

TE Bvwg Erkenntnis 2016/12/22 W187 2137636-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.12.2016

Entscheidungsdatum

22.12.2016

Norm

BVergG 2006 §105
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §123 Abs1
BVergG 2006 §131 Abs1
BVergG 2006 §139 Abs1 Z2
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §25 Abs10
BVergG 2006 §25 Abs5
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §30 Abs2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §312 Abs3 Z2
BVergG 2006 §312 Abs4
BVergG 2006 §314
BVergG 2006 §316 Abs1 Z1
BVergG 2006 §316 Abs1 Z3
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §332
BVergG 2006 §334 Abs7
BVergG 2006 §334 Abs8
BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §41

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §9 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24 Abs2 Z1

VwGVG §24 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 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

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 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 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

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 § 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

Spruch

W187 2137636-2/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Winfried PÖCHERSTORFER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus 1. A, und

2. B, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" der Auftraggeberin Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H, Moseitgasse 1, 1230 Wien, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, zu Recht erkannt:

I.)römisch eins.)

A)

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

"1. Die unzulässige Wahl der Direktvergabe für nichtig erklären,

in eventu

2. die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für nichtig erklären,"

ab.

B)

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

"3. die Zuschlagsentscheidung, mit welcher die Absicht erklärt wird, dem Angebot der Bietergemeinschaft, bestehend aus C, D und E im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären,

in eventu

4. Feststellen, dass im Rahmen der Beschwerdepunkte wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, den 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 sowie den mit der ARGE, bestehend aus C, D und E abgeschlossenen Vertrag für absolut nichtig erklären.

in eventu

5. sofern eine Nichtigerklärung nur ex nunc erfolgen kann, gemäß § 334 Abs 7 und 8 BVergG über die Auftraggeberin eine Geldbuße zu verhängen;"5. sofern eine Nichtigerklärung nur ex nunc erfolgen kann, gemäß Paragraph 334, Absatz 7 und 8 BVergG über die Auftraggeberin eine Geldbuße zu verhängen;"

zurück.

II.)römisch zwei.)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgangrömisch eins. 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 Nichtigserklärung der unzulässigen Wahl der Direktvergabe, in eventu der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, in eventu der Zuschlagsentscheidung, in eventu die 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 Nichtigserklärung des abgeschlossenen Vertrags, in eventu 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 Pauschalgebühr 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/E 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 wesentlichen Inhalten 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 Weise 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. C2. D, Grünauer Straße 210-216, D-12557 Berlin, 3. E, 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.
3. Am 28. Oktober 2016 erhob die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C2. D, Grünauer Straße 210-216, D-12557 Berlin, 3. E, 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 verneine - 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 eventualer 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 überwiegen 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 möglich 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 Die Auftraggeberin veröffentlichte neun Fragebeantwortungen zu den Teilnahmeunterlagen und berichtigte die Bekanntmachung der Teilnahmeunterlagen am 15. November 2013. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.4 Die Teilnahmeunterlage lautet auszugsweise wie folgt:

"...

1.3 Ausgangslage und Ausschreibungsziele

...

1.3.1 Ausgangslage

...

1.3.1.6 Voruntersuchungen zur Behandlung der Aluminiumkrätzestäube

Im Zuge von Voruntersuchungen hat der Auftraggeber unter Beiziehung von Experten der Montanuniversität Leoben (Lehrstuhl für Nichteisenmetallurgie) Untersuchungen über mögliche Verfahren zur Behandlung der am Standort der Altlast N6 abgelagerten Aluminiumkrätzestäube durchgeführt. Eine geeignete (Vor-)Behandlung soll zumindest die obertägige Deponierung der Abfälle sicherstellen, sowie eine stoffliche Verwertung im Sinne des § 2 Abs 5 Z 2 AWG in nachgeschalteten industriellen Prozessen (zB Zement-, Baustoffindustrie) ermöglichen. Als ein technisch und wirtschaftlich geeignetes Verfahren hat sich die chemisch-physikalische Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) herausgestellt. Im Zuge von Voruntersuchungen hat der Auftraggeber unter Beiziehung von Experten der Montanuniversität Leoben (Lehrstuhl für Nichteisenmetallurgie) Untersuchungen über mögliche Verfahren zur Behandlung der am Standort der Altlast N6 abgelagerten Aluminiumkrätzestäube durchgeführt. Eine geeignete (Vor-)Behandlung soll zumindest die obertägige Deponierung der Abfälle sicherstellen, sowie eine stoffliche Verwertung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer 2, AWG in nachgeschalteten industriellen Prozessen (zB Zement-, Baustoffindustrie) ermöglichen. Als ein technisch und wirtschaftlich geeignetes Verfahren hat sich die chemisch-physikalische Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) herausgestellt.

