

TE Verg Bescheid 2006/7/14 N-127/01-73

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.07.2006

Norm

BVergG 2002 §20 Z3

BVergG 2002 §20 Z11

BVErgG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §30 Abs2

BVergG 2002 §175 Abs2

BVergG 2002 §188

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG 1997), BGBl I Nr 56/1997 idF BGBl I Nr 61/2002, iVm § 175 Abs 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der Altlast Dkfm Fischer Deponie (Räumung Fischer-Deponie, Transport und Entsorgung der geräumten Abfälle)" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt als Vollstreckungsbehörde, Ungargasse 33, 2700 Wiener Neustadt, diese vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der 1. A***, sowie 2. B***, beide vertreten durch X***, vom 12. November 2001 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG 1997), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 61 aus 2002,, in

Verbindung mit Paragraph 175, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der Altlast Dkfm Fischer Deponie (Räumung Fischer-Deponie, Transport und Entsorgung der geräumten Abfälle)" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt als Vollstreckungsbehörde, Ungargasse 33, 2700 Wiener Neustadt, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der 1. A***, sowie 2. B***, beide vertreten durch X***, vom 12. November 2001 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Den Anträgen, "die in Punkt 10.2 Teilnahmeunterlagen (S 26) und in der Anfragebeantwortung vom 18.10.2001 (zur Frage 1) enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis 'Baumeister' für alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft" sowie "die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist (Teilnahmeunterlagen, S 28) für nichtig zu erklären", wird insofern stattgegeben, als festgestellt wird, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVerG 2002, nämlich der Forderung, dass sämtliche Mitglieder einer Bewerber- /Bietergemeinschaft über die Befugnis "Baumeister" zu verfügen haben, der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Das darüber hinausgehende Begehren, sofern dieses auf die Forderung nach Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe Bezug nimmt, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 20 Z 3 und 11 BVerG 2002; § 21 Abs 1 BVerG 2002; § 30 Abs 2 BVerG 2002; 175 Abs 2 BVerG 2002; § 188 BVerG 2002; § 345 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr 17/2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 20, Ziffer 3 und 11 BVerG 2002; Paragraph 21, Absatz eins, BVerG 2002; Paragraph 30, Absatz 2, BVerG 2002; 175 Absatz 2, BVerG 2002; Paragraph 188, BVerG 2002; Paragraph 345, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,

II.römisch zwei.

Der Antrag des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt als Vollstreckungsbehörde, Ungargasse 33, 2700 Wiener Neustadt, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien vom 20. März 2006, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVerG 1997 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 175 Abs 2 BVerG 2002; § 188 BVerG 2002; § 345 BVerG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 175, Absatz 2, BVerG 2002; Paragraph 188, BVerG 2002; Paragraph 345, BVerG 2006

III.römisch drei.

Der Antrag des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt als Vollstreckungsbehörde, Ungargasse 33, 2700 Wiener Neustadt, diese vertreten durch Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien vom 20. März 2006, "das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVerG 2002 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 175 Abs 2 BVerG 2002; § 188 BVerG 2002; § 345 BVerG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 175, Absatz 2, BVerG 2002; Paragraph 188, BVerG 2002; Paragraph 345, BVerG 2006

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Parteivorbringen

Mit Schriftsatz vom 12. November 2001 stellten die Antragstellerinnen die im Spruch ersichtlichen Anträge und begründeten diese im Wesentlichen folgendermaßen:

Die Forderung des Auftraggebers, alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft müssten über eine Baumeisterkonzession verfügen, schränke den Wettbewerb erheblich ein. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht ersichtlich. Zum Nachweis der Leistungsfähigkeit genüge, dass ein einzelnes Mitglied der Bewerbergemeinschaft über die Baumeisterkonzession verfüge, jede andere Auffassung widerspreche dem Sinn und Zweck von Bewerber- /Bietergemeinschaften. Die Unzulässigkeit dieser Forderung ergebe sich im Übrigen auch aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen C-176/98 (Holst Italia) sowie C- 5/97 (Ballast Nedam), in denen der EuGH festgestellt habe, dass ein Bewerber oder Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf Konzernunternehmen oder Dritte verweisen könne, sofern er nachweisen könne, dass er über deren Einrichtungen im Auftragsfall verfügen könne. Dies gelte auch für Bewerber- und Bietergemeinschaften.

Es handle sich im gegenständlichen Fall nicht um einen ausschließlich für Baumeister zugänglichen Generalunternehmerauftrag. Die Entsorgungsleistungen hätten mit den Räumungsarbeiten nichts gemein. Erstere seien keine Bauausführungen und nicht vom speziellen Generalunternehmervorbehalt für Baumeister gemäß § 202 Abs 2 GewO erfasst, da Entsorgungs- und Baumeisterleistungen gänzlich verschiedene Tätigkeiten seien, welche unterschiedliche Bewilligungen erforderten. Sowohl Baumeister als auch Entsorger könnten als Generalunternehmer im gegenständlichen Fall auftreten, da beide wichtige Teile der zu erbringenden Leistungen seien. In diesem Zusammenhang werde auf die §§ 36 iVm 33 GewO verwiesen. Es handle sich im gegenständlichen Fall nicht um einen ausschließlich für Baumeister zugänglichen Generalunternehmerauftrag. Die Entsorgungsleistungen hätten mit den Räumungsarbeiten nichts gemein. Erstere seien keine Bauausführungen und nicht vom speziellen Generalunternehmervorbehalt für Baumeister gemäß Paragraph 202, Absatz 2, GewO erfasst, da Entsorgungs- und Baumeisterleistungen gänzlich verschiedene Tätigkeiten seien, welche unterschiedliche Bewilligungen erforderten. Sowohl Baumeister als auch Entsorger könnten als Generalunternehmer im gegenständlichen Fall auftreten, da beide wichtige Teile der zu erbringenden Leistungen seien. In diesem Zusammenhang werde auf die Paragraphen 36, in Verbindung mit 33 GewO verwiesen.

Die Ausschreibung sei weiters rechtswidrig, da sie eine gültige Exportgenehmigung im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Entsorgungsanlagen bereits bei der Angebotslegung fordere, somit zu einem Zeitpunkt, bei dem noch nicht alle erforderlichen Informationen zur Erlangung einer derartigen Exportgenehmigung bekannt seien. Dies sei eine versteckte Diskriminierung von EU-Dienstleistern: Ausländische Deponien schieden dadurch faktisch aus, da der Antragsteller im Rahmen des Notifikationsverfahrens zur Erlangung dieser Genehmigung der Behörde Informationen zu liefern habe, die den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen nicht entnommen werden könnten, da Art 3 Abs 5 Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) Detailinformationen zu den zu exportierenden Abfällen fordere. Diese Informationen könnten erst im Zuge der Räumungsarbeiten gewonnen werden, da erst dann Zusammensetzung und Menge der zu beseitigenden Abfälle genau bekannt seien. Von inländischen Anlagen werde jedoch kein derartiges Notifikationsverfahren gefordert. In Österreich jedoch stünden genehmigte Anlagen zur Beseitigung der gegenständlichen Abfälle nur in begrenztem Maß zur Verfügung: Entsprechend einer Bekanntgabe durch den Auftraggeber (Umweltbundesamt – Anlagendatenbank) habe es im Mai 2001 insgesamt 53 genehmigte Anlagen mit einem freien Deponievolumen von 30 Millionen m³ gegeben. Die Antragstellerinnen hätten bei ihrem Bemühen, die wesentlichsten Anlagenbetreiber in Österreich als mögliche Partner für eine ausschreibungskonforme Beseitigung zu gewinnen, ausschließlich negative beziehungsweise keine Antworten erhalten. Daher könne diese Genehmigung erst zum Zeitpunkt der Auftragserfüllung verlangt werden. Die Ausschreibung sei weiters rechtswidrig, da sie eine gültige Exportgenehmigung im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Entsorgungsanlagen bereits bei der Angebotslegung fordere, somit zu einem Zeitpunkt, bei dem noch nicht alle erforderlichen Informationen zur Erlangung einer derartigen Exportgenehmigung bekannt seien. Dies sei eine versteckte Diskriminierung von EU-Dienstleistern: Ausländische Deponien schieden dadurch faktisch aus, da der Antragsteller im Rahmen des Notifikationsverfahrens zur Erlangung dieser Genehmigung der Behörde Informationen zu liefern habe, die den Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen nicht entnommen werden könnten, da Artikel 3, Absatz 5, Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) Detailinformationen zu den zu exportierenden Abfällen fordere. Diese Informationen könnten erst im Zuge der Räumungsarbeiten gewonnen werden, da erst dann Zusammensetzung und Menge der zu beseitigenden Abfälle genau bekannt seien. Von inländischen Anlagen werde jedoch kein derartiges Notifikationsverfahren gefordert. In Österreich jedoch stünden genehmigte Anlagen zur Beseitigung der gegenständlichen Abfälle nur in begrenztem Maß zur Verfügung: Entsprechend einer Bekanntgabe durch den

Auftraggeber (Umweltbundesamt – Anlagendatenbank) habe es im Mai 2001 insgesamt 53 genehmigte Anlagen mit einem freien Deponievolumen von 30 Millionen m³ gegeben. Die Antragstellerinnen hätten bei ihrem Bemühen, die wesentlichsten Anlagenbetreiber in Österreich als mögliche Partner für eine ausschreibungskonforme Beseitigung zu gewinnen, ausschließlich negative beziehungsweise keine Antworten erhalten. Daher könne diese Genehmigung erst zum Zeitpunkt der Auftragserfüllung verlangt werden.

Zur angefochtenen Forderung einer Baumeisterbefugnis für jedes Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft führte der Auftraggeber (Stellungnahmen vom 15. und 20. November 2001) aus, dass es sich gegenständlich zweifelsohne um dem Baumeister vorbehaltene Generalunternehmerarbeiten handle. Die betreffenden Bestimmungen der GewO würden nicht auf die "Wichtigkeit" einer Leistung abstellen, vielmehr sei entscheidend, dass gemäß §§ 202 und 225 GewO lediglich Baumeister und Bauträger berechtigt seien, Subunternehmer anderer sowie des eigenen Gewerbes zu bestellen, nicht jedoch befugte Entsorger. Zur angefochtenen Forderung einer Baumeisterbefugnis für jedes Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft führte der Auftraggeber (Stellungnahmen vom 15. und 20. November 2001) aus, dass es sich gegenständlich zweifelsohne um dem Baumeister vorbehaltene Generalunternehmerarbeiten handle. Die betreffenden Bestimmungen der GewO würden nicht auf die "Wichtigkeit" einer Leistung abstellen, vielmehr sei entscheidend, dass gemäß Paragraphen 202 und 225 GewO lediglich Baumeister und Bauträger berechtigt seien, Subunternehmer anderer sowie des eigenen Gewerbes zu bestellen, nicht jedoch befugte Entsorger.

Die Hinweise auf die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rs C-176/98 (Holst Italia) sowie C-5/97 (Ballast Nedam) gingen insofern fehl, als diese sich auf die Möglichkeit bezögen, die technische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch den Nachweis der Verfügbarkeit entsprechender Mittel von Seiten Dritter zu substituieren, nicht jedoch die Befugnis als rechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung entsprechend den gewerbe- und berufsrechtlichen Vorschriften.

Weiters führte der Auftraggeber aus, die durch die Mitglieder einer beabsichtigten Bewerbergemeinschaft nachgewiesene finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit biete auch vor den Folgen einer allfälligen Insolvenz Schutz, der durch die gemäß § 15 Z 7 BVergG 1997 statuierte Solidarhaftung gewährleistet werde. Dadurch sei jedes Mitglied der Bietergemeinschaft zur Leistungserbringung verpflichtet und müsse sie erforderlichenfalls alleine erbringen. Dies setze voraus, dass jedem Mitglied der Bietergemeinschaft die Leistungserbringung grundsätzlich – allenfalls unter Heranziehung geeigneter Subunternehmer – möglich sei. Eine Substituierung der Befugnis durch Subunternehmer oder verbundene Unternehmen komme dabei nicht in Betracht. Daher habe der Auftraggeber nicht unzulässigerweise den Wettbewerb beschränkt, sondern bloß seinem Auftrag entsprochen, wonach Aufträge nur an befugte Bieter erteilt werden dürften. Weiters führte der Auftraggeber aus, die durch die Mitglieder einer beabsichtigten Bewerbergemeinschaft nachgewiesene finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit biete auch vor den Folgen einer allfälligen Insolvenz Schutz, der durch die gemäß Paragraph 15, Ziffer 7, BVergG 1997 statuierte Solidarhaftung gewährleistet werde. Dadurch sei jedes Mitglied der Bietergemeinschaft zur Leistungserbringung verpflichtet und müsse sie erforderlichenfalls alleine erbringen. Dies setze voraus, dass jedem Mitglied der Bietergemeinschaft die Leistungserbringung grundsätzlich – allenfalls unter Heranziehung geeigneter Subunternehmer – möglich sei. Eine Substituierung der Befugnis durch Subunternehmer oder verbundene Unternehmen komme dabei nicht in Betracht. Daher habe der Auftraggeber nicht unzulässigerweise den Wettbewerb beschränkt, sondern bloß seinem Auftrag entsprochen, wonach Aufträge nur an befugte Bieter erteilt werden dürften.

Aufgrund der Genehmigungspraxis des zuständigen Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft treffe die Behauptung der Antragstellerinnen, wonach eine Exportgenehmigung nicht bis zum Termin der Angebotsabgabe ausgestellt werde, nicht zu. Die Unterlagen zur Erstellung der Teilnahmeanträge enthielten insbesondere in den Punkten B 3.2 sowie B 4 eine für die Bescheiderledigung hinreichend genaue Beschreibung der entsprechenden Abfallarten und deren Mengen, sodass eine entsprechende Genehmigung innerhalb von ein bis zwei Monaten erteilt werden könne. Diese Unterlagen seien allen Bewerbern seit Mitte September 2001 zur Verfügung gestanden. Aufgrund der Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) sei zu fordern, dass für die Genehmigung des Exports nicht die tatsächliche Abfallmenge und Abfallzusammensetzung einer bestehenden Deponie überprüft werde. Auch die Verbringung von Abfällen ins Ausland würde ausschließlich im Hinblick auf die von Seiten der notifizierenden Person angegebene Menge und Zusammensetzung der Abfälle zugelassen, sofern keine Einwände der zuständigen Behörde entgegen stünden. Abgesehen davon sei sie im Hinblick auf das in § 16 Abs 1 BVergG (1997) enthaltene Gebot, Aufträge an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Bieter zu

vergeben, verpflichtet, die Vorlage einer Exportgenehmigung zu fordern, andernfalls die Gefahr bestünde, dass ein möglicherweise ungeeigneter Unternehmer als Bestbieter bewertet würde. Der Auftraggeber beantragte die Anträge als unzulässig zurück-, in eventu als unbegründet abzuweisen. Aufgrund der Genehmigungspraxis des zuständigen Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft treffe die Behauptung der Antragstellerinnen, wonach eine Exportgenehmigung nicht bis zum Termin der Angebotsabgabe ausgestellt werde, nicht zu. Die Unterlagen zur Erstellung der Teilnahmeanträge enthielten insbesondere in den Punkten B 3.2 sowie B 4 eine für die Bescheiderledigung hinreichend genaue Beschreibung der entsprechenden Abfallarten und deren Mengen, sodass eine entsprechende Genehmigung innerhalb von ein bis zwei Monaten erteilt werden könne. Diese Unterlagen seien allen Bewerbern seit Mitte September 2001 zur Verfügung gestanden. Aufgrund der Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) sei zu fordern, dass für die Genehmigung des Exports nicht die tatsächliche Abfallmenge und Abfallzusammensetzung einer bestehenden Deponie überprüft werde. Auch die Verbringung von Abfällen ins Ausland würde ausschließlich im Hinblick auf die von Seiten der notifizierenden Person angegebene Menge und Zusammensetzung der Abfälle zugelassen, sofern keine Einwände der zuständigen Behörde entgegen stünden. Abgesehen davon sei sie im Hinblick auf das in Paragraph 16, Absatz eins, BVergG (1997) enthaltene Gebot, Aufträge an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Bieter zu vergeben, verpflichtet, die Vorlage einer Exportgenehmigung zu fordern, andernfalls die Gefahr bestünde, dass ein möglicherweise ungeeigneter Unternehmer als Bestbieter bewertet würde. Der Auftraggeber beantragte die Anträge als unzulässig zurück-, in eventu als unbegründet abzuweisen.

Die Antragstellerinnen entgegneten in ihrer Stellungnahme vom 2. Januar 2002, die Solidarhaftung der Teilnehmer einer Bietergemeinschaft erfordere nicht, dass alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft die Befugnis für all die Tätigkeiten benötigten, für die sie solidarisch einstünden. Käme ein Mitglied der Bietergemeinschaft seiner Verpflichtung nicht nach, sei der Auftraggeber finanziell durch die Solidarhaftung der übrigen Konsorten sichergestellt. Diese könnten durch zusätzliche finanzielle Mittel den vertragsbrüchigen Konsorten/Masseverwalter zur Fertigstellung der übernommenen Aufgaben anhalten oder Dritte mit Ersatzarbeiten beauftragen oder dem Auftraggeber den Schaden ersetzen. Dem Fall, dass ein Befugnisinhaber in Konkurs gehe, werde durch die Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung getragen. Wollte man die Leistungsfähigkeit einer Bietergemeinschaft, die über eine Baumeisterkonzession verfüge, nur deshalb absprechen, weil der Befugnisinhaber in Konkurs gehen könne, müssten alle Einzelbieter ausgeschieden werden, da sie über keinen "Ersatzmann" verfügten. In der Praxis gebe es zahlreiche Bietergemeinschaften, in denen nicht jedes Mitglied über alle Befugnisse verfüge. Die Auffassung, dass alle Mitglieder einer Gemeinschaft alle Befähigungen für die Erfüllung eines ausgeschriebenen Auftrages benötigten, widerspreche dem Sinn einer Arbeitsgemeinschaft, da sich zu einer solchen nur Personen mit unterschiedlichen Befähigungen zusammen täten, welche ein Projekt nicht alleine verwirklichen könnten. Nur in diesem Fall seien Arbeitsgemeinschaften zulässig, anderenfalls liege ein Kartell vor.

