

# TE Verg Bescheid 2006/7/12 N/0040-BVA/06/2006-32

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.07.2006

## Norm

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs2

BVergG 2006 §9 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319 Abs3

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 303 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Ernst Reitermaier als Mitglied der Auftraggeberseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Entsorgung von kontaminierten Materialien" der Auftraggeberin Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 303, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, sowie Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite und Dr. Ernst Reitermaier als Mitglied der Auftraggeberseite im

Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Entsorgung von kontaminierten Materialien" der Auftraggeberin Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, wie folgt entschieden:

#### Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 30. Mai 2006 "das Bundesvergabeamt wolle

- -Strichaufzählung  
die im Schreiben vom 22. Mai 2006 bekannt gegebene Änderung der Ausschreibung betreffend Seite 22/50 der Ausschreibungsunterlagen, Kapitel 1.3.4.2 (Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege) als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung  
die Ausschreibung für nichtig erklären,
- -Strichaufzählung  
in eventu auf Seite 8 der Ausschreibungsunterlagen, 1. Abs die Wortfolge '[...] 4, 5, 6, [...]' für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung  
in eventu auf Seite 29 der Ausschreibungsunterlagen den letzten Absatz des Punktes 1.4.2 für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung  
in eventu Punkt 1.3.2.2 der Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklären"

werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 3 Abs 1 und 2, 9 Abs 2, 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 3, Absatz eins und 2, 9 Absatz 2, 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006

II.römisch zwei.

Der Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 30. Mai 2006, "das Bundesvergabeamt wolle die Auftraggeberin jedenfalls verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 2 und 319 Abs 3 BVergG 2006  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, und 319 Absatz 3, BVergG 2006

#### Begründung

Die Antragstellerin stellte mit den Anträgen vom 30. Mai 2006 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG 2006, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin stellte mit den Anträgen vom 30. Mai 2006 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG 2006, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30. Mai 2006 sowie vom 22. Juni 2006 im Wesentlichen aus:

Die Antragstellerin beabsichtige, sich an drei Ausschreibungen betreffend die "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz" zu beteiligen. Es handle sich dabei um die Gewerke "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen", "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" sowie "Entsorgung von kontaminierten Materialien". Das Ende der Angebotsfrist sei jeweils für den 6. Juni 2006, 9.00 Uhr, vorgesehen. Lediglich das Gewerk "Entsorgung von kontaminierten Materialien" werde als Dienstleistungsauftrag in einem offenen Verfahren nach den für den Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen des BVergG 2006 zur Vergabe gebracht. Obwohl es sich um ein einheitliches Beschaffungsvorhaben handle, würden diese Aufträge entgegen § 1 Abs 3 BVergG 2006 getrennt voneinander ausgeschrieben. Da die Entscheidung für eine Gesamt- oder Teilvergabe nicht willkürlich getroffen werden dürfe, sondern wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte maßgebend seien, hätte die Auftraggeberin die gegenständlich in drei Gewerke auf gegliederten Leistungen mittels einer Gesamtvergabe ausschreiben müssen. Gerade die Notwendigkeit einer einheitlichen Gewährleistung sowie die

Vermeidung eines im Zusammenhang mit dem Transport, der Zwischenlagerung, der Behandlung und der Entsorgung von kontaminierten Materialien erforderlichen massiven Koordinierungsaufwandes und -risikos würden für eine Gesamtvergabe sprechen. Mit der getrennten Vergabe verfolge die Auftraggeberin das Ziel, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG 2006 auf Auftragvergaben durch private Auftraggeber zu umgehen. Damit habe sie bei der Entscheidung für eine Teilvergabe ihren Ermessensspielraum überschritten. Eine Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen liege entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht vor. Diese könnten sich als Subunternehmer oder im Rahmen einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen. Überdies spreche weniger die Höhe der Koordinierungskosten, als die Unmöglichkeit ihrer Kalkulierbarkeit gegen die Zulässigkeit einer getrennten Vergabe. Weiters würden die zu vergebenden Leistungen aufgrund der für den Aushub, die Verladung, den Transport und die Entsorgung erforderlichen Genehmigungen nach dem AWG nicht unterschiedliche Wirtschaftszweige betreffen. Die Antragstellerin beabsichtige, sich an drei Ausschreibungen betreffend die "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz" zu beteiligen. Es handle sich dabei um die Gewerke "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen", "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" sowie "Entsorgung von kontaminierten Materialien". Das Ende der Angebotsfrist sei jeweils für den 6. Juni 2006, 9.00 Uhr, vorgesehen. Lediglich das Gewerk "Entsorgung von kontaminierten Materialien" werde als Dienstleistungsauftrag in einem offenen Verfahren nach den für den Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen des BVergG 2006 zur Vergabe gebracht. Obwohl es sich um ein einheitliches Beschaffungsvorhaben handle, würden diese Aufträge entgegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 2006 getrennt voneinander ausgeschrieben. Da die Entscheidung für eine Gesamt- oder Teilvergabe nicht willkürlich getroffen werden dürfe, sondern wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte maßgebend seien, hätte die Auftraggeberin die gegenständlich in drei Gewerke aufgegliederten Leistungen mittels einer Gesamtvergabe ausschreiben müssen. Gerade die Notwendigkeit einer einheitlichen Gewährleistung sowie die Vermeidung eines im Zusammenhang mit dem Transport, der Zwischenlagerung, der Behandlung und der Entsorgung von kontaminierten Materialien erforderlichen massiven Koordinierungsaufwandes und -risikos würden für eine Gesamtvergabe sprechen. Mit der getrennten Vergabe verfolge die Auftraggeberin das Ziel, die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG 2006 auf Auftragvergaben durch private Auftraggeber zu umgehen. Damit habe sie bei der Entscheidung für eine Teilvergabe ihren Ermessensspielraum überschritten. Eine Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen liege entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht vor. Diese könnten sich als Subunternehmer oder im Rahmen einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen. Überdies spreche weniger die Höhe der Koordinierungskosten, als die Unmöglichkeit ihrer Kalkulierbarkeit gegen die Zulässigkeit einer getrennten Vergabe. Weiters würden die zu vergebenden Leistungen aufgrund der für den Aushub, die Verladung, den Transport und die Entsorgung erforderlichen Genehmigungen nach dem AWG nicht unterschiedliche Wirtschaftszweige betreffen.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führte sie zunächst aus, dass es sich zwar um keine Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 BVergG 2006 handle. Da die ausgeschriebenen Leistungen jedoch zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 3 Abs 1 BVergG 2006 subventioniert würden, würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich - abgesehen vom 3. Teil des BVergG 2006 - sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zur Anwendung gelangen. Da von Auftraggebern im Oberschwellenbereich die Rede sei, sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber - über die Vorgaben des Art. 8 der Richtlinie 2004/18/EG hinaus - auch Konstellationen wie die Vorliegende erfassen wollte, bei denen das gesamte Vorhaben mit einem Auftragsvolumen von ca. Euro 15 Mio jegliche Schwellenwertregelung überschreite. In ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2006 verwies sie darauf, dass die Auftraggeberin ungeachtet der Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 BVergG 2006 bereits gemäß § 3 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliege. Die Auftraggeberin stehe im 100 %igen Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG), welche wiederum zu 100% im Eigentum der Republik Österreich stehe. Nicht erheblich sei, ob bereits nach den Gründungsverträgen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art übertragen worden seien, solange diese tatsächlich ausgeübt würden (EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG). Dies sei im konkreten Fall gerade durch die Vergabe der nachprüfungsgegenständlichen Leistungen gegeben, denn die Altlastensanierung sei zweifellos eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit. Darüber hinaus stelle die Vergabe von Leistungen betreffend eine Altlastensanierung von eigenem, der Republik indirekt zurechenbarem Boden eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, die funktional als Leistung der Daseinsvorsorge beurteilt werden müsse, deren Kosten von der öffentlichen Hand getragen würden. Sie werde insofern nicht gewerblich durchgeführt, da die

Auftraggeberin bei dieser Leistungsvergabe sowie auch mit der ihr nach der Stilllegung ihrer industriellen Tätigkeit verbliebenen Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte nicht in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden trete. Überdies sei jegliche Gewerbeberechtigung bereits im Mai 1996 gelöscht worden. Damit habe die Auftraggeberin bereits seit 10 Jahren keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausgeübt. Es könne zudem nicht ausgeschlossen werden, dass der Staat hinsichtlich dieser tatsächlich ausgeübten Tätigkeit auf die Auftraggeberin eine maßgebliche Kontrolle ausübe, ohne dabei Wirtschaftlichkeitsüberlegungen zu beachten. Weiters unterliege sie aufgrund der Kostentragung durch die öffentliche Hand keinem Kostenrisiko. Nach der Judikatur des EuGH genüge bereits ein geringer Anteil nicht kommerzieller Tätigkeit, um die Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin zu begründen (EuGH vom 15. Jänner 1998, Rs C-44/96, Mannesmann/Strohal; Infektionstheorie). Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes führte sie zunächst aus, dass es sich zwar um keine Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 handle. Da die ausgeschriebenen Leistungen jedoch zu mehr als 50 % direkt von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 subventioniert würden, würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich - abgesehen vom 3. Teil des BVergG 2006 - sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zur Anwendung gelangen. Da von Auftraggebern im Oberschwellenbereich die Rede sei, sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber - über die Vorgaben des Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG hinaus - auch Konstellationen wie die Vorliegende erfassen wollte, bei denen das gesamte Vorhaben mit einem Auftragsvolumen von ca. Euro 15 Mio jegliche Schwellenwertregelung überschreite. In ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2006 verwies sie darauf, dass die Auftraggeberin ungeachtet der Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 bereits gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 dem persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliege. Die Auftraggeberin stehe im 100 %igen Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG), welche wiederum zu 100% im Eigentum der Republik Österreich stehe. Nicht erheblich sei, ob bereits nach den Gründungsverträgen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art übertragen worden seien, solange diese tatsächlich ausgeübt würden (EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG). Dies sei im konkreten Fall gerade durch die Vergabe der nachprüfungsgegenständlichen Leistungen gegeben, denn die Altlastensanierung sei zweifellos eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit. Darüber hinaus stelle die Vergabe von Leistungen betreffend eine Altlastensanierung von eigenem, der Republik indirekt zurechenbarem Boden eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, die funktional als Leistung der Daseinsvorsorge beurteilt werden müsse, deren Kosten von der öffentlichen Hand getragen würden. Sie werde insofern nicht gewerblich durchgeführt, da die Auftraggeberin bei dieser Leistungsvergabe sowie auch mit der ihr nach der Stilllegung ihrer industriellen Tätigkeit verbliebenen Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte nicht in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden trete. Überdies sei jegliche Gewerbeberechtigung bereits im Mai 1996 gelöscht worden. Damit habe die Auftraggeberin bereits seit 10 Jahren keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausgeübt. Es könne zudem nicht ausgeschlossen werden, dass der Staat hinsichtlich dieser tatsächlich ausgeübten Tätigkeit auf die Auftraggeberin eine maßgebliche Kontrolle ausübe, ohne dabei Wirtschaftlichkeitsüberlegungen zu beachten. Weiters unterliege sie aufgrund der Kostentragung durch die öffentliche Hand keinem Kostenrisiko. Nach der Judikatur des EuGH genüge bereits ein geringer Anteil nicht kommerzieller Tätigkeit, um die Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin zu begründen (EuGH vom 15. Jänner 1998, Rs C-44/96, Mannesmann/Strohal; Infektionstheorie).

