

# TE Verg Bescheid 2006/7/12 N/0041-BVA/07/2006-49

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.07.2006

## Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §3 Abs2

BVergG 2006 §319

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 § 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 durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.-Ing. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" des Auftraggebers Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, vertreten durch X\*\*\*, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Mai 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dipl.-Ing. Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz, Gewerk: Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" des Auftraggebers Schoeller-Bleckmann GmbH, Hauptstraße 2, 2630 Ternitz, vertreten durch X\*\*\*, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006, eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Mai 2006, wie folgt entschieden:

### Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle

- -Strichaufzählung  
ein Nachprüfungsverfahren einleiten;
- -Strichaufzählung  
die Ausschreibung für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung  
in eventu auf Seite 11 der Ausschreibungsunterlagen, 1. Abs, die Wortfolge "[...] 4, 5, 6 [...]" für nichtig erklären;
- -Strichaufzählung  
in eventu auf Seite 27/28 der Ausschreibungsunterlagen den letzten Absatz des Punktes 1.4.2 für nichtig erklären,

werden zurückgewiesen.

II. römisch zwei.

Die Anträge, gerichtet auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, werden abgewiesen.

Begründung

Der Auftraggeber, die Schoeller-Bleckmann GmbH, welche zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) steht, hat mit Ausschreibungsbekanntmachung zu den Vergabeverfahren "Sanierung Altlast N 54, Beizschlammdeponie Ternitz" am 25. März 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L300711 das Gewerk "Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellungsmaßnahmen" und zu L300745 das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" als Bauauftrag (CPV-Code des verfahrensgegenständlichen Hauptteiles 45112000-5) in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich veröffentlicht. Weiters wurde zu L300533 das Gewerk "Entsorgung von kontaminierten Materialien" am 25. März 2006 als Dienstleistung gemäß Kategorie 16 in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich veröffentlicht. Die Ausschreibungsbekanntmachung zu letztgenanntem Gewerk erfolgte auch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 1. April 2006 unter 2006/S64-066798. Nach mehrmaliger Änderung (zunächst 24.4.2006, dann 15.5.2006 bzw. 6.6.2006) wurde die Frist für die Angebotsabgabe im gegenständlichen Vergabeverfahren letztlich am 6. Juni 2006 - sohin nach Antragstellung - im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L 321688 mit 1.8.2006, 9.00 Uhr, sowie die Angebotseröffnung mit 1.8.2006, 11.30 Uhr, fixiert.

In der Ausschreibungsbekanntmachung ist unter Punkt I.2) Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeiten unter der Rubrik "Sonstiges" angeführt: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert". Ebenso ist auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen unter der Rubrik "Zuständige Vergabekontrollbehörde" vermerkt: "Der AG fällt als privater AG im Unterschwellenbereich trotz Förderung mit öffentlichen Mitteln nicht unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, sodass keine Zuständigkeit von Bundesvergabeamt bzw. UVS gegeben ist". In der Ausschreibungsbekanntmachung ist unter Punkt römisch eins.2) Art des öffentlichen Auftraggebers und Haupttätigkeiten unter der Rubrik "Sonstiges" angeführt: "Privater AG, Projekt mit mehr als 50vH subventioniert". Ebenso ist auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen unter der Rubrik "Zuständige Vergabekontrollbehörde" vermerkt: "Der AG fällt als privater AG im Unterschwellenbereich trotz Förderung mit öffentlichen Mitteln nicht unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, sodass keine Zuständigkeit von Bundesvergabeamt bzw. UVS gegeben ist".

Den Ausschreibungsunterlagen ist als Beilage I der wasserrechtliche Bescheid des LH von NÖ vom 8.6.2005, ZI: XXX, beigelegt. Im Zeitraum von 1960 bis 1988 wurden auf dem - ehemals im Eigentum der Schoeller-Bleckmann GmbH und nunmehr in Folge der Privatisierung im Eigentum der Z\*\*\* stehenden - Werksgelände CKWbelastete Beizschlämme, Schlacken, Bauschutt und Aushub deponiert. Mit obzitiertem Bescheid wurde der Schoeller-Bleckmann GmbH die wasserrechtliche Bewilligung zur Sanierung der Altlast N54 "Beizschlammdeponie Ternitz" auf dem Grundstück Nr. XXX, durch Den Ausschreibungsunterlagen ist als Beilage römisch eins der wasserrechtliche Bescheid des LH von NÖ vom 8.6.2005, ZI: römisch 30 , beigelegt. Im Zeitraum von 1960 bis 1988 wurden auf dem - ehemals im Eigentum der Schoeller-Bleckmann GmbH und nunmehr in Folge der Privatisierung im Eigentum der Z\*\*\* stehenden - Werksgelände

CKWbelastete Beizschlämme, Schlacken, Bauschutt und Aushub deponiert. Mit obzitiertem Bescheid wurde der Schoeller-Bleckmann GmbH die wasserrechtliche Bewilligung zur Sanierung der Altlast N54 "Beizschlammdeponie Ternitz" auf dem Grundstück Nr. römisch 30, durch

- -Strichaufzählung  
Errichtung eines Zwischenlagerplatzes inklusive Sickerwassersammelbecken
- -Strichaufzählung  
Aushub des kontaminierten Materials und Untergrundes bis in den Grundwasserschwankungsbereich
- -Strichaufzählung  
Aussortierung und Entsorgung des kontaminierten Materials
- -Strichaufzählung  
Einleitung der Wässer von den Zwischenlagerflächen nach Vorreinigung in die Schwarza

nach Maßgabe der im Abschnitt A) enthaltenen Projektbeschreibung sowie der vorgelegten Projektunterlagen, welche einen wesentlichen Bestandteil dieses Bescheides bilden und bei Einhaltung der im Abschnitt B) angeführten Auflagen und Vorschriften erteilt. Die Z\*\*\* hat die Zustimmung zur Sanierung erteilt.

Laut Gewerberegisterauszug wurde die Gewerbeberechtigung des Auftraggebers im Jahr 1996 gelöscht.

Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006 außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamten, eingelangt sohin am 31. Mai 2006, stellte die A\*\*\*, in der Folge Antragstellerin, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag mit den im Spruch wiedergegebenen Begehren eingebracht, sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht gemäß § 17 AVG begehrt. Weiters wurden Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 7.6.2006, GZ N/0041-BVA/07/2006-EV13, wurden die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30.5.2006, 20.6.2006, 26.6.2006 und 28.6.2006 im Wesentlichen aus: Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2006, eingebracht am 30. Mai 2006 außerhalb der Amtsstunden des Bundesvergabebeamten, eingelangt sohin am 31. Mai 2006, stellte die A\*\*\*, in der Folge Antragstellerin, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag mit den im Spruch wiedergegebenen Begehren eingebracht, sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG begehrt. Weiters wurden Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 7.6.2006, GZ N/0041-BVA/07/2006-EV13, wurden die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Betreffend die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 30.5.2006, 20.6.2006, 26.6.2006 und 28.6.2006 im Wesentlichen aus:

Bereits ungeachtet der Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 BVergG stehe der Auftraggeber, welcher sich zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) befinde, deren Alleinaktionärin wiederum die Republik Österreich sei, damit indirekt im Eigentum des Bundes als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Durch die Vergabe der nachprüfungsgegenständlichen Leistung (Altlastensanierung und insbesondere Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien) übe der Auftraggeber eine Tätigkeit aus, die als eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit nicht gewerblicher Art einzustufen sei. Darüber hinaus stelle die Vergabe von Leistungen betreffend eine Altlastensanierung von eigenem, der Republik Österreich indirekt zurechenbarem Grund und Boden eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, die funktional als Leistung der Daseinsvorsorge beurteilt werden müsse, deren Kosten von der öffentlichen Hand getragen würden. Da der Auftraggeber seine industrielle Tätigkeit bereits eingestellt habe, nehme er nicht am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden teil. Bei der gegenständlichen Altlastensanierung handle es sich nicht um eine Angelegenheit eines industriell tätigen Unternehmens, das im Allgemeininteresse liegende Elemente aufweise, sondern um die letzte wesentliche Aufgabe eines stillgelegten Unternehmens, die in erster Linie einen massiven Schaden für die Umwelt verhindern solle und daher im Allgemeininteresse liege. Auch könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Staat bei den Entscheidungen betreffend die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit eine maßgebliche Kontrolle ausübe, ohne dabei Wirtschaftlichkeitsüberlegungen beachten zu müssen. Darüber hinaus habe der Auftraggeber seit mehr als 10 Jahren keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausgeübt. Die Zurücklegung der Gewerbeberechtigung stelle ein gewichtiges Indiz für eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, da jegliche gewerbsmäßig ausgeübte - daher selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, betriebene - Tätigkeit einer

