

# TE Bvwg Beschluss 2016/12/22 W187 2137636-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.12.2016

## Entscheidungsdatum

22.12.2016

## Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §25 Abs10

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §312 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §9 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

## Spruch

W187 2137636-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der der Bewerbergemeinschaft bestehend aus

1. A, und 2. B, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannsgasse 2, 1010 Wien, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" der Auftraggeberin Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H, Mosetigasse 1, 1230 Wien, vertreten durch HEID SCHIEFFER Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, beschlossen:

I.römisch eins.

A. Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge der Bewerbergemeinschaft bestehend aus 1. A und 2. B, das Bundesverwaltungsgericht möge

"1. eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird,

in event,

2. eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen",

gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 3 BVergG abgemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz 3, BVergG ab.

B. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Eventualantrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus 1. A und 2. B,

"sofern bereits eine Zuschlagserteilung erfolgt ist, eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Feststellungsverfahrens, die weitere Abwicklung des Vertrages untersagt wird",

gemäß § 312 Abs 2 Z 1 und Abs 3 BVergG zurückgemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins und Absatz 3, BVergG zurück.

II.römisch zwei.

DIE REVISION IST GEMÄß ART 133 ABS 4 B-VG NICHT ZULÄSSIG.

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Am 19. Oktober 2016 beantragte die Bewerbergemeinschaft bestehend aus 1. A, und 2. B, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der unzulässigen Wahl der Direktvergabe, in event der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, in event der Zuschlagsentscheidung, in event der Feststellung, dass im Rahmen der Beschwerdepunkte wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht eine unzulässige Direktvergabe bzw Durchführung eines Vergabeverfahrens in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb erfolgte, die Nichtigerklärung des abgeschlossenen Vertrags, in event die Verhängung einer Geldbuße, wie im Spruch unter A.I und A.II im Wortlaut wiedergegeben, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht im größtmöglichen Umfang, den Ersatz der Pauschalgebühren und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Sanierung Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie" der Auftraggeberin BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH, Mosetigasse 1, 1230 Wien, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts und des Interesses am Vertragsabschluss macht die Antragstellerin den Entgang einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, der Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung des aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinns, die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag, die Kosten der Rechtsvertretung und den Verlust eines einzigartigen Referenzprojekts als drohend Schaden geltend. Sie erachtet sich generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere

\* im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,

\* im Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens,

\* im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer zulässigen Verfahrensart,

\* im Recht auf Teilnahme an einer öffentlichen (ordnungsgemäß bekanntgemachten) Ausschreibung)

- \* im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter,
- \* im Recht auf Unterlassung von Änderungen des Leistungsgegenstandes, die zu einer Änderung des Bieterkreises führen,
- \* im Recht auf Unterlassung einer unzulässigen Direktvergabe sowie
- \* im Recht auf Unterlassung eines unzulässigen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung

verletzt. Sie erklärt, die unzulässige Wahl der Direktvergabe bzw die unzulässige Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw eine darauf basierende allfällig erfolgte Zuschlagsentscheidung bzw -erteilung anzufechten. Sie bezeichnet die Auftraggeberin und macht weitere Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin auf unzulässige Art den Leistungsgegenstand geändert habe. In den Teilnahmeunterlagen sei in Punkt 1.4.3 die chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) als Ausschreibungsgegenstand festgelegt gewesen. Andere Verfahren hätten nur als unverbindlicher Verhandlungsvorschlag eingebracht werden können. Daraus entstünde keinerlei Rechtsanspruch, dass dieser Vorschlag auch entsprechend in die Ausschreibungsunterlagen eingebaut werde. Es sei auch festgelegt gewesen, dass eine andere Behandlungsmethode nur als Alternativangebot erlaubt würde. Dieses sei nur neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zulässig. Die Einreichung eines unverbindlichen Verhandlungsvorschlags sei keine adäquate "Alternative" für ein Hauptangebot. Gleiches gelte für das In Aussichtstellen der allfälligen Zulässigkeit abweichender Lösungen als Alternativangebot im Rahmen der Legung der Zweitangebote. Die Auftraggeberin habe das Leistungsverzeichnis während des laufenden Vergabeverfahrens derart geändert, dass im Ergebnis jede Art der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung angeboten habe werden können und keine chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) mehr zwingend anzubieten gewesen sei. Ein Zuschlag auf Basis derart gravierend geänderter Leistungsanforderungen stelle daher - insbesondere aufgrund des Auftragsvolumens - eine unzulässige Direktvergabe dar. Die Entscheidung für eine solche unzulässige Wahl der Direktvergabe bzw eine entsprechende Zuschlagsentscheidung sei daher nichtig.

1.3 Der Antragstellerin sei offenbar bekannt, dass die Bietergemeinschaft C/D noch weitergehende Änderungen ausgearbeitet habe, die in deren Angebot nicht ausgewiesen worden seien. Soweit den Medienberichten zu entnehmen sei, handle es sich dabei ebenfalls um wesentliche - und daher unzulässige - (nachträgliche) Änderungen, zumal diese aus "vergaberechtlichen Gründen" nicht ins Angebot aufgenommen worden seien. Mit diesem Faktum habe sich die Auftraggeberin aber den Berichten zufolge gar nicht auseinandergesetzt bzw diese Änderungen nicht geprüft. Es sei offenbar beabsichtigt, nach Zuschlagserteilung noch weitere Änderungen vorzunehmen. All diese Änderungen seien keinesfalls von der Bekanntmachung (den Teilnahmeunterlagen) gedeckt. Eine Zuschlagsentscheidung auf Basis derart veränderter Anforderungen bzw eine nachträgliche Vertragsänderung mit solchen Inhalten würde daher einen klaren Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz darstellen.