...

1.3.3 Ausschreibungsziele

Der Auftraggeber verfolgt auf Basis der oben angeführten Ausgangssituation

* Die nachhaltige Sanierung des Altlastenstandortes, die zu einer dauerhaften Verbesserung des Umweltzustandes führt;

* Die Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Sanierungsmaßnahmen, also die bestmögliche Effektivität (Wirkung) der gesetzten Maßnahmen unter Beachtung der Erprobtheit der technischen Maßnahmen (das bedeutet: dem Stand der Technik entsprechende und in der Praxis bereits erfolgreich eingesetzte Verfahren) sowie der Realisierbarkeit in Anbetracht der Standortgegebenheiten;

* Die Schaffung von Voraussetzungen, die Nachnutzungsmöglichkeiten am Standort eröffnen.

...

1.4 Ausschreibungsgegenstand

1.4.1 Abgrenzung und allgemeine Beschreibung

Der Ausschreibungsgegenstand besteht in der Beauftragung eines Auftragnehmers mit der Erbringung von Dienst- und Bauleistungen. Vergaberechtlich ist der Ausschreibungsgegenstand als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG zu qualifizieren. Der Ausschreibungsgegenstand besteht in der Beauftragung eines Auftragnehmers mit der Erbringung von Dienst- und Bauleistungen. Vergaberechtlich ist der Ausschreibungsgegenstand als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren.

Das gegenständliche Vergabeverfahren umfasst sämtliche Leistungen zur Sanierung der Altlast N6 "Aluminiumschlackendeponie" durch Räumung und Behandlung der abgelagerten Abfälle.

Der Ausschreibungsgegenstand umfasst daher insgesamt im Wesentlichen folgende Leistungsbilder:

* Errichtung und Rückbau der erforderlichen Infrastruktur;

* Räumung der Altlast;

* (Vor-)Behandlung der Aluminiumkrätzestäube;

* Transport der Abfälle;

* Behandlung der Abfälle (Beseitigung / Verwertung);

* Behandlung des kontaminierten Untergrundes in situ;

* Wiederverfüllmaßnahmen.

Die BALSA führt im gegenständlichen Fall die Sanierung der Altlast, welche gemäß § 18 ALSAG in die Kompetenz des Bundes fällt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durch. Die BALSA führt im gegenständlichen Fall die Sanierung der Altlast, welche gemäß Paragraph 18, ALSAG in die Kompetenz des Bundes fällt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durch.

...

1.4.3 (Vor-)Behandlung

Die bei der gebotenen Räumung anfallenden großvolumigen Aluminiumkrätzestäube sind infolge Unzulässigkeit der direkten ober- oder untertägigen Deponierung gemäß den geltenden Bestimmungen der Richtlinie 1999/31/EG vom 26.4.1999 über Abfalldeponien sowie der Deponieverordnung vor der weiteren Behandlung (Beseitigung / Verwertung) zu behandeln. Dieser notwendige Zwischenschritt wird in diesen Teilnahmeunterlagen - zu besserer Unterscheidbarkeit zum Begriff der Abfall-"Behandlung" im Sinne des § 2 Abs 5 Z 1 AWG - als "(Vor-)Behandlung" bezeichnet. Die bei der gebotenen Räumung anfallenden großvolumigen Aluminiumkrätzestäube sind infolge Unzulässigkeit der direkten ober- oder untertägigen Deponierung gemäß den geltenden Bestimmungen der Richtlinie 1999/31/EG vom 26.4.1999 über Abfalldeponien sowie der Deponieverordnung vor der weiteren Behandlung (Beseitigung / Verwertung) zu behandeln. Dieser notwendige Zwischenschritt wird in diesen Teilnahmeunterlagen - zu besserer Unterscheidbarkeit zum Begriff der Abfall-"Behandlung" im Sinne des Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer eins, AWG - als "(Vor-)Behandlung" bezeichnet.