Gewerbeberechtigung bedürfe. Weiters unterliege der Auftraggeber aufgrund der Kostentragung durch die öffentliche Hand keinem Kostenrisiko. Nach der Judikatur des EuGH (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96) genüge bereits ein geringer Anteil nicht kommerzieller Tätigkeit, um die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu begründen ("Infektionstheorie"). Beim Auftraggeber handle es sich um einen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, jedenfalls jedoch ergäbe sich die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus § 3 Abs 2 leg.cit. Sollte das Bundesvergabeamt zur Ansicht gelangen, dass der Auftraggeber nicht als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG einzustufen sei, führte die Antragstellerin zur Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 BVergG Folgendes aus: Bereits ungeachtet der Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG stehe der Auftraggeber, welcher sich zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) befinde, deren Alleinaktionärin wiederum die Republik Österreich sei, damit indirekt im Eigentum des Bundes als öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Durch die Vergabe der nachprüfungsgegenständlichen Leistung (Altlastensanierung und insbesondere Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien) übe der Auftraggeber eine Tätigkeit aus, die als eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit nicht gewerblicher Art einzustufen sei. Darüber hinaus stelle die Vergabe von Leistungen betreffend eine Altlastensanierung von eigenem, der Republik Österreich indirekt zurechenbarem Grund und Boden eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, die funktional als Leistung der Daseinsvorsorge beurteilt werden müsse, deren Kosten von der öffentlichen Hand getragen würden. Da der Auftraggeber seine industrielle Tätigkeit bereits eingestellt habe, nehme er nicht am Wirtschaftsleben in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden teil. Bei der gegenständlichen Altlastensanierung handle es sich nicht um eine Angelegenheit eines industriell tätigen Unternehmens, das im Allgemeininteresse liegende Elemente aufweise, sondern um die letzte wesentliche Aufgabe eines stillgelegten Unternehmens, die in erster Linie einen massiven Schaden für die Umwelt verhindern solle und daher im Allgemeininteresse liege. Auch könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Staat bei den Entscheidungen betreffend die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit eine maßgebliche Kontrolle ausübe, ohne dabei Wirtschaftlichkeitsüberlegungen beachten zu müssen. Darüber hinaus habe der Auftraggeber seit mehr als 10 Jahren keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausgeübt. Die Zurücklegung der Gewerbeberechtigung stelle ein gewichtiges Indiz für eine Tätigkeit nicht gewerblicher Art dar, da jegliche gewerbsmäßig ausgeübte - daher selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, betriebene - Tätigkeit einer Gewerbeberechtigung bedürfe. Weiters unterliege der Auftraggeber aufgrund der Kostentragung durch die öffentliche Hand keinem Kostenrisiko. Nach der Judikatur des EuGH (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96) genüge bereits ein geringer Anteil nicht kommerzieller Tätigkeit, um die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu begründen ("Infektionstheorie"). Beim Auftraggeber handle es sich um einen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, jedenfalls jedoch ergäbe sich die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus Paragraph 3, Absatz 2, leg.cit. Sollte das Bundesvergabeamt zur Ansicht gelangen, dass der Auftraggeber nicht als öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG einzustufen sei, führte die Antragstellerin zur Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG Folgendes aus:

Gemäß § 3 Abs 2 BVergG würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, abgesehen vom  
Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG würden bei der Vergabe der ausgeschriebenen Bau- und Dienstleistungen im Oberschwellenbereich, abgesehen vom

#### 1. 3.Ziffer 3

Teil des BVergG 2006, sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten. Auch beim Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" seien aufgrund der vorzunehmenden Berechnung des geschätzten Auftragswertes § 3 Abs. 2 BVergG 2006 und somit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 anwendbar und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2006 sei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit § 13 Abs. 4 leg.cit, wonach ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden dürfe, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, seien daher sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes mit einzubeziehen. Da der geschätzte Auftragswert für das Gewerk "Entsorgung" ca. Euro 12 Mio. und für das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport" ca. Euro 3 Mio. betrage, werde der relevante Schwellenwert von Euro 5.278.000,-- bei Weitem überschritten. Gemäß § 14 Abs. 2 leg.cit. habe der Auftraggeber bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch den geschätzten Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen

erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Da für den Aushub, die Verladung und den Transport von kontaminierten Materialien auch eine Zwischenlagerung bzw. Entsorgung dieser kontaminierten Materialien unbedingt erforderlich sei, wären die geschätzten Auftragswerte beider Gewerke zusammenzurechnen, womit wiederum die Anwendbarkeit des BVergG 2006 bzw. die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß § 3 Abs. 2 BVergG 2006 begründet wäre. Teil des BVergG 2006, sämtliche Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten. Auch beim Gewerk "Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien" seien aufgrund der vorzunehmenden Berechnung des geschätzten Auftragswertes Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 und somit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 anwendbar und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 2006 sei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes der geschätzte Gesamtwert aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit Paragraph 13, Absatz 4, leg.cit, wonach ein Vergabevorhaben nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden dürfe, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, seien daher sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes mit einzubeziehen. Da der geschätzte Auftragswert für das Gewerk "Entsorgung" ca. Euro 12 Mio. und für das Gewerk "Aushub, Verladung und Transport" ca. Euro 3 Mio. betrage, werde der relevante Schwellenwert von Euro 5.278.000,-- bei Weitem überschritten. Gemäß Paragraph 14, Absatz 2, leg.cit. habe der Auftraggeber bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch den geschätzten Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Da für den Aushub, die Verladung und den Transport von kontaminierten Materialien auch eine Zwischenlagerung bzw. Entsorgung dieser kontaminierten Materialien unbedingt erforderlich sei, wären die geschätzten Auftragswerte beider Gewerke zusammenzurechnen, womit wiederum die Anwendbarkeit des BVergG 2006 bzw. die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 begründet wäre.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin Folgendes vor:

Sie beabsichtige, sich an den Ausschreibungen zu beteiligen. Das bisherige Vergabeverfahren des Auftraggebers sei jedoch rechtswidrig, da der Auftraggeber eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung der mit dem verfahrensgegenständlichen Gewerk zu vergebenden Leistungen unterlassen habe. Entgegen § 1 Abs. 3 BVergG und § 22 Abs. 1 letzter Satz BVergG wolle der Auftraggeber ein einheitliches Vorhaben in mehreren Aufträgen mit der Zielsetzung vergeben, die Anwendung des BVergG 2006 zu umgehen. Weiters sei es 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." Darüber hinaus habe der Auftragnehmer unter der Leistungsposition 020201 eine Pauschale für Erschwernisse bei der Koordinierung mit anderen Auftragnehmern (anderer Gewerke) anzubieten, die einmalig pauschal die komplette (zusätzliche) Leistungserbringung vergüten soll. Sie beabsichtige, sich an den Ausschreibungen zu beteiligen. Das bisherige Vergabeverfahren des Auftraggebers sei jedoch rechtswidrig, da der Auftraggeber eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung der mit dem verfahrensgegenständlichen Gewerk zu vergebenden Leistungen unterlassen habe. Entgegen Paragraph eins, Absatz 3, BVergG und Paragraph 22, Absatz eins, letzter Satz BVergG wolle der Auftraggeber ein einheitliches Vorhaben in mehreren Aufträgen mit der Zielsetzung vergeben, die Anwendung des BVergG 2006 zu umgehen. Weiters sei es 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." Darüber hinaus habe der

Auftragnehmer unter der Leistungsposition 020201 eine Pauschale für Erschwernisse bei der Koordinierung mit anderen Auftragnehmern (anderer Gewerke) anzubieten, die einmalig pauschal die komplette (zusätzliche) Leistungserbringung vergüten soll.

Durch Außerkraftsetzen der in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge von Mengenänderungen weiche der Auftraggeber überdies über das in § 97 Abs. 2 BVergG bzw. § 99 Abs. 2 leg.cit. normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab. In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Weiters erhebe der Auftraggeber durch die Festlegung auf Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen, dass "das Fehlen von jeweils auch nur einer der Unterlagen ua. nach den Punkten 4, 5 und 6 einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zur Ausscheidung des Angebotes führe, einen grundsätzlich behebbaren Mangel (fehlende Eignungsnachweise) zu einem unbehebbar Mangel, weshalb die Ausschreibung auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit behaftet sei. Durch Außerkraftsetzen der in den ÖNORMEN angeführten Bestimmungen über Änderungen von Preisen infolge von Mengenänderungen weiche der Auftraggeber überdies über das in Paragraph 97, Absatz 2, BVergG bzw. Paragraph 99, Absatz 2, leg.cit. normierte zulässige Ausmaß von vorhandenen geeigneten Leitlinien ab. In dieser pauschalen Abweichung sei eine zusätzliche Rechtswidrigkeit der Ausschreibung zu erblicken. Weiters erhebe der Auftraggeber durch die Festlegung auf Seite 10 der Ausschreibungsunterlagen, dass "das Fehlen von jeweils auch nur einer der Unterlagen ua. nach den Punkten 4, 5 und 6 einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zur Ausscheidung des Angebotes führe, einen grundsätzlich behebbaren Mangel (fehlende Eignungsnachweise) zu einem unbehebbar Mangel, weshalb die Ausschreibung auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.

Die Antragstellerin bekämpfe die Ausschreibung als eine gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers. Die Antragstellerin bekämpfe die Ausschreibung als eine gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers. Die Antragstellerin sei in ihren Rechten auf Abwicklung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen transparenten Vergabeverfahren, auf Gleichbehandlung, auf Kalkulierbarkeit ihres Angebotes, auf Nichtabweichen von geeigneten Leitlinien in den Ausschreibungsbedingungen, auf rechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens sowie auf vergaberechtskonforme Verlängerung der Angebotsfrist verletzt.

