur 3 Projekte (anstelle der 14 vorgelegten Projekte) als Unternehmensreferenzen gewertet werden, da der Antragsteller nur bei diesen 3 Projekten die technische Projektleitung innegehabt habe.
2. Für die Behandlungsanlage der E*** und der F*** seien keine entsprechenden Anlagenbescheide vorgelegt worden, denen die SN-scharfe Zuordnung bzw. der Bewilligungsumfang zu entnehmen sei.
3. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe der Antragsteller nicht die ordnungsgemäße endgültige Behandlung von Abfällen der SN 54913-Teerrückstände nachgewiesen.
4. Trotz Aufforderung zur Nachreichung sei der abzugebende Baustelleneinrichtungsplan nicht vorgelegt worden.

Das Interesse des Antragstellers am Auftragserhalt ergebe sich bereits daraus, dass er ein Angebot gelegt habe.

Würde ihm der Zuschlag nicht erteilt, würde ihm ein großer finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Zuschlagserteilung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und in der Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb. In diesem Fall drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des Deckungsbeitrages. Weiters wären die bisher aufgelaufenen Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotserstellung frustriert. Weiters seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung entstanden. Auch drohe dem Antragsteller ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt.

Gründe der Rechtswidrigkeiten:

1. Verletzung von Formalvorschriften:

Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG habe ein Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung unter anderem das Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1 BVergG, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben. Eine Verletzung dieser Begründungspflicht sei bereits dann wesentlich, wenn dies zu einer Erschwerung oder Unmöglichkeit des Einbringens eines Nachprüfungsantrages führe. Im Schreiben vom 30.9.2011 fehle das Ende der Stillhaltefrist und die Begründung für die Punktevergabe. Weiters sei die Übersichtstabelle der Bewertung des präsumtiven Zuschlagsempfängers unleserlich, sodass die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes für den Antragsteller nicht nachvollziehbar seien. Aus diesen Gründen sei die Einbringung eines Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert und die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

2. Rechtswidrige Angebotsöffnung:

Gemäß Pkt. 2.10.2 (Angebotsöffnung) der Ausschreibungsunterlagen seien bei der Angebotsöffnung aus den Angeboten unter anderem der Angebotspreis sowie allfällige wesentliche Erklärungen der Bieter zu verlesen. Gemäß Pkt. 3.6.1 (Kriterium "Preis") der Ausschreibungsunterlagen werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei, bewertet. Bei der Angebotsöffnung am 13.9.2011 seien jedoch nur die Nettoangebotssummen, eventuell vorhandene Nachlässe, die Umsatzsteuer und der Angebotspreis inkl. Umsatzsteuer verlesen worden. Nicht verlesen worden seien somit die zuschlagsrelevanten Angebotspreise, die um den ALSAG-Beitrag bereinigt seien. Die zuschlagsrelevanten Angebotspreise seien aber für die Beurteilung der Angebote zweifellos wesentliche Erklärungen, welche zwingend vorzulesen seien. Es seien somit nicht alle für die Angebotsbewertung maßgeblichen Angaben verlesen worden. Die Zuschlagsentscheidung auf einen nicht verlesenen Angebotspreis sei unzulässig. Für die Bewerber werde daher die Überprüfung der Angebotsbewertung und damit, in weiterer Folge, die Einbringung eines Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert.

3. Rechtswidrige Angebotsbewertung:

Gemäß Pkt. 3.6.1 (Kriterium "Preis") der Ausschreibungsunterlagen erhalte in diesem Kriterium das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis (ALSAG-Beitragsbereinigt) automatisch die höchstmögliche Punktezahl von 1.500 Punkten. Bewertet werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei. Eventualpositionen/Regiepreise würden in diesen zuschlagsrelevanten Nettoangebotspreis nicht einfließen. Die Ausschreibungsunterlagen würden jedoch kein Angebotsformular enthalten. Weiters seien in den Ausschreibungsunterlagen weder der ALSAG-Beitrag noch die Eventualpositionen/Regiepreise definiert. Somit sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig definiert, was der "zuschlagsrelevante Nettoangebotspreis" sei.