Unter den dazu möglichen Verfahren hat sich im Zuge der erwähnten Voruntersuchungen die chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung, basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung), als wirtschaftlich und technisch geeignetes Verfahren zur Erzielung von obertägig deponierbarem und stofflich verwertbarem Abfall herausgestellt (siehe auch Punkt 1.3.1.6).

1.4.4 (Vor-)Behandlung on-site oder off-site

Für den Fall der (Vor-)Behandlung laut vorigem Absatz an Ort und Stelle (on-site) hat der Auftraggeber bereits das dazu notwendige behördliche Bewilligungsverfahren nach dem UVP-G zur Erlangung eines entsprechenden Bescheides zur Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb der (Vor-)Behandlungsanlagen vor Ort (on-site) - also in unmittelbarer Nachbarschaft zur Altlast - durchgeführt. Im Falle der (Vor-)Behandlung on-site werden Errichtung, Betrieb und Rückbau der entsprechend den Ergebnissen des Behörden- sowie des Vergabeverfahrens zur Sanierung der Altlast notwendigen (Vor-)Behandlungsanlagen Teil der Leistung des künftigen Auftragnehmers sein.

Das Anbieten der teilweisen oder gänzlichen (Vor-)Behandlung off-site wird in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens jedenfalls als unverbindlicher Verhandlungsvorschlag zulässig sein. Der Auftraggeber behält sich vor, die (Vor-)Behandlung off-site auch als ausschreibungskonformes Hauptangebot zuzulassen (siehe dazu näher Punkt 2.2.3).

1.4.5 (Vor-)Behandlung durch andere Verfahren

Eine (Vor-)Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren können die Bieter in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens jedenfalls als unverbindliche Verhandlungsvorschläge einbringen (siehe dazu Punkt 2.2.3).

...

2.2 Verfahrensablauf

2.2.1 Zweistufiges Verfahren

Der Auftraggeber führt das Verhandlungsverfahren als Zweistufiges Verfahren durch.

In der ersten Stufe prüft der Auftraggeber die fristgerecht eingereichten Teilnahmeanträge der Bewerber in einem Eignungs- und Auswahlverfahren. Die Eignungs- und Auswahlkriterien müssen spätestens zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllt sein.

In der darauf folgenden zweiten Stufe ermittelt der Auftraggeber das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot jener Bewerber, die in der ersten Stufe für die Angebotsabgabe ausgewählt wurden. Das Verhandlungsverfahren wird daher in der zweiten Stufe mit mehreren Bietern durchgeführt.

2.2.3 Zweite Stufe

Die eingeladenen Bewerber haben anschließend in der zweiten Stufe auf Grund der mit der Einladung übermittelten Ausschreibungsunterlagen Angebote für die ausgeschriebenen Leistungen abzugeben. Die Vorgaben für diese Angebote können derzeit unverbindlich wie folgt skizziert werden.

* Jeder Bewerber wird zwingend ein Erstangebot anzugeben haben, das den durch die Ausschreibungsunterlagen festzulegenden Mindestanforderungen entspricht (ausschreibungskonformes Hauptangebot). Diese Mindestanforderungen werden zumindest die Durchführung der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung enthalten. Der Auftraggeber behält sich die Entscheidung vor, ob die chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung

* On-site zwingend als einziges Hauptangebot anzubieten sein wird oder

* On-site jedenfalls als Hauptangebot anzubieten sein wird und off-site zusätzlich als Haupt- oder Alternativangebot zugelassen wird oder

* On-site und/oder off-site nach Wahl des Bieters als Haupt- und/oder Alternativangebot zugelassen wird.

* Zusätzlich wird jeder Bieter dem Auftraggeber unverbindliche Verhandlungsvorschläge unterbreiten können. Diese Verhandlungsvorschläge werden lediglich bestimmt durch die Ausschreibungsunterlagen festzulegende Zielvorgaben, die im Wesentlichen das Erreichen der Ausschreibungsziele (siehe Punkt 1.3.3) gewährleisten sollen, einzuhalten haben. Der Auftraggeber wird nach seinem freien Ermessen diese unverbindlichen Verhandlungsvorschläge nach entsprechender Prüfung und gegebenenfalls näherer Erörterung im Zuge des Verhandlungsverfahrens in die Ausschreibungsunterlagen einarbeiten (zum Beispiel in Form der Zulassung von Alternativangeboten, deren zu erfüllende Mindestvorgaben samt allfälliger Garantiezusagen dann entsprechend festgelegt werden).