Durch die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten drohe der Antragstellerin ein Gewinnentgang samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 3,75 % der Auftragssumme. Darüber hinaus würden die bisher angefallenen Projektkosten in der Höhe von etwas mehr als Euro 35.000,-- (netto) - bestehend aus Kosten der Angebotslegung und Rechtsberatung - frustriert. Durch den Erwerb der Ausschreibungsunterlagen sowie der bisherigen Kommunikation mit dem Auftraggeber habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsschluss dargetan. Mit Schriftsatz vom 2. Juni 2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages 1,6 Mio Euro (ohne USt) betrage. Das Vergabeverfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der (offenen) Angebotsfrist, da die Angebotsfrist vom Auftraggeber bis 1.8.2006 verlängert worden sei. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 BVergG 2006. Weiters brachte der Auftraggeber vor, dass der Antrag verfristet sei. Mit Schriftsatz vom 2. Juni 2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages 1,6 Mio Euro (ohne USt) betrage. Das Vergabeverfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der (offenen) Angebotsfrist, da die Angebotsfrist vom Auftraggeber bis 1.8.2006 verlängert worden sei. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Weiters brachte der Auftraggeber vor, dass der Antrag verfristet sei.

Neben inhaltlichen Ausführungen, die sich auf die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten bezogen, führte der Auftraggeber die Zuständigkeit des BVA betreffend in seinen Schriftsätzen vom 2.6.2006, 14.6.2006, 26.6.2006 sowie 29.6.2006 aus, dass er weder öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 BVergG 2006 sei noch die Bestimmungen des BVergG gemäß § 3 Abs 2 leg.cit. zur Anwendung kämen. Die Schoeller-Bleckmann GmbH sei zwar voll rechtsfähig und stehe außerdem zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft (ÖIAG) und damit indirekt im Eigentum des Bundes. Sie sei jedoch weder zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, noch würden solche ausgeübt. Gegenstand des Unternehmens sei laut § 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-Privatisierungsprogrammes verblieben seien. Dabei handle es sich um typische Tätigkeiten eines Industrieunternehmens. Bei "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben" 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 den Auftraggeber wie jedes andere private Unternehmen bzw. auch Unternehmen der öffentlichen Hand gleichermaßen treffe und allein aus seiner früheren industriellen Tätigkeit resultiere. Damit handle es sich nicht um eine "originär staatliche" Aufgabe oder eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, mit welcher der Auftraggeber, der nicht hoheitlich handle, speziell betraut worden sei. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des EuGH ein maßgeblicher Gesichtspunkt (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG/Strohal Rotationsdruck GmbH). 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. Folge 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. Neben inhaltlichen Ausführungen, die sich auf die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten bezogen, führte der Auftraggeber die Zuständigkeit des BVA betreffend in seinen Schriftsätzen vom 2.6.2006, 14.6.2006, 26.6.2006 sowie 29.6.2006 aus, dass er weder öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 sei noch die Bestimmungen des BVergG gemäß Paragraph 3, Absatz 2, leg.cit. zur Anwendung kämen. Die Schoeller-Bleckmann GmbH sei zwar voll rechtsfähig und stehe außerdem zu 100 % im Eigentum der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft (ÖIAG) und damit indirekt im Eigentum des Bundes. Sie sei jedoch weder zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, noch würden solche ausgeübt. Gegenstand des Unternehmens sei laut 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-Privatisierungsprogrammes verblieben seien. Dabei handle es sich um typische Tätigkeiten eines Industrieunternehmens. Bei "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben" 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 den Auftraggeber wie jedes andere private Unternehmen bzw. auch Unternehmen der öffentlichen Hand gleichermaßen treffe und allein aus seiner früheren industriellen Tätigkeit resultiere. Damit handle es sich nicht um eine "originär staatliche" Aufgabe oder eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, mit welcher der Auftraggeber, der nicht hoheitlich handle, speziell betraut worden sei. Dies sei aber nach der Rechtsprechung des EuGH ein maßgeblicher Gesichtspunkt (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG/Strohal Rotationsdruck GmbH). 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. Folge 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.

Die Sanierung der gegenständlichen Beizschlammdeponie stelle jedenfalls einen Teil der unternehmerischen Tätigkeit dar. Der Auftraggeber handle nicht in hoheitlicher Rechtsform. Eine spezifische, originär staatliche Zwecksetzung, die den Auftraggeber von anderen Industrieunternehmen unterscheiden würde oder eine bestimmte gesetzliche

Aufgabenzuweisung gebe es nicht. Die früheren und derzeitigen privatrechtlichen Tätigkeiten des Auftraggebers als "Unternehmer" würden sich in keiner Weise von denen anderer privater Unternehmen insbesondere solcher, die ihre industriellen Tätigkeiten einstellen und ihr Unternehmen liquidieren wollen, unterscheiden. Der Auftraggeber verwalte und verkaufe Grundstücke und Gebäude, führe Altgeschäfte weiter bzw. wickle diese ab, saniere Altlasten und suche dabei wie jeder andere auch um Umweltförderung an. Dabei handle er stets in Gewinnabsicht. Die Pflicht zur Sanierung der gegenständlichen Beizschlammdeponie sei ihm auch nicht spezifisch gesetzlich zugewiesen worden. Die allgemein gesetzliche Pflicht zur Sanierung von Altlasten treffe ihn wie jedes andere privatrechtliche Unternehmen oder sonstige Private auch und zwar allein auf Grund seiner früheren industriellen Tätigkeit. Damit erfülle er jedoch weder eine originär staatliche Aufgabe noch eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge.

Mit dem wasserrechtlichen Bescheid vom 8.6.2005 sei dem Auftraggeber kein behördlicher (besonderer, spezifischer oder ausschließlicher) Auftrag zur Räumung und Sanierung der Beizschlammdeponie erteilt worden. Vielmehr handle es sich dabei lediglich um die wasserrechtliche Bewilligung, um die sich jedes andere "gewöhnliche" Unternehmen im privaten Wirtschaftsverkehr unter den gleichen Bedingungen und unter Tragung der gleichen wirtschaftlichen Risiken wie der Auftraggeber ebenfalls zu bemühen habe.

Dazu komme noch, dass der Auftraggeber ausschließlich gewerbliche Aktivitäten durchführe: Er betreibe Restforderungen aus Liefer- und anderen Kaufverträgen, wickle Gewährleistungsfälle aus Unternehmensverkäufen hinsichtlich ehemaliger Tochtergesellschaften ab oder verkaufe Grundstücke. Die Tätigkeit des Auftraggebers sei dabei an den gleichen wirtschaftlichen Zielsetzungen ausgerichtet, wie die Tätigkeit anderer Wirtschaftsunternehmen auch. Als gewerbliches Unternehmen stehe der Auftraggeber mit anderen Unternehmen im Wettbewerb, er werde ausschließlich von wirtschaftlichen Überlegungen geleitet. Er habe seine Tätigkeit nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erbringen. Der Auftraggeber trage das wirtschaftliche Risiko seiner unternehmerischen Tätigkeit selbst und werde ausschließlich nach wettbewerblichen und wirtschaftlichen Maximen tätig. Die Sanierung der gegenständlichen Deponie sei auch deshalb zweckmäßig, um die umliegenden Liegenschaften des Auftraggebers zu einem höheren Preis, also mit höchstmöglichem Gewinn, verkaufen zu können. Beim Terminus "gewerblicher Art" handle es sich um einen europarechtlichen Begriff, der autonom auszulegen sei. Da eine Begriffsdefinition allein anhand des nationalen Rechts, insbesondere der Gewerbeordnung, unzulässig sei, könne eine bereits zurückgelegte Gewerbeberechtigung jedenfalls kein Kriterium für eine Aufgabe "nicht gewerblicher Art" sein.

Der Auftraggeber legte die Lageberichte, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie die Bilanzen der Schoeller-Bleckmann GmbH der Jahre 1999 bis 2005 vor, welche für die Jahre 1999 bis 2004 Gewinne aufweisen. Im Jahr 2005 ergab sich ein Bilanzverlust, der sich laut Lagebericht im Wesentlichen aus der notwendigen Aufstockung der Rückstellungen für das Sanierungsverfahren betreffend die Beizschlammdeponie ergab. Darüber hinaus wurde der Förderungsvertrag vom 7.7.2005, abgeschlossen zwischen dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft als Förderungsgeber, vertreten durch die H\*\*\*, und dem Auftraggeber als Förderungsnehmer, vorgelegt, wonach die Sanierung der Altlast N54 "Beizschlammdeponie Ternitz" gemäß Umweltförderungsgesetz mit einem Fördersatz von 75,3 % gefördert wird.