1.4 Sofern das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass gegenständlich ein Vergabeverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb erfolgt sei, so werde darauf hingewiesen, dass die Ausnahmetatbestände für die zulässige Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorlägen. Selbst wenn man daher ein solches Verfahren annehmen wollte, wäre schon dessen Wahl wie auch alle darauf beruhenden Entscheidungen rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

1.5 Sollte der Zuschlag bereits erteilt worden sein, werde die Feststellung begehrt, dass die Durchführung einer Direktvergabe bzw eines Vergabeverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG rechtswidrig wäre. Der abgeschlossene Vertrag wäre für nichtig zu erklären. Die unzulässige Direktvergabe bzw Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb ergebe sich insbesondere daraus, dass es sich bei den zum Zuschlag gelangten Leistungen um ihrem Wesen nach andere Leistungen handle als diese in der Bekanntmachung bzw in den Teilnahmeunterlagen definiert worden seien. Ein Antrag auf Feststellung sei auch zulässig, da die Antragstellerin mangels Benachrichtigung keine Möglichkeit gehabt habe, die Rechtsverstöße im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen.

2. Am 25. Oktober 2016 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, verwies auf die bereits aus den Verfahren

W187 2008561-1 und W187 2008585-1, W187 2017416-2 und W187 2134620-2 beim Bundesverwaltungsgericht aufliegenden Unterlagen und nahm zu den Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie den Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen Stellung.

2.1 Inhaltlich führt die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass in Feststellungsverfahren keine Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgesehen seien. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da bisher der Zuschlag nicht erteilt worden sei. Die Antragstellerin habe als Bewerberin an der ersten Stufe des Vergabeverfahrens teilgenommen und sei zur zweiten Stufe nicht zugelassen worden. Den gegen die Nichtzulassung gerichteten Nachprüfungsantrag habe das Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Es sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 26. 3. 2015, W187 2017416-2 bekannt sei, mit dem wesentliche Inhalte der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung auch hinsichtlich der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung veröffentlicht worden seien. Daher wisse die Antragstellerin seit langem, wie das Vergabeverfahren durchgeführt werde und wie die Ausschreibungsbedingungen im Wesentlichen lauteten. Sie hätte daher bereits die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung fristgerecht anfechten können und müssen. Dass sie davon erst durch den XXXX Artikel erfahren habe, sei nicht glaubwürdig. Die Antragstellerin hätte keine Chance auf einen Vertragsabschluss gehabt, sodass ihr auf kein Schaden entstanden wäre bzw es an der Kausalität einer etwaigen Rechtswidrigkeit für einen Schaden fehle. Daher fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation für den Nachprüfungsantrag und den Feststellungsantrag. So sei auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

2.1 Inhaltlich führt die Auftraggeberin im Wesentlichen aus, dass in Feststellungsverfahren keine Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgesehen seien. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da bisher der Zuschlag nicht erteilt worden sei. Die Antragstellerin habe als Bewerberin an der ersten Stufe des Vergabeverfahrens teilgenommen und sei zur zweiten Stufe nicht zugelassen worden. Den gegen die Nichtzulassung gerichteten Nachprüfungsantrag habe das Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Es sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 26. 3. 2015, W187 2017416-2 bekannt sei, mit dem wesentliche Inhalte der Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung auch hinsichtlich der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung veröffentlicht worden seien. Daher wisse die Antragstellerin seit langem, wie das Vergabeverfahren durchgeführt werde und wie die Ausschreibungsbedingungen im Wesentlichen lauteten. Sie hätte daher bereits die Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung fristgerecht anfechten können und müssen. Dass sie davon erst durch den römisch 40 Artikel erfahren habe, sei nicht glaubwürdig. Die Antragstellerin hätte keine Chance auf einen Vertragsabschluss gehabt, sodass ihr auf kein Schaden entstanden wäre bzw es an der Kausalität einer etwaigen Rechtswidrigkeit für einen Schaden fehle. Daher fehle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation für den Nachprüfungsantrag und den Feststellungsantrag. So sei auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