* Die Angaben werden eine zwingende Mindest-Verwertungsquote der Aluminiumkrätzestäube (stoffliche Verwertung im Sinne des § 2 Abs 5 Z 2 AWG in nachgeschalteten industriellen Prozessen) aufzuweisen haben.* Die Angaben werden eine zwingende Mindest-Verwertungsquote der Aluminiumkrätzestäube (stoffliche Verwertung im Sinne des

Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer 2, AWG in nachgeschalteten industriellen Prozessen) aufzuweisen haben.

...

* Der Auftraggeber wird über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das beste Angebot gemäß den noch bekannt zu gebenden Zuschlagskriterien zu ermitteln (Bestbieterprinzip). Die zur Ermittlung des Bestbieters erforderlichen Zuschlagskriterien werden in ihrer Gewichtung die Bedeutung der Qualität widerspiegeln. ..."

(Beilage ./2-NPV in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.5 Die dritte Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

...

4. Punkte 1.4.5 und 2.2.3 Teilnahmeunterlagen

Gemäß Punkte 1.4.5 Teilnahmeunterlagen kann der Bewerber eine "(Vor-)Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren" in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens "jedenfalls als unverbindliche Verhandlungsvorschläge" einbringen.

Auf Basis welcher Mindestanforderungen wird die Gleichwertigkeit der (Vor-) Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 festgelegten Verfahren und die "(Vor-) Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren" bewertet?

Wird die "(Vor-) Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren" als Hauptangebot zugelassen und auf die Festlegung von Mindestanforderungen verzichtet?

Auf Basis welcher Zuschlagskriterien wird die (Vor-)Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 festgelegten Verfahren mit der "(Vor-)Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren" verglichen?

Falls die "(Vor-)Behandlung durch andere als das unter Punkt 1.4.3 genannte Verfahren" als ausschreibungskonformes Hauptangebot zugelassen wird, wird daneben auch die (Vor-)Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 festgelegten Verfahren als ausschreibungskonformes Hauptangebot oder als Alternativangebot oder als unverbindlicher Verhandlungsvorschlag zugelassen?

Ist die Festlegung in Punkt 1.4.5 Teilnahmeunterlagen so zu verstehen, dass der Auftraggeber in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens das (unanfechtbare) Recht hat, die Zulässigkeit der (Vor-)Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 festgelegten Verfahren auszuschließen? Die Festlegung in Punkt 2.2.3 Teilnahmeunterlagen scheint (im Unterschied zu Punkt 1.4.4 Teilnahmeunterlagen) zu regeln, dass die (Vor-) Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 festgelegten Verfahren jedenfalls als ausschreibungskonformes Hauptangebot oder als Alternativangebot (nicht aber als unverbindlicher Verhandlungsvorschlag) zugelassen sein wird. Wir ersuchen um diesbezügliche Bestätigung.

Antwort: Die Festlegung in Punkt 1.4.5 der Teilnahmeunterlagen ist nicht so zu verstehen, dass die Zulässigkeit der (Vor-)Behandlung entsprechend dem in Punkt 1.4.3 der Teilnahmeunterlagen genannten Verfahren (chemisch-physikalische [vor-]Behandlung, basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen [Laugung]) im Zuge eines Hauptangebots ausgeschlossen werden kann oder soll. Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen enthält den unverbindlichen Hinweis, dass die Mindestanforderungen an ein ausschreibungskonformes Hauptangebot "zumindest die Durchführung der chemisch-physikalischen (vor-)Behandlung enthalten" werden. Punkt 1.4.4 der Teilnahmeunterlagen steht dazu nicht im Widerspruch.

Nähere Festlegungen zu den in dieser Frage aufgeworfenen angebotsrelevanten Umständen werden erst in den Ausschreibungsunterlagen erfolgen.

..."

(Beilage ./4c-NPV in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.6 Die vierte Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

"...