Da durch die Auftraggeber fälschlicher Weise die nicht verlesene Gesamtsumme bewertet worden sei, sei es dadurch zu einer falschen Preisbewertung gekommen.

Im Schreiben vom 30.9.2011 fehle die Begründung für die Punktevergabe. Weiters sei die Übersichtstabelle der Bewertung des präsuntiven Zuschlagsempfängers unleserlich. Da dem Antragsteller keine weiteren Informationen vorliegen würden, sei davon auszugehen, dass es zu einer falschen Qualitätsbewertung durch die Auftraggeber gekommen sei. Mangels näherer Begründung in der Zuschlagsentscheidung seien dazu keine genaueren Ausführungen möglich.

4. Nichtausscheidung der C***/D***:

Im Zuge der Aufschlussarbeiten zur Detailerkundung des Untergrundes für das gegenständliche Projekt seien sämtliche geotechnischen Unterlagen, alle Bohrungen und Schürfe, Analysen für die Materialbewertungen einschließlich der Unterlagen für die Projekteinreichung der Ausschreibung von der D*** vorgenommen worden.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger D*** habe somit an der Erstellung der Angebotsunterlagen mitgearbeitet und daher gegenüber den anderen Bietern einen

wesentlichen Wissensvorteil gehabt, was eine Ungleichbehandlung der Bieter bedeute. Selbst wenn der von der D*** erstellte Bericht über die Aufschlussarbeiten zur Detailerkundung des Untergrundes allen Bietern zur Verfügung gestellt worden sei, besitze der präsumtive Zuschlagsempfänger dennoch einen wesentlichen Wissensvorteil. Einerseits würden die Prüfergebnisse dem präsumtiven Zuschlagsempfänger bereits wesentlich länger zur Verfügung stehen, sodass sich dieser länger und somit besser auf die Angebotsabgabe vorbereiten habe können. Andererseits stünden der D*** auch weitere, nicht im Prüfbericht enthaltene Untersuchungsergebnisse zur Verfügung, da naturgemäß nicht alle Untersuchungsergebnisse in einen Prüfbericht einfließen würden. Der Bewerber Bietergemeinschaft C***-D*** sei daher auszuscheiden.

Überdies ermögliche die von der Bietergemeinschaft C***-D*** angegebene Anlage G*** und Anlage H***, keine endgültige Behandlung der Abfälle, weshalb die Bietergemeinschaft auch aus diesem Grund auszuscheiden gewesen wäre.

Der Antragsteller sei Billigstbieter. Gemäß dem Schreiben vom 30.9.2011 betrage der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers Euro 15.809.244,48 exkl. USt. und sei damit um Euro 1.770.237,46 netto höher als der zuschlagsrelevante Angebotspreis des Antragstellers.

Nach herrschender Rechtsprechung sei die Unterlassung der verpflichteten Verlesung bei der Angebotsöffnung ein schwerwiegender Mangel, der zur Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung führe (vgl. VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100; 17.9.2010, 2009/04/0289). Da dem Bieter durch die unterlassene Verlesung in der Angebotsöffnung der Rechtsschutz genommen werde, liege ein zur "Nichtigkeit" der Zuschlagsentscheidung führender Fehler selbst dann vor, wenn ein Angebot nicht zuschlagsfähig sei. Die Antragslegitimation des Antragstellers sei damit gegeben.

Der Auftraggeber habe das gegenständliche Verfahren als öffentlichen Bauauftrag qualifiziert. Da im gegenständlichen Verfahren die charakteristische Tätigkeit die Altlastensanierung sei, sei der gegenständliche Auftrag jedoch als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren.

Konkret zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung brachte der Antragsteller vor, dass er sein gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen seines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Der einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine besonderen Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen. Im Übrigen habe der Auftraggeber die von ihm selbst festgelegte Zuschlagsfrist - und überhaupt die Dauer des Vergabeverfahrens - mehrfach überschritten bzw. in die Länge gezogen, sodass auch deswegen kein großes Interesse des Auftraggebers an einer Nichterlassung der einstweiligen Verfügung anzunehmen sei.