Inhaltlich brachte die Antragstellerin vor, dass die Auftraggeberin mit Schreiben vom 22. Mai 2006 - am 26. Mai 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung national, nicht aber gemeinschaftsweit veröffentlicht - die Ausschreibungsbedingungen dadurch wesentlich geändert habe, als sie beim Zuschlagskriterium "Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege" (Punkt 1.3.4.2 der Angebots- und Vergabebestimmungen) den ursprünglich vorgesehenen Faktor von 0,12 je Tonnenkilometer auf 0,06 je Tonnenkilometer halbiert habe. Dadurch werde die Bedeutung des Qualitätskriteriums "Gesamttransportkilometer" auf die Hälfte reduziert. Weiter entfernte Entsorgungsanlagen würden mit einem Schlag als Bieter wesentlich interessanter. Es wäre insofern denkbar, dass sich Unternehmer erst unter Zugrundelegung des nunmehr geänderten Zuschlagskriteriums beteiligen würden. Damit liege eine Änderung des Bieterkreises vor, die - selbst nach dem Vorbringen der Auftraggeberin - eine Änderung der Ausschreibung unzulässig mache. Diese Änderung erfordere überdies eine grundlegende Änderung der Angebote (des Entsorgungskonzeptes), dies auch im Hinblick auf die relative Änderung der Bedeutung des Zuschlagskriteriums. Da der Schlusstermin für die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen der 11. Mai 2006 gewesen sei, seien der Auftraggeberin darüber hinaus zu diesem Zeitpunkt bereits jene Unternehmer bekannt gewesen, die die Ausschreibungsunterlagen angefordert haben.

Auch insofern sei eine diskriminierende Vorgangsweise nicht auszuschließen. Zur Untermauerung ihres Vorbringens verwies die Antragstellerin insbesondere auf das Urteil des EuGH vom 24. November 2005, Rs C-331/04 (ATI EAC u.a./Venedig).

Den Unternehmern sei es überdies entgegen § 79 Abs 3 BVergG 2006 nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen, zumal in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 1.4.2. letzter Absatz festgelegt werde, dass "aufgrund der Art der Leistungen (Altlastensanierung) mit der Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß die in den ÖNORMen angeführten Bestimmungen über Änderung von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft gesetzt sind. Aus eben diesem Grund behält sich der Auftraggeber vor, einzelne Leistungen bzw. die Leistungsgruppen nicht abzurufen, wodurch dem Auftragnehmer kein Recht zur Änderung der Einheitspreise erwächst." Bieter hätten nicht nur das Risiko gewisser geringer Änderungen der Gesamtmenge bei der Angebotsausarbeitung zu berücksichtigen, sondern auch den nicht kalkulierbaren Fall, dass die Auftraggeberin ganze Leistungsgruppen schlussendlich nicht abrufe. Darüber hinaus habe der Auftragnehmer unter der Leistungsposition 030201 eine Pauschale für Erschwernisse bei der Koordinierung mit anderen Auftragnehmern (anderer Gewerke) anzubieten, die einmalig pauschal die komplette (zusätzliche) Leistungserbringung vergüten solle. Gerade für Entsorger könnten enorme Probleme bei der Übernahme der kontaminierten Materialien auftreten, welche stark von der Zuverlässigkeit und den Gepflogenheiten des Transporteurs abhängen würden. Da den Bietern die künftigen Auftragnehmer der anderen Leistungen aber nicht bekannt seien, sei eine Kalkulation dieser Position nicht möglich. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 verwies die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass keine Klarheit darüber bestehe, wer im Falle von Behinderungen das Kostenrisiko trage. Weiters sei die Kalkulation auch insofern erschwert, als nach den Ausschreibungsunterlagen mit einem jederzeitigen Anliefern der Abfälle zu rechnen sei. Den Unternehmern sei es überdies entgegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen, zumal in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 1.4.2. letzter Absatz festgelegt werde, dass "aufgrund der Art der Leistungen (Altlastensanierung) mit der Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß die in den ÖNORMen angeführten Bestimmungen über Änderung von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft gesetzt sind. Aus eben diesem Grund behält sich der Auftraggeber vor, einzelne Leistungen bzw. die Leistungsgruppen nicht abzurufen, wodurch dem Auftragnehmer kein Recht zur Änderung der Einheitspreise erwächst." Bieter hätten nicht nur das Risiko gewisser geringer Änderungen der Gesamtmenge bei der Angebotsausarbeitung zu berücksichtigen, sondern auch den nicht kalkulierbaren Fall, dass die Auftraggeberin ganze Leistungsgruppen schlussendlich nicht abrufe. Darüber hinaus habe der Auftragnehmer unter der Leistungsposition 030201 eine Pauschale für Erschwernisse bei der Koordinierung mit anderen Auftragnehmern (anderer Gewerke) anzubieten, die einmalig pauschal die komplette (zusätzliche) Leistungserbringung vergüten solle. Gerade für Entsorger könnten enorme Probleme bei der Übernahme der kontaminierten Materialien auftreten, welche stark von der Zuverlässigkeit und den Gepflogenheiten des Transporteurs abhängen würden. Da den Bietern die künftigen Auftragnehmer der anderen Leistungen aber nicht bekannt seien, sei eine Kalkulation dieser Position nicht möglich. In der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 verwies die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass keine Klarheit darüber bestehe, wer im Falle von Behinderungen das Kostenrisiko trage. Weiters sei die Kalkulation auch insofern erschwert, als nach den Ausschreibungsunterlagen mit einem jederzeitigen Anliefern der Abfälle zu rechnen sei.

Durch Außerkraftsetzen der in den ÖNORMen angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen weiche die Auftraggeberin überdies über das in § 97 Abs 2 bzw. § 99 Abs 2 BVergG 2006 normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab (Punkt 5.24.10 ÖNORM B 2110, Ausgabedatum 1.3.2002). In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Durch Außerkraftsetzen der in den ÖNORMen angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen weiche die Auftraggeberin überdies über das in Paragraph 97, Absatz 2, bzw. Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab (Punkt 5.24.10 ÖNORM B 2110, Ausgabedatum 1.3.2002). In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken.

Weiters erhebe die Auftraggeberin durch die Festlegung, dass das Fehlen von Eignungsnachweisen einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zur Ausscheidung des Angebotes führe, einen grundsätzlich behebbaren Mangel zu

einem unbehebbaran Mangel. Dies sei – auch entsprechend der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes – nicht zulässig und belaste die Ausschreibung mit einer zusätzlichen Rechtswidrigkeit. Zumal von inländischen Entsorgungsbetrieben im Gegensatz zu ausländischen Entsorgungsbetrieben sämtliche Genehmigungsbescheide bereits zum Ende der Angebotsfrist vorzulegen seien bzw. diese darüber verfügen müssten, würde auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes vorliegen.

Als Antragstellerin bekämpfe man die Ausschreibung sowie die nachträgliche Änderung des Zuschlagskriteriums "Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege" als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist. Man erachte sich im Recht auf Abwicklung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, im Recht auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen transparenten Vergabeverfahren, im Recht auf Gleichbehandlung, im Recht auf Kalkulierbarkeit des Angebotes, im Recht auf Nichtabweichen von geeigneten Leitlinien in den Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens, auf vergaberechtskonforme Verlängerung der Angebotsfrist sowie auf Unterbleiben einer nachträglichen Änderung der Zuschlagskriterien verletzt.

Die Auftraggeberin äußerte sich mit Stellungnahmen vom 2., 14., 26. und 29. Juni 2006. Neben allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren brachte die Auftraggeberin vor, dass der Nachprüfungsantrag nicht fristgerecht gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 gestellt worden sei, zumal der Nachprüfungsantrag laut Eingangsstempel des Bundesvergabeamtes am 31. Mai 2006 eingebracht worden sei. Die Auftraggeberin äußerte sich mit Stellungnahmen vom 2., 14., 26. und 29. Juni 2006. Neben allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren brachte die Auftraggeberin vor, dass der Nachprüfungsantrag nicht fristgerecht gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 gestellt worden sei, zumal der Nachprüfungsantrag laut Eingangsstempel des Bundesvergabeamtes am 31. Mai 2006 eingebracht worden sei.

Überdies sei das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung der angefochtenen Entscheidungen nicht zuständig. Die Auftraggeberin sei keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 BVergG 2006. Die Schoeller Bleckmann GmbH sei zwar voll rechtsfähig und stehe zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG und damit indirekt im Eigentum des Bundes. Sie sei aber weder zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, noch würden solche tatsächlich ausgeübt. Gegenstand des Unternehmens sei gemäß § 3 des Gesellschaftsvertrages lediglich die Fortführung von Altgeschäften des früher betriebenen Unternehmens sowie die Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte, welche der Gesellschaft nach Verkauf bzw. Stilllegung ihrer industriellen Aktivitäten im Zuge des ÖIAG-Privatisierungsprogramms verblieben seien. Dabei handle es sich um typische Tätigkeiten eines Industrieunternehmens. Überdies sei das Bundesvergabeamt zur Nachprüfung der angefochtenen Entscheidungen nicht zuständig. Die Auftraggeberin sei keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Die Schoeller Bleckmann GmbH sei zwar voll rechtsfähig und stehe zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG und damit indirekt im Eigentum des Bundes. Sie sei aber weder zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, noch würden solche tatsächlich ausgeübt. Gegenstand des Unternehmens sei gemäß Paragraph 3, des Gesellschaftsvertrages lediglich die Fortführung von Altgeschäften des früher betriebenen Unternehmens sowie die Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte, welche der Gesellschaft nach Verkauf bzw. Stilllegung ihrer industriellen Aktivitäten im Zuge des ÖIAG-Privatisierungsprogramms verblieben seien. Dabei handle es sich um typische Tätigkeiten eines Industrieunternehmens.