Weiters wurde ausgeführt, dass schon zu den Vorgängerregelungen des § 3 Abs 2 BVergG 2006 - § 11 Abs. 3 BVergG 1997 bzw. § 8 Abs. 1 BVergG 2002 - vertreten worden sei, dass diese nur im Oberschwellenbereich zur Anwendung kommen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes zum BVergG 1997 komme es allein darauf an, ob der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreite. So komme es etwa bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nicht darauf an, ob der Auftragswert des damit zusammenhängenden Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte ebenfalls überschreite, sondern allein darauf, ob der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht worden sei. Dementsprechend müsse es für die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Vergabe eines Bauauftrages auch (umgekehrt) darauf ankommen, ob dieser Auftrag den Schwellenwert für Bauaufträge überschreite. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert betrage derzeit Euro 5.278.000,- und werde beim gegenständlichen Bauauftrag nicht überschritten. Art 8 der Richtlinie 2004/18/EG stelle nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt sei. Soweit daher Dienstleistungsaufträge vergeben würden, die im Oberschwellenbereich lägen, mache Art 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liege. Weiters wurde ausgeführt, dass schon zu den Vorgängerregelungen des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 -



Paragraph 11, Absatz 3, BVergG 1997 bzw. Paragraph 8, Absatz eins, BVergG 2002 - vertreten worden sei, dass diese nur im Oberschwellenbereich zur Anwendung kommen. Nach der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes zum BVergG 1997 komme es allein darauf an, ob der konkret vergebene Auftrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert überschreite. So komme es etwa bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nicht darauf an, ob der Auftragswert des damit zusammenhängenden Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte ebenfalls überschreite, sondern allein darauf, ob der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht worden sei. Dementsprechend müsse es für die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Vergabe eines Bauauftrages auch (umgekehrt) darauf ankommen, ob dieser Auftrag den Schwellenwert für Bauaufträge überschreite. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert betrage derzeit Euro 5.278.000,-- und werde beim gegenständlichen Bauauftrag nicht überschritten.

Artikel 8, der Richtlinie 2004/18/EG stelle nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt sei. Soweit daher Dienstleistungsaufträge vergeben würden, die im Oberschwellenbereich lägen, mache Artikel 8, Absatz 2, der Richtlinie 2004/18/EG die Anwendung der Vergabebestimmungen ausdrücklich davon abhängig, dass auch der mit der Dienstleistung im Zusammenhang stehende Bauauftrag oberhalb des für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwertes liege.

Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 3 Abs. 2 BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher im gegenständlichen Fall nicht zuständig, zumal der Auftraggeber das gegenständliche Vorhaben zulässigerweise getrennt vom Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" ausgeschrieben habe. Da es sich um zwei unterschiedliche und getrennt zu behandelnde Vorhaben handle, seien auch nicht sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes miteinzubeziehen. Der Auftraggeber habe seiner Entscheidung für eine Teilvergabe sachlich begründbare wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte zugrunde gelegt. Neben dem besonderen Umfang der gegenständlichen Leistungen und der Tatsache, dass es sich um Leistungen gänzlich unterschiedlicher Wirtschaftszweige handle, sprächen aber insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte für eine getrennte Vergabe. Im Falle einer Gesamtausschreibung der Leistungen käme es - insbesondere unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur in Österreich - zu einer unsachlichen Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen. Kleinere Bieter würden vor der Teilnahme an großen Vergabeverfahren oft zurückschrecken. Eine Gesamtausschreibung hätte damit eine deutliche Verringerung des Bieterkreises und damit auch eine Einschränkung des Wettbewerbs unter den Bietern zur Folge. Es gebe kaum Unternehmen, die im Falle einer Gesamtausschreibung an einer solchen teilnehmen könnten und sowohl die Leistungen für Aushub und Transport als auch die Entsorgungsleistungen von kontaminierten Materialien anbieten könnten. Der Auftraggeber habe auch deshalb die getrennte Vergabe gewählt, weil durch einen größeren Wettbewerb unter den (dann zahlreicheren) Bietern ein günstigerer Preis erzielt werden könne. Im Falle einer Gesamtausschreibung könnten kleinere und mittlere Unternehmen - wenn überhaupt - nur durch Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften am Vergabeverfahren teilnehmen und ein Angebot abgeben. In diesem Fall müssten die unterschiedlichen Leistungen der Mitglieder dieser Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft koordiniert werden, wodurch erst recht wieder ein höherer Koordinationsaufwand entstehe.

Bei richtlinienkonformer Auslegung des Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 sei das Bundesvergabeamt daher im gegenständlichen Fall nicht zuständig, zumal der Auftraggeber das gegenständliche Vorhaben zulässigerweise getrennt vom Vorhaben "Entsorgung von kontaminierten Materialien" ausgeschrieben habe. Da es sich um zwei unterschiedliche und getrennt zu behandelnde Vorhaben handle, seien auch nicht sämtliche Gewerke bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes miteinzubeziehen. Der Auftraggeber habe seiner Entscheidung für eine Teilvergabe sachlich begründbare wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte zugrunde gelegt. Neben dem besonderen Umfang der gegenständlichen Leistungen und der Tatsache, dass es sich um Leistungen gänzlich unterschiedlicher Wirtschaftszweige handle, sprächen aber insbesondere wirtschaftliche Gesichtspunkte für eine getrennte Vergabe. Im Falle einer Gesamtausschreibung der Leistungen käme es - insbesondere unter Berücksichtigung der Unternehmensstruktur in Österreich - zu einer unsachlichen Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen. Kleinere Bieter würden vor der Teilnahme an großen Vergabeverfahren oft zurückschrecken. Eine Gesamtausschreibung hätte damit eine deutliche Verringerung des Bieterkreises und damit auch eine Einschränkung des Wettbewerbs unter den Bietern zur Folge. Es gebe kaum Unternehmen, die im Falle einer Gesamtausschreibung an einer solchen teilnehmen könnten und sowohl die Leistungen für Aushub und Transport als auch die Entsorgungsleistungen von kontaminierten Materialien anbieten könnten. Der Auftraggeber habe auch deshalb die getrennte Vergabe gewählt, weil durch einen größeren Wettbewerb unter den (dann zahlreicheren)

Bieter ein günstigerer Preis erzielt werden könne. Im Falle einer Gesamtausschreibung könnten kleinere und mittlere Unternehmen - wenn überhaupt - nur durch Bildung von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften am Vergabeverfahren teilnehmen und ein Angebot abgeben. In diesem Fall müssten die unterschiedlichen Leistungen der Mitglieder dieser Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft koordiniert werden, wodurch erst recht wieder ein höherer Koordinationsaufwand entstehe.

Des Weiteren sei die Festlegung auf Seite 11 im Anschluss an die Tabelle 2, dass das Fehlen von jeweils auch nur einer der Unterlagen nach den Punkten 1, 3 (im Falle einer Bietergemeinschaft), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 und 13 der Tabelle einen nicht behebbaren Mangel darstelle und zum Ausscheiden des Angebotes führe, bereits zur Gänze gestrichen worden.

In der mündlichen Verhandlung am 3.7.2006, bot der Geschäftsführer der Auftraggeberin, B\*\*\*, einen kurzen Abriss über die Unternehmensgeschichte der Schoeller-Bleckmann GmbH: Diese sei 1863 gegründet, 1975 mit der G\*\*\* fusioniert worden und trete seit 1988 wiederum als eigenständiges Unternehmen auf. Mit dem Privatisierungsauftrag der ÖIAG Ende 1989 habe die Ausgliederung der operativen Betriebsteile (insbesondere Edelstahlrohr und Ölfeld) begonnen, die Schoeller-Bleckmann GmbH habe die Funktion der Muttergesellschaft übernommen. Seit 1995 sei die Schoeller-Bleckmann GmbH nicht mehr operativ tätig, es obliege ihr seit diesem Jahr die Abwicklung der Altgeschäfte, das Eintreiben von Restpreisforderungen, die Abwicklung von Gewährleistungsfällen sowie die Verwertung von Grundstücken und Hallen. Hinsichtlich der Verwertung von Grundstücken obliege der Schoeller-Bleckmann GmbH zum jetzigen Zeitpunkt nur mehr die Verwertung von zwei Liegenschaften, nämlich einer unbebauten sowie einer bebauten Liegenschaft mit Halle. Die Produktion sei ab der Gründung der jeweiligen Tochtergesellschaften durch diese Töchter erfolgt, welche nur neue Verträge abgeschlossen hätten. Der Gewinn und das Risiko von Altgeschäften seien bei der Schoeller-Bleckmann GmbH als Vertragspartner des jeweiligen Kunden geblieben. 1995 habe die Schoeller-Bleckmann GmbH die in ihrem Eigentum stehenden Geschäftsanteile der F\*\*\* an zwei Gesellschaften verkauft, von denen eine die Grundstücke (eines sei jenes gewesen, auf dem sich die Beizschlammdeponie N54 befindet) gekauft, die andere den Betrieb übernommen habe.

Der rechtsfreundliche Auftraggebervertreter legte zum Verständnis über die Verpflichtung des Auftraggebers zur Sanierung der Altlast, welche sich nunmehr auf fremdem Grund befindet, einen Auszug des Abtretungsvertrages zwischen der Schoeller-Bleckmann GmbH und der 1. C\*\*\*, 2. D\*\*\* vor, worin sich die Schoeller-Bleckmann GmbH gegenüber den Käufern zur Sanierung der Altlast N54 verpflichtet habe. B\*\*\* führte aus, durch die Übernahme der Sanierungspflicht der Deponie habe ein höherer Kaufpreis erzielt werden können. Ebenso könne durch die Sanierung der Beizschlammdeponie auch ein höherer Preis bei der Veräußerung der noch zu verkaufenden Liegenschaften, welche im Eigentum der Schoeller-Bleckmann GmbH stünden, erzielt werden.