Die unverbindlichen Angaben des Auftraggebers in den Teilnahmeunterlagen zu den zu entsorgenden Abfällen reichten für eine verordnungskonforme Antragstellung zur Erlangung einer Exportgenehmigung nicht aus. Art 3 Abs 5 Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) fordere unter anderem Angaben zur Zusammensetzung und Menge der zur Beseitigung bestimmten Abfälle, Vorkehrungen in Bezug auf Strecken und Versicherung für Schäden und Maßnahmen zur Gewährleistung der Transportsicherheit. Dies sei den Antragstellerinnen ohne Kenntnis über die konkrete Zusammensetzung und Menge der Ablagerungen nicht möglich. Ergänzend brachten die Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 11. Mai 2005 vor, dass die betreffende Bestimmung nicht nur gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, sondern auch primäres Gemeinschaftsrecht verletze, zumal es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd EG-Vertrags handle. Ausländischen Bietern werde die Anbotslegung unmöglich gemacht. In der mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2006 brachten die Antragstellerinnen ergänzend vor, dass eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung nicht gegeben sei. Darüber hinaus hätte die Vorschreibung einer Exportbewilligung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe eine illegale Verbringung gemäß Art 26 lit c der Abfallverbringungsverordnung zur Folge, da eine Verbringung durchgeführt werde, die allenfalls den Angaben im Begleitschein nicht entsprechen würde. Aus diesem Grunde sei es nicht möglich gewesen, ausländische Deponiebetreiber vertraglich zu binden. Die unverbindlichen Angaben des Auftraggebers in den Teilnahmeunterlagen zu den zu entsorgenden Abfällen reichten für eine verordnungskonforme Antragstellung zur Erlangung einer Exportgenehmigung nicht aus. Artikel 3, Absatz 5, Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) fordere unter anderem Angaben zur Zusammensetzung und Menge der zur Beseitigung bestimmten Abfälle, Vorkehrungen in Bezug auf Strecken und Versicherung für Schäden und

Maßnahmen zur Gewährleistung der Transportsicherheit. Dies sei den Antragstellerinnen ohne Kenntnis über die konkrete Zusammensetzung und Menge der Ablagerungen nicht möglich. Ergänzend brachten die Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 11. Mai 2005 vor, dass die betreffende Bestimmung nicht nur gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, sondern auch primäres Gemeinschaftsrecht verletze, zumal es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd EG-Vertrags handle. Ausländischen Bietern werde die Anbotslegung unmöglich gemacht. In der mündlichen Verhandlung am 24. Mai 2006 brachten die Antragstellerinnen ergänzend vor, dass eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung nicht gegeben sei. Darüber hinaus hätte die Vorschreibung einer Exportbewilligung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe eine illegale Verbringung gemäß Artikel 26, Litera c, der Abfallverbringungsverordnung zur Folge, da eine Verbringung durchgeführt werde, die allenfalls den Angaben im Begleitschein nicht entsprechen würde. Aus diesem Grunde sei es nicht möglich gewesen, ausländische Deponiebetreiber vertraglich zu binden.

Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Juni 2006, B 531/02-8, mit dem dieser den Bescheid des Bundesvergabeamtes (alt) vom 28. Jänner 2002, N-127/01-29, teilweise behob, ersuchten die Antragstellerinnen mit Schriftsatz vom 11. Mai 2005 um Erlassung des Ersatzbescheides und beantragten insofern die Feststellung, dass die in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderungen, dass ein jedes Mitglied einer Bewerber-/Bietergemeinschaft eine Baumeisterbefugnis aufzuweisen habe sowie dass die Bieter spätestens zum Tag der Angebotsabgabe über eine gültige Exportgenehmigung verfügen müssten, rechtswidrig waren. Mit Schriftsatz vom 2. November 2005 ergänzten die Antragstellerinnen die Anträge dahin gehend, dass das Bundesvergabeamt weiters feststellen möge, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2002 der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei. Dies geschehe aus anwaltlicher Vorsicht, da die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Gesetz offenbar nicht eindeutig geregelt seien.

Der Auftraggeber beantragte in weiterer Folge (Stellungnahme vom 20. März 2006), die Anträge vom 11. Mai 2005 und vom 2. November 2005 als unzulässig zurück-, eventualiter als unbegründet abzuweisen. Bereits unter Zugrundelegung des gemäß § 87 Abs 2 VfGG gebotenen Ersatzbescheidgegenstandes sei die Feststellung, "dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2002 der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" nicht vom zulässigen Verfahrensgegenstand erfasst. § 175 Abs 2 BVergG 2002 bestätige dies, zumal das Bundesvergabeamt zufolge dieser Bestimmung unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtswidrigkeit bloß festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung rechtswidrig gewesen sei. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag werde von Gesetzes wegen in einen Antrag auf Feststellung umgedeutet. Eines gesonderten Antrages bedarf es nicht. Dies sei auch gemeinschaftsrechtlich nicht geboten, da die bloße Feststellung gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 nach Rechtsprechung und Literatur ausreiche, um Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Weiters sei das gegenständliche Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 1997 zu beurteilen, weswegen der betreffende Feststellungsantrag, der die Verletzung des BVergG 2002 zum Inhalt habe, schon aus diesem Grunde unzulässig sei. Sollten die mit den Schriftsätzen vom 11. Mai 2005 und vom 2. November 2005 gestellten Anträge hingegen als zulässig erachtet werden, so seien diese jedenfalls verfristet, da die Frist des § 168 Abs 2 BVergG 2002, welche auch für Anträge nach § 175 Abs 1 BVergG 2002 maßgeblich sei, jedenfalls abgelaufen sei. Der Zuschlag wurde am 29. April 2002 erteilt und am 27. Juni 2002 im Amtsblatt Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Selbst wenn die Frist erst ab Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Juni 2004 gerechnet würde, seien die Anträge verfristet. Auch könnte die vorliegenden Anträge nicht als Anträge gemäß § 175 Abs 1 BVergG 2002 gewertet werden, da für den vorliegenden Sachverhalt § 175 Abs 2 BVergG 2002 eine Spezialregelung normiere. Auch die Bezugnahme auf § 184 Abs 2 BVergG 2002 gehe fehl, da diese Bestimmung keine selbständige Feststellungskompetenz des Bundesvergabeamtes beinhalte. Schließlich seien sämtliche Anbringen, sofern diese nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Festlegungen des Auftraggebers in den Teilnahmeunterlagen betreffend die Befugnis "Baumeister" sowie betreffend die Vorlage einer Exportgenehmigung im Falle der Abfallverbringung stünden, irrelevant und unzulässig. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt von der Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 162 Abs 3 BVergG 2002 ausgehe, werde der Antrag gestellt, dass die Antragstellerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 (in eventu des BVergG 2002) und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätten. Der Auftraggeber beantragte in weiterer Folge (Stellungnahme vom 20. März 2006), die Anträge vom 11. Mai 2005 und vom 2. November 2005 als unzulässig zurück-, eventualiter als unbegründet abzuweisen. Bereits unter Zugrundelegung des gemäß Paragraph 87, Absatz 2, VfGG gebotenen Ersatzbescheidgegenstandes sei die Feststellung, "dass wegen eines

Verstoßes gegen das BVergG 2002 der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" nicht vom zulässigen Verfahrensgegenstand erfasst. Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 bestätige dies, zumal das Bundesvergabeamt zufolge dieser Bestimmung unter Zugrundlegung der festgestellten Rechtswidrigkeit bloß festzustellen habe, ob die angefochtene Entscheidung rechtswidrig gewesen sei. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag werde von Gesetzes wegen in einen Antrag auf Feststellung umgedeutet. Eines gesonderten Antrages bedarf es nicht. Dies sei auch gemeinschaftsrechtlich nicht geboten, da die bloße Feststellung gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 nach Rechtsprechung und Literatur ausreiche, um Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Weiters sei das gegenständliche Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 1997 zu beurteilen, weswegen der betreffende Feststellungsantrag, der die Verletzung des BVergG 2002 zum Inhalt habe, schon aus diesem Grunde unzulässig sei. Sollten die mit den Schriftsätzen vom 11. Mai 2005 und vom 2. November 2005 gestellten Anträge hingegen als zulässig erachtet werden, so seien diese jedenfalls verfristet, da die Frist des Paragraph 168, Absatz 2, BVergG 2002, welche auch für Anträge nach Paragraph 175, Absatz eins, BVergG 2002 maßgeblich sei, jedenfalls abgelaufen sei. Der Zuschlag wurde am 29. April 2002 erteilt und am 27. Juni 2002 im Amtsblatt Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Selbst wenn die Frist erst ab Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Juni 2004 gerechnet würde, seien die Anträge verfristet. Auch könnte die vorliegenden Anträge nicht als Anträge gemäß Paragraph 175, Absatz eins, BVergG 2002 gewertet werden, da für den vorliegenden Sachverhalt Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 eine Spezialregelung normiere. Auch die Bezugnahme auf Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 gehe fehl, da diese Bestimmung keine selbständige Feststellungskompetenz des Bundesvergabeamtes beinhalte. Schließlich seien sämtliche Anbringen, sofern diese nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Festlegungen des Auftraggebers in den Teilnahmeunterlagen betreffend die Befugnis "Baumeister" sowie betreffend die Vorlage einer Exportgenehmigung im Falle der Abfallverbringung stünden, irrelevant und unzulässig. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt von der Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 ausgehe, werde der Antrag gestellt, dass die Antragstellerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 (in eventu des BVergG 2002) und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätten.

Die Antragstellerinnen replizierten mit Schriftsatz vom 19. April 2006 und betonten abermals, dass durch die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen die spätere Zuschlagsempfängerin begünstigt und insbesondere ausländische Bieter benachteiligt worden seien. Der Verfahrensgegenstand beschränke sich nicht auf die mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aufgehobenen Spruchpunkte II und IV, sondern sei das Nachprüfungsverfahren - abgesehen von den rechtskräftigen Spruchpunkten I und III - wieder völlig offen, weswegen auch die Problematik der Mitwirkung von C*** an den Ausschreibungsunterlagen vom Nachprüfungsantrag, der sich auch gegen die gesamte Ausschreibung wende, erfasst sei. Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. März 2006, ZI. 2005/04/0188, sei die Zulässigkeit des Antrages nach dem BVergG 1997 zu beurteilen, wonach keine Nennung der Beschwerdepunkte gefordert sei. Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Hinblick auf die Vorarbeiten von C*** ergebe sich aus § 21 Abs 1 und 3 BVergG 2002 (ehemals § 16 Abs 1 und 4 BVergG 1997). Jedenfalls wäre aber das Angebot der tatsächlichen Zuschlagsempfängers aus diesem Grunde gemäß § 98 Z 2 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen und sei daher die Zuschlagserteilung auch aus diesem Grund rechtswidrig. Die Antragstellerinnen replizierten mit Schriftsatz vom 19. April 2006 und betonten abermals, dass durch die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen die spätere Zuschlagsempfängerin begünstigt und insbesondere ausländische Bieter benachteiligt worden seien. Der Verfahrensgegenstand beschränke sich nicht auf die mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aufgehobenen Spruchpunkte römisch zwei und römisch vier, sondern sei das Nachprüfungsverfahren - abgesehen von den rechtskräftigen Spruchpunkten römisch eins und römisch drei - wieder völlig offen, weswegen auch die Problematik der Mitwirkung von C*** an den Ausschreibungsunterlagen vom Nachprüfungsantrag, der sich auch gegen die gesamte Ausschreibung wende, erfasst sei. Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. März 2006, ZI. 2005/04/0188, sei die Zulässigkeit des Antrages nach dem BVergG 1997 zu beurteilen, wonach keine Nennung der Beschwerdepunkte gefordert sei. Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Hinblick auf die Vorarbeiten von C*** ergebe sich aus Paragraph 21, Absatz eins und 3 BVergG 2002 (ehemals Paragraph 16, Absatz eins und 4 BVergG 1997). Jedenfalls wäre aber das Angebot der tatsächlichen Zuschlagsempfängers aus diesem Grunde gemäß Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen und sei daher die Zuschlagserteilung auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Das Bundesvergabeamt sei entgegen der Auffassung des Auftraggebers auch in den Fällen des § 175 Abs 2 BVergG

2002 zu jener Feststellung, wie sie in §162 Abs 3 und 184 Abs 2 BergG 2002 umschrieben wird, zuständig. In § 175 Abs 2 BVergG 2002 werde die gesetzliche Umdeutung des Nachprüfungsantrages in einen Feststellungsantrag normiert, während sich die Umschreibung der Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes aus den §§ 162 Abs 3 sowie 184 Abs 2 BVergG 2002 ergebe. Auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 1. März 2004, 2004/04/0012) gehe in diese Richtung, wonach für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde gesichert sei, welche gemäß § 184 BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für ihre Schadenersatzansprüche sei. Hierzu bedarf es keines Antrages. Das Wort "bloß" könne daher nur so gedeutet werden, dass das Bundesvergabeamt lediglich eine Feststellung, nicht aber eine Nichtigerklärung aussprechen könne. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag sei ex lege in einen Feststellungsantrag im Sinne des § 164 Abs 1 BVergG 2002 umzudeuten. Das Bundesvergabeamt sei entgegen der Auffassung des Auftraggebers auch in den Fällen des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 zu jener Feststellung, wie sie in §162 Absatz 3 und 184 Absatz 2, BergG 2002 umschrieben wird, zuständig. In Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 werde die gesetzliche Umdeutung des Nachprüfungsantrages in einen Feststellungsantrag normiert, während sich die Umschreibung der Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes aus den Paragraphen 162, Absatz 3, sowie 184 Absatz 2, BVergG 2002 ergebe. Auch die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (Erkenntnis vom 1. März 2004, 2004/04/0012) gehe in diese Richtung, wonach für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde gesichert sei, welche gemäß Paragraph 184, BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für ihre Schadenersatzansprüche sei. Hierzu bedarf es keines Antrages. Das Wort "bloß" könne daher nur so gedeutet werden, dass das Bundesvergabeamt lediglich eine Feststellung, nicht aber eine Nichtigerklärung aussprechen könne. Der ursprüngliche Nachprüfungsantrag sei ex lege in einen Feststellungsantrag im Sinne des Paragraph 164, Absatz eins, BVergG 2002 umzudeuten.

Die in den Schriftsätzen vom 11. Mai 2005 und 2. November 2005 formulierten "Anträge" würden keine eigenständigen Anträge darstellen, sondern würden lediglich präzisieren, was von dem von einem Nachprüfungsantrag in einen Feststellungsantrag umgedeuteten Begehren erfasst sei. Die Antragstellerinnen stellten weiters den Antrag, das Bundesvergabeamt möge den Antrag des Auftraggebers, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, abweisen.

Mit weiterem Schriftsatz vom 17. Mai 2006 brachte der Auftraggeber vor, die Antragstellerinnen wären insofern nicht antragslegitimiert, als sie sich auch bei Wegfall der als rechtswidrig angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen nicht mit Aussicht auf Erfolg an dem gegenständlichen Vergabeverfahren hätten beteiligen können. Ihren eigenen Angaben zufolge könnten sie aufgrund der Koppelung von Räumungs- und Entsorgungsleistungen ohne Teilvergaben die Leistungen nicht anbieten. Der die Zulässigkeit der Ausschreibung als Gesamtvergabe bestätigende Spruchpunkt wurde allerdings vom Verfassungsgerichtshof nicht behoben. Damit fehle es den Antragstellerinnen am Interesse am Vertragsabschluss und liege insofern auch kein Schaden vor. Überdies sei das Vorbringen auch materiell nicht berechtigt, da die Forderung, für sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft die Befugnis für das Baumeistergewerbe vorzuweisen, aus folgenden Gründen berechtigt sei: Der Auftraggeber sei unter erheblichem Zeitdruck gestanden, weswegen Risiken in der zeitlichen Abwicklung zu minimieren waren. Überdies sei das gelindeste Mittel bei der Ersatzvornahme anzuwenden gewesen, weswegen auch Kostengründe die Vorgangsweise nahe gelegt hätten. Überdies sei lediglich entsprechend der damaligen ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes vorgegangen worden.

1. 2. Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieses vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft des Verwaltungsbezirkes Wiener Neustadt als Vollstreckungsbehörde, schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 21. September 2001 unter "2001/S 182-124942 - AT-Wiener Neustadt: Transport und Entsorgung der Abfälle", abgesendet am 14. September 2001, in einem nicht offenen Verfahren die "Sanierung der Altlast Dkfm Fischer Deponie" aus. Das Ende der Bewerbungsfrist wurde mit 30. Oktober 2001, das Ende der Angebotsfrist mit 26. Februar 2002 festgelegt.

Gegenstand der Ausschreibung war die Räumung einer mit vorwiegend hausmüllähnlichen und mineralischen Abfällen verfüllten ehemaligen Kiesgrube und des kontaminierten Untergrundes, sowie der Transport und die Entsorgung der

geräumten Abfälle (Bezeichnung des Gegenstands in den Teilnahmeunterlagen). Gemäß Punkt B.7.2. (Organisationsmodell) sowie B.8.1. (Konzept-Räumungsablauf) der Teilnahmeunterlagen waren folgende Leistungen von der gegenständlichen Ausschreibung erfasst:

- -Strichaufzählung
Baustelleneinrichtung,
- -Strichaufzählung
Herstellung von Erkundungsschürfen,
- -Strichaufzählung
Belüftung und Entwässerung des Abfallkörpers,
- -Strichaufzählung
Baugrubensicherungsmaßnahmen,
- -Strichaufzählung
Aushub der Abfälle und des kontaminierten Untergrundes,
- -Strichaufzählung
Maßnahmen zur Minimierung der Emissionen,
- -Strichaufzählung
interne und externe Verfuhr der Abfälle zur Verladestation und zum Zwischenlager,
- -Strichaufzählung
Zwischenlagerung, Verladung und Verwiegung der Abfälle,
- -Strichaufzählung
Transport der Abfälle zu entsprechenden Beseitigungs- und Verwertungsanlagen,
- -Strichaufzählung
ordnungsgemäße Entsorgung der Abfälle, des kontaminierten Untergrundes und des Sickerwassers sowie
- -Strichaufzählung
Wiederverfüllung und Rekultivierung der Kiesgrube.