Mit einem weiteren **Schriftsatz vom 13.10.2011** gab der **Antragsteller** bekannt, dass Auftraggeber iSd BVergG ausschließlich die BALSa sei.

Mit Schriftsatz vom **17.10.2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Auftraggeber seien die Bundesaltlastensanierungs Gesellschaft mbH, Mosetiggasse 1, 1230 Wien, und die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler GesmbH, Haller Straße 247, 6040 Innsbruck. Dem Vergabeverfahren, beginnend mit der Bekanntmachung bis zur Ausschreibung, sei unmissverständlich zu entnehmen, dass BALSa und BITBAU gemeinsam Auftraggeber seien. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die BALSa nicht alleine Auftraggeber, sondern gemeinsam mit der BITBAU. Das Verfahren der "Sanierung Altlast T5" werde gemeinsam durchgeführt. Unter Pkt. 2.6 der Ausschreibungsunterlage werde darauf hingewiesen, dass Teilvergaben nicht möglich seien und das gegenständliche Vorhaben als Gesamtauftrag ausgeschrieben werde.

Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der Auftragswert ohne USt. belaufe sich auf Euro 19.836.971,20. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Bekanntmachung in Österreich und in der EU sei am 8.7.2011 erfolgt. Die Angebotsöffnung habe am 13.9.2011 stattgefunden. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium zwischen Zuschlagsentscheidung und Auftragserteilung. Die

Zuschlagsentscheidung sei am 30.9.2011 per E-Mail/Telefax an alle Bieter ergangen. Dem Antragsteller sei jedoch mit Schreiben vom 30.9.2011 bekannt gegeben worden, dass sein Angebot ausgeschieden werde. Lediglich um maximale Transparenz zu gewähren, habe der Auftraggeber dem Antragsteller auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und zwar nach der Bekanntgabe des Ausscheidens.

Der Angebotspreis netto der Bietergemeinschaft C***/D*** belaufe sich auf Euro 16.993.373,48.

Der Nachprüfungsantrag richte sich unmissverständlich ausschließlich gegen die BALSА Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH. Die BALSА habe jedoch im gegenständlichen Fall kein Vergabeverfahren durchgeführt. Das Vergabeverfahren sei von der BALSА und der BITBAU durchgeführt worden.

Neben der unrichtigen Bezeichnung des Auftraggebers sei auch das Vergabeverfahren unrichtig bezeichnet. Die Auftraggeber hätten die Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Antragsteller wende sich jedoch gegen ein Verhandlungsverfahren.

Sowohl § 322 Abs. 1 als auch § 328 Abs. 2 BVergG würden eine genaue Bezeichnung des Auftraggebers fordern. Danach richte sich auch das weitere Nachprüfungsverfahren einschließlich der Parteistellung und aller damit verbundenen Rechte. Gegenstand des vom Antragsteller bezeichneten Verfahrens sei ein Vergabeverfahren, das in dieser Form nicht existiere. Es bestehe weder ein Vergabeverfahren der BALSА zur Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum, geschweige denn ein solches im Verhandlungsverfahren durchgeführtes Verfahren. Der Nachprüfungsantrag richte sich offenbar gegen ein nicht existentes Vergabeverfahren. Dem Antragsteller fehle es damit offenbar an der Beschwer. Die vorliegenden Anträge seien daher zurückzuweisen.

Eine nachträgliche Änderung des Auftraggebers begründe eine wesentliche Änderung des Verfahrensgegenstandes, sodass ein Verbesserungsauftrag bzw. eine Abänderung des Antrags nicht zulässig seien. Durch eine derartige Antragsänderung