Bei "im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe" handle es sich vor allem um Kernbereiche staatlicher Tätigkeit, die traditioneller Weise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt würden. Es seien darunter vor allem die (staatlichen) Agenden im Bereich der Daseinsvorsorge zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohls vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt würden. Die Verpflichtung zur Sanierung von Altlasten sei eine allgemeingesetzliche, aus Umwelt- und Abfallvorschriften begründete Pflicht, die die Auftraggeberin wie jedes andere private Unternehmen bzw. auch Unternehmen der öffentlichen Hand gleichermaßen treffe und allein aus ihrer früheren industriellen Tätigkeit resultiere. Damit handle es sich nicht um eine "originär staatliche" Aufgabe oder eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, mit welcher die Auftraggeberin, die nicht hoheitlich handle, speziell betraut worden sei. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des EuGH ein maßgeblicher Gesichtspunkt (EuGH vom 15. Jänner 1998, Rs C-44/96, Mannesmann/Strohal). Auch die Gesetzesmaterialien (EBRV 1171 BlgNR XXII GP 23) würden darauf verweisen, dass in privatrechtlichen Rechtsformen tätige Einrichtungen nur dann im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen würden, wenn sie sich durch eine "spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten

unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren. Folgte man der Ansicht, dass die Erfüllung dieser - letztlich dem Allgemeininteresse (Umweltschutz) dienenden Rechtspflichten - eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nicht gewerblicher Art darstelle, so wäre § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 jeder Anwendungsbereich entzogen, da dann jedes von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen öffentlicher Auftraggeber im Sinne dieser Bestimmung wäre. Bei "im Allgemeininteresse liegender Aufgabe" handle es sich vor allem um Kernbereiche staatlicher Tätigkeit, die traditioneller Weise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt würden. Es seien darunter vor allem die (staatlichen) Agenden im Bereich der Daseinsvorsorge zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohls vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt würden. Die Verpflichtung zur Sanierung von Altlasten sei eine allgemeingesetzliche, aus Umwelt- und Abfallvorschriften begründete Pflicht, die die Auftraggeberin wie jedes andere private Unternehmen bzw. auch Unternehmen der öffentlichen Hand gleichermaßen treffe und allein aus ihrer früheren industriellen Tätigkeit resultiere. Damit handle es sich nicht um eine "originär staatliche" Aufgabe oder eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, mit welcher die Auftraggeberin, die nicht hoheitlich handle, speziell betraut worden sei. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des EuGH ein maßgeblicher Gesichtspunkt (EuGH vom 15. Jänner 1998, Rs C-44/96, Mannesmann/Strohal). Auch die Gesetzesmaterialien (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 23) würden darauf verweisen, dass in privatrechtlichen Rechtsformen tätige Einrichtungen nur dann im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen würden, wenn sie sich durch eine "spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren. Folgte man der Ansicht, dass die Erfüllung dieser - letztlich dem Allgemeininteresse (Umweltschutz) dienenden Rechtspflichten - eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nicht gewerblicher Art darstelle, so wäre Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 jeder Anwendungsbereich entzogen, da dann jedes von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen öffentlicher Auftraggeber im Sinne dieser Bestimmung wäre.

Abgesehen davon werde die Auftraggeberin, auch wenn es sich um ein kurz vor der Liquidation stehendes Unternehmen handle, ausschließlich gewerblich aktiv. Der EuGH habe diesbezüglich festgehalten, dass Einrichtungen die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, Gewinnerzielungsabsicht haben und die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste tragen, keine nichtgewerblichen Aufgaben ausüben würden (EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen; EuGH vom 16. Oktober 2003, Rs C-283/00, Kommission/Spanien). Im Hinblick auf die der Auftraggeberin verbliebenen Aufgaben, nämlich das Betreiben von Restforderungen aus Liefer- und anderen Kaufverträgen, die Abwicklung von Gewährleistungsfällen aus Unternehmensverkäufen hinsichtlich ehemaliger Tochtergesellschaften oder den Verkauf von Liegenschaften, werde sie stets von wirtschaftlichen Überlegungen geleitet. Bei den verbliebenen Aktivitäten handle es sich um typische Tätigkeiten gewerblicher Natur eines Unternehmens, dass seine industrielle Tätigkeit einstellen und sein Unternehmen liquidieren will. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Gewerbeberechtigungen bereits 1996 erloschen sind. Beim Terminus "gewerblicher Art" handle es sich um einen europarechtlichen Begriff, der autonom auszulegen sei. Eine Begriffsdefinition (allein) anhand des nationalen Rechts - insbesondere der GewO sei daher unzulässig. Überdies habe sie das wirtschaftliche Risiko ihrer unternehmerischen Tätigkeit selbst zu tragen. Dies sei auch im Falle der Sanierung der Beizschlammdeponie der Fall, zumal die Förderquote lediglich rund 75% betrage. Sie handle sohin stets in Gewinnsabsicht, was von B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 bekräftigt wurde. Als Beweismittel wurden die Lageberichte sowie die Bilanzen und Gewinn und Verlustrechnungen der Jahre 1999 bis 2005 vorgelegt. Die Auftraggeberin unterscheide sich daher in ihrem Tätigkeitsbereich nicht von anderen privaten Wettbewerbern und nehme wie jedes andere (private) Unternehmen auch am Wirtschaftsleben teil.

Die Antragstellerin verwies diesbezüglich auch auf einen Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. August 1999, N-33/99-12, in welchem die die Bleiberger Bergwerks-Union AG i.L als Bergwerksunternehmen treffenden umweltrechtlichen Verpflichtungen nicht als im öffentlichen Interesse unter der Aufsicht des Staates liegende Tätigkeiten gewertet worden seien, da es sich um allgemeine aus der Rechtsordnung abzuleitende Verpflichtungen handle.

Aber selbst wenn die Schoeller Bleckmann GmbH als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 BVergG 2006 zu qualifizieren wäre, so sei das Bundesvergabeamt dennoch nicht zuständig. Denn auch die Bestimmung des § 3 Abs 2 BVergG 2006 finde gegenständlich keine Anwendung. Art 8 der Richtlinie 2004/18/EG stelle nunmehr klar, dass das

Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch der vergebenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt werde. Zwar werde der relevante Schwellenwert beim verfahrensgegenständlichen Dienstleistungsauftrag "Entsorgung von kontaminierten Materialien" überschritten, nicht aber der des hiermit verbundenen Bauauftrages "Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien". Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 3 Abs 2 BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher nicht zuständig, zumal das gegenständliche Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" zulässigerweise getrennt vom Bauvorhaben ausgeschrieben worden sei. Die Auftraggeberin habe im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu den Vorgängerregelungen des § 11 Abs 2 BVergG 1997 und des § 8 Abs 1 BVergG 2002 lediglich vorsichtshalber angegeben, dass das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde sei. Diese Selbstbindung könne allerdings keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes begründen. Aber selbst wenn die Schoeller Bleckmann GmbH als öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 zu qualifizieren wäre, so sei das Bundesvergabeamt dennoch nicht zuständig. Denn auch die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 finde gegenständlich keine Anwendung. Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG stelle nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch der vergebenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt werde. Zwar werde der relevante Schwellenwert beim verfahrensgegenständlichen Dienstleistungsauftrag "Entsorgung von kontaminierten Materialien" überschritten, nicht aber der des hiermit verbundenen Bauauftrages "Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien". Bei richtlinienkonformer Auslegung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher nicht zuständig, zumal das gegenständliche Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" zulässigerweise getrennt vom Bauvorhaben ausgeschrieben worden sei. Die Auftraggeberin habe im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu den Vorgängerregelungen des Paragraph 11, Absatz 2, BVergG 1997 und des Paragraph 8, Absatz eins, BVergG 2002 lediglich vorsichtshalber angegeben, dass das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde sei. Diese Selbstbindung könne allerdings keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes begründen.

Bei den beiden Ausschreibungen "Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien" sowie "Entsorgung von kontaminierten Materialien" handle es sich um völlig unterschiedliche Leistungen. Die Eindeutigkeit der Gewährleistung sei aufgrund der klaren Trennung der Leistungen und deren Verschiedenheit keinesfalls gefährdet. Aufgrund der Unterschiedlichkeit der Leistungen könne gerade nicht von einer "notwendigen einheitlichen Ausführung" gesprochen werden. Mangels Vorliegens eines einheitlichen Bieterkreises oder vergleichbarer Methoden der Leistungserbringung sei nicht von einem einheitlichen Beschaffungsvorhaben auszugehen.

Selbst wenn dies dennoch angenommen würde, sei es sinnvoll und insofern auch sachlich gerechtfertigt, Leistungen unterschiedlicher Wirtschaftszweige sowie großen Umfangs getrennt zu vergeben. Hierfür würden insbesondere auch wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen, zumal durch eine Gesamtausschreibung kleine und mittlere Unternehmer benachteiligt würden und der Bieterkreis deutlich verkleinert würde. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 durch den Zeugen DI Höchtl als wesentlicher Grund für die getrennte Vergabe hervorgehoben. Gegen eine getrennte Vergabe könne auch nicht eingewendet werden, dass diesfalls mit einem erhöhten Koordinationsaufwand zu rechnen sei, zumal durch die zulässige Beteiligung mehrerer Unternehmer im Rahmen einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft ein derartiger Aufwand ebenso entstehen würde. Verfüge ein Auftraggeber - wie im konkreten Fall gegeben - über die zur Abwicklung eines Projektes erforderlichen Ressourcen, sei auch aus diesem Grunde eine getrennte Vergabe als zulässig anzusehen. Überdies entstehe auch insofern kein zusätzlicher Koordinationsaufwand, als die Koordination der Leistungen von der örtlichen Bauaufsicht wahrgenommen werde. Die Auftraggeberin habe ihre Ermessensentscheidung nicht willkürlich getroffen. Da die Voraussetzungen für eine Gesamtvergabe nicht gegeben seien, sei eine getrennte Vergabe geradezu geboten. Die Vorgangsweise verstoße damit weder gegen § 1 Abs 3 BVergG 2006 noch gegen § 22 Abs 1 BVergG 2006. Selbst wenn dies dennoch angenommen würde, sei es sinnvoll und insofern auch sachlich gerechtfertigt, Leistungen unterschiedlicher Wirtschaftszweige sowie großen Umfangs getrennt zu vergeben. Hierfür würden insbesondere auch wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen, zumal durch eine Gesamtausschreibung kleine und mittlere Unternehmer benachteiligt würden und der Bieterkreis deutlich verkleinert würde. Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 durch den Zeugen DI Höchtl als wesentlicher Grund für die getrennte Vergabe hervorgehoben. Gegen eine getrennte Vergabe könne auch nicht eingewendet werden, dass diesfalls mit einem erhöhten Koordinationsaufwand zu rechnen sei, zumal durch die zulässige Beteiligung mehrerer Unternehmer im Rahmen einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft ein derartiger

Aufwand ebenso entstehen würde. Verfüge ein Auftraggeber - wie im konkreten Fall gegeben - über die zur Abwicklung eines Projektes erforderlichen Ressourcen, sei auch aus diesem Grunde eine getrennte Vergabe als zulässig anzusehen. Überdies entstehe auch insofern kein zusätzlicher Koordinationsaufwand, als die Koordination der Leistungen von der örtlichen Bauaufsicht wahrgenommen werde. Die Auftraggeberin habe ihre Ermessensentscheidung nicht willkürlich getroffen. Da die Voraussetzungen für eine Gesamtvergabe nicht gegeben seien, sei eine getrennte Vergabe geradezu geboten. Die Vorgangsweise verstoße damit weder gegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG 2006 noch gegen Paragraph 22, Absatz eins, BVergG 2006.