In den jeweils unter der Bezeichnung "AT-Wiener Neustadt:

Transport und Entsorgung von Abfällen" erfolgten, europaweiten Bekanntmachungen vom 21. September 2001 (2001/ S 182-124942) sowie vom 27. Juni 2002 (2002/S 123-095514) betreffend den vergebenen Auftrag wurden die Art und der Umfang der Arbeiten folgendermaßen umschrieben: "Aushubarbeiten, Bodendekontaminationsarbeiten, Abtragen des verseuchten Bodens, Abfalltransport und Müllentsorgung [...] Umfang: Räumung einschließlich der dazugehörigen Baumaßnahmen, Transport und Entsorgung". Unter der Rubrik "Vertragsform" wurde "Bauftrag (RL 93/37 EWG): Planung und Ausführung von Bauleistungen" angegeben.

Sowohl Bewerber- als auch Bietergemeinschaften wurden zugelassen, wobei maximal 4 befugte Unternehmen beteiligt sein durften (Punkt A.1. der Teilnahmeunterlagen - Allgemeines).

Unter Punkt C der Unterlagen für den Teilnahmeantrag (Eignungskriterien und Nachweise) wurde hinsichtlich des Nachweises der Befugnis (Punkt C.2) ua gefordert: "Nachweis der Befugnis 'Baumeister' gemäß § 202 GewO 1994 BGBl Nr. 194/1994 in der geltenden Fassung oder gleichwertige Befugnis für die durchzuführenden Arbeiten im Sitzstaat des Unternehmens". Auf Anfrage teilte der Auftraggeber den Bewerbern mit Telefax vom 18. Oktober 2001 klarstellend mit, dass sich aus Punkt C.2 "Nachweis der Befugnis" ergibt, dass "bei allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft zumindest das Vorhandensein der Befugnis eines Baumeisters iS des § 202 GewO oder eines Baurägers iS des § 225 GewO erforderlich" ist. Unter Punkt C der Unterlagen für den Teilnahmeantrag (Eignungskriterien und Nachweise) wurde hinsichtlich des Nachweises der Befugnis (Punkt C.2) ua gefordert: "Nachweis der Befugnis 'Baumeister' gemäß Paragraph 202, GewO 1994 Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, in der geltenden Fassung oder gleichwertige Befugnis für die durchzuführenden Arbeiten im Sitzstaat des Unternehmens". Auf Anfrage teilte der Auftraggeber den Bewerbern mit Telefax vom 18. Oktober 2001 klarstellend mit, dass sich aus Punkt C.2 "Nachweis der Befugnis" ergibt, dass "bei allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft zumindest das Vorhandensein der Befugnis eines Baumeisters iS des Paragraph 202, GewO oder eines Baurägers iS des Paragraph 225, GewO erforderlich" ist.

Betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Entsorgung wurde unter Punkt C.4.2 festgehalten:

"Im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen wird zusätzlich das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung für die im gegenständlichen Projekt anfallenden Abfallfraktionen gefordert. Diese kann auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe nachgereicht werden."

Die Projektbeschreibung erfasst in Punkt B.3 folgende Angaben zur Zusammensetzung des Abfalls:

"B.3 ABLAGERUNGEN UND DEPONIESICKERWASSER

[...]

B.3.2 Abfallarten

Die Abfallablagerung können gemäß den durchgeführten Voruntersuchungen folgenden Abfallarten zugeordnet werden:

1. 1) Ziffer eins

Hausmüll, hausmüllähnliche Gewerbeabfälle, Sperrmüll

- -Strichaufzählung

Schlüsselnummergruppe 91 (Siedlungsabfälle) gem. ÖNORM S 2100 vom 1.9.1997 bzw. Kapitel 20 gem. Europäischem Abfallkatalog EWC überwiegende Schlüsselnummern gem. ÖNORM S 2100: SN 91101, SN 91401

- -Strichaufzählung

Volumen: ca. 375.000 m³

- -Strichaufzählung

Qualität: entspricht überwiegend Deponietyp "Massenabfalldeponie" gem. -DVO BGBl 1.996/164, ausgenommen Parameter TOC meist > 5% bzw. Eluatklasse III gem. ÖNORM S 2072
Qualität: entspricht überwiegend Deponietyp "Massenabfalldeponie" gem. -DVO BGBl 1.996/164, ausgenommen Parameter TOC meist > 5% bzw. Eluatklasse römisch drei gem. ÖNORM S 2072

1. 2) Ziffer 2

Abfälle aus dem medizinischen Bereich (untergeordnet) - Schlüsselnummergruppe 971 gem. ÖNORM S 2100 vom 1.9.1997 bzw. Kapitel 18 gem. Europäischem Abfallkatalog EWC überwiegende Schlüsselnummer gem. ÖNORM S 2100: SN 97102, SN 97104, SN 97105

Die Existenz infektiöser Materialien konnte nicht verifiziert werden.

1. 3) Ziffer 3

Bodenaushub, Bauschutt z.T. stark kontaminiert (Kohlenwasserstoffe: KW u. PAK)

- Schlüsselnummergruppe 314 (sonstige feste mineralische Abfälle) gem. ÖNORM S 2100 vom 1.9.1997 bzw. Kapitel 17 gem. Europäischem Abfallkatalog EWC

-überwiegende Schlüsselnummern gem. ÖNORM S 2100: SN 31411, SN 31423, SN 31424

- -Strichaufzählung

Volumen: ca. 125.000 m³

- -Strichaufzählung

Qualität: entspricht überwiegend Deponietyp "Baurestmassen-, und Massenabfalldeponie" gem. DVO BGBl 1996/164, bzw. Eluatklasse

II bis III vereinzelt auch IV gem. ÖNORM S 2072
römisch zwei bis römisch drei vereinzelt auch römisch vier gem. ÖNORM S 2072

1. 4) Ziffer 4

Fässer mit flüssigen und pastösen Inhalten (Destillations- und Lackrückstände, organische Lösemittel und andere Inhaltsstoffe) im Abfallkörper eingelagert

- Schlüsselnummergruppe 54 und 55 (Abfälle von Mineralöl- und Kohleveredelungsprodukten und Abfälle von organischen Lösemitteln, Farben, Lacken, Klebstoffen, Kitten und Harzen) gem. ÖNORM S 2100 vom 1.9.1997 bzw. Kapitel 07 u. 08 gem. Europäischem Abfallkatalog EWC

-überwiegende Schlüsselnummern gem. ÖNORM S 2100: SN 54930, SN 55370, SN 55220

- -Strichaufzählung

Volumen: hochgerechnet ca. 8.400 Fässer à 200 l (z.T. nur mehr teilgefüllt)

- -Strichaufzählung

Qualität: Chlorgehalte zwischen 5% und 10%, i.M. 7%

1. 5) Ziffer 5

Deponiesickerwasser

- -Strichaufzählung

Schlüsselnummergruppe 953 gem. ÖNORM S 2100 vom 1.9.1997 bzw. Kapitel 19 gem. Europäischem Abfallkatalog EWC

- -Strichaufzählung

überwiegende Schlüsselnummer gem. ÖNORM S 2100: SN 95301 - Volumen: ca. 25.000 m³

- -Strichaufzählung

Qualität: z.T. Überschreitung der Grenzwerte Anlage A, Spalte

II der 'Allgemeinen Abwasseremissionsverordnung', BGBl. 186, vom 19.4.1996 römisch zwei der 'Allgemeinen Abwasseremissionsverordnung', BGBl. 186, vom 19.4.1996.

[...]

Zum Mengengerüst wird unter Punkt B.4 folgendes ausgeführt:

"Die im folgenden angeführten Mengenangaben betreffend die einzelnen Abfallarten und den kontaminierten Untergrund basieren auf aus den Voruntersuchungen hochgerechneten Daten. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass in Teilbereichen (z.B. Fassablagerungsmenge) Abweichungen davon nach beiden Richtungen im Zuge der Räumungsarbeiten auftreten bzw. ist dies, wie ähnliche Fälle zeigten, sogar zu vermuten."

Überdies findet sich unter Punkt B.4 nachstehende Tabelle zum Mengengerüst:

Gesamtabfallmenge

(Ablagerung + kontaminierter Untergrund)

1.796.000 to

840.000 to 956.000 to

Ablagerungen gewachsener Untergrund

62.000 to EK 1 b 714.000 to EK 1a bis 1b

(einzuordnen in die (einzuordnen in die

Bodenaushubdeponie bzw. Bodenaushubdeponie bzw.

Baurestmassendeponie Baurestmassendeponie gem. DVO)
gem. DVO)

43.000 to EK 2a 112.000 to EK 2a bis 2b

(einzuordnen in die (einzuordnen in die

Baurestmassendeponie Baurestmassendeponie bzw.
gem. DVO) Massenabfalldeponie gem. DVO)

53.000 to EK 2b 130.000 to EK 3a bis 3b

(einzuordnen in die (einzuordnen in die

Massenabfalldeponie Massenabfalldeponie gem. DVO)
gem. DVO)

643.000 to EK 3a+3b

(einzuordnen in die Massenabfalldeponie
gem. DVO)

39.000 to EK > 3b

gefährliche Abfälle

(nicht direkt deponierbar)

Fässer

ca. 8.400 Stück

Inhalt: flüssige, pastöse

gefährliche Abfälle

Mit Schriftsatz vom 12. November 2001 beantragten die Antragstellerinnen die Nichtigerklärung folgender Auftraggeberentscheidungen:

a.) die in der EU-Bekanntmachung (Punkt 3. lit.b.c) und den Teilnahmeunterlagen implizit zum Ausdruck gekommene Entscheidung, dass die Räumung der Fischer- Deponie zusammen mit der Entsorgung der geräumten Abfälle unter Ausschluss von Teilvergaben vergeben wird;

b.) die in Punkt 10.2 Teilnahmeunterlagen (S 26) und in der Anfragebeantwortung vom 18.10.2001 (zur Frage 1) enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft;

c.) die in der EU-Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen (S 1) zum Ausdruck gekommene Entscheidung der Antragsgegnerin, die Räumung der Fischer-Deponie, den Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle im nicht offenen Verfahren zu vergeben; d.) die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist (Teilnahmeunterlagen, S 28); e.) die gesamte Ausschreibung.

Mit Bescheid vom 28. Jänner 2002, N-127/01-29, wies das Bundesvergabeamt (alt) sämtliche Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen ab. Gegen diesen Bescheid erhoben die Antragsteller am 8. März 2002 Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Am 29. April 2002 wurde der Zuschlag erteilt. Dies wurde am 27. Juni 2002 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2002/S 123-095514 veröffentlicht.

Mit Erkenntnis vom 21. Juni 2004, B 531/02-8, hob der Verfassungsgerichtshof den Bescheid in den Spruchpunkten II (betreffend die Frage des Nachweises der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft) und IV (betreffend den Nachweis einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) wegen Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz auf. Im Übrigen (Spruchpunkte I, III und V = Anträge lit. a., c. und e.) wurde die Beschwerde abgewiesen. Mit Erkenntnis vom 21. Juni 2004, B 531/02-8, hob der Verfassungsgerichtshof den Bescheid in den Spruchpunkten römisch zwei (betreffend die Frage des Nachweises der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft) und römisch vier (betreffend den Nachweis einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) wegen Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz auf. Im Übrigen (Spruchpunkte römisch eins, römisch drei und römisch fünf = Anträge Litera a, Punkt , c, und e,) wurde die Beschwerde abgewiesen.

Begründend führte der Verfassungsgerichtshof aus:

1. "6.Ziffer 6

Hingegen ist die gegen die Spruchpunkte II. und IV. des angefochtenen Bescheides erhobene Beschwerde begründet: Hingegen ist die gegen die Spruchpunkte römisch zwei. und römisch vier. des angefochtenen Bescheides erhobene Beschwerde begründet:

1. a) Litera a

Das BVA hat seine Entscheidung, die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft als rechtskonform anzusehen (Spruchpunkt II.), damit begründet, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts (wozu auch Bietergemeinschaften zählen würden) keine juristischen Personen iSd § 9 Abs1 GewO und sohin nicht gewerberechtsfähig wären. Eine Gewerbeausübung durch die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft wäre daher unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen, weshalb jeder Gesellschafter für jede gewerbliche Tätigkeit der

Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine entsprechende Gewerbeberechtigung aufweisen müsse. Das BVA schließt daraus, dass sämtliche Mitglieder über die Gewerbeberechtigung für alle angebotenen Leistungen - und nicht nur für ihren Leistungsanteil - verfügen müssen. Das BVA hat seine Entscheidung, die in den Teilnahmeunterlagen enthaltene Forderung nach dem Nachweis der Befugnis "Baumeister" für alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft als rechtskonform anzusehen (Spruchpunkt römisch zwei.), damit begründet, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts (wozu auch Bietergemeinschaften zählen würden) keine juristischen Personen iSd Paragraph 9, Abs1 GewO und sohin nicht gewerberechtsfähig wären. Eine Gewerbeausübung durch die Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft wäre daher unmittelbar ihren Mitgliedern zuzurechnen, weshalb jeder Gesellschafter für jede gewerbliche Tätigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine entsprechende Gewerbeberechtigung aufweisen müsse. Das BVA schließt daraus, dass sämtliche Mitglieder über die Gewerbeberechtigung für alle angebotenen Leistungen - und nicht nur für ihren Leistungsanteil - verfügen müssen.

Ein solches (undifferenziertes) Rechtsverständnis verkennt - wie das BVA in seiner Vorjudikatur (vgl. etwa die Entscheidung vom 24. Oktober 1997, N-20/97-12) selbst konstatiert - aber Sinn und Zweck des Institutes der Bietergemeinschaft im Vergaberecht: Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zwecke der Einreichung eines gemeinsamen Angebots in einem Vergabeverfahren (§ 15 Z 10 BVergG). Indem § 17 BVergG - in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - Bietergemeinschaften die Einreichung von Angeboten in einem Vergabeverfahren ermöglicht, ohne sie zu verpflichten, hiezu eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, wird auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht. Die Gesellschafter haben allein die Erklärung abzugeben, dass sie im Auftragsfalle die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen würden. Unter einer solchen Arbeitsgemeinschaft wiederum versteht das BVergG einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung 'auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen' (Hervorhebung durch den Verfassungsgerichtshof) verpflichten (§ 15 Z 7 BVergG). Dass Bietergemeinschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall der Zuschlagserteilung zwecks Erbringung der beauftragten Leistung jedenfalls eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben (die Arbeitsgemeinschaft sohin aus der Bietergemeinschaft entsteht), ergibt sich schon aus § 17 BVergG. Im Ergebnis müssen daher für Bietergemeinschaften dieselben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse gelten wie für Arbeitsgemeinschaften. Welcher Gehalt der Wendung "oder verschiedener Fachrichtungen" in § 15 Z 7 BVergG dann aber zukommen kann, wenn das BVergG für Bietergemeinschaften tatsächlich verlangen sollte, dass jedes ihrer Mitglieder für die Erbringung einer Gesamtleistung immer alle erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse für sämtliche angebotenen Leistungen nachzuweisen hat, wäre nicht erfindlich. Vielmehr legt die Bestimmung nahe, dass der Vergabegesetzgeber durch die Ermöglichung von Bietergemeinschaften gerade die Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung ermöglichen wollte. Ein solches (undifferenziertes) Rechtsverständnis verkennt - wie das BVA in seiner Vorjudikatur vergleiche etwa die Entscheidung vom 24. Oktober 1997, N-20/97-12) selbst konstatiert - aber Sinn und Zweck des Institutes der Bietergemeinschaft im Vergaberecht: Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zwecke der Einreichung eines gemeinsamen Angebots in einem Vergabeverfahren (Paragraph 15, Ziffer 10, BVergG). Indem Paragraph 17, BVergG - in Entsprechung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben - Bietergemeinschaften die Einreichung von Angeboten in einem Vergabeverfahren ermöglicht, ohne sie zu verpflichten, hiezu eine bestimmte Rechtsform anzunehmen, wird auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts eine Beteiligung am Vergabeverfahren ermöglicht. Die Gesellschafter haben allein die Erklärung abzugeben, dass sie im Auftragsfalle die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen würden. Unter einer solchen Arbeitsgemeinschaft wiederum versteht das BVergG einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung 'auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen' (Hervorhebung durch den Verfassungsgerichtshof) verpflichten (Paragraph 15, Ziffer 7, BVergG). Dass Bietergemeinschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Fall der Zuschlagserteilung zwecks Erbringung der beauftragten Leistung jedenfalls eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben (die Arbeitsgemeinschaft sohin aus der Bietergemeinschaft entsteht), ergibt sich schon aus Paragraph 17, BVergG. Im Ergebnis müssen daher für Bietergemeinschaften dieselben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse gelten wie für Arbeitsgemeinschaften. Welcher Gehalt der Wendung "oder verschiedener Fachrichtungen" in Paragraph 15, Ziffer 7,

BVergG dann aber zukommen kann, wenn das BVergG für Bietergemeinschaften tatsächlich verlangen sollte, dass jedes ihrer Mitglieder für die Erbringung einer Gesamtleistung immer alle erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse für sämtliche angebotenen Leistungen nachzuweisen hat, wäre nicht erfindlich. Vielmehr legt die Bestimmung nahe, dass der Vergabegesetzgeber durch die Ermöglichung von Bietergemeinschaften gerade die Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung ermöglichen wollte.

[...]