19. Punkt 2.2.3 Teilnahmeunterlagen

a) b) Gemäß Punkt 2.2.3. zweiter Bulletpoint bestimmt der Auftraggeber, dass er Verhandlungsvorschläge nach "freiem

Ermessen" aufgreifen kann und bei der Zulassung als Alternativangebote "zu erfüllende Mindestvorgaben samt allfälliger Garantiezusagen dann entsprechend" festlegen kann. Diese Festlegung sprengt den gebotenen Rechtsrahmen. Der Auftraggeber ist auch im Verhandlungsverfahren an die Gebote der Sachlichkeit, Gleichbehandlung und Transparenz gebunden. Verhandlungsvorschläge dürfen daher nicht nach gänzlich freiem Ermessen aufgegriffen oder verworfen werden. Der Auftraggeber muss auch diese Entscheidung nach gebundenem, Ermessen im Sinne des Gesetzes, daher im Ergebnis nach sachlichen Erwägungen treffen. Auch die nachträgliche Möglichkeit zur Festlegung von Mindestvorgaben und Garantiezusagen ist unangemessen. Objektiv bestehende Mindestvorgaben müssen ja schon bekannt sein und sind daher tunlichst in den Teilnahmeunterlagen, spätestens aber in der Einladung zur Angebotsabgabe offen zu legen, damit die Bieter sich darauf bei der Zusammensetzung des Konsortiums und der Vorbereitung des Angebots einstellen können.

Kann der Auftraggeber noch nach Vorliegen der Verhandlungsvorschläge Mindestvorgaben und zusätzliche Forderungen nach Garantiezusagen festlegen, ist dies mit dem Grundsatz eines transparenten und fairen Vergabewettbewerbs nicht mehr vereinbar.

c) ...

Antwort: ad a) ...

ad b) Das "freie Ermessen" ist selbstverständlich in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Grundsätzen gemäß § 19 Abs 1 BVergG zu verstehen. Dies gilt auch für die Festlegung von Mindestanforderungen für etwaige Alternativangebote nach Vorliegen von Verhandlungsvorschlägen. Insofern stimmen wir der Einschätzung in der Anfrage zu. ad b) Das "freie Ermessen" ist selbstverständlich in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Grundsätzen gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zu verstehen. Dies gilt auch für die Festlegung von Mindestanforderungen für etwaige Alternativangebote nach Vorliegen von Verhandlungsvorschlägen. Insofern stimmen wir der Einschätzung in der Anfrage zu.

Grundsätzlich ist aber anzumerken, dass es dem Auftraggeber obliegt, die ausgeschriebene Leistung nach seinem Bedarf festzulegen, soweit er dabei das Gebot der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehr beachtet (siehe zuletzt BVA 15.3.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). Mit anderen Worten: Die Festlegung des Leistungsgegenstandes liegt - bei Wahrung der Vergabegrundsätze - beim Auftraggeber. Beim hier vorliegenden Verhandlungsverfahren kann der Auftraggeber den Leistungsgegenstand gemäß § 105 Abs 1 und 2 BVergG in allen Phasen des Verfahrens verändern, da er "über den gesamten Leistungsinhalt" verhandeln darf. Grundsätzlich ist aber anzumerken, dass es dem Auftraggeber obliegt, die ausgeschriebene Leistung nach seinem Bedarf festzulegen, soweit er dabei das Gebot der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehr beachtet (siehe zuletzt BVA 15.3.2013, N/0003-BVA/06/2013-34). Mit anderen Worten: Die Festlegung des Leistungsgegenstandes liegt - bei Wahrung der Vergabegrundsätze - beim Auftraggeber. Beim hier vorliegenden Verhandlungsverfahren kann der Auftraggeber den Leistungsgegenstand gemäß Paragraph 105, Absatz eins und 2 BVergG in allen Phasen des Verfahrens verändern, da er "über den gesamten Leistungsinhalt" verhandeln darf.

Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen wird daher wie bereits ausgeführt nicht geändert. Auf die Antwort zu Frage 19 c wird überdies verwiesen.

ad c) Gemäß § 103 Abs 9 und § 105 Abs 2 BVergG hat der Auftraggeber sowohl die Zuschlagskriterien als auch alle sonstigen näheren Vorgaben zur "Angebotsabgabe" in den "Ausschreibungsunterlagen und allfälligen zusätzlichen Unterlagen", also jedenfalls erst in der 2. Stufe eines 2-stufigen Verfahrens, an die "ausgewählten Bewerber" zu formulieren. Die Festlegung ausdrücklich "unverbindlicher Vorgaben" in Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen, zu denen der Auftraggeber nicht verpflichtet gewesen wäre, dienen lediglich als Hilfestellung für die Bewerber, um eine grobe Orientierung über die vorläufigen Überlegungen des Auftraggeber für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zu gewinnen. ad c) Gemäß Paragraph 103, Absatz 9 und Paragraph 105, Absatz 2, BVergG hat der Auftraggeber sowohl die Zuschlagskriterien als auch alle sonstigen näheren Vorgaben zur "Angebotsabgabe" in den "Ausschreibungsunterlagen und allfälligen zusätzlichen Unterlagen", also jedenfalls erst in der 2. Stufe eines 2-stufigen Verfahrens, an die "ausgewählten Bewerber" zu formulieren. Die Festlegung ausdrücklich "unverbindlicher Vorgaben" in Punkt 2.2.3 der

Teilnahmeunterlagen, zu denen der Auftraggeber nicht verpflichtet gewesen wäre, dienen lediglich als Hilfestellung für die Bewerber, um eine grobe Orientierung über die vorläufigen Überlegungen des Auftraggeber für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zu gewinnen.

Eine verbindliche Festlegung der Zuschlagskriterien oder sonstiger näheren Vorgaben zur Angebotsabgabe erfolgt daher in den Teilnahmeunterlagen nicht.

Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen wird daher wie bereits ausgeführt nicht geändert.

...

21. Punkt 2.2.3 Teilnahmeunterlagen

In Punkt 2.2.3 erster Bulltepoint (Seite 23) der Teilnahmeunterlagen gibt der Auftraggeber bekannt und legt fest, dass die Mindestanforderungen zumindest die Durchführung einer chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung enthalten werden.

Die Festlegung dieser technischen Behandlungsmethode ist diskriminierend, weil sie solche Marktteilnehmer bevorzugt, die über entsprechende Kapazitäten zur Durchführung einer chemisch-physikalischen (vor-)Behandlung verfügen, andere entsprechend benachteiligt. Die chemisch-physikalische Behandlungsmethode ist eine mögliche, aber keineswegs die einzige Behandlungs-, Verwertungs- oder Beseitigungsmethode. Sie hat bestimmte ökologische und ökonomische Vor- und Nachteile. Diese Aspekte im Vergleich zu anderen gesetzeskonformen, technischen Lösungen bewertbar zu machen und zueinander nach vorab festgelegten Kriterien ins Verhältnis zu setzen, wäre Aufgabe des Vergabewettbewerbs.

Die Einseitige Festlegung dieser Methode ist daher unsachlich und diskriminierend. Diese Festlegung ist zu streichen.

Antwort: Zunächst wird auf die Antwort zu Frage 19 a verwiesen. Die Festlegung der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung ist daher nicht diskriminierend, sondern gemäß dem vorliegenden rechtskräftigen UVP-Bescheid die durchzuführende (Vor-)Behandlung.

Darüber hinaus wurde in Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen nicht ausgeschlossen, dass andere (Vor-)Behandlungsmethoden möglicherweise auch von vornherein, und nicht erst nach der Einarbeitung von Verhandlungsvorschlägen, in die Ausschreibungsunterlagen (insbesondere als Alternativangebote) zugelassen werden könnten. Lediglich hinsichtlich der Hauptangebote ist derzeit in Aussicht genommen, die chemisch-physikalische (vor-)Behandlung als Mindestanforderung in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens festzulegen.

Dass der Auftraggeber erwägt, über Alternativangebote und Verhandlungsvorschläge auch andere technische Methoden zu prüfen, sind vergaberechtlich nicht vorgeschriebene, sondern bewusst freiwillige Maßnahmen des Auftraggebers zur Stärkung des Wettbewerbs und zu Sicherstellung, ein unter den technischen, wirtschaftlichen und umweltrelevanten Rahmenbedingungen optimales und gesichertes Ergebnis im Vergabeverfahren zu erzielen. Eine etwaige Umsetzung dieser Maßnahmen wird in den Ausschreibungsunterlagen unter Beachtung der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere der Gleichbehandlung der Bieter und des fairen Wettbewerbs, erfolgen.