Gerade wenn die Auftraggeberin die gegenständlich getrennt ausgeschriebenen Leistungen gesamt zur Ausschreibung gebracht hätte, wäre die Bestimmung des § 3 Abs 2 BVergG 2006 umgangen worden. Die Entsorgung stelle den wesentlichen und entscheidenden Hauptauftragsgegenstand dar. Die hiermit verbundenen Bauleistungen wären im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand geringfügig und als bloße Nebenleistungen iSd § 9 Abs 2 BVergG 2006 zu betrachten. In einer derartigen Konstellation gäbe es aber lediglich einen Dienstleistungsauftrag, weswegen § 3 Abs 2 BVergG 2006 auch bei Zugrundelegung dieser Rechtsansicht nicht anzuwenden wäre. Gerade wenn die Auftraggeberin die gegenständlich getrennt ausgeschriebenen Leistungen gesamt zur Ausschreibung gebracht hätte, wäre die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 umgangen worden. Die Entsorgung stelle den wesentlichen und entscheidenden Hauptauftragsgegenstand dar. Die hiermit verbundenen Bauleistungen wären im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand geringfügig und als bloße Nebenleistungen iSd Paragraph 9, Absatz 2, BVergG 2006 zu betrachten. In einer derartigen Konstellation gäbe es aber lediglich einen Dienstleistungsauftrag, weswegen Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 auch bei Zugrundelegung dieser Rechtsansicht nicht anzuwenden wäre.

Die Festlegung, dass das Fehlen bestimmter Unterlagen einen nicht behebbaren Mangel darstelle, sei zur Gänze gestrichen worden. Die Änderung des Zuschlagskriteriums "Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege" sei auch - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (unter 2006/S 98- 104315) bekannt gemacht worden. Überdies sei die Angebotsfrist nunmehr bis 1. August 2006 verlängert worden, wodurch den Bietern für die Überarbeitung ihrer Angebote sogar mehr Zeit bleibe als die hier einzuhaltende Mindestangebotsfrist von 52 Tagen. Abgesehen davon sei diese Ausschreibungsänderung nicht rechtswidrig, da § 90 Abs 1 BVergG 2006 für eine weitgehende Berichtigungsmöglichkeit spreche, deren Umfang nur durch zwei Grenzen eingeschränkt sei: einerseits die Pflicht zum Widerruf, andererseits den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz. Eine Berichtigung wäre nur dann nicht zulässig, wenn es dadurch zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung käme. Insofern läge ein zwingender Widerrufgrund vor. Für die Abgrenzung sei entscheidend, ob die Berichtigung zu einer Änderung des potenziell in Betracht kommenden Bieterkreises führe. Dies sei gegenständlich nicht der Fall. Hier sei überdies dem Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz dadurch Rechnung getragen worden, dass die Berichtigung den Bietern und Bewerbern übermittelt, diese bekannt gemacht und die Angebotsfrist verlängert worden sei. Das von der Antragstellerin herangezogene Urteil des EuGH in der Rs C-331/04, ATI EAC u.a./Venedig, betreffe einen gänzlich anderen Sachverhalt, nämlich die Änderung von Zuschlagskriterien nach Ablauf der Angebotsfrist. Unabhängig von einem allenfalls vorgesehenen Schlusstermin für die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen, seien diese gemäß § 58 Abs 1 iVm § 88 Abs 1 BVergG 2006 unverzüglich zu übermitteln, wenn sie rechtzeitig vor Ende der Angebotsfrist angefordert werden. Die Unterlagen könnten daher weiterhin erbeten werden. Zum Zeitpunkt der Änderung des Zuschlagskriteriums habe die Auftraggeberin weder gewusst, wer tatsächlich ein Angebot abgegeben würde, noch wer sich die Unterlagen zusätzlich beschaffen werde. Die Ausschreibungsänderung sei daher jedenfalls auch nicht in diskriminierender Weise erfolgt. Die Festlegung, dass das Fehlen bestimmter Unterlagen einen nicht behebbaren Mangel darstelle, sei zur Gänze gestrichen worden. Die Änderung des Zuschlagskriteriums "Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege" sei auch - entgegen den Ausführungen der Antragstellerin - im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (unter 2006/S 98- 104315) bekannt gemacht worden. Überdies sei die Angebotsfrist nunmehr bis 1. August 2006 verlängert worden, wodurch den Bietern für die Überarbeitung ihrer Angebote sogar mehr Zeit bleibe als die hier einzuhaltende Mindestangebotsfrist von 52 Tagen. Abgesehen davon sei diese Ausschreibungsänderung nicht rechtswidrig, da Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 für eine weitgehende Berichtigungsmöglichkeit spreche, deren Umfang nur durch zwei Grenzen eingeschränkt sei: einerseits die Pflicht zum Widerruf, andererseits den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz. Eine Berichtigung wäre nur dann nicht zulässig, wenn es dadurch zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung käme. Insofern läge ein zwingender Widerrufgrund vor. Für die Abgrenzung sei entscheidend, ob die Berichtigung zu einer Änderung des potenziell in Betracht kommenden Bieterkreises führe. Dies sei

gegenständlich nicht der Fall. Hier sei überdies dem Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz dadurch Rechnung getragen worden, dass die Berichtigung den Bietern und Bewerbern übermittelt, diese bekannt gemacht und die Angebotsfrist verlängert worden sei. Das von der Antragstellerin herangezogene Urteil des EuGH in der Rs C-331/04, ATI EAC u.a./Venedig, betreffe einen gänzlich anderen Sachverhalt, nämlich die Änderung von Zuschlagskriterien nach Ablauf der Angebotsfrist. Unabhängig von einem allenfalls vorgesehenen Schlusstermin für die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen, seien diese gemäß Paragraph 58, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 88, Absatz eins, BVergG 2006 unverzüglich zu übermitteln, wenn sie rechtzeitig vor Ende der Angebotsfrist angefordert werden. Die Unterlagen könnten daher weiterhin erbeten werden. Zum Zeitpunkt der Änderung des Zuschlagskriteriums habe die Auftraggeberin weder gewusst, wer tatsächlich ein Angebot abgegeben würde, noch wer sich die Unterlagen zusätzlich beschaffen werde. Die Ausschreibungsänderung sei daher jedenfalls auch nicht in diskriminierender Weise erfolgt.

Hinsichtlich des Vorbringens der Antragstellerin zur Unkalkulierbarkeit der Preise wandte die Auftraggeberin ein, dass ein Abweichen von allenfalls herangezogenen Leitlinien gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006 auch ohne sachliche Rechtfertigung zulässig sei (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 77). Abgesehen davon stelle die Abweichung gegenständlich kein unkalkulierbares Risiko dar. Den Ausschreibungsunterlagen und dem beiliegenden Bericht "Bodenluftuntersuchungen, Feststoffuntersuchungen mit Gesamtbeurteilung und Mengenbilanzierung" seien Angaben zum Volumen der gesamten Deponie sowie detaillierte Aufstellungen der abgeschätzten Massen nach Abfallqualität und Schlüsselnummern zu entnehmen. Denkmöglich sei der Fall, dass überhaupt keine Leistungen abgerufen würden. Auch hinsichtlich des pauschal anzugebenden Preises für Erschwernisse bei der Koordination mit den Auftragnehmern der anderen Leistungen liege kein unkalkulierbares Risiko vor. Andernfalls könnten Leistungen nie getrennt von einander vergeben werden. Abgesehen davon seien durch eine unübliche Behinderung entstehende Mehrkosten nicht vom Auftragnehmer zu tragen. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragstellerin zur Unkalkulierbarkeit der Preise wandte die Auftraggeberin ein, dass ein Abweichen von allenfalls herangezogenen Leitlinien gemäß Paragraph 97, Absatz 2 u, n, d, Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 auch ohne sachliche Rechtfertigung zulässig sei (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 77). Abgesehen davon stelle die Abweichung gegenständlich kein unkalkulierbares Risiko dar. Den Ausschreibungsunterlagen und dem beiliegenden Bericht "Bodenluftuntersuchungen, Feststoffuntersuchungen mit Gesamtbeurteilung und Mengenbilanzierung" seien Angaben zum Volumen der gesamten Deponie sowie detaillierte Aufstellungen der abgeschätzten Massen nach Abfallqualität und Schlüsselnummern zu entnehmen. Denkmöglich sei der Fall, dass überhaupt keine Leistungen abgerufen würden. Auch hinsichtlich des pauschal anzugebenden Preises für Erschwernisse bei der Koordination mit den Auftragnehmern der anderen Leistungen liege kein unkalkulierbares Risiko vor. Andernfalls könnten Leistungen nie getrennt von einander vergeben werden. Abgesehen davon seien durch eine unübliche Behinderung entstehende Mehrkosten nicht vom Auftragnehmer zu tragen.