2.2 Nach Wiedergabe des Inhalts der Teilnahmeunterlagen führt die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin den Inhalt der Teilnahmeunterlagen unrichtig wiedergegeben habe. Insbesondere führe die Teilnahmeunterlage aus, dass sich die Laugung lediglich als ein geeignetes Verfahren erwiesen habe. Auch die Wiedergabe der Fragebeantwortungen sei unvollständig und irreführend. Es sei angekündigt worden, dass Bieter auch andere Verfahren in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens einführen könnten. Kein verständiger - noch dazu fachkundiger - Leser habe die Teilnahmeunterlagen so interpretieren können, dass die Laugung bis zum Ende des gesamten Vergabeverfahrens als Verfahren für die (Vor-)Behandlung zwingend vorgegeben bleiben solle. Es sei lediglich sicher gewesen, dass ein Angebot, das dem UVP-Bescheid entspreche, jedenfalls zulässig sei. Die Auftraggeberin habe in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens keine Änderung durchgeführt, die nach den Teilnahmeunterlagen nicht zulässig und erwartbar gewesen sei. Die Auftraggeberin habe schon gar keine Änderung durchgeführt, die das Wesen der Ausschreibung oder eine Änderung des interessierten Unternehmerkreises auch nur annähernd berührt habe könnte. Es liege daher weder eine Direktvergabe noch sonst ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung noch ein Verstoß gegen zulässige Änderungen des Auftragsgegenstands im Zuge eines Verhandlungsverfahrens vor. Es gebe keine Änderung des Leistungsgegenstandes, die vom Auftraggeber zu prüfen gewesen wäre oder gar von den Teilnahmeunterlagen nicht abgedeckt gewesen wären. Dass die Antragstellerin vermeine, aus dem XXXX-Artikel ergäbe sich ein für sie verwertbares "Faktum", sei eine bedauerliche Vermischung von Fakten und Fiktion.

2.3 Die Bezeichnung "Bewerbergemeinschaft" sei unrichtig, da die Antragstellerin aufgrund der rechtswirksamen Bestätigung der Nichtzulassung kein beteiligter im Vergabeverfahren, mithin daher auch kein "Bewerber" mehr sei. Die Eignungsanforderungen, die die Antragstellerin nicht erfüllt habe, stünden in keinem Zusammenhang mit der

antragsgegenständlichen (Vor-)Behandlung. Daher wäre die Antragstellerin in keinem Fall geeignet gewesen, sodass ihr bereits mangels Chance auf einen Zuschlag - unabhängig davon, wie die sonstigen Inhalte des Vergabeverfahrens, insbesondere der (Vor-)Behandlung, gelautet hätten - die Antragslegitimation fehle. Die Antragstellerin behaupte oder begründe auch nicht, wie die Änderung des Leistungsgegenstandes Einfluss auf ihre Möglichkeiten zur Teilnahme am Vergabeverfahren gehabt hätte.

2.4 Abschließend macht die Auftraggeberin allgemeine Anmerkungen, auch wenn zu hinter diesen Zusammenhängen stehenden etwaigen Vorgängen keine schriftlichen Beweismittel vorgelegt werden könnten. Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren W187 2134620-2 habe mit ihren Anträgen und ihrem Vorbringen klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht nur um den Auftrag kämpfe, sondern auch einen Widerruf des Verfahrens in Kauf nehme; mit anderen Worten, dass sie einen Zuschlag zugunsten eines anderen Bieters verhindern wolle, wenn sie schon selbst nicht den Auftrag erhalten könne. Kurz nach der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2016 werde im XXXX ein Artikel veröffentlicht, in dem Informationen enthalten seien, die dem Journalisten nur jemand zugespielt habe könne, der die entsprechenden Behauptungen im dortigen Nachprüfungsantrag kenne. In der Folge, und zwar vor Erlassung des Endbescheids im dortigen Nachprüfungsverfahren, werde dieser XXXX-Artikel von einem Unternehmer, dessen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag weitgehend in bemerkenswerter Weises nicht zu zeitgleich, sondern auch inhalts- und teilweise wortgleich zum parallelen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag zu W187 2137620-2 eingebracht worden seien, zum Anlass genommen, Anträge zu stellen, die durch unvollständige und missverständliche Darstellungen des Sachverhalts einen Zuschlag auch im Fall der Abweisung des Nachprüfungsantrags im Nachprüfungsverfahren W187 2134620-2 zumindest vorläufig verhindern sollten.

2.4 Abschließend macht die Auftraggeberin allgemeine Anmerkungen, auch wenn zu hinter diesen Zusammenhängen stehenden etwaigen Vorgängen keine schriftlichen Beweismittel vorgelegt werden könnten. Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren W187 2134620-2 habe mit ihren Anträgen und ihrem Vorbringen klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht nur um den Auftrag kämpfe, sondern auch einen Widerruf des Verfahrens in Kauf nehme; mit anderen Worten, dass sie einen Zuschlag zugunsten eines anderen Bieters verhindern wolle, wenn sie schon selbst nicht den Auftrag erhalten könne. Kurz nach der mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2016 werde im römisch 40 ein Artikel veröffentlicht, in dem Informationen enthalten seien, die dem Journalisten nur jemand zugespielt habe könne, der die entsprechenden Behauptungen im dortigen Nachprüfungsantrag kenne. In der Folge, und zwar vor Erlassung des Endbescheids im dortigen Nachprüfungsverfahren, werde dieser XXXX-Artikel von einem Unternehmer, dessen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag weitgehend in bemerkenswerter Weises nicht zu zeitgleich, sondern auch inhalts- und teilweise wortgleich zum parallelen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag zu W187 2137620-2 eingebracht worden seien, zum Anlass genommen, Anträge zu stellen, die durch unvollständige und missverständliche Darstellungen des Sachverhalts einen Zuschlag auch im Fall der Abweisung des Nachprüfungsantrags im Nachprüfungsverfahren W187 2134620-2 zumindest vorläufig verhindern sollten.

2.5 Abschließend verweise die Auftraggeberin auf das obige Vorbringen. Sie beantragt, die gestellten Anträge ab- bzw zurückzuweisen. Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung könne aus Sicht der Auftraggeberin jedenfalls verzichtet werden, da für die Beantwortung der gestellten Rechtsfragen im Zuge einer mündlichen Verhandlung kein erkenntniswert ersichtlich sei.