Die Behauptung des Bundes, dass Generalunternehmerleistungen zu vergeben waren, ist durch den Inhalt der Ausschreibung nicht gedeckt, wonach maximal vier befugte Unternehmen an einer Bietergemeinschaft beteiligt sein können, was bei einer Beauftragung als Generalunternehmer sehr ungewöhnlich wäre.

Im angefochtenen Bescheid unterlässt es das BVA gänzlich, auf diese Aspekte einzugehen. Es begnügt sich vielmehr damit, lapidar auf eine zu § 9 Abs 1 GewO ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen, ohne auf die Besonderheiten der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte oder ihre Relevanz für das Vergaberecht (auch nur ansatzweise) zu erörtern. Der § 9 Abs 1 GewO zugrunde liegende, allgemeine Ordnungsgedanke im Hinblick auf einen geregelten Wirtschaftsverkehr (vgl. Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - Zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 5/2003, 269) lässt § 17 BVergG unberührt: Zwar ist der Auffassung nicht entgegenzutreten, dass bei einer (regelmäßigen) gewerblichen Tätigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jeder Gesellschafter - unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung tatsächlich erbringt - eine eigene Gewerbeberechtigung vorzuweisen hat. Dass aber sämtliche Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich allein zum Zweck der Durchführung eines konkreten, einmaligen Projektes bildet, alle insgesamt erforderlichen Gewerbeberechtigungen aufweisen müssen, lässt sich aus der Gewerbeordnung nicht ableiten. Eine solche Annahme lässt sich auch nicht auf die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen. Im angefochtenen Bescheid unterlässt es das BVA gänzlich, auf diese Aspekte einzugehen. Es begnügt sich vielmehr damit, lapidar auf eine zu Paragraph 9, Absatz eins, GewO ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen, ohne auf die Besonderheiten der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte oder ihre Relevanz für das Vergaberecht (auch nur ansatzweise) zu erörtern. Der Paragraph 9, Absatz eins, GewO zugrunde liegende, allgemeine Ordnungsgedanke im Hinblick auf einen geregelten Wirtschaftsverkehr vergleiche Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - Zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 5 aus 2003,, 269) lässt Paragraph 17, BVergG unberührt: Zwar ist der Auffassung nicht entgegenzutreten, dass bei einer (regelmäßigen) gewerblichen Tätigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts jeder Gesellschafter - unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung tatsächlich erbringt - eine eigene Gewerbeberechtigung vorzuweisen hat. Dass aber sämtliche Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich allein zum Zweck der Durchführung eines konkreten, einmaligen Projektes bildet, alle insgesamt erforderlichen Gewerbeberechtigungen aufweisen müssen, lässt sich aus der Gewerbeordnung nicht ableiten. Eine solche Annahme lässt sich auch nicht auf die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs stützen.

Die vom BVA vertretene Rechtsauffassung reduziert - worauf auch die beschwerdeführenden Gesellschaften im Ergebnis zu Recht hinweisen - den Anwendungsbereich von Bietergemeinschaften auf Kooperationen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die ausgeschriebene Leistung gänzlich unterschiedliche Fachrichtungen umfasst. Sie steht damit in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsprinzip als zentralem Grundsatz des Vergaberechts (§ 16 Abs 1 BVergG). Dies zeigt gerade der konkrete Anlassfall, in dem drei unterschiedliche Leistungen zu erbringen waren: Räumen der Deponie, Abtransport und (schließlich) die fachgerechte Entsorgung des geborgenen Abfalls im Wege einer Deponierung oder einer thermischen Verwertung. Im Zusammenhalt mit der vom BVA als zulässig erkannten Gesamtvergabe (und des damit einhergehenden Ausschlusses von Teilvergaben) mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides, hat die Auffassung des BVA zur Konsequenz, dass Entsorgungsbetriebe, die nicht gleichzeitig über die Baumeisterbefugnis verfügen, als Mitglied einer Bietergemeinschaft von vornherein ausgeschlossen sind. Die vom BVA vertretene Rechtsauffassung reduziert - worauf auch die beschwerdeführenden Gesellschaften im Ergebnis zu Recht hinweisen - den Anwendungsbereich von Bietergemeinschaften auf Kooperationen zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die ausgeschriebene Leistung gänzlich unterschiedliche Fachrichtungen umfasst. Sie steht damit in einem Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsprinzip als zentralem

Grundsatz des Vergaberechts (Paragraph 16, Absatz eins, BVergG). Dies zeigt gerade der konkrete Anlassfall, in dem drei unterschiedliche Leistungen zu erbringen waren: Räumen der Deponie, Abtransport und (schließlich) die fachgerechte Entsorgung des geborgenen Abfalls im Wege einer Deponierung oder einer thermischen Verwertung. Im Zusammenhalt mit der vom BVA als zulässig erkannten Gesamtvergabe (und des damit einhergehenden Ausschlusses von Teilvergaben) mit Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides, hat die Auffassung des BVA zur Konsequenz, dass Entsorgungsbetriebe, die nicht gleichzeitig über die Baumeisterbefugnis verfügen, als Mitglied einer Bietergemeinschaft von vornherein ausgeschlossen sind.

Im Übrigen hat das BVA selbst in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 1997, N-20/97-12, die gegenteilige Auffassung vertreten:

Auch in jener Entscheidung ging es darum, ob ein Bieter einer Bietergemeinschaft über eine entsprechende Berechtigung zum Anbieten einer vertragsgegenständlichen Leistung verfüge. In dieser Entscheidung hat das BVA darauf verwiesen, dass zwar nicht das konkrete Mitglied, aber ein anderer Partner der Bietergemeinschaft über die geforderte Befugnis verfüge.

[...]

Es erscheint dem Verfassungsgerichtshof bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit daher eine differenzierende Sichtweise anhand der ausgeschriebenen Leistung geboten: Ist die Leistung homogen, auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, dürften im Falle der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben. Ist aber - zulässigerweise - eine Gesamtleistung ausgeschrieben, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, dürfte lediglich darauf abzustellen sein, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die gewerberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat (so auch Aicher/Schramm, Nachweis der Befugnis von Arbeits- oder Bietergemeinschaften, ZVB 2002, 97).

Eine andere Auffassung würde Bietergemeinschaften verschiedener Fachrichtungen entgegen § 15 Z 7 BVergG von Vergabeverfahren ausschließen. Eine andere Auffassung würde Bietergemeinschaften verschiedener Fachrichtungen entgegen Paragraph 15, Ziffer 7, BVergG von Vergabeverfahren ausschließen.

1. b) Litera b

Schon in seinem Erkenntnis VfSlg. 10.057/1984 nahm der Verfassungsgerichtshof unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur (vgl. insbesondere VfSlg. 9293/1981) unter dem Aspekt einer Gleichheitsverletzung infolge Willkür der entscheidenden Behörde den Standpunkt ein, dass eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit auch dann vorliegt, wenn die Behörde den Bescheid mit Ausführungen begründet, denen kein echter Begründungswert zukommt. Eben jener Vorwurf ist dem BVA im Hinblick auf Spruchpunkt IV. des Bescheides zu machen, mit dem es einen Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Nichtigerklärung der in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist, abgewiesen hat: Schon in seinem Erkenntnis VfSlg. 10.057 aus 1984, nahm der Verfassungsgerichtshof unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur (vergleiche insbesondere VfSlg. 9293 aus 1981,) unter dem Aspekt einer Gleichheitsverletzung infolge Willkür der entscheidenden Behörde den Standpunkt ein, dass eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit auch dann vorliegt, wenn die Behörde den Bescheid mit Ausführungen begründet, denen kein echter Begründungswert zukommt. Eben jener Vorwurf ist dem BVA im Hinblick auf Spruchpunkt römisch vier. des Bescheides zu machen, mit dem es einen Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Nichtigerklärung der in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Forderung, dass im Fall einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Tag der Angebotsabgabe zu erbringen ist, abgewiesen hat: Keinen Begründungswert misst der Verfassungsgerichtshof der (zweisätzigen) Begründung des BVA zu, dass 'eine Fraktionierung der Abfälle grosso modo' ebenso 'bereits möglich' sei wie die 'Angabe der Abfallschlüsselnummer, die Art und Konzentration der charakteristischen oder signifikanten Bestandteile der Abfälle', weshalb der Ausstellung eines Begleitscheines 'keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen' würden. Mit einer solchen Begründung unterlässt es das BVA gänzlich, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie bereits während eines Vergabeverfahrens zur Räumung einer Deponie ein entsprechendes Notifizierungsverfahren betreffend den erst

im Zuge der Räumung zu bergenden Abfall durchgeführt werden kann. Es mag zutreffen, dass sich zwar durch die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen die Art der zu erwartenden Abfälle bereits 'grosso modo' spezifizieren lässt: Eben jene Ausschreibungsunterlagen verweisen aber selbst darauf, dass die angeführten Mengendaten auf 'hochgerechneten Daten' basieren, von denen Abweichungen 'sogar zu vermuten' seien.

Der angefochtene Bescheid enthält keinerlei Erwägungen zum Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaften: Mit keinem Wort erörtert das BVA etwa die aufgeworfene Frage, inwieweit die Forderung einer 'gültigen Exportgenehmigung' bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung überhaupt erfüllbar (und insofern mit dem Prinzip der Gleichbehandlung der Bieter vereinbar) ist. Überlegungen in dieser Hinsicht wären nicht zuletzt angesichts der nicht von vornherein absehbaren Verfahrensdauer beachtlich gewesen."

Auf Anfrage des Bundesvergabebeamtes vom 11. Mai 2006 teilte die für die Abfallverbringung zuständige Abteilung VI/1 des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW) zur gegenständlichen Konstellation unter Verweis auf die gemäß Art 3 Abs 5 bzw Art 6 Abs 5 Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) von der notifizierenden Person bekannt zu gebenden Daten (Ursprung, Zusammensetzung und Menge der Abfälle) mit, dass bei der Mengenumschreibung im Zweifelsfall eine größere Menge angenommen werden kann und dass es denkbar ist, dass Anlagen genannt werden, die für die beschriebenen Abfälle geeignet sind. Gemäß Art 28 Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) kann die Zustimmung für maximal ein Jahr erteilt werden, wobei eine Verlängerung durch neuerliche Notifizierung möglich ist. In der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2006 brachte D*** für den Auftraggeber ergänzend vor, dass auf Basis einer derartigen Exportbewilligung sämtliche für die Verbringung notwendigen Begleitpapiere im Sinne der Abfallverbringungsverordnung - bezogen auf die einzelnen Transporte - für die konkret verbrachten Mengen ausgestellt werden. Auf Anfrage des Bundesvergabebeamtes vom 11. Mai 2006 teilte die für die Abfallverbringung zuständige Abteilung VI/1 des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW) zur gegenständlichen Konstellation unter Verweis auf die gemäß Artikel 3, Absatz 5, bzw Artikel 6, Absatz 5, Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) von der notifizierenden Person bekannt zu gebenden Daten (Ursprung, Zusammensetzung und Menge der Abfälle) mit, dass bei der Mengenumschreibung im Zweifelsfall eine größere Menge angenommen werden kann und dass es denkbar ist, dass Anlagen genannt werden, die für die beschriebenen Abfälle geeignet sind. Gemäß Artikel 28, Abfallverbringungsverordnung (93/259 EWG) kann die Zustimmung für maximal ein Jahr erteilt werden, wobei eine Verlängerung durch neuerliche Notifizierung möglich ist. In der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2006 brachte D*** für den Auftraggeber ergänzend vor, dass auf Basis einer derartigen Exportbewilligung sämtliche für die Verbringung notwendigen Begleitpapiere im Sinne der Abfallverbringungsverordnung - bezogen auf die einzelnen Transporte - für die konkret verbrachten Mengen ausgestellt werden.

1. 3.Ziffer 3

Beweiswürdigung

Der Sachverhalt gründet sich auf die bei den einzelnen Feststellungen angeführten Beweismittel. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben. Dies gilt insbesondere auch für die Beantwortung der Anfrage betreffend die mögliche Erwirkung einer Exportgenehmigung durch das BMLFUW. Auch die hiermit in Zusammenhang stehenden Aussagen des D*** in der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2006 stellten sich als schlüssig und nachvollziehbar dar.

1. 4.Ziffer 4

Rechtliche Beurteilung

4.1. Zur maßgeblichen Rechtslage

Das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren wurde vor dem 1. September 2002 eingeleitet und beendet. Auch das Nachprüfungsverfahren wurde vor dem 1. September 2002 beim Bundesvergabebeamten anhängig gemacht. Da es sich im vorliegenden Fall somit um einen Sachverhalt handelt, der vor Inkraft-Treten des BVergG 2002 verwirklicht wurde und der Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 28. Jänner 2002 mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Juni 2004 (teilweise) aufgehoben wurde, ist zunächst die Frage nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften zu beantworten.

Mit 1. Februar 2006 ist das BVergG 2006 in Kraft getreten. Dieses sieht in dessen § 345 Abs 1 Z 3 vor, dass das BVergG 2002 mit Inkraft-Treten des BVergG 2006 außer Kraft tritt. Gemäß § 345 Abs 2 BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt

des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil dieses Bundesgesetzes nicht. Diese Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Abs 4 leg.cit. bestimmt, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren von diesem nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen sind. Mit 1. Februar 2006 ist das BVergG 2006 in Kraft getreten. Dieses sieht in dessen Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer 3, vor, dass das BVergG 2002 mit In-Kraft-Treten des BVergG 2006 außer Kraft tritt. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil dieses Bundesgesetzes nicht. Diese Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Absatz 4, leg.cit. bestimmt, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren von diesem nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen sind.

In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 1171 BlgNR. XXII. GP) wird hierzu ausgeführt, dass Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleitet waren, materiellrechtlich nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen sind. War ein Rechtsschutzverfahren bereits anhängig, so ist dieses auch im Hinblick auf das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Grundlage des BVergG 2002 abzuführen. In den Erläuternden Bemerkungen (EBRV 1171 BlgNR. römisch 22. Gesetzgebungsperiode) wird hierzu ausgeführt, dass Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleitet waren, materiellrechtlich nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen sind. War ein Rechtsschutzverfahren bereits anhängig, so ist dieses auch im Hinblick auf das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Grundlage des BVergG 2002 abzuführen.

Dieser Verweis auf die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2002 impliziert auch die Anwendung der Übergangsbestimmungen des BVergG 2002. Gemäß § 188 Abs 1 BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz nicht für jene Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des jeweiligen In-Kraft-Tretens bereits eingeleitet sind. Nach § 188 Abs 3 1. Satz BVergG 2002 sind am 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen. Dieser Verweis auf die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2002 impliziert auch die Anwendung der Übergangsbestimmungen des BVergG 2002. Gemäß Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz nicht für jene Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des jeweiligen In-Kraft-Tretens bereits eingeleitet sind. Nach Paragraph 188, Absatz 3, 1. Satz BVergG 2002 sind am 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen.

Sowohl nach der Judikatur als auch nach dem Schrifttum sind diese Übergangsbestimmungen derart zu verstehen, dass für Vergabeverfahren, die vor dem 1. September 2002 eingeleitet worden sind, das Vergabekontrollverfahren - sei es vor oder nach dem 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht worden - vom Bundesvergabeamt, zusammengesetzt gemäß den organisationsrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002, nach den verfahrens- und materiellrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 (zu Ende) zu führen sind (siehe etwa BVA vom 17. Juli 2003, 17N- 1/03-11; BVA vom 8. Oktober 2003, 02N-19/01-44; BVA vom 10. März 2004, 01N-9/03-43; Latzenhofer, BVergG 2002 – In-Kraft-Treten des Rechtsschutzsystems, ZVB 2002/97; Katary, Das Bundesvergabeamt nach dem 31. August 2002, ZVB 2003/2).

Mit § 188 Abs 3 3. Satz BVergG 2002 liegt jedoch eine lex specialis zu den allgemeinen Übergangsbestimmungen des BVergG 2002 vor. § 188 Abs 3 3. Satz BVergG 2002 bestimmt, dass nach Aufhebung eines Bescheides des Bundesvergabeamtes durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof, die nicht vor dem 1. September 2002 erfolgt, das Verfahren nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes fortzuführen ist. Mit Paragraph 188, Absatz 3, 3. Satz BVergG 2002 liegt jedoch eine lex specialis zu den allgemeinen Übergangsbestimmungen des BVergG 2002 vor. Paragraph 188, Absatz 3, 3. Satz BVergG 2002 bestimmt, dass nach Aufhebung eines Bescheides des Bundesvergabeamtes durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof, die nicht vor dem 1. September 2002 erfolgt, das Verfahren nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes fortzuführen ist.

Nachdem im vorliegenden Fall der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21. Juni 2004, B 531/02-8, den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28. Jänner 2002, N-127/01-29, teilweise behoben hat, ist das Vergabekontrollverfahren nunmehr nach dem klaren Wortlaut des § 188 Abs 3 Satz 3 BVergG 2002 nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen. Nachdem im vorliegenden Fall der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 21. Juni 2004, B 531/02-8, den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28. Jänner 2002, N-127/01-29, teilweise behoben hat, ist das Vergabekontrollverfahren nunmehr nach dem klaren Wortlaut des Paragraph 188, Absatz 3, Satz 3 BVergG 2002 nach

den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen.

Wie bereits mehrfach seitens des Bundesvergabeamtes judiziert wurde, erfasst der Verweis auf die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in § 188 Abs 3 BVergG 2002 sowohl die materiellrechtlichen als auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 (siehe etwa BVA vom 19. September 2005, 16F-10/02-21 mwN). Allerdings hat das Bundesvergabeamt in mit dem gegenständlichen Sachverhalt vergleichbaren Konstellationen auch ausgesprochen, dass unter bestimmten Umständen die betreffenden Übergangsregelungen außer Acht zu lassen sind, um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu genügen (siehe etwa BVA vom 7. Juni 2004, 10N-15/99-42 unter Hinweis auf die Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rechtssachen "Engelbrecht" und "Santex"). Wie bereits mehrfach seitens des Bundesvergabeamtes judiziert wurde, erfasst der Verweis auf die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 sowohl die materiellrechtlichen als auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 (siehe etwa BVA vom 19. September 2005, 16F-10/02-21 mwN). Allerdings hat das Bundesvergabeamt in mit dem gegenständlichen Sachverhalt vergleichbaren Konstellationen auch ausgesprochen, dass unter bestimmten Umständen die betreffenden Übergangsregelungen außer Acht zu lassen sind, um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu genügen (siehe etwa BVA vom 7. Juni 2004, 10N-15/99-42 unter Hinweis auf die Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Rechtssachen "Engelbrecht" und "Santex").