Zum Vorwurf der Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Entsorgungsbetriebe führte die Auftraggeberin aus, dass entsprechend den Ausschreibungsunterlagen neben dem vollständigen Antrag auf Notifizierung auch sämtliche Genehmigungsbescheide über die vorgesehenen Anlagen jedenfalls vorzulegen seien. Es sei somit weder ausländischen noch inländischen Bietern möglich, Genehmigungsbescheide nachzureichen, weswegen eine Ungleichbehandlung nicht vorliege. Da aber nicht zumutbar sei, die endgültige Erlangung eines Notifizierungsbescheides in einem Zeitpunkt zu erwirken, in dem völlig ungewiss sei, ob und wann der Zuschlag erteilt würde, sei lediglich der Notifizierungsantrag vorzulegen. Die Auftraggeberin habe sich zur Wahrung der Grundsätze des § 19 Abs 1 BVergG 2006 diesbezüglich an § 20 Abs 1 BVergG 2006 orientiert. Zum Vorwurf der Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Entsorgungsbetriebe führte die Auftraggeberin aus, dass entsprechend den Ausschreibungsunterlagen neben dem vollständigen Antrag auf Notifizierung auch sämtliche Genehmigungsbescheide über die vorgesehenen Anlagen jedenfalls vorzulegen seien. Es sei somit weder ausländischen noch inländischen Bietern möglich, Genehmigungsbescheide nachzureichen, weswegen eine Ungleichbehandlung nicht vorliege. Da aber nicht zumutbar sei, die endgültige Erlangung eines Notifizierungsbescheides in einem Zeitpunkt zu erwirken, in dem völlig ungewiss sei, ob und wann der Zuschlag erteilt würde, sei lediglich der Notifizierungsantrag vorzulegen. Die Auftraggeberin habe sich zur Wahrung der Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 diesbezüglich an Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 orientiert.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf bezugnehmenden Beilagen, der Unterlagen der verfahrensgegenständlichen Auftragvergabe sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Leistung "Entsorgung kontaminierter Materialien" wurde als Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren mit Ausschreibungsbekanntmachung "Sanierung Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz" am 25. März 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L300533 sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 1. April 2006 unter 2006/S64-066798 ausgeschrieben. Parallel wurden am 25. März 2006 zu L300711 das Gewerk "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen" sowie zu L300745 das Gewerk "Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien" veröffentlicht.

Auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen wird die Art des Vergabeverfahrens als "offenes Verfahren gemäß BVergG 2006" bezeichnet. Als zuständige Vergabekontrollbehörde wird das Bundesvergabeamt genannt. In der nationalen und gemeinschaftsweiten Ausschreibungsbekanntmachung wird jeweils unter Punkt I.2. [Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeit(en)] unter der Rubrik "Sonstiges" angegeben: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert". Unter Punkt VI.4.3. ist das Bundesvergabeamt als Stelle, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind, angeführt. Auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen wird die Art des Vergabeverfahrens als "offenes Verfahren gemäß BVergG 2006" bezeichnet. Als zuständige Vergabekontrollbehörde wird das Bundesvergabeamt genannt. In der nationalen und gemeinschaftsweiten Ausschreibungsbekanntmachung wird jeweils unter Punkt römisch eins.2. [Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeit(en)] unter der Rubrik "Sonstiges" angegeben: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert". Unter Punkt römisch sechs.4.3. ist das Bundesvergabeamt als Stelle, bei der Auskünfte über die Einlegung von Rechtsbehelfen erhältlich sind, angeführt.

Auftraggeberin ist die Schoeller Bleckmann GmbH. Diese steht zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (Firmenbuchauszug der Schoeller Bleckmann GmbH und der ÖIAG). Ab dem Jahr 1988 lagerte die Schoeller Bleckmann GmbH ihre operative Tätigkeit in Tochtergesellschaften aus, welche in den nachfolgenden Jahren (1993 - 1995) im Rahmen des ÖIAG-Privatisierungsprogramms verkauft wurden (Aussagen des B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung;

Unternehmensdarstellung unter [www.aeiou.at](http://www.aeiou.at)). Die Tätigkeit der Auftraggeberin bestand sodann und besteht weiterhin in der Abwicklung der trotz der Ausgliederung verbliebenen Altgeschäfte sowie in der Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte, welche der Gesellschaft nach Verkauf bzw. Stilllegung ihrer industriellen Aktivitäten verblieben sind (Gesellschaftsvertrag vom 11. Juli 2001). Im Jahr 1996 wurde die Gewerbeberechtigung der Schoeller Bleckmann GmbH gelöscht (Gewerberegisterauszug). Die von der Auftraggeberin vorgelegten Lageberichte, Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der Jahre 1999 bis 2005 weisen für die Jahre 1999 bis 2004 Gewinne auf. Im Jahr 2005 ergab sich ein Bilanzverlust, welcher sich laut Lagebericht im Wesentlichen aus der notwendigen Aufstockung der Rückstellungen für das gegenständliche Sanierungsvorhaben ergab. Die Gewinnerzielungsabsicht sowie der Umstand, dass die Schoeller Bleckmann GmbH das wirtschaftliche Risiko ihres Handelns trägt, wurden im Rahmen der mündlichen Verhandlung von B\*\*\* ausdrücklich bestätigt und dargelegt.

Im Zeitraum von 1960 bis 1988 wurden auf dem betreffenden - ehemals im Eigentum der Schoeller Bleckmann GmbH und nunmehr in Folge der Privatisierung im Eigentum der C\*\*\* AG stehenden - Werksgelände ohne technische Maßnahmen zum Grundwasserschutz CKW-belastete Beizschlämme, Schlacken, Bauschutt und Aushub deponiert, die laut Gefährdungsabschätzung und Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes eine erhebliche Gefahr für die Umwelt darstellen. Mit Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 8. Juni 2005, Zl. WA1-ALV-22195/112-2005, wurde der Schoeller Bleckmann GmbH die wasserrechtliche Bewilligung zur Sanierung der als Altlast N 54 ausgewiesenen "Beizschlammdeponie Ternitz" durch Errichtung eines Zwischenlagerplatzes inklusive Sickerwassersammelbecken, Aushub des kontaminierten Materials und Untergrundes bis in den Grundwasserschwankungsbereich, durch Aussortierung und Entsorgung des kontaminierten Materials sowie Einleitung der Wässer von den Zwischenlagerflächen nach Vorreinigung in die Schwarza erteilt. Die C\*\*\* AG hat die Zustimmung zur Sanierung erteilt. Der Bescheid liegt als Beilage I den Ausschreibungsunterlagen bei. Im Zeitraum von 1960 bis 1988 wurden auf dem betreffenden - ehemals im Eigentum der Schoeller Bleckmann GmbH und nunmehr in Folge der Privatisierung im Eigentum der C\*\*\* AG stehenden - Werksgelände ohne technische Maßnahmen zum Grundwasserschutz CKW-belastete Beizschlämme, Schlacken, Bauschutt und Aushub deponiert, die laut

Gefährdungsabschätzung und Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes eine erhebliche Gefahr für die Umwelt darstellen. Mit Bescheid des Landeshauptmanns von Niederösterreich vom 8. Juni 2005, Zl. WA1-ALV-22195/112-2005, wurde der Schoeller Bleckmann GmbH die wasserrechtliche Bewilligung zur Sanierung der als Altlast N 54 ausgewiesenen "Beizschlammdeponie Ternitz" durch Errichtung eines Zwischenlagerplatzes inklusive Sickerwassersammelbecken, Aushub des kontaminierten Materials und Untergrundes bis in den Grundwasserschwankungsbereich, durch Aussortierung und Entsorgung des kontaminierten Materials sowie Einleitung der Wässer von den Zwischenlagerflächen nach Vorreinigung in die Schwarza erteilt. Die C\*\*\* AG hat die Zustimmung zur Sanierung erteilt. Der Bescheid liegt als Beilage römisch eins den Ausschreibungsunterlagen bei.

Der geschätzte Auftragswert betreffend das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren "Entsorgung von kontaminierten Materialien" beträgt Euro 12.000.000,-- (ohne USt), jener betreffend das Vergabeverfahren "Aushub, Verladung und Transporte von kontaminierten Materialien" beträgt Euro 1.600.000,-- (ohne USt) und jener betreffend die Leistung "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen" liegt bei Euro 600.000,-- (ohne USt). Gemäß dem vorliegenden, zwischen dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft und der Schoeller Bleckmann GmbH abgeschlossenen Förderungsvertrag vom 13. Juli 2005 wird die Sanierung der gegenständlichen Altlast mit einem Fördersatz von 75,3% subventioniert.

Unter Punkt 1.3.4.2 der Ausschreibungsunterlagen wird das Zuschlagskriterium "Zuschlag zur Berücksichtigung der Transportwege" definiert. Danach sind für die Ermittlung der Punkte für Transportwege die Gesamttonnenkilometer maßgebend, welche mit einem Faktor von 0,12 je Tonnenkilometer multipliziert werden. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 wurde dieses Zuschlagskriterium dahingehend geändert, dass anstelle des Faktors 0,12 der Faktor 0,06 tritt. Diese Änderung wurde national (Amtlicher Lieferanzeiger L318841) und europaweit (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2006/S 98-104315) bekannt gemacht.

In Punkt 1.4.2. der Ausschreibungsunterlagen wird festgehalten, dass aufgrund der Art der Leistungen (Altlastensanierung) mit der Möglichkeit der Mengenänderungen in einem hohen Ausmaß, die in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge Mengenänderungen außer Kraft gesetzt sind. Aus eben diesem Grund behält sich der Auftraggeber vor, einzelne Leistungen bzw. Leistungsgruppen nicht abzurufen, wodurch dem Auftraggeber kein Recht auf Änderung der Einheitspreise erwächst. Im Leistungsverzeichnis sind - aufgeschlüsselt nach Deponietyp und Schlüsselnummer - die Einheitspreise per Tonne anzugeben, wobei die jeweils zu entsorgende Gesamtmenge angeführt ist. Unter Punkt 2.2. (Lage und Beschreibung des Sanierungsareals) wird das Volumen der gesamten Deponie mit ca. 68.000m<sup>3</sup> angegeben. Weitere Informationen über die Abfallqualität sind den beigelegten Gesamtbeurteilungen (CD-ROM) zu entnehmen. Im Rahmen des Leistungsverzeichnisses ist unter der Position 03020105 für die Erschwernisse hinsichtlich der Koordinierung mit den Auftragnehmern der anderen Leistungen ein Pauschalbetrag für die komplette Leistungserbringung anzugeben. Unter Punkt 2.4. (Zusammenwirken mehrerer Auftragnehmer untereinander) wird darauf hingewiesen, dass ein Auftragnehmer unverzüglich beim zuständigen Organ des Auftraggebers anzumelden hat, dass durch eine unübliche Behinderung infolge des Verhaltens eines anderen Auftragnehmers Mehrkosten zu erwarten sind. Andernfalls werden Mehrkostenforderungen aus diesem Titel abgelehnt.

Hinsichtlich des Nachweises im Falle der Verbringung von Abfällen ins Ausland sind gemäß Punkt 1.3.2.2. der Ausschreibungsunterlagen u.a. ein vollständiger Antrag auf Notifizierung aller für die Verbringung ins Ausland vorgesehener Abfälle sowie Genehmigungsbescheide über die vorgesehenen Anlagen vorzulegen.