3. Am 28. Oktober 2016 erhob die Bietergemeinschaft bestehend aus 1.

C 2. E 3. D, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, in der Folge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führt sich nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht über die in den Teilnahmeunterlagen geforderte Eignung verfüge. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei teilweise wortident mit weiteren Nachprüfungsanträgen in Vor- und Parallelverfahren anderer Unternehmen. Daher mache die Antragstellerin überhaupt kein eigenes Interesse am Vertragsabschluss geltend. Es handle sich weder um eine Vergabe im Wege einer Direktvergabe, die in § 25 Abs 10 BVergG typisiert sei, noch im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die von der Antragstellerin genannten Entscheidungen existierten außer der Zuschlagsentscheidung nicht. Diese müsse nur an die betroffenen, dh die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter ergehen. Die Antragstellerin behaupte nicht einmal, dass sie selbst für den Zuschlag in Frage komme.

C 2. E 3. D, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, in der Folge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führt sich nach Darstellung

des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin nicht über die in den Teilnahmeunterlagen geforderte Eignung verfüge. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei teilweise wortident mit weiteren Nachprüfungsanträgen in Vor- und Parallelverfahren anderer Unternehmen. Daher mache die Antragstellerin überhaupt kein eigenes Interesse am Vertragsabschluss geltend. Es handle sich weder um eine Vergabe im Wege einer Direktvergabe, die in Paragraph 25, Absatz 10, BVergG typisiert sei, noch im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die von der Antragstellerin genannten Entscheidungen existierten außer der Zuschlagsentscheidung nicht. Diese müsse nur an die betroffenen, dh die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter ergehen. Die Antragstellerin behaupte nicht einmal, dass sie selbst für den Zuschlag in Frage komme.

3.1 Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht auf Grundlage einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ergangen und sei nicht von der Antragstellerin angefochten. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Widerruf nicht verletzt. In dem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens erachte sich die Antragstellerin nicht verletzt. Da sich sämtliche Rechte, in welchen sich die Antragstellerin als verletzt erachte, ausweisliche der Ausführungen der Antragstellerin unter Punkt 4.2 ihres Nachprüfungsantrags auf ein von der Antragsgegnerin nicht durchgeführtes Verfahren und auch auf eine daher im Zuge dieser Verfahren nicht existente Zuschlagsentscheidung bezögen, seien auch aus diesem Grund sämtliche Anträge der Antragstellerin jedenfalls abzuweisen.

3.2 Die Antragstellerin habe weder ein Interesse am Vertragsschluss, noch könne ihr durch die angefochtenen Entscheidungen ein Schaden im Sinne des § 320 Abs 1 Z 2 BVergG entstehen. Ihr fehle daher die Antragslegitimation. Die Nachprüfungsanträge - soweit sie die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb bzw die Zuschlagsentscheidung beträfen - verspätet. Die Nachprüfungsanträge seien nicht ordnungsgemäß vergebührt. Die Antragstellerin hätte wissen müssen, dass die Abgabe eines Angebots "ohne Laugung" zulässig gewesen sei. Es sei unglaublich, dass sie die Informationen erst aus dem Artikel im XXXX bekommen habe. Im Hinblick auf die klaren Ausführungen in den Teilnahmeunterlagen sei aber auch der Nachprüfungsantrag gegen die angefochtene Entscheidung "unzulässige Wahl der Direktvergabe" jedenfalls verfristet und daher gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zurückzuweisen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren und die Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin ebenso wenig innerhalb der Fristen des § 321 BVergG angefochten, da diese Fristen mit ihrem "nach außen Treten" begännen. Die Antragstellerin hätte alle Anträge gesondert vergebühren müssen. Ein Eventualantrag stelle kein bloßes "Akzessorium" zum Hauptantrag dar, wenn er in ein anderes Verfahren überleite. Daher hätte die Antragstellerin alle drei Nachprüfungsanträge gesondert vergebühren müssen.

3.2 Die Antragstellerin habe weder ein Interesse am Vertragsschluss, noch könne ihr durch die angefochtenen Entscheidungen ein Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entstehen. Ihr fehle daher die Antragslegitimation. Die Nachprüfungsanträge - soweit sie die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb bzw die Zuschlagsentscheidung beträfen - verspätet. Die Nachprüfungsanträge seien nicht ordnungsgemäß vergebührt. Die Antragstellerin hätte wissen müssen, dass die Abgabe eines Angebots "ohne Laugung" zulässig gewesen sei. Es sei unglaublich, dass sie die Informationen erst aus dem Artikel im römisch 40 bekommen habe. Im Hinblick auf die klaren Ausführungen in den Teilnahmeunterlagen sei aber auch der Nachprüfungsantrag gegen die angefochtene Entscheidung "unzulässige Wahl der Direktvergabe" jedenfalls verfristet und daher gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zurückzuweisen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren und die Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin ebenso wenig innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG angefochten, da diese Fristen mit ihrem "nach außen Treten" begännen. Die Antragstellerin hätte alle Anträge gesondert vergebühren müssen. Ein Eventualantrag stelle kein bloßes "Akzessorium" zum Hauptantrag dar, wenn er in ein anderes Verfahren überleite. Daher hätte die Antragstellerin alle drei Nachprüfungsanträge gesondert vergebühren müssen.