Angesichts der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages jedenfalls nach der zum Zeitpunkt dieser Prozesshandlung geltenden Rechtslage zu beurteilen, sohin nach den Bestimmungen des BVergG 1997 (siehe VwGH vom 29. März 2006, 2005/04/0188). Die Bestimmungen des BVergG 2002 bleiben diesbezüglich unangewendet, sodass auch keine Beeinträchtigung der gemeinschaftsrechtlich gebotenen und innerstaatlich verankerten Effektivität des Rechtsschutzes durch Anwendung der über die Anforderungen des BVergG 1997 hinausgehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des BVergG 2002 eintritt. Im Übrigen geht aber auch der Verwaltungsgerichtshof von der in den Übergangsbestimmungen für bestimmte Konstellationen vorgesehenen Fortführung des Verfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2002 aus und differenziert hier nicht zwischen formellem und materiellem Recht.

Gegenständlich ist aus verfahrensrechtlicher Sicht sohin die Zulässigkeit des Antrages anhand des BVergG 1997 zu beurteilen. Im Übrigen bleibt es aber bei der in § 188 Abs 3 Satz 3 BVergG 2002 geregelten Festlegung, dass das Verfahrensrecht des BVergG 2002 anzuwenden ist. Hierdurch tritt aus folgenden Gründen keine Schlechterstellung der Antragstellerinnen ein: Infolge der teilweisen Aufhebung des Bescheides N-127/01-29 durch den Verfassungsgerichtshof tritt das Kontrollverfahren in den Stand vor Erlassung des betreffenden Bescheides. Das Nachprüfungsverfahren ist folglich weiterhin anhängig und nach dem kassatorischen Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes unter Berücksichtigung einer geänderten Sach- und/oder Rechtslage fortzuführen. Ein Ersatzbescheid ist zu erlassen (§ 87 Abs 2 VfGG; § 63 Abs 1 VwGG; siehe etwa VwGH vom 24. November 2005, 2004/07/0159 mwN). Da der Zuschlag im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren bereits erteilt wurde, ist allerdings das Stadium "nach Abschluss des Vergabeverfahrens" erreicht, weswegen eine Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowohl nach dem BVergG 1997 (§ 113 Abs 3 BVergG 1997) als auch nach dem BVergG 2002 (§ 162 Abs 3 BVergG 2002) nicht mehr in Betracht kommt. Die ursprünglichen Anträge auf Nichtigerklärung von Bestimmungen der Ausschreibung (Nachweis der Befugnis "Baumeister" durch sämtliche Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft; Vorlage einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) sind gemäß § 117 Abs 3 BVergG 1997 durch Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens des behaupteten Rechtsverstoßes zu erledigen. Gemäß den Materialien erschöpft sich die Entscheidung des Bundesvergabeamtes in dieser Feststellung. Eines gesonderten Antrages bedarf es hierzu nicht (EBRV 972 BlgNR XVIII. GP 70). Gegenständlich ist aus verfahrensrechtlicher Sicht sohin die Zulässigkeit des Antrages anhand des BVergG 1997 zu beurteilen. Im Übrigen bleibt es aber bei der in Paragraph 188, Absatz 3, Satz 3 BVergG 2002 geregelten Festlegung, dass das Verfahrensrecht des BVergG 2002 anzuwenden ist. Hierdurch tritt aus folgenden Gründen keine Schlechterstellung der Antragstellerinnen ein: Infolge der teilweisen Aufhebung des Bescheides N-127/01-29 durch den Verfassungsgerichtshof tritt das Kontrollverfahren in den Stand vor Erlassung des betreffenden Bescheides. Das Nachprüfungsverfahren ist folglich weiterhin anhängig und nach dem kassatorischen Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes unter Berücksichtigung einer geänderten Sach- und/oder Rechtslage fortzuführen. Ein Ersatzbescheid ist zu erlassen (Paragraph 87, Absatz 2, VfGG; Paragraph 63, Absatz eins, VwGG; siehe etwa VwGH vom

24. November 2005, 2004/07/0159 mwN). Da der Zuschlag im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren bereits erteilt wurde, ist allerdings das Stadium "nach Abschluss des Vergabeverfahrens" erreicht, weswegen eine Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowohl nach dem BVergG 1997 (Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997) als auch nach dem BVergG 2002 (Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002) nicht mehr in Betracht kommt. Die ursprünglichen Anträge auf Nichtigerklärung von Bestimmungen der Ausschreibung (Nachweis der Befugnis "Baumeister" durch sämtliche Mitglieder einer Bewerber-/Bietergemeinschaft; Vorlage einer gültigen Exportgenehmigung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe) sind gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG 1997 durch Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens des behaupteten Rechtsverstoßes zu erledigen. Gemäß den Materialien erschöpft sich die Entscheidung des Bundesvergabeamtes in dieser Feststellung. Eines gesonderten Antrages bedarf es hierzu nicht (EBRV 972 BlgNR römisch achtzehn. Gesetzgebungsperiode 70).

Auch nach der Rechtslage des BVergG 2002 bedarf es im Falle der Beendigung eines Vergabeverfahrens während eines beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Verfahrens zur Fortführung des Vergabekontrollverfahrens keines gesonderten Antrages (siehe Thienel, ÖZW 2004, 45, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002; VwGH vom 1. März 2004, 2004/04/0012). Der diesbezüglich maßgebende § 175 Abs 2 BVergG 2002 lautet: "Wird ein Bescheid des Bundesvergabeamtes vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Bundesvergabeamt unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war". Das Nachprüfungsverfahren ist sohin ex lege als Feststellungsverfahren hinsichtlich des Vorliegens der oben angeführten Rechtswidrigkeiten fortzuführen. Auch nach der Rechtslage des BVergG 2002 bedarf es im Falle der Beendigung eines Vergabeverfahrens während eines beim Verfassungsgerichtshof anhängigen Verfahrens zur Fortführung des Vergabekontrollverfahrens keines gesonderten Antrages (siehe Thienel, ÖZW 2004, 45, Feststellungsbescheide nach Paragraph 175, BVergG 2002; VwGH vom 1. März 2004, 2004/04/0012). Der diesbezüglich maßgebende Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 lautet: "Wird ein Bescheid des Bundesvergabeamtes vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Bundesvergabeamt unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war". Das Nachprüfungsverfahren ist sohin ex lege als Feststellungsverfahren hinsichtlich des Vorliegens der oben angeführten Rechtswidrigkeiten fortzuführen.

Sowohl nach der Rechtslage des BVergG 1997 als auch nach der Rechtslage des BVergG 2002 ist sohin seitens des Bundesvergabeamtes - ohne Antragstellung - ein Feststellungsbescheid zu erlassen. Eine Konsequenz, die bereits aus der Pflicht zur Erlassung eines Ersatzbescheides resultiert. Damit zieht die Anwendung des § 175 Abs 2 BVergG 2002 jedenfalls keine Verschlechterung der Position der Antragstellerinnen nach sich, sodass auch keine Notwendigkeit besteht, die Regelung des § 188 Abs 3 3. Satz außer Acht zu lassen, um das gemeinschaftsrechtlich geforderte Effektivitätsgebot zu wahren. Sowohl nach der Rechtslage des BVergG 1997 als auch nach der Rechtslage des BVergG 2002 ist sohin seitens des Bundesvergabeamtes - ohne Antragstellung - ein Feststellungsbescheid zu erlassen. Eine Konsequenz, die bereits aus der Pflicht zur Erlassung eines Ersatzbescheides resultiert. Damit zieht die Anwendung des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 jedenfalls keine Verschlechterung der Position der Antragstellerinnen nach sich, sodass auch keine Notwendigkeit besteht, die Regelung des Paragraph 188, Absatz 3, 3. Satz außer Acht zu lassen, um das gemeinschaftsrechtlich geforderte Effektivitätsgebot zu wahren.

Hinsichtlich der materiellrechtlichen Bestimmungen sind das vom EuGH postulierte Rückwirkungsgebot sowie – aus innerstaatlicher Sicht – die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes zum Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des EuGH ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Vergabeverfahren jene Rechtslage heranzuziehen, die zum Zeitpunkt gegolten hat, als die Entscheidung getroffen wurde (EuGH vom 5. Oktober 2000, Rs C-337/98, "Kommission/Frankreich"). Der Gerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung überdies einen an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht gelegenen Sachverhalt zu beurteilen und dabei ausgesprochen, dass es "nach ständiger Rechtsprechung für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist, dass die Rechtslage für den einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen" (EuGH vom 24. Juli 2003, Rs C-280/00, "Altmarkt Trans"; soweit bereits BVA

vom 7. Juni 2004, 10N-15/99- 42). Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes verbietet der Gleichheitsgrundsatz unter bestimmten Umständen eine rückwirkende Geltung von Gesetzen (siehe zB Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ [2000] Rz 1350/2 mwN). Wenngleich die diesbezüglichen Ausführungen nahezu ausschließlich auf das Steuer- und Sozialrecht Bezug nehmen, hat man diesen Grundsatz auch im Vergaberecht zu beachten. Das (innerstaatliche) Verfassungsrecht gebietet daher möglicherweise eine korrigierende Sicht der Übergangsregelung des § 188 Abs 3 BVergG 2002 (siehe BVA vom 19. September 2005, 16F-10/02-21). Hinsichtlich der materiellrechtlichen Bestimmungen sind das vom EuGH postulierte Rückwirkungsgebot sowie – aus innerstaatlicher Sicht – die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes zum Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des EuGH ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Vergabeverfahren jene Rechtslage heranzuziehen, die zum Zeitpunkt gegolten hat, als die Entscheidung getroffen wurde (EuGH vom 5. Oktober 2000, Rs C-337/98, "Kommission/Frankreich"). Der Gerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung überdies einen an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht gelegenen Sachverhalt zu beurteilen und dabei ausgesprochen, dass es "nach ständiger Rechtsprechung für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist, dass die Rechtslage für den einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen" (EuGH vom 24. Juli 2003, Rs C-280/00, "Altmarkt Trans"; soweit bereits BVA vom 7. Juni 2004, 10N-15/99- 42). Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes verbietet der Gleichheitsgrundsatz unter bestimmten Umständen eine rückwirkende Geltung von Gesetzen (siehe zB Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ [2000] Rz 1350/2 mwN). Wenngleich die diesbezüglichen Ausführungen nahezu ausschließlich auf das Steuer- und Sozialrecht Bezug nehmen, hat man diesen Grundsatz auch im Vergaberecht zu beachten. Das (innerstaatliche) Verfassungsrecht gebietet daher möglicherweise eine korrigierende Sicht der Übergangsregelung des Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 (siehe BVA vom 19. September 2005, 16F-10/02-21).

Der vorliegende Nachprüfungsantrag wendet sich gegen den im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderten Nachweis der Befugnis "Baumeister" bei jedem Mitglied einer Bewerber- /Bietergemeinschaft sowie gegen das Erfordernis, im Falle der Verbringung der Abfälle zu nicht in Österreich liegenden Anlagen spätestens bei Angebotsabgabe eine gültige Exportgenehmigung vorlegen zu müssen. Wie im Rahmen der inhaltlichen Beurteilung (Punkt 4.3.) deutlich wird, führt die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2002 zu keiner gegenüber dem BVergG 1997 unterschiedlichen Beurteilung des konkreten Sachverhalts, zumal die betreffenden Bestimmungen keine relevante inhaltliche Änderung erfahren haben. Daher besteht auch keine Notwendigkeit, § 188 Abs 3 BVergG 2002 im Hinblick auf die inhaltlichen Vorgaben unangewendet zu lassen. Daher sind entsprechend der gesetzlichen Anordnung des § 188 Abs 3 3. Satz BVergG 2002 zufolge trotz der Einleitung des Vergabeverfahrens vor dem 1. September 2002 auch materiellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2002 maßgeblich. Im Übrigen bleibt es aber beim vom EuGH postulierten Rückwirkungsverbot. Der vorliegende Nachprüfungsantrag wendet sich gegen den im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderten Nachweis der Befugnis "Baumeister" bei jedem Mitglied einer Bewerber- /Bietergemeinschaft sowie gegen das Erfordernis, im Falle der Verbringung der Abfälle zu nicht in Österreich liegenden Anlagen spätestens bei Angebotsabgabe eine gültige Exportgenehmigung vorlegen zu müssen. Wie im Rahmen der inhaltlichen Beurteilung (Punkt 4.3.) deutlich wird, führt die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2002 zu keiner gegenüber dem BVergG 1997 unterschiedlichen Beurteilung des konkreten Sachverhalts, zumal die betreffenden Bestimmungen keine relevante inhaltliche Änderung erfahren haben. Daher besteht auch keine Notwendigkeit, Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 im Hinblick auf die inhaltlichen Vorgaben unangewendet zu lassen. Daher sind entsprechend der gesetzlichen Anordnung des Paragraph 188, Absatz 3, 3. Satz BVergG 2002 zufolge trotz der Einleitung des Vergabeverfahrens vor dem 1. September 2002 auch materiellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2002 maßgeblich. Im Übrigen bleibt es aber beim vom EuGH postulierten Rückwirkungsverbot.

4.2. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 (§ 11 Abs 1 Z 1 BVergG 1997). Der geschätzte Auftragswert überschreitet den maßgeblichen Schwellenwert von SZR 130.000,-- (§ 9 Abs 1 Z 4 BVergG 2002, § 7 Abs 1 BVergG 1997), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 (Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 1997). Der

geschätzte Auftragswert überschreitet den maßgeblichen Schwellenwert von SZR 130.000,-- (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2002, Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 1997), sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Gegenstand der als Gesamtausschreibung vorgenommenen Auftragsvergabe ist die Räumung der "Fischer Deponie", welche neben dem Aushub der Abfälle und des kontaminierten Untergrundes sowie der Wiederkultivierung (Räumung im engeren Sinn), den Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle umfasst. Damit beinhaltet der Auftrag Elemente eines Bauauftrages einerseits und eines Dienstleistungsauftrages andererseits. Für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen gab es nach der hier maßgeblichen Rechtslage des BVergG 2002 (wie auch des BVergG 1997) keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. In der 16. Begründungserwägung der Dienstleistungs-koordinierungsrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG; siehe nunmehr 10. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18/EG) findet sich der Ansatz, dass ein Vertrag, der Dienst- und Bauleistungen zum Gegenstand, dann als Bauauftrag einzuordnen ist, insoweit er hauptsächlich die Errichtung eines Bauwerks beinhaltet. Soweit die Bauleistungen jedoch gegenüber den Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung sind und nicht den Vertragsinhalt ausmachen, führt dies nicht zur Einordnung als Bauauftrag, sondern zur Einordnung als Dienstleistungsauftrag. In diesem Sinne hat der EuGH in seinem Urteil vom 19. April 1994, Rs C-331/92, "Gestion Hotelera Internacional", Rz. 26, ausgeführt, "dass die gesamte Ausschreibung nicht als öffentlicher Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 71/305 angesehen werden kann, wenn die in dem Hotel und dem Kasino durchzuführenden Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand dieser Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind". Auch in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, "Kommission/Deutschland" bedient sich der Gerichtshof unter Berufung auf die Ausführungen des Generalanwalts Geelhoed dieser Argumentation und qualifiziert die Behandlung von Abwasser als Dienstleistung im Sinne des Artikel 8 und Anhang I A Kategorie 16 der Richtlinie 92/50/EWG, wobei der Errichtung bestimmter hiermit in Zusammenhang stehender Anlagen nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wird. Gegenstand der als Gesamtausschreibung vorgenommenen Auftragsvergabe ist die Räumung der "Fischer Deponie", welche neben dem Aushub der Abfälle und des kontaminierten Untergrundes sowie der Wiederkultivierung (Räumung im engeren Sinn), den Transport und die Entsorgung der geräumten Abfälle umfasst. Damit beinhaltet der Auftrag Elemente eines Bauauftrages einerseits und eines Dienstleistungsauftrages andererseits. Für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen gab es nach der hier maßgeblichen Rechtslage des BVergG 2002 (wie auch des BVergG 1997) keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. In der 16. Begründungserwägung der Dienstleistungs-koordinierungsrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG; siehe nunmehr 10. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18/EG) findet sich der Ansatz, dass ein Vertrag, der Dienst- und Bauleistungen zum Gegenstand, dann als Bauauftrag einzuordnen ist, insoweit er hauptsächlich die Errichtung eines Bauwerks beinhaltet. Soweit die Bauleistungen jedoch gegenüber den Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung sind und nicht den Vertragsinhalt ausmachen, führt dies nicht zur Einordnung als Bauauftrag, sondern zur Einordnung als Dienstleistungsauftrag. In diesem Sinne hat der EuGH in seinem Urteil vom 19. April 1994, Rs C-331/92, "Gestion Hotelera Internacional", Rz. 26, ausgeführt, "dass die gesamte Ausschreibung nicht als öffentlicher Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 71/305 angesehen werden kann, wenn die in dem Hotel und dem Kasino durchzuführenden Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand dieser Ausschreibung von untergeordneter Bedeutung sind". Auch in den Rechtssachen C-20/01 und C-28/01, "Kommission/Deutschland" bedient sich der Gerichtshof unter Berufung auf die Ausführungen des Generalanwalts Geelhoed dieser Argumentation und qualifiziert die Behandlung von Abwasser als Dienstleistung im Sinne des Artikel 8 und Anhang I A Kategorie 16 der Richtlinie 92/50/EWG, wobei der Errichtung bestimmter hiermit in Zusammenhang stehender Anlagen nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wird.