Die Angebotsfrist wurde von der Auftraggeberin mehrmals verlängert und endete bei Antragstellung am 6. Juni 2006, 9.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte am 6. Juni 2006, 9.30 erfolgen. Letztlich verlängerte die Auftraggeberin - nach Antragstellung - die Angebotsfrist auf den 1. August 2006, 9.00 Uhr. Die Angebotsöffnung wurde mit 1. August 2006, 9.30 Uhr, fixiert. Die betreffende Bekanntmachung erfolgte national (Amtlicher Lieferanzeiger L321683) am 6. Juni 2006 sowie europaweit (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2006/S106-112933) am 7. Juni 2006. In der Bekanntmachung wird jeweils auf eine mit Telefax vom 2. Juni 2006 erfolgte Nachsendung verwiesen, mit welcher neben der Verlängerung der Angebotsfrist überdies die Ausschreibung dahingehend geändert wurde, dass der 1. Absatz unterhalb der Tabelle auf Seite 8/50 der Ausschreibungsunterlagen zur Gänze gestrichen wird.

Mit Bescheid vom 7. Juni 2006, N/0040-BVA/06/2006-9, wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen.

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. Die Aussagen des B\*\*\* im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2006 betreffend die der Auftraggeberin verbliebenen Tätigkeiten und deren gewinnorientierte Ausrichtung stellten sich als glaubhaft dar.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zu Spruchpunkt I:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Als Auftraggeberin tritt die Schoeller Bleckmann GmbH auf, welche im alleinigen Eigentum der ÖIAG steht, deren Alleinaktionärin wiederum die Republik Österreich ist. Zu hinterfragen ist daher, ob die Schoeller Bleckmann GmbH öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, der inhaltlich unverändert § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 entspricht, ist. Als Auftraggeberin tritt die Schoeller Bleckmann GmbH auf, welche im alleinigen Eigentum der ÖIAG steht, deren Alleinaktionärin wiederum die Republik Österreich ist. Zu hinterfragen ist daher, ob die Schoeller Bleckmann GmbH öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, der inhaltlich unverändert Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 entspricht, ist.

Gemäß § 3 Abs 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines  
Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines

1. 3.Ziffer 3

Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind 1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie

2. 2.Ziffer 2

Einrichtungen, die a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und b) zumindest teilrechtsfähig sind und c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder Einrichtungen im Sinn der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind sowie Einrichtungen, die a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und b) zumindest teilrechtsfähig sind und c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder Einrichtungen im Sinn der Ziffer 2, finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind sowie

3. 3.Ziffer 3

Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen  
Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder 2 bestehen.

Durch die - bereits mit dem BVergG 2002 vorgenommene - Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung (vgl dazu insbesondere die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 3 BVergG 2006 und damit eine Orientierung an der Judikatur des EuGH (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 22ff). Durch die - bereits mit dem BVergG 2002 vorgenommene - Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung vergleiche dazu insbesondere die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien deckungsgleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des Paragraph 3, BVergG 2006 und damit eine Orientierung an der Judikatur des EuGH (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 22ff).

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern im funktionalen Sinn zu verstehen (vgl. etwa EuGH vom 10. November 1998, Rs C-360/96, BFI-Holding, Rz 62; vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG, Rz 53). Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien

eine gewisse "Staatsnähe" aufweist (vgl. RV 1171 BlgNR. XXII. GP 22 ff; ebenso zu § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005), 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, § 7, Rz 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 47). Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern im funktionalen Sinn zu verstehen vergleiche etwa EuGH vom 10. November 1998, Rs C-360/96, BFI-Holding, Rz 62; vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG, Rz 53). Somit ist nicht ausschlaggebend, ob die betreffende Einrichtung formell in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern ob sie nach Maßgabe bestimmter Kriterien eine gewisse "Staatsnähe" aufweist vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNR. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 22 ff; ebenso zu Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005), 36; Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Paragraph 7,, Rz 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 47).

Um als ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 zu gelten, müssen kumulativ die og drei Voraussetzungen der lit. a bis lit. c leg.cit. erfüllt sein. Die materiellen Vergaberichtlinien enthalten keine Definition des Begriffes "Allgemeininteresse". Wie auch der EuGH judiziert, ist somit eine autonome und einheitliche, am Zweck der Richtlinien ausgerichtete Interpretation geboten. In ständiger Rechtsprechung hält der Gerichtshof fest, dass der Zweck der materiellen Vergaberichtlinien darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung inländischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu vermeiden und zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (siehe EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 52 mwN). In Anbetracht dieser Ziele ist von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen (EuGH vom 17. Februar 2003, Rs C-373/00, Truley, Rz 40 und 43). Der EuGH erstreckt dieses Verständnis demzufolge über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen (EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen). Die Materialien zum BVergG 2006 definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), der im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem Handeln in hoheitlicher Rechtsform ein Allgemeininteresse grundsätzlich als verwirklicht an (EBRV 1171 BlgNR XXII.GP 22ff). Hingegen soll diese Vermutung für ein Tätigwerden in privatrechtlichen Rechtsformen nicht gelten, sondern sich die jeweilige Einrichtung durch eine "spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren (siehe auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 7 Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend ist, dass die Einrichtung (zumindest teilweise) Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat (vgl. EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG, Rz 55). Um als ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu gelten, müssen kumulativ die og drei Voraussetzungen der Litera a bis Litera c, leg.cit. erfüllt sein. Die materiellen Vergaberichtlinien enthalten keine Definition des Begriffes "Allgemeininteresse". Wie auch der EuGH judiziert, ist somit eine autonome und einheitliche, am Zweck der Richtlinien ausgerichtete Interpretation geboten. In ständiger Rechtsprechung hält der Gerichtshof fest, dass der Zweck der materiellen Vergaberichtlinien darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung inländischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu vermeiden und zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (siehe EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 52 mwN). In Anbetracht dieser Ziele ist von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen (EuGH vom 17. Februar 2003, Rs C-373/00, Truley, Rz 40 und 43). Der EuGH erstreckt dieses Verständnis demzufolge über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen (EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen). Die Materialien zum BVergG 2006 definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), der im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem Handeln in hoheitlicher Rechtsform ein Allgemeininteresse grundsätzlich als verwirklicht an (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 .Gesetzgebungsperiode 22ff). Hingegen soll diese Vermutung für ein Tätigwerden in privatrechtlichen Rechtsformen nicht gelten, sondern sich die jeweilige Einrichtung durch eine "spezifische, von der

Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann", charakterisieren (siehe auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 7, Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend ist, dass die Einrichtung (zumindest teilweise) Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat vergleiche EuGH vom 12. Dezember 2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG, Rz 55).

Auch das Kriterium der Aufgabenerfüllung "nicht gewerblicher Art" muss autonom ausgelegt werden und ist damit nicht (allein) anhand der Gewerbeordnung zu prüfen (vgl. EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 22ff). Der historische Gesetzgeber wollte vor allem jene Unternehmen unter den Anwendungsbereich des BVergG stellen, die "einen anderen Charakter als den eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens haben". Dabei soll der Unterschied zu einem Handels- oder Industrieunternehmen darin liegen, dass bei nicht gewerblichen Unternehmen eine "Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien" erfolgt (Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005), 42). Dementsprechend erfasst das im Anhang III zur Richtlinie 2004/18/EG enthaltene "Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts" für Österreich "alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter" (dazu auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] § 7 Rz 52) und lehnt sich insofern an die französischen und englischen Richtlinienanhang III an, die allein authentisch sind. Wie der EuGH bereits mehrfach festgehalten hat, ist es bei Einrichtungen, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, Gewinnerzielungsabsicht haben und die mit Ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste tragen, wenig wahrscheinlich, dass diese nichtgewerbliche Aufgaben ausüben (EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 51; vom 16. Oktober 2003, Rs C- 283/00, Kommission/Spanien, Rz 82). Maßgeblich im Sinne des Zwecks der Vergaberichtlinien ist es, dass die Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, dass sich fragliche Einrichtungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen (siehe EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 52 mwN). Auch das Kriterium der Aufgabenerfüllung "nicht gewerblicher Art" muss autonom ausgelegt werden und ist damit nicht (allein) anhand der Gewerbeordnung zu prüfen vergleiche EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 22ff). Der historische Gesetzgeber wollte vor allem jene Unternehmen unter den Anwendungsbereich des BVergG stellen, die "einen anderen Charakter als den eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens haben". Dabei soll der Unterschied zu einem Handels- oder Industrieunternehmen darin liegen, dass bei nicht gewerblichen Unternehmen eine "Einflussnahme auf die Unternehmensgebarung nach staatspezifischen Kriterien" erfolgt (Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005), 42). Dementsprechend erfasst das im Anhang römisch drei zur Richtlinie 2004/18/EG enthaltene "Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts" für Österreich "alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter" (dazu auch Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Paragraph 7, Rz 52) und lehnt sich insofern an die französischen und englischen Richtlinienanhang III an, die allein authentisch sind. Wie der EuGH bereits mehrfach festgehalten hat, ist es bei Einrichtungen, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, Gewinnerzielungsabsicht haben und die mit Ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste tragen, wenig wahrscheinlich, dass diese nichtgewerbliche Aufgaben ausüben (EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 51; vom 16. Oktober 2003, Rs C- 283/00, Kommission/Spanien, Rz 82). Maßgeblich im Sinne des Zwecks der Vergaberichtlinien ist es, dass die Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, dass sich fragliche Einrichtungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen (siehe EuGH vom 22. Mai 2003, Rs C-18/01, Korhonen, Rz 52 mwN).

So hat der EuGH etwa das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen als eine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe qualifiziert, da es sich dabei um eine Aktivität handelt, die der Staat traditionellerweise selbst erfüllen oder bei der er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH vom 10. November 1998, Rs C-360/96, BFI-Holding). Demgegenüber kann laut GA Alber in der Rs C-470/99 (Universale Bau AG) die Entsorgung von gewerblichem Sondermüll, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmen und nicht nach dem bloßen Kostendeckungsprinzip, sondern in Gewinnabsicht ausgeübt wird, insgesamt nicht als im Allgemeininteresse gelegene Tätigkeit nicht gewerblicher Art qualifiziert werden (siehe Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> [2005] 41 Fn 183). Der EuGH hat weiters festgehalten, dass die (österreichische) Staatsdruckerei gegründet wurde, um die Aufgabe der Herstellung von amtlichen Druckprodukten ausschließlich wahrzunehmen, wobei bei einigen dieser Produkte Geheimhaltung oder die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften geboten ist, während andere der Veröffentlichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Staates dienen. Da die von der Staatsdruckerei hergestellten Druckprodukte eng mit der

öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind und eine Versorgungsgarantie und Produktionsbedingungen verlangen, die die Beachtung der Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften gewährleisten, liegt eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art vor (EuGH vom 15. Jänner 1998, Rs C-44/96, Mannesmann/Strohal).