3.3 Welches Verfahren in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens anzubieten gewesen wäre, sei den Teilnahmeunterlagen nicht abschließend zu entnehmen gewesen. Das Verfahren mit "Laugung" sei nur als ein zulässiges Verfahren in den Teilnahmeunterlagen genannt gewesen. Jedenfalls handle es sich auch um eine zulässige Änderung, da über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden könne. Dass bei einer funktional gestalteten Ausschreibung der Weg zur Erreichung des Leistungsziels (in concreto Sanierung der Altlast N6) nicht den Ausschreibungsgegenstand selbst bilde, sollte auch die Antragstellerin nicht zu bestreiten vermögen. Einer funktionalen Leistungsbeschreibung sei gerade wesensimmanent, dass der Weg zur Erreichung des ausgeschriebenen

Leistungsziels den Bietern anzubieten überlassen bleibe. Eine - wie die Antragstellerin vermeine - das Wesen der ausgeschriebenen Leistung verändernde Leistung könnte allenfalls dann vorliegen, wenn die Sanierung der Altlast N6 nicht mehr Gegenstand des letztendlich zuzuschlagenden Vertrags wäre. Die von der Antragstellerin - freilich unzutreffend - behauptete "gravierend geänderte[n] Leistungsanforderungen" könnten daher in Bezug auf die Bekanntmachung nicht vorliegen. Der Kern der ausgeschriebenen Leistung habe sich während des gesamten Verhandlungsverfahrens nicht geändert. Leistungsgegenstand sei immer die "Sanierung der Altlast N6" gewesen. Die Verhandlungen seien vom zulässig "verhandelbaren" Leistungsinhalt gedeckt gewesen. Der Zuschlag auf ein Angebot, das im Rahmen des Vergabeverfahrens zur Sanierung der Altlast N6 unterbreitet worden sei und welches die Sanierung der Altlast N6 zum Gegenstand habe, könne daher keine unzulässige Direktvergabe darstellen. Da weder o, Rahmen einer "Direktvergabe" noch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden sei, sei auch der Nachprüfungsantrag hinsichtlich der angefochtenen Zuschlagsentscheidung jedenfalls unberechtigt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine weitergehenden Änderungen ausgearbeitet, die im Angebot nicht ausgewiesen seien. Da die Nachprüfungsanträge aus den genannten Gründen zurück- bzw abzuweisen seien, seien auch die eventualiter gestellten Feststellungsanträge zurück- bzw abzuweisen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen. Abschließend macht die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Ausführungen zum Umfang der Akteneinsicht.

3.4 Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass sich die Anträge der Antragstellerin auf nicht existierende Vergabeverfahren bezögen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei unbegründet, da der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle und die Anträge verfristet seien. Die einstweilige Verfügung würde nur eine Verzögerung des Vergabeverfahrens bedeuten. Ein "Überwiegen der nachteiligen Folgen" im Sinne des § 329 Abs 1 BVergG liege damit jedenfalls vor; Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seien dabei nämlich auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu berücksichtigen. Die einstweilige Verfügung würde auch nicht das gelindeste Mittel darstellen, weil der Antrag auf die gänzliche Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerichtet sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abzuweisen.

3.4 Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Wesentlichen aus, dass sich die Anträge der Antragstellerin auf nicht existierende Vergabeverfahren bezögen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei unbegründet, da der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle und die Anträge verfristet seien. Die einstweilige Verfügung würde nur eine Verzögerung des Vergabeverfahrens bedeuten. Ein "Überwiegen der nachteiligen Folgen" im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG liege damit jedenfalls vor; Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes seien dabei nämlich auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu berücksichtigen. Die einstweilige Verfügung würde auch nicht das gelindeste Mittel darstellen, weil der Antrag auf die gänzliche Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gerichtet sei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abzuweisen.

4. Am 31. Oktober 2016 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin übersehe, dass sich der vorliegenden Nachprüfungsantrag vornehmlich gegen die unzulässige Wahl der Direktvergabe bzw die unzulässige Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung richte. Die fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens müsse gerade auch von nicht eingeladenen Unternehmen geltend gemacht werden können. Die Antragstellerin könne jedenfalls nicht schlechter als andere Unternehmer gestellt sein, nur weil sie in dem zuvor - unter wesentlich anderen Ausschreibungsbedingungen - geführten Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag gelegt habe. Die Nichtzulassung zur Teilnahme spiele keine Rolle, weil die tiefgreifenden Änderungen, durch die der Wesensgehalt der Ausschreibung verändert worden sei, im Ergebnis dazu führten, dass von einem neuen Vergabeverfahren auszugehen sei, zu dem eine entsprechende Bekanntmachung nicht erfolgt sei.

4.1 In dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts zur Zahl W187 2017416-2 sei nicht die gesamte Ausschreibung, sondern nur ein Teil der Ausschreibung wiedergegeben. Die Frist zur Erhebung des Nachprüfungsantrags beginne daher bestenfalls mit dem Artikel im XXXX.

4.1 In dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts zur Zahl W187

2017416-2 sei nicht die gesamte Ausschreibung, sondern nur ein Teil der Ausschreibung wiedergegeben. Die Frist zur Erhebung des Nachprüfungsantrags beginne daher bestenfalls mit dem Artikel im römisch 40 .