Wenn gleich sich die Schoeller-Bleckmann GmbH gesellschaftsrechtlich nicht im Liquidationsstadium befinde, entsprächen jedoch faktisch deren Tätigkeiten denen einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft.

Die Tätigkeit der Schoeller-Bleckmann GmbH sei nach wie vor auf Gewinnerzielung gerichtet. B\*\*\* stellte klar, dass allfällige Verluste von der Schoeller-Bleckmann GmbH zu tragen seien, es gäbe keine Ausgleichszahlungen von Seiten der ÖIAG, die Tätigkeit der Schoeller-Bleckmann GmbH sei an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet. Als Unternehmensziel sei jedenfalls die Erzielung von Gewinn zu definieren. B\*\*\* bestätigte, dass die Schoeller-Bleckmann GmbH nicht in hoheitlicher Rechtsform handle.

Der Antragstellervertreter bestritt eine Sanierungspflicht des Auftraggebers gemäß § 5 des Abtretungsvertrages als Ausfluss einer ehemals gewerblichen Tätigkeit. Vielmehr sei eine Schad- und Klaglosstellung für Umweltschäden vereinbart worden. Damit werde jedoch nur ein behördlicher Auftrag vorweggenommen, wodurch die Sachlage nicht anders beurteilt werden könne, als wenn ein behördlicher Auftrag zur Sanierung tatsächlich ergangen wäre. B\*\*\* erwiderte, dass nach dem ALSAG die Sanierungspflicht den Verursacher treffe, somit die Schoeller-Bleckmann GmbH. Der rechtsfreundliche Auftraggebervertreter ergänzte, dass, bevor die Schoeller-Bleckmann GmbH den Käufern des X-Werks schadenersatzpflichtig werde, diese sich eben selbst um die Sanierung der Deponie bemüht habe. Das ALSAG sehe eine grundsätzliche gesetzliche Verpflichtung des Verursachers bzw. Grundeigentümers zur Altlastensanierung vor. Nur dann, wenn dieser seiner allgemein gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkomme, könnten behördliche Zwangsmaßnahmen (Geldstrafe, Ersatzvornahmen) greifen. Der Antragstellervertreter bestritt eine Sanierungspflicht des Auftraggebers gemäß Paragraph 5, des Abtretungsvertrages als Ausfluss einer ehemals gewerblichen Tätigkeit. Vielmehr sei eine Schad- und Klaglosstellung für Umweltschäden vereinbart worden. Damit werde jedoch nur ein behördlicher Auftrag vorweggenommen, wodurch die Sachlage nicht anders beurteilt werden könne, als wenn ein

behördlicher Auftrag zur Sanierung tatsächlich ergangen wäre. B\*\*\* erwiderte, dass nach dem ALSAG die Sanierungspflicht den Verursacher treffe, somit die Schoeller-Bleckmann GmbH. Der rechtsfreundliche Auftraggebervertreter ergänzte, dass, bevor die Schoeller-Bleckmann GmbH den Käufern des X-Werks schadenersatzpflichtig werde, diese sich eben selbst um die Sanierung der Deponie bemüht habe. Das ALSAG sehe eine grundsätzliche gesetzliche Verpflichtung des Verursachers bzw. Grundeigentümers zur Altlastensanierung vor. Nur dann, wenn dieser seiner allgemein gesetzlichen Verpflichtungen nicht nachkomme, könnten behördliche Zwangsmaßnahmen (Geldstrafe, Ersatzvornahmen) greifen.

Der Zeuge E\*\*\* führte in der mündlichen Verhandlung aus, der geschätzte Auftragswert betrage für die Leistung "Entsorgung von kontaminierten Materialien" 12 Mio. Euro, für die Leistung "Aushub" 1,6 Mio. Euro und für die Leistung "Baustelleninfrastruktur" 600.000,-- Euro. Ziel des Vorhabens "Sanierung" sei die Entsorgung der kontaminierten Materialien gemäß den gesetzlichen Bestimmungen. Andernfalls werde ja nur eine neue Altlast geschaffen.

Der in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Abtretungsvertrag vom 14.4.1995 bestimmt in seinem § 5 (Schad- und Klagloshaltung) Folgendes: Der in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Abtretungsvertrag vom 14.4.1995 bestimmt in seinem Paragraph 5, (Schad- und Klagloshaltung) Folgendes:

"(1) Die Verkäuferin verpflichtet sich, F\*\*\* für alle Umweltnachteile iS des Abs 2, die sich innerhalb des in Abs 3 festgelegten Zeitraums ergeben, in dem in diesem § 5 festgelegten Umfang schad- und klaglos zu halten." (1) Die Verkäuferin verpflichtet sich, F\*\*\* für alle Umweltnachteile iS des Absatz 2,, die sich innerhalb des in Absatz 3, festgelegten Zeitraums ergeben, in dem in diesem Paragraph 5, festgelegten Umfang schad- und klaglos zu halten.

(2) Umweltnachteile sind alle Zahlungen, die F\*\*\* leisten muss, um Umweltbeeinträchtigungen aufgrund verwaltungs- oder zivilrechtlicher Verpflichtungen zu beseitigen oder dadurch entstandene Schäden Dritten zu ersetzen.

(3) a) Die Verpflichtung der Verkäuferin, F\*\*\* für alle Umweltnachteile schad- und klaglos zu halten, gilt nur für jene Umweltnachteile, hinsichtlich derer vor Ablauf von 15 Jahren nach dem Stichtag (§ 10) ein Verwaltungsverfahren oder ein zivilgerichtliches Verfahren im Sinne des Abs (2) eingeleitet wurde oder wird. (3) a) Die Verpflichtung der Verkäuferin, F\*\*\* für alle Umweltnachteile schad- und klaglos zu halten, gilt nur für jene Umweltnachteile, hinsichtlich derer vor Ablauf von 15 Jahren nach dem Stichtag (Paragraph 10,) ein Verwaltungsverfahren oder ein zivilgerichtliches Verfahren im Sinne des Abs (2) eingeleitet wurde oder wird.

b) Die Käufer haben

- zu beweisen, dass der Umweltnachteil aufgrund einer Handlung oder Unterlassung der Gesellschaft oder deren Rechtsvorgänger vor dem Stichtag entstanden ist; dies gilt nicht für das anhängige Verfahren betreffend Beizschlammdeponie,.....

- einen Kostenbeitrag von 30 % (dreißig Prozent) des Anspruchsbetrags, höchstens jedoch S 10.000.000,-- (Schilling zehn Millionen), als Selbstbehalt zu tragen; dies gilt nicht für das anhängige Verfahren betreffend Beizschlammdeponie und....."

§ 9 (Stichtag) lautet: Paragraph 9, (Stichtag) lautet:

"(1) Stichtag für den Übergang des Geschäftsanteils ist der 1.1.1995 [...]"

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zu Spruchpunkt I.: römisch eins. Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers ist § 3 BVergG 2006. Gemäß § 3 Abs 1 BVergG 2006 gilt das BVergG 2006 mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers ist Paragraph 3, BVergG 2006. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006 gilt das BVergG 2006 mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. 1.Ziffer eins  
der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie
2. 2.Ziffer 2  
Einrichtungen, die
  1. a)Litera a  
zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
  2. b)Litera b  
zumindest teilrechtsfähig ist und
  3. c)Litera c  
überwiegend von einem Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 oder anderen Einrichtungen iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 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 iSd Z 2 ernannt worden sind, überwiegend von einem Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 oder anderen Einrichtungen iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 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 iSd Ziffer 2, ernannt worden sind,
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.

Da die Schoeller-Bleckmann GmbH weder unter die Z 1 noch unter die Z 3 des § 3 Abs 1 BVergG fällt, ist in der gegenständlichen Fallkonstellation zunächst zu prüfen, ob die Schoeller-Bleckmann GmbH, welche im alleinigen Eigentum der ÖIAG steht, deren Alleinaktionärin ihrerseits wiederum die Republik Österreich ist, die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 Z 2 leg.cit, der inhaltlich unverändert § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 entspricht, erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung (vgl dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des § 3 BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH (RV 1171 BlgNR 22. GP 22ff). Da die Schoeller-Bleckmann GmbH weder unter die Ziffer eins, noch unter die Ziffer 3, des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG fällt, ist in der gegenständlichen Fallkonstellation zunächst zu prüfen, ob die Schoeller-Bleckmann GmbH, welche im alleinigen Eigentum der ÖIAG steht, deren Alleinaktionärin ihrerseits wiederum die Republik Österreich ist, die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, leg.cit, der inhaltlich unverändert Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 entspricht, erfüllt. Durch die Übernahme der Terminologie des Gemeinschaftsrechts in die genannte Gesetzesbestimmung vergleiche dazu insbesondere RL 2004/17/EG; 2004/18/EG) wird die klare Intention des Gesetzgebers dokumentiert, den Anwendungsbereich des BVergG 2006 mit jenem der Richtlinien gleich zu gestalten. Daraus folgt zwingend eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation des Paragraph 3, BVergG 2006 sowie eine Orientierung an der Judikatur des EuGH Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 22ff).