Handelt es sich demnach um einen Dienst- und Bauleistungen umfassenden Mischauftrag, ist die Abgrenzung danach vorzunehmen, welcher Vertragsteil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (main object test; vgl. hierzu auch Gölle in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 3 RZ 63ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [61f]). Die Bezeichnung der Auftragsart durch den Auftraggeber ist insofern nicht von Relevanz. Handelt es sich demnach um einen Dienst- und Bauleistungen umfassenden Mischauftrag, ist die Abgrenzung danach vorzunehmen, welcher Vertragsteil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (main object test; vergleiche hierzu auch Gölle in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 3, RZ 63ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [61f]). Die Bezeichnung der Auftragsart durch den Auftraggeber ist insofern nicht von Relevanz.

Das gegenständliche Vorhaben verfolgt die Sanierung der "Fischer Deponie" und ist auf die Entfernung und den Abtransport der Abfälle samt deren Entsorgung gerichtet (vgl. § 2 Abs 14 Altlastensanierungsgesetz: "Sanierung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Beseitigung der Ursache der Gefährdung sowie die Beseitigung der Kontamination im Umfeld"). Diesbezüglich ist auch auf die Ausschreibungsbekanntmachung und die Bekanntmachung des vergebenen Auftrages zu verweisen, die jeweils die Bezeichnung "AT-Wiener Neustadt: Transport und Entsorgung von Abfällen" führen. Weiters wird unter Punkt 3b der Vergabebekanntmachung 2005/S 182-124942 der Umfang der Leistung mit der Räumung einschließlich der dazugehörigen Baumaßnahmen, Transport und Entsorgung beschrieben. Wenngleich zur Räumung (im weiteren Sinn) auch Bauleistungen erforderlich sind, vermag dies an der Einstufung der funktional auf die Abfallbeseitigung bzw. -verwertung gerichteten Leistung als (prioritäre) Dienstleistung im Sinne des § 4 Abs 1 BVergG 2002 iVm Anhang III Kategorie 16 (§ 3 BVergG 1997 iVm Anhang III Kategorie 16) BVergG 1997) nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen eine bloß untergeordnete Rolle zu. Das gegenständliche Vorhaben verfolgt die Sanierung der "Fischer Deponie" und ist auf die Entfernung und den Abtransport der Abfälle samt deren Entsorgung gerichtet vergleiche Paragraph 2, Absatz 14, Altlastensanierungsgesetz: "Sanierung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Beseitigung der Ursache der Gefährdung sowie die Beseitigung der Kontamination im Umfeld"). Diesbezüglich ist auch auf die Ausschreibungsbekanntmachung und die Bekanntmachung des vergebenen Auftrages zu verweisen, die jeweils die Bezeichnung "AT-Wiener Neustadt: Transport und Entsorgung von Abfällen" führen. Weiters wird unter Punkt 3b der Vergabebekanntmachung 2005/S 182-124942 der Umfang der Leistung mit der Räumung einschließlich der dazugehörigen Baumaßnahmen, Transport und Entsorgung beschrieben. Wenngleich zur Räumung (im weiteren Sinn) auch Bauleistungen erforderlich sind, vermag dies an der Einstufung der funktional auf die Abfallbeseitigung bzw. -verwertung gerichteten Leistung als (prioritäre) Dienstleistung im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 in Verbindung mit Anhang römisch drei Kategorie 16 (Paragraph 3, BVergG 1997 in Verbindung mit Anhang römisch drei Kategorie 16) BVergG 1997) nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen eine bloß untergeordnete Rolle zu.

Der konkrete Auftrag unterliegt somit dem Geltungsbereich des BVergG 2002 (wie auch des BVergG 1997). Unter Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen ist daher die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entsprechend § 162 Abs 1 BVergG 2002 gegeben. Der konkrete Auftrag unterliegt somit dem Geltungsbereich des BVergG 2002 (wie auch des BVergG 1997). Unter Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen ist daher die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens entsprechend Paragraph 162, Absatz eins, BVergG 2002 gegeben.

Da der Zuschlag bereits erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen zuständig (§ 162 Abs 2 BVergG 2002). Vielmehr ist es auf die Feststellung von Rechtsverstößen beschränkt. Da der Zuschlag bereits erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen zuständig (Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002). Vielmehr ist es auf die Feststellung von Rechtsverstößen beschränkt.

Gegenständlich tritt die besondere Konstellation ein, dass der Zuschlag vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes erteilt wurde. Für diesen Fall trifft § 175 Abs 2 BVergG 2002 eine besondere Regelung: "Wird ein Bescheid des Bundesvergabeamtes vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Bundesvergabeamt unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war". Das bisherige Nachprüfungsverfahren wandelt sich damit ex lege in ein Feststellungsverfahren (siehe VfGH vom 1. März 2004, 2004/04/0012 und vom 1. März 2005, 2003/04/0199 sowie auch VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua zu mit § 175 BVergG 2002 vergleichbaren Regelungen des oö VergNPG). Dies leitet sich aus der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens ab, welche die Vermeidung einer sukzessiven Antragstellung verfolgt. Der Antragsteller soll im Falle einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung nicht zu einer neuerlichen Antragstellung gezwungen werden, um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach § 184 Abs 2 BVergG 2002 zu wahren. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 1. März 2004 insofern aus: Gegenständlich tritt die besondere Konstellation ein, dass der Zuschlag vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes erteilt wurde. Für diesen Fall trifft Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 eine besondere Regelung: "Wird ein Bescheid des Bundesvergabeamtes

vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Bundesvergabeamt unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war". Das bisherige Nachprüfungsverfahren wandelt sich damit ex lege in ein Feststellungsverfahren (siehe VwGH vom 1. März 2004, 2004/04/0012 und vom 1. März 2005, 2003/04/0199 sowie auch VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua zu mit Paragraph 175, BVergG 2002 vergleichbaren Regelungen des oö VergNPG). Dies leitet sich aus der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens ab, welche die Vermeidung einer sukzessiven Antragstellung verfolgt. Der Antragsteller soll im Falle einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung nicht zu einer neuerlichen Antragstellung gezwungen werden, um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 zu wahren. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 1. März 2004 insofern aus:

"Vielmehr ist § 13 Abs. 3 K-VergRG (wie auch der entsprechende § 168 Abs. 3 BVergG 2002) in Verbindung mit § 18 Abs. 2 K-VergRG (bzw. dem entsprechenden § 175 Abs. 2 BVergG 2002) systematisch zu interpretieren. Eine Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen ergibt, dass ein Antrag auf Feststellung auch unzulässig ist, wenn der Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach § 8 K-VergRG (bzw. Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG 2002) den behaupteten Verstoß bereits geltend gemacht hat, dieses aber noch bei der Vergabekontrollbehörde anhängig ist oder eine Beschwerde gegen den Bescheid der Vergabekontrollbehörde beim Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof anhängig ist. In einem solchen Fall hat der Antragsteller den Bescheid der Vergabekontrollbehörde bzw. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes oder Verwaltungsgerichtshofes abzuwarten." Vielmehr ist Paragraph 13, Absatz 3, K-VergRG (wie auch der entsprechende Paragraph 168, Absatz 3, BVergG 2002) in Verbindung mit Paragraph 18, Absatz 2, K-VergRG (bzw. dem entsprechenden Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002) systematisch zu interpretieren. Eine Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen ergibt, dass ein Antrag auf Feststellung auch unzulässig ist, wenn der Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach Paragraph 8, K-VergRG (bzw. Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG 2002) den behaupteten Verstoß bereits geltend gemacht hat, dieses aber noch bei der Vergabekontrollbehörde anhängig ist oder eine Beschwerde gegen den Bescheid der Vergabekontrollbehörde beim Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof anhängig ist. In einem solchen Fall hat der Antragsteller den Bescheid der Vergabekontrollbehörde bzw. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes oder Verwaltungsgerichtshofes abzuwarten.

Wird zwischenzeitlich (d.h. nach der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren und vor dem Erkenntnis des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes) der Zuschlag erteilt (oder das Vergabeverfahren widerrufen), so hat eine Aufhebung des Bescheides der Vergabekontrollbehörde durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die gemäß § 18 Abs. 2 K-VergRG (bzw. § 175 Abs. 2 BVergG 2002) vorgesehene Wirkung, dass im fortgesetzten Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes bloß festzustellen ist, ob der angefochtene Bescheid des Auftraggebers rechtswidrig war. Damit ist für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung (oder eines Widerrufs des Vergabeverfahrens), eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, welche gemäß § 184 Abs. 2 BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für Schadenersatzansprüche ist, gesichert, ohne dass es eines neuerlichen Feststellungsantrages durch den Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach § 8 K-VergRG (bzw. Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG 2002) bedarf." Wird zwischenzeitlich (d.h. nach der Entscheidung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren und vor dem Erkenntnis des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes) der Zuschlag erteilt (oder das Vergabeverfahren widerrufen), so hat eine Aufhebung des Bescheides der Vergabekontrollbehörde durch den Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die gemäß Paragraph 18, Absatz 2, K-VergRG (bzw. Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002) vorgesehene Wirkung, dass im fortgesetzten Verfahren vor der Vergabekontrollbehörde unter Bindung an die Rechtsanschauung des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofes bloß festzustellen ist, ob der angefochtene Bescheid des Auftraggebers rechtswidrig war. Damit ist für den Fall einer zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung (oder eines Widerrufs des Vergabeverfahrens), eine Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde, welche gemäß Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 eine zwingende Voraussetzung für Schadenersatzansprüche ist, gesichert, ohne dass es eines neuerlichen Feststellungsantrages durch den Antragsteller im Verfahren zur Nichtigerklärung nach Paragraph 8, K-VergRG (bzw. Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG 2002) bedarf."

Sowohl der Verwaltungsgerichtshof als auch der Verfassungsgerichtshof kommen daher für den Fall der Beendigung des Vergabeverfahrens während eines beim Gerichtshof anhängigen Verfahrens zu dem Schluss, dass es im als Feststellungsverfahren fortgesetzten Verfahren keines gesonderten Antrages bedarf. Im Gegenteil wäre ein gesonderter Feststellungsantrag im Hinblick auf dessen Subsidiarität als unzulässig zurückzuweisen, da die jeweilige Vergabekontrollbehörde bereits über den ursprünglich gestellten Antrag einen Ersatzbescheid zu erlassen hat (VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua). Der Verfassungsgerichtshof hält in diesem Zusammenhang weiters ausdrücklich fest, dass als Folge der gesetzlich angeordneten Umdeutung des Nichtigkeitsverfahrens in ein Feststellungsverfahren eine Zurückweisung des ursprünglichen Nachprüfungsantrages nicht in Betracht kommt. Eine derartige Auslegung "würde zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen, da dann tatsächlich kein effektiver Rechtsschutz bestünde". Konsequenterweise zieht der Verwaltungsgerichtshof für die "neue" Rechtslage (BVerGG 2002) weiters die Schlussfolgerung, dass auch dann vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses auszugehen ist, wenn vor Erhebung der Beschwerde der Zuschlag erteilt wird (siehe zB VfGH vom 20. Dezember 2005, 2004/04/0130 zum mit § 175 Abs 2 BVerGG 2002 vergleichbaren § 15 Abs 2 Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgesetz). Sowohl der Verwaltungsgerichtshof als auch der Verfassungsgerichtshof kommen daher für den Fall der Beendigung des Vergabeverfahrens während eines beim Gerichtshof anhängigen Verfahrens zu dem Schluss, dass es im als Feststellungsverfahren fortgesetzten Verfahren keines gesonderten Antrages bedarf. Im Gegenteil wäre ein gesonderter Feststellungsantrag im Hinblick auf dessen Subsidiarität als unzulässig zurückzuweisen, da die jeweilige Vergabekontrollbehörde bereits über den ursprünglich gestellten Antrag einen Ersatzbescheid zu erlassen hat (VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua). Der Verfassungsgerichtshof hält in diesem Zusammenhang weiters ausdrücklich fest, dass als Folge der gesetzlich angeordneten Umdeutung des Nichtigkeitsverfahrens in ein Feststellungsverfahren eine Zurückweisung des ursprünglichen Nachprüfungsantrages nicht in Betracht kommt. Eine derartige Auslegung "würde zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen, da dann tatsächlich kein effektiver Rechtsschutz bestünde". Konsequenterweise zieht der Verwaltungsgerichtshof für die "neue" Rechtslage (BVerGG 2002) weiters die Schlussfolgerung, dass auch dann vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses auszugehen ist, wenn vor Erhebung der Beschwerde der Zuschlag erteilt wird (siehe zB VfGH vom 20. Dezember 2005, 2004/04/0130 zum mit Paragraph 175, Absatz 2, BVerGG 2002 vergleichbaren Paragraph 15, Absatz 2, Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgesetz).

Mit der aufgezeigten Rechtsprechung der Höchstgerichte ist sohin grundsätzlich die Feststellungskompetenz des Bundesvergabeamtes zu bejahen. In weiterer Folge ist der Umfang dieser Zuständigkeit zu klären. Die Antragstellerinnen sehen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht alleine auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränkt. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung der §§ 162 Abs 3, 175 Abs 2 und 184 Abs 2 BVerGG 2002 sei auch die Feststellung zu treffen, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Dagegen bringt der Auftraggeber vor, die Feststellungskompetenz im Rahmen des § 175 Abs 2 BVerGG 2002 erfasse - entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung - lediglich die bloße Feststellung des Vorliegens der Rechtswidrigkeit. Mit der aufgezeigten Rechtsprechung der Höchstgerichte ist sohin grundsätzlich die Feststellungskompetenz des Bundesvergabeamtes zu bejahen. In weiterer Folge ist der Umfang dieser Zuständigkeit zu klären. Die Antragstellerinnen sehen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nicht alleine auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränkt. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Paragraphen 162, Absatz 3, 175, Absatz 2 und 184 Absatz 2, BVerGG 2002 sei auch die Feststellung zu treffen, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Dagegen bringt der Auftraggeber vor, die Feststellungskompetenz im Rahmen des Paragraph 175, Absatz 2, BVerGG 2002 erfasse - entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung - lediglich die bloße Feststellung des Vorliegens der Rechtswidrigkeit.

Nach Ansicht des erkennenden Senates lässt der Wortlaut des § 175 Abs 2 BVerGG 2002 die nötige Klarheit allerdings vermissen. Denn ein "bloßes" Feststellen einer Rechtswidrigkeit kann einerseits im Sinne eines "Weniger" im Verhältnis zur inhaltlich weitergehenden Feststellung gemäß § 162 Abs 3 BVerGG 2002 und andererseits als "Weniger" gegenüber der Nichtigkeitsklärung von Auftraggeberentscheidungen (bloßer Sekundärrechtsschutz gegenüber Primärrechtsschutz) ausgelegt werden. Dagegen legen der Gesamtzusammenhang und der Sinn und Zweck der Regelung folgende Schlussfolgerung nahe: Die Kompetenzbestimmung findet sich grundsätzlich abschließend in § 162 BVerGG 2002 ("Zuständigkeit"). So ist den Materialien zu § 162 BVerGG 2002 zu entnehmen (AB 1118 BlgNR XXI GP): "§ 162 regelt die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. [...] Die Abs 3 bis 5 dienen der Präzisierung, in welchen Fällen nur noch eine feststellende Entscheidung des Bundesvergabeamtes erwirkt werden kann". Durch die Wortwahl "nur noch" wird durch den Gesetzgeber - wenn auch nur in den Materialien - ein Anhaltspunkt dafür gegeben, dass eine Feststellung als ein Weniger zur Nichtigkeitsklärung zu verstehen ist und dass dies durch ein "bloßes" Feststellen zum Ausdruck