Für die gegenständliche Konstellation ist nun festzuhalten, dass die Auftraggeberin nicht in hoheitlicher Rechtsform handelt, weswegen die Verwirklichung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht jedenfalls zu vermuten ist. Eine spezifische, originär staatliche Zwecksetzung, die die Auftraggeberin von anderen Industrieunternehmen unterscheiden würde, oder eine bestimmte (gesetzliche) Aufgabenzuweisung müssen daher hinzutreten.

Wie den Sachverhaltsfeststellungen zu entnehmen ist, hat die Schoeller Bleckmann GmbH ihre produktive Tätigkeit ab 1988 kontinuierlich eingestellt und auf Tochtergesellschaften ausgelagert. Laut § 3 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages vom 11. Juli 2001 ist Gegenstand der Schoeller Bleckmann GmbH die Fortführung von Altgeschäften des früher von der Gesellschaft unter der Firma "Schoeller-Bleckmann Gesellschaft m. b.H." betriebenen Unternehmens und die Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte, welche der Gesellschaft nach Verkauf bzw. Stilllegung ihrer industriellen Aktivitäten verblieben sind. Aus den Lageberichten der Jahre 1999 bis 2005 geht hervor, dass das Hauptaugenmerk der Tätigkeit neben Restabwicklungen auf der Verwertung der verbliebenen Grundstücke und der Vorbereitung der betreffenden Altlastensanierung lag. Wie den Sachverhaltsfeststellungen zu entnehmen ist, hat die Schoeller Bleckmann GmbH ihre produktive Tätigkeit ab 1988 kontinuierlich eingestellt und auf Tochtergesellschaften ausgelagert. Laut Paragraph 3, Absatz eins, des Gesellschaftsvertrages vom 11. Juli 2001 ist Gegenstand der Schoeller Bleckmann GmbH die Fortführung von Altgeschäften des früher von der Gesellschaft unter der Firma "Schoeller-Bleckmann Gesellschaft m. b.H." betriebenen Unternehmens und die Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte, welche der Gesellschaft nach Verkauf bzw. Stilllegung ihrer industriellen Aktivitäten verblieben sind. Aus den Lageberichten der Jahre 1999 bis 2005 geht hervor, dass das Hauptaugenmerk der Tätigkeit neben Restabwicklungen auf der Verwertung der verbliebenen Grundstücke und der Vorbereitung der betreffenden Altlastensanierung lag.

Die zu entsorgenden Materialien wurden in den Jahren 1960 bis 1988 während der operativen Tätigkeit der Schoeller Bleckmann GmbH auf deren ehemaligem Werksgelände ohne technische Maßnahmen zum Grundwasserschutz deponiert. Sie stellen laut Gefährdungsabschätzung und Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes eine erhebliche Gefahr für die Umwelt dar. Mit der Einleitung des wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens betreffend die Sanierung der Beizschlammdeponie kommt die Schoeller Bleckmann GmbH der sie als Verursacherin - im Gegensatz zur Liegenschaftseigentümerin - primär treffenden, allgemeinen Verpflichtung zur Reinhaltung der Gewässer nach und nimmt dadurch einen allfälligen behördlichen Sanierungsauftrag vorweg (siehe § 31 Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 1959/215 idgF). Diese Pflicht, die schlussendlich ein Gebot zur Vornahme von Sanierungs- und Sicherungsmaßnahmen impliziert, trifft die Auftraggeberin wie jedes andere private Unternehmen oder sonstige Unternehmen der öffentlichen Hand, und zwar allein aufgrund ihrer früheren industriellen Tätigkeit und losgelöst von einer eventuellen vertraglichen Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gegenüber der Liegenschaftserwerberin. Die Sanierung erfolgt insofern zum Zweck der ordnungsgemäßen Abwicklung eines ehemaligen Industriebetriebes und findet damit im Unternehmensgegenstand "Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte" Deckung. Es mangelt daher an einer spezifischen Aufgabenzuweisung. Die zu entsorgenden Materialien wurden in den Jahren 1960 bis 1988 während der operativen Tätigkeit der Schoeller Bleckmann GmbH auf deren ehemaligem Werksgelände ohne technische Maßnahmen zum Grundwasserschutz deponiert. Sie stellen laut Gefährdungsabschätzung und Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes eine erhebliche Gefahr für die Umwelt dar. Mit der Einleitung des wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens betreffend die Sanierung der Beizschlammdeponie kommt die Schoeller Bleckmann GmbH der sie als Verursacherin - im Gegensatz zur Liegenschaftseigentümerin - primär treffenden, allgemeinen Verpflichtung zur Reinhaltung der Gewässer nach und nimmt dadurch einen allfälligen behördlichen Sanierungsauftrag vorweg (siehe Paragraph 31, Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 1959/215 idgF). Diese Pflicht, die schlussendlich ein Gebot zur Vornahme von Sanierungs- und Sicherungsmaßnahmen impliziert, trifft die Auftraggeberin wie jedes andere private Unternehmen oder sonstige Unternehmen der öffentlichen Hand, und zwar allein aufgrund ihrer früheren industriellen Tätigkeit und losgelöst von einer eventuellen vertraglichen Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gegenüber der Liegenschaftserwerberin. Die Sanierung erfolgt insofern zum Zweck der

ordnungsgemäßen Abwicklung eines ehemaligen Industriebetriebes und findet damit im Unternehmensgegenstand "Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte" Deckung. Es mangelt daher an einer spezifischen Aufgabenzuweisung.

Die Auftraggeberin kommt mit der Sanierung einer gesetzlichen Verpflichtung nach, die sie auf Grund umweltrechtlicher - und insofern im Allgemeininteresse stehender - Bestimmungen trifft. Umweltvorschriften liegen ihrer Natur nach im öffentlichen Interesse. Die jeweils aus ihnen erwachsenden Pflichten begründen aber nicht ohne weiteres eine spezifische im Allgemeininteresse liegende Aufgabenzuweisung für den jeweils Verpflichteten. Die Auftraggeberin entsorgt - anders als ein Unternehmen, das beispielsweise den Betrieb einer Hauptkläranlage, die Müllabfuhr oder die Müllentsorgung für die "Gemeinschaft" (zB eine Gemeinde) übernimmt - nur den selbst verursachten "Müll". Sie nimmt daher nach Ansicht des erkennenden Senates weder eine "originär staatliche" Aufgabe noch eine Aufgabe wahr, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.

Diese Annäherung findet zudem in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes Deckung. So wurde hinsichtlich der Wahrnehmung der die Bleiberger Bergwerks-Union AG i.L. als Bergwerksunternehmen treffenden umweltrechtlichen Vorschriften ausgesprochen, dass die Pflicht zur Beachtung dieser allgemeinen, aus der Rechtsordnung abzuleitenden Vorschriften nicht als Betrauung mit der Erbringung einer Dienstleistung im Allgemeininteresse gewertet werden kann (BVA vom 27. August 1999, N-33/99-12).

Abgesehen davon liegt aber auch das Kriterium der nichtgewerblichen Art der Aufgabenerfüllung im vorliegenden Fall nicht vor. Deutliches Indiz für die Nicht-Gewerblichkeit einer Tätigkeit ist eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht (siehe Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 42). Aber auch der Umstand, dass Gewinne erwirtschaftet werden, welche letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommen, würde für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht ausreichen (so ausdrücklich auch die EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 23). Abgesehen davon liegt aber auch das Kriterium der nichtgewerblichen Art der Aufgabenerfüllung im vorliegenden Fall nicht vor. Deutliches Indiz für die Nicht-Gewerblichkeit einer Tätigkeit ist eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht (siehe Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 42). Aber auch der Umstand, dass Gewinne erwirtschaftet werden, welche letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommen, würde für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht ausreichen (so ausdrücklich auch die EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 23).

Die Auftraggeberin verwaltet und verkauft Grundstücke und Gebäude, führt Altgeschäfte weiter bzw wickelt diese ab, saniert Altlasten und hat dabei - wie jedes andere Unternehmen auch - um Umweltförderung angesucht. Wie sich aus den Ausführungen des B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ergibt, sind die Tätigkeiten der Schoeller-Bleckmann GmbH nach wie vor auf Gewinnerzielung gerichtet. Allfällige Verluste sind von der Schoeller-Bleckmann GmbH zu tragen. Diese Ausführungen werden durch die vorgelegten Lageberichte, Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen für die Jahre 1999 bis 2005 bestätigt, welche für die Jahre 1999 bis 2004 Bilanzgewinne aufweisen. Lediglich im Jahr 2005 ergab sich ein Bilanzverlust, der sich jedoch durch die Ausführung im entsprechenden Lagebericht im Wesentlichen mit der notwendigen Aufstockung der Rückstellungen für das Sanierungsverfahren betreffend die Beizschlammdeponie erklären lässt. Zudem werden diese Ausführungen auch durch die Tatsache bekräftigt, dass die Auftraggeberin um eine Förderung für die Sanierung der Altlast N 54 angesucht hat. Mit Förderungsvertrag vom 13. Juli 2005 wurde für Herstellungs- und Durchführungsmaßnahme inkl. Vor- und Nebenleistungen sowie für laufende Beweissicherungsmaßnahmen (Betriebskosten) nach Abschluss der Sanierung eine Förderung mit einem Fördersatz von 75,3 % gewährt. Durch die Förderungsgewährung kann die Auftraggeberin einerseits ihre Kosten reduzieren, andererseits hat sie jedoch den darüber hinausgehenden Aufwand aus Eigenem zu tragen und trägt hierfür somit das finanzielle Risiko.

Jedenfalls besteht kein Zweifel daran, dass das Unternehmen auch nach Stilllegung der Produktion - wie jedes andere privatwirtschaftlich tätige Unternehmen auch - nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien (zu Ende) geführt wird. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gewerbeberechtigung gelöscht wurde. Der Charakter eines typischen Handels- oder Industrieunternehmens kann insofern nach Ansicht des Senates auch bei einem stillgelegten Unternehmen nicht in Frage gestellt werden.

Die Auftraggeberin erfüllt somit keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art. Der Tatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wird nicht verwirklicht, weswegen weiters zu prüfen ist, ob § 3 Abs 2 BVergG

zur Anwendung gelangt: Die Auftraggeberin erfüllt somit keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher "Art". Der Tatbestand des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wird nicht verwirklicht, weswegen weiters zu prüfen ist, ob Paragraph 3, Absatz 2, BVergG zur Anwendung gelangt:

§ 3 Abs 2 BVergG 2006 lautet: "Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Abs 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges I oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes". Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 lautet: "Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des Absatz eins, ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhanges römisch eins oder Bauaufträge im Sinne des Anhanges römisch zwei oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50vH direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes".