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng institutionellen, sondern im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Truley); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. 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 22. 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/Fruhmam/Thienel, § 7 Rz 4; Potacs, Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2002 in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 47]. Dementsprechend hält der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Zweck der Richtlinien ua darin besteht, 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 [vgl. EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01, Rz 52 (Korhonen) mwN]. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers iSd BVergG 2006 ist grundsätzlich nicht im streng

institutionellen, sondern im funktionalen Sinne zu verstehen [EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96 (BFI-Holding); 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003, Rs C-373/00 (Truley); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen)]. 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. Regierungsvorlage 1171 BlgNR 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]. Dementsprechend hält der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Zweck der Richtlinien ua darin besteht, 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 [vgl. EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01, Rz 52 (Korhonen) mwN].

Ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG hat kumulativ die og drei Voraussetzungen zu erfüllen. Die Richtlinien 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 Anbetracht der Ziele der Gemeinschaftsrichtlinien über die Koordinierung der Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber - nämlich Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz - ist von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen [EuGH vom 17.2.2003, Rs C- 373/00 (Truley), Rz 40, 43]. Der EuGH erstreckt dieses demzufolge über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen [EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)]. Die Materialien zum BVergG definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem "Handeln in hoheitlicher Rechtsform" ein Allgemeininteresse 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 (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 Kommentar, § 7, Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch 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 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering AG). 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 Vergabe-RL 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).

Ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG hat kumulativ die og drei Voraussetzungen zu erfüllen. Die Richtlinien 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 Anbetracht der Ziele der Gemeinschaftsrichtlinien über die Koordinierung der Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber - nämlich Öffnung für den Wettbewerb und Transparenz - ist von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen [EuGH vom 17.2.2003, Rs C- 373/00 (Truley), Rz 40, 43]. Der EuGH erstreckt dieses demzufolge über die Besorgung genuin öffentlicher Interessen auch auf Tätigkeiten, die geeignet sind, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele des Staates zu verwirklichen [EuGH vom 22.5.2003, Rs C-18/01 (Korhonen)]. Die Materialien zum BVergG definieren "im Allgemeininteresse liegende Aufgaben" als einen "gewissen Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge), die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird" und sehen bei einem "Handeln in hoheitlicher Rechtsform" ein Allgemeininteresse 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 vergleiche Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002 Kommentar, Paragraph 7., Rz 42). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch 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 12.12.2002, Rs C-470/99, Universale Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering AG). 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 Vergabe-RL 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). Der EuGH hat in seinen Urteilen vom 22.5.2003, Rs C-18/01, sowie vom 16.10.2003, Rs C-283/00, festgehalten, dass Einrichtungen, die unter normalen Marktbedingungen tätig sind, Gewinnerzielungsabsicht haben und die mit Ihrer Tätigkeit verbundenen Verluste tragen, keine nichtgewerblichen Aufgaben ausüben. Im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Zwecks ist es als maßgeblich anzusehen, dass die Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, dass sich fragliche Einrichtungen von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen (EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01).

Der EuGH hat das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen - also von Abfällen der Einwohner einer Gemeinde - als eine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe qualifiziert, da es sich dabei um eine Aufgabe handelt, die der Staat traditionellerweise selbst erfüllen oder bei der er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96). Demgegenüber kann laut GA Alber (Rs C-470/99) 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 (vgl. Heid in Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> [2005] 41 Fn 183). Der EuGH hat außerdem 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 nichtgewerblicher Art vor (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96). Laut § 3 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand des Unternehmens 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 Ausführungen des B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass die Schoeller-Bleckmann GmbH seit dem Jahre 1995 nicht mehr operativ tätig ist; seit diesem Jahr obliegt ihr nur mehr die Abwicklung der Altgeschäfte, das Eintreiben von Restpreisforderungen, die Abwicklung von Gewährleistungsfällen sowie die Verwertung von Grundstücken und Hallen. Hinsichtlich der Verwertung von Grundstücken obliegt der Schoeller-Bleckmann GmbH derzeit nur mehr die Verwertung von zwei Liegenschaften, nämlich einer unbebauten sowie einer mit einer Halle bebauten Liegenschaft. 1995 verkaufte der Auftraggeber die in seinem Eigentum stehenden Geschäftsanteile an der F\*\*\* an zwei Gesellschaften, eine kaufte die Grundstücke (eines war jenes, auf dem sich die Beizschlammdeponie Ternitz befindet), die andere übernahm den Betrieb. Der EuGH hat das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen - also von Abfällen der Einwohner einer Gemeinde - als eine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe qualifiziert, da es sich dabei um eine Aufgabe handelt, die der Staat traditionellerweise selbst erfüllen oder bei der er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte (EuGH 10.11.1998, Rs C-360/96). Demgegenüber kann laut GA Alber (Rs C-470/99) 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 vergleiche Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>2</sup> [2005] 41 Fn 183). Der EuGH hat außerdem 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 nichtgewerblicher Art vor (EuGH vom 15.1.1998, Rs C-44/96). Laut Paragraph 3, Absatz eins, des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand des Unternehmens 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 Ausführungen des B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass die Schoeller-Bleckmann GmbH seit dem Jahre 1995 nicht mehr operativ tätig ist; seit diesem Jahr obliegt ihr nur mehr die Abwicklung der Altgeschäfte, das Eintreiben von Restpreisforderungen, die Abwicklung von Gewährleistungsfällen sowie die Verwertung von Grundstücken und Hallen. Hinsichtlich der Verwertung von Grundstücken obliegt der Schoeller-Bleckmann GmbH derzeit nur mehr die Verwertung von zwei Liegenschaften, nämlich einer unbebauten sowie einer mit einer Halle bebauten Liegenschaft. 1995 verkaufte der Auftraggeber die in seinem Eigentum stehenden Geschäftsanteile an der F\*\*\* an zwei Gesellschaften, eine kaufte die Grundstücke (eines war jenes, auf dem sich die Beizschlammdeponie Ternitz befindet), die andere übernahm den Betrieb.

Der Auftraggeber handelt nicht in hoheitlicher Rechtsform, weswegen die Verwirklichung eines Allgemeininteresses nicht jedenfalls zu vermuten ist. Überdies müsste eine spezifische, originär staatliche Zwecksetzung, die den Auftraggeber von anderen Industrieunternehmen unterscheiden würde, oder eine bestimmte gesetzliche Aufgabenzuweisung hinzutreten, was jedoch im gegenständlichen Fall nicht vorliegt.

Bei der Altlastensanierung stellen sich nicht nur technische, sondern vor allem auch finanzielle Probleme. Der Verursacher ist häufig nicht mehr greifbar oder finanziell zur Sanierung nicht in der Lage, sodass letztlich die öffentliche Hand die Sanierung vornehmen und finanzieren muss. Einige Rechtsvorschriften wälzen die Ersatzpflicht für Sanierungskosten auf den Liegenschaftseigentümer ab, und zwar zum Teil unabhängig davon, ob dieser der Verursacher der Altlast ist. Es empfiehlt sich daher, schon vor Vertragsabschluss sorgfältige Erhebungen anzustellen. Wegen der Regelungen des SAG, AISAG und WRG sollte dem Verkäufer der Liegenschaft eine entsprechende Gewährleistungspflicht unter Verlängerung der Gewährleistungsfrist bzw. Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung auferlegt werden (vgl. Schröfl, ecolex 1990, 257). Bei der Altlastensanierung stellen sich nicht nur technische, sondern vor allem auch finanzielle Probleme. Der Verursacher ist häufig nicht mehr greifbar oder finanziell zur Sanierung nicht in der Lage, sodass letztlich die öffentliche Hand die Sanierung vornehmen und finanzieren muss. Einige Rechtsvorschriften wälzen die Ersatzpflicht für Sanierungskosten auf den Liegenschaftseigentümer ab, und zwar zum Teil unabhängig davon, ob dieser der Verursacher der Altlast ist. Es empfiehlt sich daher, schon vor Vertragsabschluss sorgfältige Erhebungen anzustellen. Wegen der Regelungen des SAG, AISAG und WRG sollte dem Verkäufer der Liegenschaft eine entsprechende Gewährleistungspflicht unter Verlängerung der Gewährleistungsfrist bzw. Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung auferlegt werden vergleiche Schröfl, ecolex 1990, 257).

Gemäß § 5 des Abtretungsvertrages vom 14.4.1995, verpflichtet sich die Schöller-Bleckmann Gesellschaft m.b.H., F\*\*\* hinsichtlich aller Umweltnachteile, das sind alle Zahlungen, die F\*\*\* leisten muss, um Umweltbeeinträchtigungen aufgrund verwaltungs- oder zivilrechtlicher Verpflichtungen zu beseitigen oder dadurch entstandene Schäden Dritter zu ersetzen, hinsichtlich derer vor Ablauf von 15 Jahren nach dem 1.1.1995 ein dementsprechendes Verwaltungsverfahren oder ein zivilgerichtliches Verfahren eingeleitet wurde oder wird, schad- und klaglos zu halten. Für das anhängige Verfahren betreffend Beizschlammdeponie haben die Käufer keinen Kostenbeitrag zu tragen. Gemäß Paragraph 5, des Abtretungsvertrages vom 14.4.1995, verpflichtet sich die Schöller-Bleckmann Gesellschaft m.b.H., F\*\*\* hinsichtlich aller Umweltnachteile, das sind alle Zahlungen, die F\*\*\* leisten muss, um Umweltbeeinträchtigungen aufgrund verwaltungs- oder zivilrechtlicher Verpflichtungen zu beseitigen oder dadurch entstandene Schäden Dritter zu ersetzen, hinsichtlich derer vor Ablauf von 15 Jahren nach dem 1.1.1995 ein

dementsprechendes Verwaltungsverfahren oder ein zivilgerichtliches Verfahren eingeleitet wurde oder wird, schad- und klaglos zu halten. Für das anhängige Verfahren betreffend Beizschlammdeponie haben die Käufer keinen Kostenbeitrag zu tragen.