Punkt 2.2.3 der Teilnahmeunterlagen wird daher nicht geändert.

...

24. Punkt 2.2.3 Teilnahmeunterlagen

Es werden die Begriffe "Erstangebot" (=Hauptangebot), "Alternativangebot" sowie "unverbindlicher Verhandlungsvorschlag" verwendet.

Wir ersuchen um Konkretisierung der oben abgeführten Begriffe, insbesondere bezüglich der Unterschiede zwischen "Alternativangeboten" und "unverbindlichen Verhandlungsvorschlägen".

Antwort: Zu den Begriffen wird auf die Bestimmungen des BVergG, insbesondere die Definitionen des § 2 verwiesen. Der Begriff "unverbindlicher Verhandlungsvorschlag" im Unterschied zu (verbindlichen) Haupt- und Alternativangeboten sollte selbsterklärend sein. Eine nähere inhaltliche Festlegung wird in der Antwort: Zu den

Begriffen wird auf die Bestimmungen des BVergG, insbesondere die Definitionen des Paragraph 2, verwiesen. Der Begriff "unverbindlicher Verhandlungsvorschlag" im Unterschied zu (verbindlichen) Haupt- und Alternativangeboten sollte selbsterklärend sein. Eine nähere inhaltliche Festlegung wird in der

2. Stufe des Vergabeverfahrens erfolgen.

..."

(Beilage ./4d-NPV in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.7 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 genommene 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)

1.8 In der Ausschreibungsunterlage 1. Fassung war zur chemisch physikalischen Behandlung in der Leistungsgruppe 04 01 in Beilage ./IIIA festgelegt:

"Nach erfolgter Räumung der Abfälle hat on-site eine chemisch-physikalische (Vor-) Behandlung im Sinne der Leistungsbeschreibung zu erfolgen. Dem AN ist es freigestellt, ob er dafür eine dem UVP-Konsens entsprechende Behandlungsanlage vor Ort errichtet oder die chemisch-physikalische (Vor-)Behandlung in externen Behandlungsanlagen durchführt.

Alle weiteren Behandlungsschritte, die zur vertraglich bedungenen ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung erforderlich sind, sind dem AN freigestellt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.9 In der Ausschreibungsunterlage 2. und 3. Fassung war zur chemisch physikalischen Behandlung in der Leistungsgruppe 04 01 in Beilage ./IIIA festgelegt:

"Nach erfolgter Räumung der Abfälle hat on-site eine chemisch-physikalische (Vor-) Behandlung im Sinne der Leistungsbeschreibung zu erfolgen. Es wird klargestellt, dass sämtliche Abfälle der SN 31224g der chemisch-physikalischen (Vor-) Behandlung on-site zugeführt werden müssen.

Alle weiteren Behandlungsschritte, die zur vertraglich bedungenen ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung erforderlich sind, sind dem AN freigestellt."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.10 Die Antragstellerin im Verfahren W187 2134620-2 legte ein Gedächtnisprotokoll über ein ihr versehentlich zugekommenes Protokoll über eine Besprechung zu einem Zeitpunkt vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung von zwei der Mitglieder der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vor, in dem über die mögliche Projektdurchführung gesprochen wurde. (Verfahrensakt W187 2134620-2)

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

1.12 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

2.772. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 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 Aussagen von Auskunftspersonen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als nur die betreffende Person die Aussagen treffen kann, wie die Aussagen des Mitarbeiters der Antragstellerin über die Beschaffenheit des angebotenen Systems, oder sie mit den Unterlagen des Vergabeverfahrens übereinstimmen. Die Angaben in einem Artikel einer Tageszeitung stellen im Gegensatz zu den Unterlagen des Vergabeverfahrens keine derart verlässliche Quelle dar, dass sie einen Nachprüfungsantrag ohne vorherige Nachfrage bei der Auftraggeberin oder weitere Erkundungen zu rechtfertigen vermögen. Insbesondere vermag ein Zeitungsartikel nicht die den Angaben in den Unterlagen des Vergabeverfahrens zu widerlegen. Gleiches gilt für nicht näher bezeichnete Informationen aus der "Branche". Es wäre Aufgabe der Antragstellerin gewesen, diese Informationen und vor allem jene Informationsquellen offenzulegen, von denen sie ihre Informationen bezogen hat, um ein Ermittlungsverfahren in ihrem Sinne führen zu können. Bloße Behauptungen mit der Absicht, Erkundungsbeweise zu begehren, widersprechen den Grundsätzen des Verfahrens. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