kommen soll. Zweck des § 175 BVergG 2002 ("Feststellung von Rechtsverstößen") ist es hingegen nicht, eine eigene, zusätzliche Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zu begründen, sondern den Sonderfall der Beendigung des Vergabeverfahrens während eines Nachprüfungsverfahrens oder eines Verfahrens vor den öffentlichrechtlichen Gerichtshöfen zu normieren. Eine Stütze findet diese Auslegung in der bereits oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Aus der Subsidiarität eines Feststellungsverfahrens wird die Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages während eines Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof abgeleitet. Nach dem höchstgerichtlichen Erkenntnis wird aber die Möglichkeit zur Antragstellung gemäß § 164 BVergG 2002 regelmäßig infolge Fristablaufs nicht mehr gegeben sein. Für diesen Fall ist allerdings von Gesetzes wegen die Wandlung des Nachprüfungsverfahrens in ein Feststellungsverfahren vorgesehen, sodass das Rechtsschutzbedürfnis durch eine zwischenzeitliche Zuschlagserteilung gerade nicht verloren geht, sondern sich im Feststellungsverfahren fortsetzt (siehe zB VwGH vom 20. Dezember 2005, 2004/04/0130 zum mit § 175 Abs 2 BVergG 2002 vergleichbaren § 15 Abs 2 Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgesetz). Ausdrücklich hält der Verwaltungsgerichtshof überdies fest, dass die Feststellung nach § 175 Abs 2 BVergG 2002 die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß § 184 Abs 2 BVergG 2002, welcher insofern einen klaren Wortlaut aufweist, sichert. Auch der Verfassungsgerichtshof sieht in der ex-lege vorgesehenen Fortsetzung "des ursprünglichen Nichtigkeitsverfahrens als bloßes Feststellungsverfahren" und in der folgenden Erlassung des Ersatzbescheides ein Hindernis für eine gesonderte Antragstellung (VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua). Hier müssen aber nun Rechtsschutzüberlegungen im Hinblick auf die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes ins Spiel gebracht werden. Würde man die Feststellung in einem vor dem Bundesvergabebeamten fortgesetzten Verfahren iSd § 175 Abs 2 BVergG 2002 nun tatsächlich als Feststellung im Sinne eines inhaltlichen Weniger gegenüber der Feststellung gemäß § 162 Abs 3 BVergG 2002 verstehen, so bleibt ungewiss, ob die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches mangels ausdrücklicher Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, scheitert. Eine sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung, je nachdem, wann der Zuschlag erteilt wird, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Da das Gesetz auch nicht danach differenziert, ob der Zuschlag vor oder nach dem In-Kraft-Treten des BVergG 2002 erteilt wurde, kann den Antragstellerinnen auch nicht vorgehalten werden, dass sie nicht bereits rechtzeitig nach Zuschlagserteilung einen Feststellungsantrag (gemäß BVergG 1997) eingebracht haben. Insofern kommt ihnen die günstigere Rechtslage des BVergG 2002 (iSd obigen Ausführungen zum Inhalt der Feststellung gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 im Gegensatz zur Feststellung nach § 117 Abs 3 BVergG 1997) zugute. Nach Ansicht des erkennenden Senates lässt der Wortlaut des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 die nötige Klarheit allerdings vermissen. Denn ein "bloßes" Feststellen einer Rechtswidrigkeit kann einerseits im Sinne eines "Weniger" im Verhältnis zur inhaltlich weitergehenden Feststellung gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 und andererseits als "Weniger" gegenüber der Nichtigklärung von Auftraggeberentscheidungen (bloßer Sekundärrechtsschutz gegenüber Primärrechtsschutz) ausgelegt werden. Dagegen legen der Gesamtzusammenhang und der Sinn und Zweck der Regelung folgende Schlussfolgerung nahe: Die Kompetenzbestimmung findet sich grundsätzlich abschließend in Paragraph 162, BVergG 2002 ("Zuständigkeit"). So ist den Materialien zu Paragraph 162, BVergG 2002 zu entnehmen Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode, "§ 162 regelt die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten. [...] Die Absatz 3 bis 5 dienen der Präzisierung, in welchen Fällen nur noch eine feststellende Entscheidung des Bundesvergabebeamten erwirkt werden kann". Durch die Wortwahl "nur noch" wird durch den Gesetzgeber - wenn auch nur in den Materialien - ein Anhaltspunkt dafür gegeben, dass eine Feststellung als ein Weniger zur Nichtigklärung zu verstehen ist und dass dies durch ein "bloßes" Feststellen zum Ausdruck kommen soll. Zweck des Paragraph 175, BVergG 2002 ("Feststellung von Rechtsverstößen") ist es hingegen nicht, eine eigene, zusätzliche Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zu begründen, sondern den Sonderfall der Beendigung des Vergabeverfahrens während eines Nachprüfungsverfahrens oder eines Verfahrens vor den öffentlichrechtlichen Gerichtshöfen zu normieren. Eine Stütze findet diese Auslegung in der bereits oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Aus der Subsidiarität eines Feststellungsverfahrens wird die Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages während eines Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof abgeleitet. Nach dem höchstgerichtlichen Erkenntnis wird aber die Möglichkeit zur Antragstellung gemäß Paragraph 164, BVergG 2002 regelmäßig infolge Fristablaufs nicht mehr gegeben sein. Für diesen Fall ist allerdings von Gesetzes wegen die Wandlung des Nachprüfungsverfahrens in ein Feststellungsverfahren vorgesehen, sodass das Rechtsschutzbedürfnis durch eine zwischenzeitliche Zuschlagserteilung gerade nicht verloren geht, sondern sich im Feststellungsverfahren fortsetzt (siehe zB VwGH vom 20. Dezember 2005, 2004/04/0130 zum mit Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 vergleichbaren Paragraph 15,

Absatz 2, Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgesetz). Ausdrücklich hält der Verwaltungsgerichtshof überdies fest, dass die Feststellung nach Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002, welcher insofern einen klaren Wortlaut aufweist, sichert. Auch der Verfassungsgerichtshof sieht in der ex-lege vorgesehenen Fortsetzung "des ursprünglichen Nichtigkeitsverfahrens als bloßes Feststellungsverfahren" und in der folgenden Erlassung des Ersatzbescheides ein Hindernis für eine gesonderte Antragstellung (VfGH vom 26. September 2005, B437/04 ua). Hier müssen aber nun Rechtsschutzüberlegungen im Hinblick auf die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlich gebotene Effektivität des Rechtsschutzes ins Spiel gebracht werden. Würde man die Feststellung in einem vor dem Bundesvergabeamt fortgesetzten Verfahren iSd Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 nun tatsächlich als Feststellung im Sinne eines inhaltlichen Weniger gegenüber der Feststellung gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 verstehen, so bleibt ungewiss, ob die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches mangels ausdrücklicher Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, scheitert. Eine sachliche Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung, je nachdem, wann der Zuschlag erteilt wird, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Da das Gesetz auch nicht danach differenziert, ob der Zuschlag vor oder nach dem In-Kraft-Treten des BVergG 2002 erteilt wurde, kann den Antragstellerinnen auch nicht vorgehalten werden, dass sie nicht bereits rechtzeitig nach Zuschlagserteilung einen Feststellungsantrag (gemäß BVergG 1997) eingebracht haben. Insofern kommt ihnen die günstigere Rechtslage des BVergG 2002 (iSd obigen Ausführungen zum Inhalt der Feststellung gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 im Gegensatz zur Feststellung nach Paragraph 117, Absatz 3, BVergG 1997) zugute.

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist das Bundesvergabeamt sohin grundsätzlich dazu berufen, eine Feststellung im Sinne seiner Zuständigkeit gemäß § 162 Abs 3 BVergG 2002 zu treffen und damit eine Grundlage zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen (siehe Thienel, ÖZW 2004, 45, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002; Nach Ansicht des erkennenden Senates ist das Bundesvergabeamt sohin grundsätzlich dazu berufen, eine Feststellung im Sinne seiner Zuständigkeit gemäß Paragraph 162, Absatz 3, BVergG 2002 zu treffen und damit eine Grundlage zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen (siehe Thienel, ÖZW 2004, 45, Feststellungsbescheide nach Paragraph 175, BVergG 2002;

Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004), Rz 204). Konsequenz dieser Rechtsansicht ist allerdings auch, dass der Auftraggeber und der Zuschlagsempfänger den Antrag stellen können, dass die Antragstellerinnen auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten (so offensichtlich auch Denk, Vergaberechtlicher Schadenersatz und Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, ÖZW 2002, 97).

Hinsichtlich des Vorbringens des Auftraggebers, dass die Anträge der Antragstellerin vom 11. Mai 2005 bzw. vom 2. November 2005 als unzulässig zurückzuweisen sind, vertritt der erkennende Senat die Ansicht, dass diese Anbringen aus ihrem gesamten Zusammenhang nur als Aufforderung zur Erlassung eines Ersatzbescheides erachtet werden können und diese keine selbständigen Anträge darstellen.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, dass die Antragstellerinnen auch bei Wegfall der angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen den Zuschlag nicht erhalten hätten können und ihnen insofern keine Antragslegitimation zukomme, hält das Bundesvergabeamt fest, dass entgegen der Ansicht des Auftraggebers nicht die Ausschreibung der Leistungen als Gesamtausschreibung für sich allein gesehen eine Beteiligung an dem gegenständlichen Vergabeverfahren verhindert hat, sondern das zusätzlich hinzutretende Erfordernis der Baumeisterbefugnis bei jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft in Verbindung mit der Gesamtausschreibung. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass bei Wegfall der Anforderung die Antragstellerinnen eine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten.

Auch im Übrigen ist die nach den Bestimmungen des BVergG 1997 zu beurteilende Zulässigkeit der Anträge gegeben.

4.3. Inhaltliche Beurteilung

Gemäß § 175 Abs 2 BVergG 2002 hat das Bundesvergabeamt dem Ersatzbescheid die festgestellte Rechtsanschauung des Verfassungs- bzw. Verwaltungsgerichtshofes zugrunde zu legen. Insofern ist diese Bestimmung den §§ 63 Abs 1 VwGG sowie 87 Abs 2 VfGG nachempfunden, welche die grundsätzliche Bindung der belangten Behörde an die Rechtsanschauung der Gerichtshöfe normieren. Diese Bindung besteht aber nur für den Fall, dass die maßgebende Sachund/oder Rechtslage unverändert geblieben sind (siehe etwa VfGH vom 8. März 1996, B1134/95; VwGH vom 24.

November 2005, 2004/07/0159). Für das Verwaltungsverfahren wird angenommen, dass eine "neue Sache" dann vorliegt, wenn Änderungen des Sachverhalts oder der Rechtslage zu einer anders lautenden Entscheidung führen würden und insofern als wesentlich zu bezeichnen sind (siehe Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³, 221 mwN). Gemäß Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 hat das Bundesvergabeamt dem Ersatzbescheid die festgestellte Rechtsanschauung des Verfassungs- bzw. Verwaltungsgerichtshofes zugrunde zu legen. Insofern ist diese Bestimmung den Paragraphen 63, Absatz eins, VwGG sowie 87 Absatz 2, VfGG nachempfunden, welche die grundsätzliche Bindung der belangten Behörde an die Rechtsanschauung der Gerichtshöfe normieren. Diese Bindung besteht aber nur für den Fall, dass die maßgebende Sachund/oder Rechtslage unverändert geblieben sind (siehe etwa VfGH vom 8. März 1996, B1134/95; VwGH vom 24. November 2005, 2004/07/0159). Für das Verwaltungsverfahren wird angenommen, dass eine "neue Sache" dann vorliegt, wenn Änderungen des Sachverhalts oder der Rechtslage zu einer anders lautenden Entscheidung führen würden und insofern als wesentlich zu bezeichnen sind (siehe Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht³, 221 mwN).

Die infolge der zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eingetretene Änderung des Sachverhalts, die dazu führt, dass anstelle einer Nichtigerklärung eine "bloße" Feststellung im Sinne der obigen Ausführungen zu treffen ist, vermag an der Bindungswirkung in materiellrechtlicher Hinsicht nichts zu ändern. Wenn nunmehr aufgrund der Übergangsbestimmung des § 188 BVergG 2002 die Bestimmungen des BVergG 2002 zur Anwendung kommen, so führen diese im konkreten Fall gerade zu keiner wesentlichen Änderung der Rechtslage. Da es überdies bei der Anwendung der im Zeitpunkt der Auftraggeberentscheidung geltenden Rechtsvorschriften bleibt, war dem Ersatzbescheid die Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofes zugrunde zu legen. Die infolge der zwischenzeitlichen Zuschlagserteilung eingetretene Änderung des Sachverhalts, die dazu führt, dass anstelle einer Nichtigerklärung eine "bloße" Feststellung im Sinne der obigen Ausführungen zu treffen ist, vermag an der Bindungswirkung in materiellrechtlicher Hinsicht nichts zu ändern. Wenn nunmehr aufgrund der Übergangsbestimmung des Paragraph 188, BVergG 2002 die Bestimmungen des BVergG 2002 zur Anwendung kommen, so führen diese im konkreten Fall gerade zu keiner wesentlichen Änderung der Rechtslage. Da es überdies bei der Anwendung der im Zeitpunkt der Auftraggeberentscheidung geltenden Rechtsvorschriften bleibt, war dem Ersatzbescheid die Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofes zugrunde zu legen.

Zu Spruchpunkt I:

a.) Nachweis der Befugnis

Entsprechend den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in der gegenständlichen Rechtssache gelten für Bietergemeinschaften die selben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse wie für Arbeitsgemeinschaften. Dies leitet sich aus § 17 BVergG 1997 ab, wonach Bietergemeinschaften im Falle der Erbringung der beauftragten Leistung eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben. Der insofern für Arbeits- und Bietergemeinschaften gleichermaßen maßgebliche § 15 Z 7 BVergG 1997 definiert Arbeitsgemeinschaften als einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Der Verfassungsgerichtshof führt weiter aus, dass angesichts der Wortfolge "oder verschiedener Fachrichtungen" diese Bestimmung dahingehend zu verstehen ist, dass durch einen vorübergehenden Zusammenschluss mehrerer Unternehmer eine "Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung" ermöglicht werden soll. Dieselben Überlegungen sind für den hier anzuwendenden § 20 Z 3 BVergG 2002 anzustellen. Somit ist der Weg für interdisziplinäre Bietergemeinschaften eröffnet. Diese dem Wettbewerbsprinzip als zentralen Grundsatz des Vergabeverfahrens gerecht werdende Rechtsansicht wurde bereits im Vorfeld der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes mehrfach vertreten (vgl. Casati, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200ff; Holoubek, Gewerberecht und Bietergemeinschaften - Zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 5/2003, 263 ff; Estermann, Generalunternehmervorbehalt: Keine Bevorzugung von Baumeistern, bau.zeitung 37/2004, 19; Schramm/Aicher, Nachweis der Befugnis von Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2002/39). Entsprechend den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in der gegenständlichen Rechtssache gelten für Bietergemeinschaften die selben Voraussetzungen im Hinblick auf die zu erbringenden Berufsbefugnisse wie für Arbeitsgemeinschaften. Dies leitet sich aus Paragraph 17, BVergG 1997 ab, wonach Bietergemeinschaften im Falle der Erbringung der beauftragten Leistung eine Arbeitsgemeinschaft zu gründen haben. Der insofern für Arbeits- und

Bietergemeinschaften gleichermaßen maßgebliche Paragraph 15, Ziffer 7, BVergG 1997 definiert Arbeitsgemeinschaften als einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Der Verfassungsgerichtshof führt weiter aus, dass angesichts der Wortfolge "oder verschiedener Fachrichtungen" diese Bestimmung dahingehend zu verstehen ist, dass durch einen vorübergehenden Zusammenschluss mehrerer Unternehmer eine "Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung" ermöglicht werden soll. Dieselben Überlegungen sind für den hier anzuwendenden Paragraph 20, Ziffer 3, BVergG 2002 anzustellen. Somit ist der Weg für interdisziplinäre Bietergemeinschaften eröffnet. Diese dem Wettbewerbsprinzip als zentralen Grundsatz des Vergabeverfahrens gerecht werdende Rechtsansicht wurde bereits im Vorfeld der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes mehrfach vertreten vergleiche Casati, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200ff; Holoubek, Gewerberecht und Bietergemeinschaften - Zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 5 aus 2003,, 263 ff; Estermann, Generalunternehmervorbehalt: Keine Bevorzugung von Baumeistern, bau.zeitung 37 aus 2004,, 19; Schramm/Aicher, Nachweis der Befugnis von Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2002/39).

Ziel des verfahrensgegenständlichen Vorhabens ist die Sanierung einer Deponie. Diese umfasst neben der Räumung der Deponie (im engeren Sinn) den Abtransport und die fachgerechte Entsorgung des geräumten Abfalls. Der Aushub der Abfälle ohne entsprechende Verwertung und Beseitigung ist widersinnig und wird dem Auftrag, gefährliche Abfälle nicht nur zu entfernen, sondern auch einer umweltgerechten Entsorgung zu zuführen, nicht gerecht. Die insoweit einem Beschaffungsvorhaben zugehörigen Leistungen wurden im Rahmen einer Gesamtausschreibung, ohne Teilvergaben zu ermöglichen, ausgeschrieben. Wie bereits zuvor aufgezeigt, sahen sich die Bieter mit einem Auftrag konfrontiert, der sowohl Elemente eines Dienstleistungsauftrages (Transport, Abfallbeseitigung und -verwertung sowie Abwasserbeseitigung) als auch eines Bauauftrages (ua. Aushubarbeiten) beinhaltet. Letztlich handelt es sich um Leistungen verschiedener Wirtschaftszweige, für die es gesonderter Berechtigungen bedarf. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Bewilligung zur Beförderung gefährlicher Güter, zur Sammlung und Behandlung der kontaminierten Materialien sowie zur Vornahme von Baumaßnahmen.

Im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist somit im gegenständlichen Fall vom Vorliegen einer heterogenen Leistung auszugehen. Jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft hat alleine die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen. In der Zusammenschau der Mitglieder hat die Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit über die erforderlichen Befugnisse zu verfügen. Die Bietergemeinschaft dient gewissermaßen als Sammelbecken für die unterschiedlichen Befugnisse ihrer Mitglieder. Demzufolge stellt es sich auch als schlüssig dar, dass Bietergemeinschaften sowohl im BVergG 1997 als auch in den Nachfolgesetzen (BVergG 2002 und 2006) als Unternehmer definiert werden. Die Festlegung in der konkreten Ausschreibung, wonach alle Mitglieder einer Bewerber- und Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters zu verfügen haben, ist somit als überschießend und dem BVergG 2002 (vgl. §§ 20 Z 3 und Z 11 und 21 Abs 1 BVergG 2002 sowie §§ 15 Z 7 und 10 und 16 Abs 1 BVergG 1997) widersprechend anzusehen. Im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist somit im gegenständlichen Fall vom Vorliegen einer heterogenen Leistung auszugehen. Jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft hat alleine die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen. In der Zusammenschau der Mitglieder hat die Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit über die erforderlichen Befugnisse zu verfügen. Die Bietergemeinschaft dient gewissermaßen als Sammelbecken für die unterschiedlichen Befugnisse ihrer Mitglieder. Demzufolge stellt es sich auch als schlüssig dar, dass Bietergemeinschaften sowohl im BVergG 1997 als auch in den Nachfolgesetzen (BVergG 2002 und 2006) als Unternehmer definiert werden. Die Festlegung in der konkreten Ausschreibung, wonach alle Mitglieder einer Bewerber- und Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters zu verfügen haben, ist somit als überschießend und dem BVergG 2002 vergleiche Paragraphen 20, Ziffer 3 und Ziffer 11 und 21 Absatz eins, BVergG 2002 sowie Paragraphen 15, Ziffer 7 und 10 und 16 Absatz eins, BVergG 1997) widersprechend anzusehen.