Mit der Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gewährleistet die Schöller-Bleckmann GmbH dem Käufer, dass ihm keinerlei Schäden aus dem Erwerb der Liegenschaft entstehen. Dass das Werksgelände, auf dem sich die Beizschlammdeponie Ternitz befindet, kontaminiert ist, ist seit langem bekannt. Dass daher aufgrund des geltenden Umweltrechts eine Sanierung vorzunehmen sein wird, war sowohl dem Verkäufer als auch dem Käufer bewusst. Einen allfälligen dahin gehenden behördlichen Auftrag hat der Auftraggeber somit vorweggenommen. Er führt die Sanierung im eigenen Namen und auf eigene Kosten durch, um dem Käufer keinen Schaden entstehen zu lassen und kommt damit auch der auf dem Abtretungsvertrag basierenden Verpflichtung nach. Letztendlich resultiert jedoch die Verpflichtung aus dem Abtretungsvertrag aus umweltrechtlichen Bestimmungen. Die zu entsorgenden Materialien wurden auf dem ehemaligen Werksgelände der Schöller-Bleckmann GmbH deponiert. Mit der Beantragung der wasserrechtlichen Bewilligung zur Vornahme der Sanierung der Deponie kommt der Auftraggeber somit der ihn als Verursacher primär treffenden Verpflichtung zur Reinhaltung der Gewässer nach (vgl. § 31 Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 1959/215 idgF). Mit der Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gewährleistet die Schöller-Bleckmann GmbH dem Käufer, dass ihm keinerlei Schäden aus dem Erwerb der Liegenschaft entstehen. Dass das Werksgelände, auf dem sich die Beizschlammdeponie Ternitz befindet, kontaminiert ist, ist seit langem bekannt. Dass daher aufgrund des geltenden Umweltrechts eine Sanierung vorzunehmen sein wird, war sowohl dem Verkäufer als auch dem Käufer bewusst. Einen allfälligen dahin gehenden behördlichen Auftrag hat der Auftraggeber somit vorweggenommen. Er führt die Sanierung im eigenen Namen und auf eigene Kosten durch, um dem Käufer keinen Schaden entstehen zu lassen und kommt damit auch der auf dem Abtretungsvertrag basierenden Verpflichtung nach. Letztendlich resultiert jedoch die Verpflichtung aus dem Abtretungsvertrag aus umweltrechtlichen Bestimmungen. Die zu entsorgenden Materialien wurden auf dem ehemaligen Werksgelände der Schöller-Bleckmann GmbH deponiert. Mit der Beantragung der wasserrechtlichen Bewilligung zur Vornahme der Sanierung der Deponie kommt der Auftraggeber somit der ihn als Verursacher primär treffenden Verpflichtung zur Reinhaltung der Gewässer nach vergleiche Paragraph 31, Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 1959/215 idgF).

Diese (letztlich) allgemeingesetzliche Pflicht zur Sanierung von Altlasten trifft den Auftraggeber wie jedes andere privatrechtliche Unternehmen (oder sonstige Private) auch, und zwar allein aufgrund seiner früheren industriellen Tätigkeit. Die Sanierung erfolgt insofern zum Zweck der ordnungsgemäßen Abwicklung eines ehemaligen Industriebetriebes und ist damit notwendiger "Ausfluss" der bisherigen gewerblichen Tätigkeit, die im Unternehmensgegenstand "Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte" Deckung findet. Es mangelt daher an der besonderen im Allgemeininteresse liegenden Zweckgebung dieser Aufgabenerfüllung.

Der Auftraggeber kommt mit der Sanierung der Altlast einer gesetzlichen Verpflichtung nach, die ihn auf Grund umweltrechtlicher - und somit 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. Der Auftraggeber entsorgt - anders als ein Unternehmen, das für die öffentliche Hand die Müllentsorgung für die "Gemeinschaft" (zB eine Gemeinde) übernimmt - nur den selbst verursachten Müll, weshalb er nach Ansicht des erkennenden Senates weder eine "originär staatliche" Aufgabe noch eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, dies wäre etwa beim Betrieb einer Hauptkläranlage oder bei der Behandlung von Haushaltsabfällen für die "Gemeinschaft" der Fall, erfüllt. Auch der Umstand, dass der mit der Tätigkeit des Auftraggebers erwirtschaftete Gewinn (aus dem Verkauf von Grundstücken und Gebäuden, Abwicklung von Verträgen usw.) letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht aus (siehe EBRV 1171 BldNR XXII. GP 23). Der Auftraggeber kommt mit der Sanierung der Altlast einer gesetzlichen Verpflichtung nach, die ihn auf Grund umweltrechtlicher - und somit 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. Der Auftraggeber entsorgt - anders als ein Unternehmen, das für die öffentliche Hand die Müllentsorgung für die "Gemeinschaft" (zB eine Gemeinde) übernimmt - nur den selbst verursachten Müll, weshalb er nach Ansicht des erkennenden Senates weder eine "originär staatliche" Aufgabe noch eine besondere Pflicht im Bereich der Daseinsvorsorge, dies wäre etwa beim Betrieb einer Hauptkläranlage oder bei



der Behandlung von Haushaltsabfällen für die "Gemeinschaft" der Fall, erfüllt. Auch der Umstand, dass der mit der Tätigkeit des Auftraggebers erwirtschaftete Gewinn (aus dem Verkauf von Grundstücken und Gebäuden, Abwicklung von Verträgen usw.) letztlich dem Staat als Eigentümer der Gesellschaft (in einem weiteren Sinne) zugute kommt, reicht für die Annahme eines Allgemeininteresses nicht aus (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 23). Das Bundesvergabeamt hat in seinem Bescheid vom 27.8.1999, GZ N- 33/99-12, in welchem es zwar grundsätzlich um die Frage ging, ob die Vergaberichtlinien mangels rechtzeitiger Umsetzung in innerstaatliches Recht zu Lasten des Auftraggebers (es handelte sich um die Bleiberger Bergwerks-Union AG, deren Anteile im Wege mehrerer Beteiligungsgesellschaften zwar im staatlichen Eigentum standen, die aber ansonsten keinerlei staatlicher Aufsicht unterlag) aufgrund seines Naheverhältnisses zum Staat unmittelbare Wirkung entfalten können, Folgendes festgestellt: "[...] Aus der Stellungnahme des Auftraggebers ergibt sich weiters, dass der Auftraggeber ein in Liquidation befindliches Bergwerksunternehmen ist, das lediglich über Berechtigungen nach dem Berggesetz, nicht aber über besondere oder ausschließliche Rechte, wie etwa ein staatlich gewährtes Versorgungsmonopol oder ähnliches verfügt. Keinesfalls kann die Verpflichtung des Auftraggebers zur Beachtung der ihn als Bergwerksunternehmen treffenden umweltrechtlichen Vorschriften als Betrauung mit der Erbringung einer Dienstleistung im öffentlichen Interesse unter der Aufsicht des Staates gewertet werden, da es sich eben hier nicht um besondere Vorrechte gegenüber anderen, sondern vielmehr um allgemeine aus der Rechtsordnung abzuleitende Verpflichtungen handelt. [...]"

Das Bundesvergabeamt hat somit in obzitiertem Bescheid zum Ausdruck gebracht, dass die Verpflichtung zur Beachtung allgemeiner, aus der Rechtsordnung abzuleitender umweltrechtlicher Vorschriften nicht als besonderer Zweck des Auftraggebers, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, gewertet werden kann.

Wie sich aus den Ausführungen des GF B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ergibt, sind die Tätigkeiten der Schoeller-Bleckmann GmbH nach wie vor auf Gewinnerzielung gerichtet, allfällige Verluste sind ebenfalls von der Schoeller-Bleckmann GmbH zu tragen. Des Weiteren gibt es auch keine Ausgleichszahlungen von Seiten der ÖIAG. Die Tätigkeit der Schoeller-Bleckmann GmbH ist an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet. Diese Ausführungen werden auch durch die vorgelegten Lageberichte, Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen des Auftraggebers 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. Darüber hinaus hat der Auftraggeber - wie es jeder andere auch tun kann - um Umweltförderung angesucht. Durch die Förderungsgewährung kann der Auftraggeber einerseits seine Kosten reduzieren, andererseits hat er jedoch den darüber hinaus gehenden Aufwand aus Eigenem zu tragen und trägt somit das finanzielle Risiko.