würde sich die Sache in einem wesentlichen Bestandteil (dem Auftraggeber), ändern (§ 13 Abs. 3 bzw. 8 AVG). Nachträgliche Abweichungen vom ursprünglichen Antrag (vor allem der Person des Auftraggebers) wären als "neuer Nachprüfungsantrag" zu werten.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die BALSa vor, dass das Vorbringen des Antragstellers, wonach der Auftraggeber selbst die von ihm festgelegte Zuschlagsfrist und überhaupt die Dauer des Vergabeverfahrens mehrfach überschritten bzw. in die Länge gezogen hätte, unzutreffend sei. Die Bekanntmachung sei am 11.7.2011, die Angebotsöffnung am 13.9.2011 erfolgt. Die Ausscheidensentscheidung bzw. die Zuschlagsentscheidung seien am 30.9.2011 ergangen. Zwischen Angebotsöffnung und Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung sei der Antragsteller wegen unzähliger Fehler in seinem Angebot in der Zeit vom 16.9.2011 bis zum 22.9.2011 zur Verbesserung aufgefordert worden. Entgegen dem unwahren Vorbringen des Antragstellers sei das Vergabeverfahren unter maximalem Einsatz raschest möglich abgewickelt worden. Dies belege das öffentliche Interesse an der Sanierung der gegenständlichen Altlast noch im heurigen Kalenderjahr.

Das öffentliche Interesse sei zunächst in der Sanierung der gegenständlichen Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum zu sehen, die eine akute Gefährdung für das Grundwasser im Einzugsbereich des Inn darstelle. Verschärft werde dieses öffentliche Interesse durch die Verbindung mit dem privaten Unternehmer BITBAU. Das Projekt könne nur im Einvernehmen und in engster Abstimmung mit der BITBAU umgesetzt werden. Am gegenständlichen Standort erfolge ein laufender Produktionsbetrieb der BITBAU, der möglichst wenig gestört werden dürfe. Darauf sei in den Ausschreibungsunterlagen mehrfach hingewiesen worden. Danach sollte mit den Bauarbeiten im Dezember 2011 begonnen und im Jänner 2012 fortgesetzt werden, wenn bei der BITBAU wegen Revisionen die Produktion ruhe. Würde eine einstweilige Verfügung erlassen, wäre der Bauzeitplan derart gestört, dass die Sanierung erst ein Jahr später als geplant durchgeführt werden könne. Die Grundwassergefährdung wäre um ein Jahr fortgesetzt.

Die Auftraggeber hätten parallel zum gegenständlichen Vergabeverfahren auch die notwendigen Ziviltechnikerleistungen (örtliche Bauaufsicht und örtliche chemische Aufsicht) ausgeschrieben. Auch hier habe die Angebotsfrist am 13.9.2011 geendet. Mittlerweile sei der Auftrag zu diesen beiden Verfahren erteilt worden. Die Auftraggeber könnten - bei Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung - sofort mit der Projektabwicklung beginnen.

Die Interessen des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung würden die Interessen des Auftraggebers nicht überwiegen. Im Hinblick darauf, dass die Baumaßnahmen nur im Dezember/Jänner durchgeführt werden könnten, sei dem öffentlichen Interesse und der Gefahrenbeseitigung der Vorzug zu geben und der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

§ 329 Abs. 4 1. Satz BVergG bestimme ausdrücklich, dass einstweilige Verfügungen zu befristen seien. Hingewiesen werde auf § 326 BVergG, wonach die übliche Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes 6 Wochen betrage. Diese Frist hätten die Auftraggeber auch einkalkuliert.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Der Antragsteller richtete seinen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - wie auch seinen Nachprüfungsantrag - gegen die von ihm als ausschließlicher Auftraggeber bezeichnete Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH (BALSA). In den allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren vom 17.10.2011 gab der Antragsgegner, die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH (BALSA), jedoch sowohl die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH (BALSA) als auch die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler GesmbH (BITBAU) als Auftraggeber der gegenständlichen Auftragsvergabe an.

Die tatsächliche Auftraggebereigenschaft iSd § 2 Z 8 BVergG - die BALSA alleine oder die BALSA gemeinsam mit der BITBAU oder etwa die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und

Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die BALSa als vergebende Stelle etc - kann im Rahmen des Provisorialverfahrens aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht abschließend geklärt werden. Im Provisorialverfahren wird daher - unvorgreiflich abweichender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Hauptverfahrens - vorläufig davon ausgegangen, dass Auftraggeber die BALSa ist.