Art 8 der Richtlinie 2004/18/EG stellt nunmehr - im Gegensatz zu den Vorgängerregelungen - unmissverständlich klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch der mit diesen verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt ist. Soweit Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die ohnehin bereits im Oberschwellenbereich liegen, macht Art 8 Abs 2 der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, ob auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liegt (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 8 Rz 10). Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG stellt nunmehr - im Gegensatz zu den Vorgängerregelungen - unmissverständlich klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch der mit diesen verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt ist. Soweit Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die ohnehin bereits im Oberschwellenbereich liegen, macht Artikel 8, Absatz 2, der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, ob auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liegt (Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 8, Rz 10).

Die innerstaatliche Bestimmung des § 3 Abs 2 BVergG 2006 lehnt sich an die Regelung des § 8 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002, an und spricht - wie die Antragstellerin vorbringt - allgemein von Auftraggebern im Oberschwellenbereich. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedeutet dies aber nicht, dass für die Anwendbarkeit der betreffenden Norm die Überschreitung jeglicher Schwellenwertregelung durch das gesamte Vorhaben genüge. Dem insofern klaren Wortlaut zufolge muss entweder ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich, oder ein mit einem "solchen" Bauauftrag verbundener Dienstleistungsauftrag zur Vergabe gelangen. Darunter können nur Bauaufträge im Oberschwellenbereich im Sinne des ersten Tatbestandes des § 3 Abs 2 BVergG 2006 gemeint sein. Die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zum BVergG 1997, die es für die Abwendung des § 11 Abs 3 BVergG 1997 als ausreichend gesehen hat, dass der jeweilige Schwellenwert - für Bauaufträge oder für Dienstleistungsaufträge - überschritten wird, kann demgegenüber nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die innerstaatliche Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 lehnt sich an die Regelung des Paragraph 8, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, an und spricht - wie die Antragstellerin vorbringt - allgemein von Auftraggebern im Oberschwellenbereich. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedeutet dies aber nicht, dass für die Anwendbarkeit der betreffenden Norm die Überschreitung jeglicher Schwellenwertregelung durch das gesamte Vorhaben genüge. Dem insofern klaren Wortlaut zufolge muss entweder ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich, oder ein mit einem "solchen" Bauauftrag verbundener Dienstleistungsauftrag zur Vergabe gelangen. Darunter können nur Bauaufträge im Oberschwellenbereich im Sinne des ersten Tatbestandes des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 gemeint sein. Die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zum BVergG 1997, die es für die Abwendung des Paragraph 11, Absatz 3, BVergG 1997 als ausreichend gesehen hat, dass der jeweilige Schwellenwert - für Bauaufträge oder für Dienstleistungsaufträge - überschritten wird, kann demgegenüber nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Laut Förderungsvertrag vom 13. Juli 2005, abgeschlossen zwischen dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft als Förderungsgeber und der Auftraggeberin als Förderungsnehmerin,

wird das gegenständliche Sanierungsprojekt gemäß Umweltförderungsgesetz mit einem Fördersatz von 75,3 % gefördert. Der Auftraggeber hat die Leistungen zur "Sanierung der Beizschlammdeponie" in mehreren, separat zu vergebenden "Gewerken" ausgeschrieben: 1.) Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellung; 2.) Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien; 3.) Entsorgung der kontaminierten Materialien. Wie die Antragstellerin vermeint, hätten jedoch die gegenständlichen Leistungen gemeinsam zur Ausschreibung gelangen müssen, die Auftraggeberin habe daher zu Unrecht die gegenständlichen Leistungen getrennt von den Leistungen der anderen "Gewerke" ausgeschrieben.

In der vorliegenden Fallkonstellation kann es allerdings für die Beurteilung der Zuständigkeit dahin gestellt bleiben, ob die einzelnen Leistungen zu Recht getrennt von einander ausgeschrieben worden sind:

Unter der Annahme, dass die gegenständlich getrennt ausgeschrieben Leistungen als einheitliches Beschaffungsvorhaben gesamt zur Vergabe gebracht würden, läge ein Auftrag vor, der sowohl Elemente eines Dienstleistungsauftrages (Transport, Abfallbeseitigung bzw. -verwertung) als auch eines Bauauftrages (ua Aushubarbeiten, Wiederherstellungsmaßnahmen) beinhaltet. Ziel dieses Vorhabens ist die Räumung der Beizschlammdeponie. Das Projekt ist damit auf die Entfernung und den Abtransport der Abfälle samt deren Entsorgung gerichtet.

Bereits zur Rechtslage vor dem BVergG 2006, welche entgegen dem nunmehrigen § 9 Abs 2 BVergG 2006 keine ausdrückliche Regelung aufgewiesen hat, wurde im Hinblick auf die die Rechtsprechung des EuGH bei derartigen Dienst- und Bauleistungen umfassenden "Mischverträgen" die Auffassung vertreten, dass die Abgrenzung danach vorzunehmen ist, welcher Vertragsteil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (main object test; vgl. hierzu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 3 Rz 63ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005) [61f]). Nunmehr stellt § 9 Abs 2 BVergG klar, dass entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge gelten. Bereits zur Rechtslage vor dem BVergG 2006, welche entgegen dem nunmehrigen Paragraph 9, Absatz 2, BVergG 2006 keine ausdrückliche Regelung aufgewiesen hat, wurde im Hinblick auf die die Rechtsprechung des EuGH bei derartigen Dienst- und Bauleistungen umfassenden "Mischverträgen" die Auffassung vertreten, dass die Abgrenzung danach vorzunehmen ist, welcher Vertragsteil inhaltlich und funktional den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (main object test; vergleiche hierzu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 3, Rz 63ff; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> (2005) [61f]). Nunmehr stellt Paragraph 9, Absatz 2, BVergG klar, dass entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge gelten.

Wenngleich zur Räumung (im weiteren Sinn) auch Bauleistungen erforderlich sind, vermag dies an der Einstufung der funktional auf die fachgerechte Entsorgung (Abfallbeseitigung bzw. -verwertung) gerichteten Leistung als (prioritäre) Dienstleistung im Sinne des § 6 BVergG 2006 iVm Anhang III, Kategorie 16 nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen eine bloß untergeordnete Rolle zu. Im Falle einer Gesamtausschreibung gäbe es somit überhaupt keinen Bauauftrag iSd § 3 Abs 2 leg.cit. und fänden somit die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG keine Anwendung. Wenngleich zur Räumung (im weiteren Sinn) auch Bauleistungen erforderlich sind, vermag dies an der Einstufung der funktional auf die fachgerechte Entsorgung (Abfallbeseitigung bzw. -verwertung) gerichteten Leistung als (prioritäre) Dienstleistung im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 in Verbindung mit Anhang römisch drei, Kategorie 16 nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen eine bloß untergeordnete Rolle zu. Im Falle einer Gesamtausschreibung gäbe es somit überhaupt keinen Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz 2, leg.cit. und fänden somit die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG keine Anwendung.

Aber auch unter Zugrundelegung der Annahme, dass es sich nicht um ein einheitliches Projekt handle und damit eigenständige Vorhaben getrennt zur Vergabe gelängen, finden die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG keine Anwendung. Die Höhe des geschätzten Auftragswertes für die gegenständlichen Leistungen beträgt nach den Angaben der Auftraggeberin Euro 12.000.000,--, jener für die Leistung "Baustelleninfrastruktur" Euro 600.000,-- und jener für die Leistung "Aushub und Transport" Euro 1.600.000,--. Insgesamt liegen daher bei einer getrennten Vergabe ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sowie zwei Bauaufträge im Unterschwellenbereich vor. Selbst bei Zusammenrechnen der geschätzten Auftragswerte der Bauaufträge lägen diese nach wie vor im

Unterschwellenbereich. Damit liegt aber kein mit dem Dienstleistungsauftrag verbundener Bauauftrag im Oberschwellenbereich iSd § 3 Abs 2 BVergG 2006 vor, sodass die Anträge mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zurückzuweisen waren, woran auch die bloße Selbstbindung der Auftraggeberin an das BVergG 2006 nichts zu ändern vermag (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> [2005] 471 mwN). Aber auch unter Zugrundelegung der Annahme, dass es sich nicht um ein einheitliches Projekt handle und damit eigenständige Vorhaben getrennt zur Vergabe gelängen, finden die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG keine Anwendung. Die Höhe des geschätzten Auftragswertes für die gegenständlichen Leistungen beträgt nach den Angaben der Auftraggeberin Euro 12.000.000,--, jener für die Leistung "Baustelleninfrastruktur" Euro 600.000,-- und jener für die Leistung "Aushub und Transport" Euro 1.600.000,--. Insgesamt liegen daher bei einer getrennten Vergabe ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich sowie zwei Bauaufträge im Unterschwellenbereich vor. Selbst bei Zusammenrechnen der geschätzten Auftragswerte der Bauaufträge lägen diese nach wie vor im Unterschwellenbereich. Damit liegt aber kein mit dem Dienstleistungsauftrag verbundener Bauauftrag im Oberschwellenbereich iSd Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 vor, sodass die Anträge mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zurückzuweisen waren, woran auch die bloße Selbstbindung der Auftraggeberin an das BVergG 2006 nichts zu ändern vermag (R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> [2005] 471 mwN).

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Nach § 319 Abs 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Nach Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn 1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Abs 3 leg.cit. hält unzweifelhaft fest, dass das Bundesvergabeamt über den Gebührenersatz zu befinden hat. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Absatz 3, leg.cit. hält unzweifelhaft fest, dass das Bundesvergabeamt über den Gebührenersatz zu befinden hat.

Die Antragstellerin hat für die Nachprüfungsanträge sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren entrichtet. Bei Erlassung der einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt vorläufig seine Zuständigkeit bejaht. Wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, ist allerdings im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zutage getreten, dass die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens mangels Vorliegen des persönlichen Geltungsbereichs zu verneinen ist. Dem Bundesvergabeamt war daher eine materielle Entscheidung verwehrt, weshalb auch nicht von einem materiellen Obsiegen gesprochen werden kann. Die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren liegen damit weder gemäß § 319 Abs 1 noch gemäß § 319 Abs 2 BVergG 2006 vor. Die Antragstellerin hat für die Nachprüfungsanträge sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren entrichtet. Bei Erlassung der einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt vorläufig seine Zuständigkeit bejaht. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, ist allerdings im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zutage getreten, dass die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens mangels Vorliegen des persönlichen Geltungsbereichs zu verneinen ist. Dem Bundesvergabeamt war daher eine materielle Entscheidung verwehrt, weshalb auch nicht von einem materiellen Obsiegen gesprochen werden kann. Die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren liegen damit weder gemäß Paragraph 319, Absatz eins, noch gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

**Dokumentnummer**

VERGT\_20060712\_N\_0040\_BVA\_06\_2006\_32\_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](http://www.jusline.at)