Der Verfassungsgerichtshof differenziert alleine danach, ob homogene Leistungen, die auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen sind, oder ob heterogene Leistungen, die verschiedene Befugnisse unterschiedlicher Fachrichtungen erfordern, zur Vergabe gebracht werden sollen. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers erscheint es daher unerheblich, ob zum Zeitpunkt der Ausschreibung

dem Baumeister die Erbringung von Generalunternehmerleistungen vorbehalten war (siehe auch Estermann, Generalunternehmervorbehalt: Keine Bevorzugung von Baumeistern, bau.zeitung 37/2004, 19). Letztlich hätte es Bewerber- und Bietergemeinschaften auch ermöglicht werden müssen, über Mitglieder zu verfügen, die ausschließlich andere verfahrensgegenständliche Berufsberechtigungen aufweisen. Zudem erscheinen dem Senat angesichts der Einordnung des konkreten Vergabevorgangs als Dienstleistungsauftrag Zweifel angebracht, ob tatsächlich der Generalunternehmervorbehalt der Baumeister (§ 202 Abs 2 GewO idF BGBl Nr. 194/1994) zum Tragen kam. Auch nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes liegen keine Generalunternehmerleistungen vor, da "maximal vier befugte Unternehmen an einer Bietergemeinschaft beteiligt sein können, was bei einer Beauftragung als Generalunternehmer sehr ungewöhnlich wäre". Der Verfassungsgerichtshof differenziert alleine danach, ob homogene Leistungen, die auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen sind, oder ob heterogene Leistungen, die verschiedene Befugnisse unterschiedlicher Fachrichtungen erfordern, zur Vergabe gebracht werden sollen. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers erscheint es daher unerheblich, ob zum Zeitpunkt der Ausschreibung dem Baumeister die Erbringung von Generalunternehmerleistungen vorbehalten war (siehe auch Estermann, Generalunternehmervorbehalt: Keine Bevorzugung von Baumeistern, bau.zeitung 37 aus 2004, 19). Letztlich hätte es Bewerber- und Bietergemeinschaften auch ermöglicht werden müssen, über Mitglieder zu verfügen, die ausschließlich andere verfahrensgegenständliche Berufsberechtigungen aufweisen. Zudem erscheinen dem Senat angesichts der Einordnung des konkreten Vergabevorgangs als Dienstleistungsauftrag Zweifel angebracht, ob tatsächlich der Generalunternehmervorbehalt der Baumeister (Paragraph 202, Absatz 2, GewO in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,) zum Tragen kam. Auch nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes liegen keine Generalunternehmerleistungen vor, da "maximal vier befugte Unternehmen an einer Bietergemeinschaft beteiligt sein können, was bei einer Beauftragung als Generalunternehmer sehr ungewöhnlich wäre".

Überdies ist anzumerken, dass sich die Forderung nach einem Nachweis der Baumeisterkonzession durch sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft im Lichte weiterer Bestimmungen des BVergG 2002 (und 1997) als nicht zulässig darstellt. Gemäß § 52 Abs 2 BVergG 2002 (bzw. § 60 Abs 7 BVergG 1997) dürfen Nachweise über die Eignung nur soweit verlangt werden, als dies durch den Gegenstand des konkreten Auftrags gerechtfertigt ist. Bei einer Abfallbeseitigung kann schwerlich im Sinne einer sachlichen Rechtfertigung für einen umfassenden Bedarf einer Baumeisterkonzession argumentiert werden. Überdies ist anzumerken, dass sich die Forderung nach einem Nachweis der Baumeisterkonzession durch sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft im Lichte weiterer Bestimmungen des BVergG 2002 (und 1997) als nicht zulässig darstellt. Gemäß Paragraph 52, Absatz 2, BVergG 2002 (bzw. Paragraph 60, Absatz 7, BVergG 1997) dürfen Nachweise über die Eignung nur soweit verlangt werden, als dies durch den Gegenstand des konkreten Auftrags gerechtfertigt ist. Bei einer Abfallbeseitigung kann schwerlich im Sinne einer sachlichen Rechtfertigung für einen umfassenden Bedarf einer Baumeisterkonzession argumentiert werden.

Die Teilnahmeunterlagen waren somit in zumindest einem Punkt rechtswidrig. Die Ausschreibungsunterlagen wären so auszuarbeiten gewesen, dass sich im Sinne des Gleichbehandlungsgebotes auch Unternehmer im Rahmen interdisziplinärer Bietergemeinschaften um das verfahrensgegenständliche Projekt hätten bewerben können. Bei Wegfall der vergabegesetzwidrigen Bestimmung wäre das betreffende Beschaffungsvorhaben einem ungleich größeren Bewerber- und Bieterkreis offen gestanden. Da die Bestbietermittlung somit unter anderen Voraussetzungen durchzuführen gewesen wäre, ist aus heutigem Blickwinkel auch nicht auszuschließen, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt worden wäre. Die Beurteilung der Frage, wer bei rechtmäßiger Vorgangsweise Bestbieter gewesen wäre, ist damit nicht möglich und fällt auch nicht in die Kompetenz des Bundesvergabeamtes (VwGH vom 26. Februar 2003, 2003/04/0027). Damit ist aber nicht entscheidend, ob auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung grundsätzlich ein "Bestbieter" ermittelt werden könnte, sondern dass Bestbieter im Sinne des BVergG 2002 eben nur jener Bieter sein kann, der unter Einhaltung des Vergaberechts ermittelt wurde. Es ist daher - für die hier maßgebliche Rechtslage vor Einführung der Anfechtungsfristen - davon auszugehen, dass durch die den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränkende Vorgabe in den Teilnahmeunterlagen eine den Bestimmungen des BVergG 2002 entsprechende, faire Ermittlung des Bieterkreises und des Zuschlagsempfängers von vorne herein verunmöglicht wurde, weshalb die Zuschlagserteilung schon aus diesem Grunde nicht an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgte (siehe BVA vom 31. Oktober 2005, N-35/99-51 ua mwN).

b) Vorliegen der Exportgenehmigung

Angesichts der vorhergehenden Ausführungen steht fest, dass die Forderung, wonach sämtliche Mitglieder einer

Bewerber- und Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters zu verfügen haben, die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belastet. Bereits aus diesem Grund war eine Bestbieterermittlung nicht möglich. Der Verfassungsgerichtshof hat jedoch überdies den Bescheid N-127/01-29 in jenem Spruchpunkt behoben, der sich mit der Vorlage einer Exportgenehmigung für zu verbringende Abfälle beschäftigte. Demgemäß hätte sich das Bundesvergabeamt mit der Frage auseinander setzen müssen, inwieweit die Forderung einer gültigen Exportgenehmigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung erfüllbar gewesen wäre. Hätte schon während des Vergabeverfahrens ein entsprechendes Notifizierungsverfahren betreffend den erst im Zuge der Räumung zu bergenden Abfall angestrengt werden können? Es wird daher im Folgenden der vergaberechtlichen Einordnung der Forderung nach Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung nachgegangen.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Entsorgung wurde in Punkt C.4.2 der Teilnahmeunterlagen folgendes festgehalten: ""Im Falle einer Verbringung zu nicht in Österreich liegenden Anlagen wird zusätzlich das Vorliegen einer gültigen Exportgenehmigung für die im gegenständlichen Projekt anfallenden Abfallfraktionen gefordert. Diese kann auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe nachgereicht werden". Zu den Ablagerungen und zum Deponiesickerwasser finden sich in den Ausschreibungsunterlagen Angaben zum Volumen der einzelnen Abfallfraktionen und zu den Schlüsselnummern der Abfallarten. Gemäß den Ergebnissen der Voruntersuchungen stellen sich die Angaben zum jeweiligen Volumen als ungefähre Angaben ("ca.") dar. Weiters wurde in Bezug auf das Mengengerüst darauf hingewiesen, dass "nicht ausgeschlossen werden (kann), dass in Teilbereichen (z.B. Fassablagerungsmenge) Abweichungen davon nach beiden Richtungen im Zuge der Räumungsarbeiten auftreten bzw. dies, wie ähnliche Fälle zeigten, sogar zu vermuten (ist)."

Mit der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 des Rates vom 1. Februar 1993 zur Überwachung und Kontrolle der Verbringung von Abfällen in der, in die und aus der Europäischen Gemeinschaft (Verbringungs-VO) wurde ua. die Abfallverbringung aus den Mitgliedsländern der EU in Drittstaaten geregelt. Der Verbringungs-VO kommt seit 1. Jänner 1997 unmittelbare Wirkung zu. Das diesbezüglich innerstaatlich maßgebliche Abfallwirtschaftsrecht (AWG) wurde den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts angepasst.

Im Zuge des konkreten Ermittlungsverfahrens wurde an das zuständige Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung VI/1, unter Darlegung der vorliegenden Konstellation die Frage nach einer möglichen Erwirkung einer Exportgenehmigung herangetragen. Inwieweit sind Angaben zum Abfallvolumen und zur Zusammensetzung der verbringenden Abfälle auch dann für eine Bewilligung für die Verbringung der Abfälle ausreichend, wenn sich die Angaben vorerst als ungefähre Festlegungen verstehen? Das BMLFUW teilte unter Verweis auf die gemäß Art 3 Abs 5 bzw Art 6 Abs 5 Abfallverbringungsverordnung (93/259/EWG) von der notifizierenden Person bekannt zu gebenden Daten (Ursprung, Zusammensetzung und Menge der Abfälle) mit, dass bei der Mengenumschreibung im Zweifelsfall eine größere Menge angenommen werden kann und dass es denkbar ist, dass Anlagen genannt werden, die für die beschriebenen Abfälle geeignet sind. Auf die Möglichkeit einer mit einem Jahr befristeten Rahmenbewilligung wurde hingewiesen. Nach Aussage von D*** werden auf Basis einer derartigen Exportbewilligung sämtliche für die Verbringung notwendigen Begleitpapiere im Sinne der Abfallverbringungsverordnung - bezogen auf die einzelnen Transporte - für die konkret verbrachten Mengen ausgestellt. Im Zuge des konkreten Ermittlungsverfahrens wurde an das zuständige Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft (BMLFUW), Abteilung VI/1, unter Darlegung der vorliegenden Konstellation die Frage nach einer möglichen Erwirkung einer Exportgenehmigung herangetragen. Inwieweit sind Angaben zum Abfallvolumen und zur Zusammensetzung der verbringenden Abfälle auch dann für eine Bewilligung für die Verbringung der Abfälle ausreichend, wenn sich die Angaben vorerst als ungefähre Festlegungen verstehen? Das BMLFUW teilte unter Verweis auf die gemäß Artikel 3, Absatz 5, bzw Artikel 6, Absatz 5, Abfallverbringungsverordnung (93/259/EWG) von der notifizierenden Person bekannt zu gebenden Daten (Ursprung, Zusammensetzung und Menge der Abfälle) mit, dass bei der Mengenumschreibung im Zweifelsfall eine größere Menge angenommen werden kann und dass es denkbar ist, dass Anlagen genannt werden, die für die beschriebenen Abfälle geeignet sind. Auf die Möglichkeit einer mit einem Jahr befristeten Rahmenbewilligung wurde hingewiesen. Nach Aussage von D*** werden auf Basis einer derartigen Exportbewilligung sämtliche für die Verbringung notwendigen Begleitpapiere im Sinne der Abfallverbringungsverordnung - bezogen auf die einzelnen Transporte - für die konkret verbrachten Mengen ausgestellt.

Es wäre nach den - damals wie heute diesbezüglich im Wesentlichen identen - gesetzlichen Bestimmungen und der

Verwaltungspraxis somit möglich gewesen, eine Bewilligung für die Verbringung der gegenständlichen Abfälle unter Zugrundelegung veränderlicher Angaben zu Umfang und Beschaffenheit der Abfälle zu erwirken. Zudem bestehen keine Zweifel, dass ein derartiges Notifizierungsverfahren innerhalb der mit 26. Februar 2002 endenden Angebotsfrist abgeschlossen hätte werden können. Die Bieter hätte damit nicht das Risiko der Verfahrensdauer getroffen. Die diesbezügliche Bestimmung in den Teilnahmeunterlagen stellte sich daher als nicht rechtswidrig dar. Entgegen dem Vorbringen im Vergabekontrollverfahren vermag der Senat auch keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten des EGV, auf die im Übrigen in § 21 Abs 1 BVergG 2002 ausdrücklich verwiesen wird, zu erkennen. Die unterschiedliche Behandlung einer Abfallentsorgung im Inland und im (EU-)Ausland verhinderte oder erschwerte nicht die Teilnahme von EU-Ausländern am Vergabeverfahren. Sie traf EU-Ausländer und Inländer, die den Abfall ins Ausland verbringen wollten, in gleicher Weise. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass diese Erschwernis der Notifizierung auf unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht beruht. Der Wunsch des Auftraggebers, bereits zu einem frühen Zeitpunkt Gewissheit über die Eignung der Abfallbeseitiger zu haben, diente letztlich dem gerechtfertigten Ziel der Sicherstellung, dass die Abfälle tatsächlich einer fachgerechten Entsorgung zugeführt werden und somit ein hohes Schutzniveau für die Umwelt und die Gesundheit gewährleistet wird. Es wäre nach den - damals wie heute diesbezüglich im Wesentlichen identen - gesetzlichen Bestimmungen und der Verwaltungspraxis somit möglich gewesen, eine Bewilligung für die Verbringung der gegenständlichen Abfälle unter Zugrundelegung veränderlicher Angaben zu Umfang und Beschaffenheit der Abfälle zu erwirken. Zudem bestehen keine Zweifel, dass ein derartiges Notifizierungsverfahren innerhalb der mit 26. Februar 2002 endenden Angebotsfrist abgeschlossen hätte werden können. Die Bieter hätte damit nicht das Risiko der Verfahrensdauer getroffen. Die diesbezügliche Bestimmung in den Teilnahmeunterlagen stellte sich daher als nicht rechtswidrig dar. Entgegen dem Vorbringen im Vergabekontrollverfahren vermag der Senat auch keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten des EGV, auf die im Übrigen in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 ausdrücklich verwiesen wird, zu erkennen. Die unterschiedliche Behandlung einer Abfallentsorgung im Inland und im (EU-)Ausland verhinderte oder erschwerte nicht die Teilnahme von EU-Ausländern am Vergabeverfahren. Sie traf EU-Ausländer und Inländer, die den Abfall ins Ausland verbringen wollten, in gleicher Weise. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass diese Erschwernis der Notifizierung auf unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht beruht. Der Wunsch des Auftraggebers, bereits zu einem frühen Zeitpunkt Gewissheit über die Eignung der Abfallbeseitiger zu haben, diente letztlich dem gerechtfertigten Ziel der Sicherstellung, dass die Abfälle tatsächlich einer fachgerechten Entsorgung zugeführt werden und somit ein hohes Schutzniveau für die Umwelt und die Gesundheit gewährleistet wird.

Zu Spruchpunkt II und III: Zu Spruchpunkt römisch zwei und III:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - zur Rechtslage, die noch keine Präklusion vorgesehen hatte - ist die Feststellung, ob ein übergangener Bieter oder Bewerber auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 bzw des BVergG 2002 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, dann nicht möglich, wenn ein Vergabeverfahren von vornherein rechtswidrig war und somit auch keine Bestbieterermittlung stattfinden konnte (siehe zB BVA vom 3. April 2003, 10F-16/02-24; BVA vom 16. Juli 2004, F-18/98-32 mwN). Aus den Materialien zur BVergG- Novelle 1996 ergibt sich, dass das BVA das Vorliegen einer echten Chance grundsätzlich danach zu beurteilen hat, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären (EBRV 323 BlgNR XX GP 100). Hat der Auftraggeber aber durch rechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen den Kreis der teilnehmenden Bieter von vornherein verzerrt, so hat dieser dadurch die Feststellung einer echten Chance auf Zuschlagserteilung verunmöglicht. Einer derartigen Feststellung wären bloße Spekulationen darüber, ob weitere Angebote gelegt worden wären und wie diese ausgesehen hätten, zugrunde zu legen. Hierzu ist das Bundesvergabeamt - wie dieses und auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen haben - nicht berufen (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 162 Rz 212ff mwN). Im Sinne einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung dürfen sich die dem Auftraggeber zuzurechnenden Rechtswidrigkeiten grundsätzlich nicht zu Lasten des rechtsschutzsuchenden Bieters auswirken (siehe HahnI, BVergG 2002, E.10. zu § 162 Abs 3), weshalb die Anträge des Auftraggebers abzuweisen waren. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes - zur Rechtslage, die noch keine Präklusion vorgesehen hatte - ist die Feststellung, ob ein übergangener Bieter oder Bewerber auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 1997 bzw des BVergG 2002 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, dann nicht möglich, wenn ein Vergabeverfahren von vornherein rechtswidrig war und somit auch keine Bestbieterermittlung stattfinden konnte (siehe zB BVA vom 3. April 2003, 10F-16/02-24; BVA vom 16. Juli 2004, F-18/98-

32 mwN). Aus den Materialien zur BVergG- Novelle 1996 ergibt sich, dass das BVA das Vorliegen einer echten Chance grundsätzlich danach zu beurteilen hat, ob Bewerber oder Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wären (EBRV 323 BlgNR römisch zwanzig Gesetzgebungsperiode 100). Hat der Auftraggeber aber durch rechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen den Kreis der teilnehmenden Bieter von vornherein verzerrt, so hat dieser dadurch die Feststellung einer echten Chance auf Zuschlagserteilung verunmöglicht. Einer derartigen Feststellung wären bloße Spekulationen darüber, ob weitere Angebote gelegt worden wären und wie diese ausgesehen hätten, zugrunde zu legen. Hierzu ist das Bundesvergabeamt - wie dieses und auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen haben - nicht berufen (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 162, Rz 212ff mwN). Im Sinne einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung dürfen sich die dem Auftraggeber zuzurechnenden Rechtswidrigkeiten grundsätzlich nicht zu Lasten des rechtsschutzsuchenden Bieters auswirken (siehe Hahnl, BVergG 2002, E.10. zu Paragraph 162, Absatz 3,), weshalb die Anträge des Auftraggebers abzuweisen waren.

Dokumentnummer

VERGT_20060714_N_127_01_73_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