4.2 Die Antragstellerin habe offenkundig ein eminentes Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Diesen Interessen stünden weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch überwögen Interessen der Auftraggeberin. Das Interesse an der möglichst raschen Sanierung der Altlast vermöge nicht zu überzeugen. Ein gewissenhafter Auftraggeber müsse die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei seiner Zeitplanung berücksichtigen.

4.3 Im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur grob zu prüfen, ob die Antragsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags "offensichtlich" nicht vorlägen. Die inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags sei nicht Gegenstand des Verfahrens. Allfällige Erkenntnisse des Verfahrens zur Zahl W187 2134620-2 könnten dem gegenständlichen Verfahren nicht zugrunde gelegt werden, weil die Antragstellerin nicht Partei dieses Verfahrens gewesen sei. Aus den Teilnahmeunterlagen ergebe sich, dass der Bewerber die Eignung zur Durchführung einer chemisch-physikalischen Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) nachzuweisen gehabt habe. Eine chemisch-physikalische Behandlung sei jedenfalls anzubieten gewesen, zumal Alternativangebote nur neben einem zulässigen Hauptangebot mögliche seien. Diese Behandlung sei auch durch den rechtskräftigen UVP-Bescheid vom 30. 7. 2013 zwingend vorgeschrieben. Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Branchenkenntnis davon aus, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ein (Vor-)Verfahren vorgesehen habe, das nicht den Anforderungen des UVP-Bescheids entspreche. Zu berücksichtigen sei, dass der Entfall der Notwendigkeit einer chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung, insbesondere der Laugung, eine erhebliche Änderung der ausgeschriebenen Leistung darstelle, die das Wesen der Ausschreibung und den interessierten Unternehmerkreis maßgeblich verändere. Daran ändere auch die nach den Teilnahmeunterlagen bestehende Möglichkeit der Einreichung eines unverbindlichen Verhandlungsvorschlags nichts, weil Verhandlungsvorschläge dem Ermessen des Auftraggebers ausgesetzt seien und keine adäquate Alternative für ein Hauptangebot darstellten. Ob die Antragstellerin keine Aussicht auf Erfolg im Nachprüfungsverfahren gehabt hätte, könne offen bleiben, da dies für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen nicht von Belang sei.

5. Am 2. November 2016 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin führte sie aus, dass es irrelevant sei, ob die Antragstellerin im ursprünglichen Vergabeverfahren geeignet sei. Wesentlich sei, ob der Inhalt des gegenständlichen Auftrags derart geändert worden sei, dass das Vergabeverfahren neu ausgeschrieben werden hätte müssen. Ein verbindliches Angebot hätte eine Laugung anbieten müssen. Ein "aliud" sei nicht von der Ausschreibung und den Teilnahmeunterlagen gedeckt. Der Antrag sei rechtzeitig, da die Antragstellerin die Entscheidungen nicht zugestellt bekommen habe und daher ihr gegenüber die Frist nicht zu laufen begonnen habe. Die Anträge seien ordnungsgemäß vergebührt. Die Änderung überschritten die Grenze zulässiger Verhandlungen. Die vorliegende Ausschreibung habe eben keine funktionale Leistungsbeschreibung vorgesehen, sondern erhebliche Vorgaben zur (Vor-)Behandlung gemacht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

#### 1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. führt unter der Bezeichnung "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Der CPV-Code ist 90722000 - Umweltsanierung. Es handelt sich um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Die vergebende Stelle ist die Heid Schiefer Rechtsanwälte OG. Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 16. September 2013, 2013/S 179-309384, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 12. September 2013, L-491308-161, eine Bekanntmachung. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Der geschätzte Auftragswert beträgt mehr als das Zwanzigfache des Schwellenwertes. (Angabe der Auftraggeberin)

1.3 Der Gang des Vergabeverfahrens stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Am 27. Jänner 2014 öffnete die Auftraggeberin die Teilnahmeanträge. Nach der Prüfung der Teilnahmeanträge und Aufklärungsersuchen an einzelne Bewerber verfasste die vergebende Stelle den Prüfbericht der Teilnahmeanträge vom 27. Mai 2014. Am selben Tag traf die Auftraggeberin die Entscheidungen über die Zulassung und Nichtzulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe. Es sollten drei Bieter in der zweiten Stufe Angebote legen. Das Bundesverwaltungsgericht wies mit den Erkenntnissen vom 25. Juli 2014, W187 2008561-2/16E, und vom 25. Juli 2014, W187 2008585-2/14E, das die Antragstellerin betrifft,

Anträge auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme zur zweiten Stufe ab. Am 10. Juni 2016 traf die Auftraggeberin eine sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase, die sie am selben Tag berichtigte. Diese Festlegung erklärte das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 1. August 2014, W187 2008946-1/23E, für nichtig. Mit dem Einladungsschreiben vom 9. Oktober 2014 forderte die vergebende Stelle die Bieter auf, Erstangebote abzugeben. Es fanden drei Runden, in denen die Bieter Angebote abgeben konnten, Verhandlungsrunden und Fragebeantwortungen statt. Die Bieter entwickelten auf Grundlage der funktionalen Ausschreibung ausschreibungskonforme Lösungsmethoden und gaben ausschreibungskonforme Angebote ab. Die in Aussicht genommeene Zuschlagsempfängerin bot in ihrem Letztangebot eine chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung an. Am 2. September 2016 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Erkenntnisse BVwG 25. 7. 2014, W187 2008561-2/16E; 25. 7. 2014, W187 2008585-2/14E und 26. 4. 2015, W187 2017416-2/26E; Verfahrensakten des BVwG zu W187 2137620-2, W187 2137636-2 und W187 2134620-2)