Bei der BALSa handelt es sich um eine hundertprozentige Tochter der Umweltbundesamt GmbH. Die Umweltbundesamt GmbH steht zu 100 % im Eigentum des Bundes. Die BALSa ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Bei der BITBAU handelt es sich nach den Angaben des Rechtsvertreters der BALSa vom 17.10.2011 um ein privates Unternehmen.

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich - unvorgreiflich abweichender Ergebnisse im Hauptverfahren - um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (Dienstleistungs-Kategorie 16 des Anhangs III zum BVergG), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert ist nach den Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Hauptverfahren - nicht auszugehen. Der Antrag erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG.

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

Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium nach erfolgter Bekanntgabe der Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung (30.9.2011). Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

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

Gemäß § 329 Abs. 4 leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach

Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag der Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

Der Antragsteller behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 30.9.2011. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird jedoch im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an den Antragsteller sichert.

Der Antragsteller brachte vor, dass ihm bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden in Höhe des Deckungsbeitrages drohe. Weiters drohe ein Schaden aus den frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotserstellung. Auch seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung angefallen. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Dem Vorbringen der BALS, dass der vom Antragsteller vorgebrachte drohende Schaden im Fall der Auftragserteilung an einen anderen Bieter nicht geeignet sei, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stützen, da sich dieser Schaden auch nachträglich mittels Schadenersatzes geltend machen ließe, ist Folgendes entgegenzuhalten:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065) sind unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG auch der Verlust des Referenzprojektes sowie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung zu verstehen. Vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG sind all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers,

am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl auch BVA 7.10.2011, N/0095-BVA/14/2011-EV6).

Der Verlust der gegenständlichen Referenz stellt somit einen Schaden iSd § 328 Abs. 1 BVergG dar. Der Antragsteller hat auch den drohenden Schaden durch die Kosten der frustrierten Angebotserstellung, der rechtsfreundlichen Vertretung sowie den Verlust des Deckungsbeitrages plausibel dargelegt. Die Behauptungen des Antragstellers hinsichtlich des drohenden oder eingetretenen Schadens sind als ausreichend zu qualifizieren. Ins Einzelne gehende Darlegungen des Schadens sind nach der Rspr des VwGH nicht geboten (VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010).

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an einem zügigen Verfahrensablauf und eine akute Gefährdung für das Grundwasser im Einzugsbereich des Inns bestehen würden, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105 - BVA/02/2008-EV9 ua.).

Dass im Falle eines nicht bereits im Dezember 2011 erfolgenden Leistungsbeginnes die Grundwassergefährdung um ein Jahr fortgesetzt bzw. die Auftragserteilung gar um Jahre verzögert sein sollten, wie die BALSA behauptet, vermag das Bundesvergabeamt angesichts der mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundenen Unterbrechung des Vergabeverfahrens für einen relativ kurzen Zeitraum nicht nachzuvollziehen. Dem Vorbringen der BALSA zufolge dürfte ihre Befürchtung einer unter Umständen jahrelangen Verzögerung in internen Gegebenheiten der offensichtlich an der Auftragsausführung beteiligten BITBAU begründet sein. Dass die Arbeiten laut Darstellung der BALSA nur während des ruhenden Produktionsbetriebes der BITBAU infolge Revisionen durchführbar sein sollen und somit hierfür nur ein äußerst enges Zeitfenster von zwei Monaten zur Verfügung stehen soll, vermag als innerorganisatorischer, der Auftraggeberseite zuzurechnender Umstand die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung

jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Was das behauptete Fortbestehen der Grundwassergefährdung im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung betrifft, ist zu bemerken, dass die Verlängerung einer allfälligen - ohnedies bereits bisher bestehenden Gefährdungssituation - angesichts des relativ kurzen Zeitraumes der Dauer einer einstweiligen Verfügung nicht ins Gewicht fällt.

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

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

Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Wien, am 21. Oktober 2011
Die Vorsitzende des Senates 14
Mag. Ilse Lesniak