Darüber hinaus wird auch die Sanierung der Beizschlammdeponie in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen, durchgeführt. Wie der GF B\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ausführte, konnte einerseits durch die Übernahme der Sanierungspflicht der Deponie ein höherer Kaufpreis für diese Liegenschaft erzielt werden, bzw. ist andererseits davon auszugehen, dass auch ein höherer Preis bei der Veräußerung der noch zu verkaufenden Liegenschaften, welche im Eigentum der Schoeller-Bleckmann GmbH stehen, erzielt werden kann. Es besteht kein Zweifel, 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- und Industrieunternehmens kann insofern auch bei einem stillgelegten Unternehmen nicht in Frage gestellt werden.

Der Auftraggeber erfüllt somit den Tatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 nicht, weshalb weiters zu prüfen ist, ob § 3 Abs 2 leg.cit. zur Anwendung gelangt: Der Auftraggeber erfüllt somit den Tatbestand des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht, weshalb weiters zu prüfen ist, ob Paragraph 3, Absatz 2, leg.cit. zur Anwendung gelangt: Gemäß § 3 Abs 2 BVergG 2006 gelten, 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 50% direkt subventionieren, bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes. Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2006 gelten, 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 50% direkt subventionieren, bei

der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles dieses Bundesgesetzes.

Damit die Bestimmungen des 1., 2. und 4. bis 6. Teiles des BVergG zur Anwendung kommen können, muss somit ein Auftraggeber im Oberschwellenbereich einer Einrichtung, die kein Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 ist, Bauaufträge über Tiefbauarbeiten im Sinne des Anhangs I oder Bauaufträge im Sinne des Anhangs II oder in Verbindung mit solchen Bauaufträgen vergebene Dienstleistungsaufträge zu mehr als 50% direkt subventionieren. Laut Förderungsvertrag vom 7.7.2005, abgeschlossen zwischen dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft als Förderungsgeber, vertreten durch die H\*\*\*, und dem Auftraggeber als

Förderungsnehmer, wird das gegenständliche Projekt gemäß Umweltförderungsgesetz mit einem Fördersatz von 75,3 % gefördert. Art 8 der RL 2004/18/EG stellt nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt ist. Soweit Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die ohnehin bereits im OSB liegen, macht Art 8 Abs 2 VergabeRL 2004 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). Der Auftraggeber hat die Leistungen zur "Sanierung der Beizschlammdeponie" in mehreren "Gewerken", und zwar 1.) Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellung; 2.) Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien; 3.) Entsorgung der Abfälle, ausgeschrieben, die separat vergeben werden sollen. Förderungsnehmer, wird das gegenständliche Projekt gemäß Umweltförderungsgesetz mit einem Fördersatz von 75,3 % gefördert. Artikel 8, der RL 2004/18/EG stellt nunmehr klar, dass das Überschreiten des jeweils relevanten Schwellenwertes sowohl hinsichtlich der vergebenen Bauaufträge als auch hinsichtlich der verbundenen Dienstleistungsaufträge vorausgesetzt ist. Soweit Dienstleistungsaufträge vergeben werden, die ohnehin bereits im OSB liegen, macht Artikel 8, Absatz 2, VergabeRL 2004 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). Der Auftraggeber hat die Leistungen zur "Sanierung der Beizschlammdeponie" in mehreren "Gewerken", und zwar 1.) Baustelleninfrastruktur und Wiederherstellung; 2.) Aushub, Verladung und Transport von kontaminierten Materialien; 3.) Entsorgung der Abfälle, ausgeschrieben, die separat vergeben werden sollen.

Wie die Antragstellerin vermeint, hätten jedoch die Leistungen gemeinsam zur Ausschreibung gelangen müssen, der Auftraggeber habe daher zu Unrecht die einzelnen Leistungen getrennt ausgeschrieben. Im konkreten Fall kann es allerdings für die Beurteilung der Zuständigkeit dahin gestellt bleiben, ob die einzelnen Leistungen zu Recht getrennt ausgeschrieben worden sind:

Unter der Annahme, dass die gegenständlich getrennt ausgeschrieben Leistungen als einheitliches Beschaffungsvorhaben insgesamt 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. Gemäß § 9 Abs 2 BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge. Unter der Annahme, dass die gegenständlich getrennt ausgeschrieben Leistungen als einheitliches Beschaffungsvorhaben insgesamt 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. Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge.

Ziel des gegenständlichen Vorhabens ist die Räumung der Beizschlammdeponie und ist damit der Auftragsgegenstand

auf die Entfernung und den Abtransport der Abfälle samt deren Entsorgung gerichtet. Dies wird auch durch die Ausführungen des Zeugen E\*\*\* in der mündlichen Verhandlung bestätigt, der ausführte, Ziel des Vorhabens "Sanierung" sei die Entsorgung der kontaminierten Materialien gemäß den gesetzlichen Bestimmungen. Andernfalls würde ja nur eine neue Altlast geschaffen werden.

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 Leistungen als prioritäre Dienstleistung iSd § 6 BVergG iVm Anhang III, Kategorie 16, nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen nur eine untergeordnete Rolle zu. Im Falle einer Gesamtausschreibung gäbe es daher überhaupt keinen Bauauftrag iSd § 3 Abs 2 leg.cit. mehr 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 Leistungen als prioritäre Dienstleistung iSd Paragraph 6, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch drei, Kategorie 16, nichts zu ändern. Die Baumaßnahmen stellen sich gegenständlich als Mittel zum Zweck dar. Demgemäß kommt ihnen nur eine untergeordnete Rolle zu. Im Falle einer Gesamtausschreibung gäbe es daher überhaupt keinen Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz 2, leg.cit. mehr 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 Angaben des Auftraggebers Euro 1.600.000,--, jener für die Leistung "Baustelleninfrastruktur" Euro 600.000,-- und jener für die Leistung "Entsorgung" Euro 12.000.000,--. Wenn die Antragstellerin vermeint, dass gemäß § 14 Abs 2 1. Satz BVergG bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren oder Dienstleistungen einzubeziehen ist, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden und daher die Entsorgung bzw. Zwischenlagerung der kontaminierten Materialien für den Aushub, die Verladung und den Transport unbedingt erforderlich seien, weshalb die geschätzten Auftragswerte zusammenzurechnen seien, so ist diesem Vorbringen Folgendes entgegenzuhalten: 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 Angaben des Auftraggebers Euro 1.600.000,--, jener für die Leistung "Baustelleninfrastruktur" Euro 600.000,-- und jener für die Leistung "Entsorgung" Euro 12.000.000,--. Wenn die Antragstellerin vermeint, dass gemäß Paragraph 14, Absatz 2, 1. Satz BVergG bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren oder Dienstleistungen einzubeziehen ist, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden und daher die Entsorgung bzw. Zwischenlagerung der kontaminierten Materialien für den Aushub, die Verladung und den Transport unbedingt erforderlich seien, weshalb die geschätzten Auftragswerte zusammenzurechnen seien, so ist diesem Vorbringen Folgendes entgegenzuhalten: Endziel der Aufträge ist die Sanierung der Beizschlammdeponie, sodass es sich - wie bereits oben ausgeführt - bei diesem Vorhaben insgesamt um einen Dienstleistungsauftrag handelt. Damit § 14 Abs 2 BVergG zur Anwendung gelangen könnte, müsste das tatsächliche Endziel der Aufträge jedoch final auf einen Bauauftrag gerichtet sein. Da dies jedoch - wie bereits dargestellt - nicht der Fall ist, wären die geschätzten Auftragswerte auch nicht iSd § 14 Abs 2 leg.cit. zusammenzurechnen. Endziel der Aufträge ist die Sanierung der Beizschlammdeponie, sodass es sich - wie bereits oben ausgeführt - bei diesem Vorhaben insgesamt um einen Dienstleistungsauftrag handelt. Damit Paragraph 14, Absatz 2, BVergG zur Anwendung gelangen könnte, müsste das tatsächliche Endziel der Aufträge jedoch final auf einen Bauauftrag gerichtet sein. Da dies jedoch - wie bereits dargestellt - nicht der Fall ist, wären die geschätzten Auftragswerte auch nicht iSd Paragraph 14, Absatz 2, leg.cit. zusammenzurechnen.

Insgesamt liegen daher bei einer getrennten Vergabe - so wie auch vom Auftraggeber vorgesehen - ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich und 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 vor, sodass die Anträge mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

zurückzuweisen waren. Insgesamt liegen daher bei einer getrennten Vergabe - so wie auch vom Auftraggeber vorgesehen - ein Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich und 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 vor, sodass die Anträge mangels Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zurückzuweisen waren.

II. Zu Spruchpunkt II. römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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. 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.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins  
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2  
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, hat die Antragstellerin weder teilweise obsiegt noch wurde dem Nachprüfungsantrag stattgegeben. Es liegen sohin die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren weder für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf einstweilige Verfügung vor, sodass spruchgemäß zu entscheiden war. Wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt, hat die Antragstellerin weder teilweise obsiegt noch wurde dem Nachprüfungsantrag stattgegeben. Es liegen sohin die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren weder für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf einstweilige Verfügung vor, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

**Dokumentnummer**

VERGT\_20060712\_N\_0041\_BVA\_07\_2006\_49\_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)