1.4 Die Auftraggeberin hat das ausgeschriebene Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

1.5 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.772. (Verfahrensakt)

## 2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

## 3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10, idGF lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10, idGF lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, lauten: 3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse. (3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, Absatz 4 und Paragraph 30, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft. Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2016/7 lauten: 3.1.3 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 lauten:

"4. Teil

Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht

1. Hauptstück

Zuständigkeit, fachkundige Laienrichter, Ausschluss und Ablehnung

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...

2. Hauptstück

# Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens

## 1. Abschnitt

### Allgemeine Bestimmungen

#### Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

#### Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen. Paragraph 312, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte; 2. in einem Verfahren gemäß Ziffer eins, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde; 4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 erteilt wurde;

5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 rechtswidrig war; 5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 152, Absatz 4 bis 6, Paragraph 158, Absatz 2 bis 5 oder Paragraph 290, Absatz 2 bis 5 rechtswidrig war;

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages; 6. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 77. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

(4) ...

## 2. Abschnitt

### Nachprüfungsverfahren

#### Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

## 3. Abschnitt

### Einstweilige Verfügungen

#### Antragstellung

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

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,

2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,

3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,

4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,

5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und

6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) ...

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

## Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Paragraph 329, (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesverwaltungsgericht die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(5) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar."

3.2 Zu I.) - Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung § 2 Zu römisch eins.) - Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

### 3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Auch wenn der Auftrag beim Ausheben der Abfälle, der Wiederverfüllung und der Rekultivierung Bautätigkeiten iSd § 4 Z 1 BVergG iVm Anh I zum BVergG beinhaltet, steht die Dienstleistung der Sanierung der Deponie und damit der Entsorgung der Abfälle den Hauptzweck des Auftrags (EuGH 10. 7. 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti, Rn 41) iSd § 9 Abs 2 BVergG dar. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich daher gemäß § 6 iVm Anh III Z 16 BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. 3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Auch wenn der Auftrag beim Ausheben der Abfälle, der Wiederverfüllung und der Rekultivierung Bautätigkeiten iSd Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Anh römisch eins zum BVergG beinhaltet, steht die Dienstleistung der Sanierung der Deponie und damit der Entsorgung der Abfälle den Hauptzweck des Auftrags (EuGH 10. 7. 2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti, Rn 41) iSd Paragraph 9, Absatz 2, BVergG dar. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich daher gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Anh römisch drei Ziffer 16, BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und

damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Zum Interesse am Vertragsabschluss und den drohenden Schaden sei noch auf Rz 3.2.2.4 verwiesen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte.3.2.1.4 Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Zum Interesse am Vertragsabschluss und den drohenden Schaden sei noch auf Rz 3.2.2.4 verwiesen. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig eingebracht. Er enthält alle in Paragraph 322, Absatz eins, BVergG geforderten Inhalte.

3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.3.2.1.5 Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2 Zu Spruchpunkt I.A) - Inhaltliche Beurteilung der Anträge vor Zuschlagserteilung3.2.2 Zu Spruchpunkt römisch eins.A) - Inhaltliche Beurteilung der Anträge vor Zuschlagserteilung

3.2.2.1 Die Antragstellerin beantragt, das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" auszusetzen, in eventu der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung zu untersagen.

3.2.2.2 Unabhängig vom Ausgang der Interessenabwägung ist die Aussetzung des Vergabeverfahrens überschießend, weil der Auftraggeberin dadurch jede Handlungsfreiheit, so auch die freiwillige Zurücknahme von Entscheidungen oder der von der Antragstellerin gewünschte Widerruf des Vergabeverfahrens unmöglich gemacht würde. Es handelt sich daher keinesfalls um das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs 3 BVergG (st Rspr zB BVwG 12. 2. 2016, W187 2120708-1/2E).3.2.2.2 Unabhängig vom Ausgang der Interessenabwägung ist die Aussetzung des Vergabeverfahrens überschießend, weil der Auftraggeberin dadurch jede Handlungsfreiheit, so auch die freiwillige Zurücknahme von Entscheidungen oder der von der Antragstellerin gewünschte Widerruf des Vergabeverfahrens unmöglich gemacht würde. Es handelt sich daher keinesfalls um das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG (st Rspr zB BVwG 12. 2. 2016, W187 2120708-1/2E).

3.2.2.3 Da das Bundesverwaltungsgericht den primären Sicherungsantrag abweist, muss es den Eventualantrag behandeln. Der Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung kommt nur einem Bieter zu, der sich am Vergabeverfahren beteiligt hat. Unstrittig hat sich die Antragstellerin als Subunternehmerin am Vergabeverfahren beteiligt und keinen eigenen Teilnahmeantrag gelegt. Sie ist daher nicht Bewerberin oder Bieterin in dem von der Auftraggeberin bekanntgemachten Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie".

3.2.2.4 Eine in diesem Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung und eine darauf gestützte Zuschlagserteilung berühren daher die Interessen der Antragstellerin nicht. Gegenständlich behauptet die Antragstellerin jedoch die Durchführung anderer Vergabeverfahren als jenes, das die Auftraggeberin mit der ursprünglichen Bekanntmachung eingeleitet hat. Die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung bezieht sich ihrem

Wortlaut nach jedenfalls nicht auf diese von der Antragstellerin behaupteten Vergabeverfahren. Schließlich muss das Bundesverwaltungsgericht dann, wenn die Antragstellerin mit ihren Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen durchdringt, einen in diesen Verfahren abgeschlossenen Vertrag für nichtig erklären oder aufheben. In dem bekanntgemachten Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" fehlt der Antragstellerin mangels Beteiligung das Interesse am Vertragsabschluss und auch die Möglichkeit eines Schadens durch Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen. Lediglich in dem Fall, dass sich die Behauptungen der Antragstellerin als richtig herausstellen und die Antragstellerin auf ein anderes Vergabeverfahren als das unter der Bezeichnung "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" kundgemachte gewechselt hätte, hätte sie die Möglichkeit, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen. Durch die Möglichkeit der Nichtigklärung oder Aufhebung des außerhalb des Vergabeverfahrens "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" abgeschlossenen Vertrags sind die Interessen der Antragstellerin ausreichend geschützt. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher gemäß § 328 Abs 1 BVergG nicht erforderlich.

3.2.2.4 Eine in diesem Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung und eine darauf gestützte Zuschlagserteilung berühren daher die Interessen der Antragstellerin nicht. Gegenständlich behauptet die Antragstellerin jedoch die Durchführung anderer Vergabeverfahren als jenes, das die Auftraggeberin mit der ursprünglichen Bekanntmachung eingeleitet hat. Die bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung bezieht sich ihrem Wortlaut nach jedenfalls nicht auf diese von der Antragstellerin behaupteten Vergabeverfahren. Schließlich muss das Bundesverwaltungsgericht dann, wenn die Antragstellerin mit ihren Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen durchdringt, einen in diesen Verfahren abgeschlossenen Vertrag für nichtig erklären oder aufheben. In dem bekanntgemachten Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" fehlt der Antragstellerin mangels Beteiligung das Interesse am Vertragsabschluss und auch die Möglichkeit eines Schadens durch Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen. Lediglich in dem Fall, dass sich die Behauptungen der Antragstellerin als richtig herausstellen und die Antragstellerin auf ein anderes Vergabeverfahren als das unter der Bezeichnung "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" kundgemachte gewechselt hätte, hätte sie die Möglichkeit, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen. Durch die Möglichkeit der Nichtigklärung oder Aufhebung des außerhalb des Vergabeverfahrens "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" abgeschlossenen Vertrags sind die Interessen der Antragstellerin ausreichend geschützt. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist daher gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG nicht erforderlich.

### 3.2.3 Zu Spruchpunkt I.B) - Beurteilung des Antrags nach Zuschlagserteilung

3.2.3.1 Die Antragstellerin beantragt für den Fall, dass die Auftraggeberin den Zuschlag bereits erteilt hat, der Auftraggeberin für die Dauer des Feststellungsverfahrens die Abwicklung des Vertrags zu untersagen.

3.2.3.2 Wie sich aus § 312 Abs 2 Z 1 BVergG ergibt, hat das Bundesverwaltungsgericht nur vor Zuschlagserteilung die Zuständigkeit, einstweilige Verfügungen zu erlassen. Die in § 312 Abs 3 BVergG abschließend genannten Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts nach Zuschlagserteilung sehen die Erlassung von einstweiligen Verfügungen nicht vor. Für die Phase nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht daher mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuständig, einstweilige Verfügungen zu erlassen. Der Eventualantrag ist daher mangels Zuständigkeit zurückzuweisen.

3.2.3.2 Wie sich aus Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ergibt, hat das Bundesverwaltungsgericht nur vor Zuschlagserteilung die Zuständigkeit, einstweilige Verfügungen zu erlassen. Die in Paragraph 312, Absatz 3, BVergG abschließend genannten Zuständigkeiten des Bundesverwaltungsgerichts nach Zuschlagserteilung sehen die Erlassung von einstweiligen Verfügungen nicht vor. Für die Phase nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht daher mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuständig, einstweilige Verfügungen zu erlassen. Der Eventualantrag ist daher mangels Zuständigkeit zurückzuweisen.

3.2.3.3 Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wird gesondert entschieden werden.

### 3.3 Zu II.) - Unzulässigkeit der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder

Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; 3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Abwicklung, Alternativangebot, Änderung des Leistungsinhalts, Antragslegitimation, Ausschreibung, Aussetzung, Beteiligte, Bietergemeinschaft, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungsauftrag, Direktvergabe, Eignung, einstweilige Verfügung, Erfolgsaussichten, Eventualantrag, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, gelindestes Mittel, Grundsatz der Transparenz, Interessenabwägung, Kausalität, Leistungsinhalt, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, rechtliches Interesse, Rechtsschutzinteresse, Schaden, Subunternehmer, Transparenz, Umweltsanierungsmaßnahme, Untersagung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Unzuständigkeit BVwG, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Verzögerung, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Zurückweisung, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2016:W187.2137636.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

02.02.2017

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)