2.2 Eingeschränkt ist die Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts durch jene Tatsachen, die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind. Dabei handelt es sich um Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht (OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 55/14p). Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist ein allgemeiner Grundsatz (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Rn 49). § 314 BVergG räumt den Parteien des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit ein, bei der Vorlage von Unterlagen zu verlangen, diese vertraulich zu behandeln. § 191 Abs 1 BVergG verpflichtet die am Vergabeverfahren Beteiligten zur vertraulichen Behandlung von als solchen bezeichneten Unterlagen. Diese Bestimmung ist allerdings für das Nachprüfungsverfahren nicht von Bedeutung. Vielmehr richtet sich der Schutz der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren nach § 17 Abs 3 AVG iVm § 311 BVergG (VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207), wobei die Bezeichnung der vertraulich zu behandelnden Unterlagen sich nach § 314 BVergG richtet. § 314 entspricht inhaltlich § 21 Abs 2 erster Satz VwGVG (Reisner in Schramm/?Aicher/?Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (5. Lfg 2015) zu § 314 Rz 1), wobei der Auftraggeber wohl auch alle jene Unterlagen gemäß § 314 BVergG nennen wird, die der vertraulichen Behandlung im Vergabeverfahren gemäß § 191 BVergG unterliegen. Die abschließende Beurteilung, welche Unterlagen vertraulich zu behandeln sind, obliegt dem Bundesverwaltungsgericht (zu § 21 Abs 2 VwGVG siehe VfGH 2. 7. 2015, G 240/2014). Die vertrauliche Behandlung von Unterlagen und Informationen bedingt auch, dass sie nicht in die Feststellungen des Erkenntnisses aufgenommen werden können. 2.2 Eingeschränkt ist die Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts durch jene Tatsachen, die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind. Dabei handelt es sich um Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht (OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 55/14p). Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist ein allgemeiner Grundsatz (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Rn 49). Paragraph 314, BVergG räumt den Parteien des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit ein, bei der Vorlage von Unterlagen zu verlangen, diese vertraulich zu behandeln. Paragraph 191, Absatz eins, BVergG verpflichtet die am Vergabeverfahren Beteiligten zur vertraulichen Behandlung von als solchen bezeichneten Unterlagen. Diese Bestimmung ist allerdings für das Nachprüfungsverfahren nicht von Bedeutung. Vielmehr richtet sich der Schutz der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 17, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 311, BVergG (VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207), wobei die Bezeichnung der vertraulich zu behandelnden Unterlagen sich nach Paragraph 314, BVergG richtet. Paragraph 314, entspricht inhaltlich Paragraph 21, Absatz 2, erster Satz VwGVG (Reisner in Schramm/?Aicher/?Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (5. Lfg 2015) zu Paragraph 314, Rz 1), wobei der Auftraggeber wohl auch alle jene Unterlagen gemäß Paragraph 314, BVergG nennen wird, die der vertraulichen Behandlung im Vergabeverfahren gemäß Paragraph 191, BVergG unterliegen. Die abschließende Beurteilung, welche Unterlagen vertraulich zu

behandeln sind, obliegt dem Bundesverwaltungsgericht (zu Paragraph 21, Absatz 2, VwGVG siehe VfGH 2. 7. 2015, G 240 aus 2014,). Die vertrauliche Behandlung von Unterlagen und Informationen bedingt auch, dass sie nicht in die Feststellungen des Erkenntnisses aufgenommen werden können.

2.3 Welche Informationen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterliegen, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen. § 17 Abs 3 AVG schützt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (Hanslik, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren [2013], 106) und ist dabei im Licht von - nun - Art 47 und Art 51 GRC, die Art 6 und Art 8 EMRK entsprechen, auszulegen (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Dabei sind diese beiden Grundrechte gegeneinander abzuwägen, um einerseits ein faires Verfahren zu gewährleisten und andererseits schützenswerte Informationen nicht offenzulegen (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Slg 2008, I-581, Rn 51; VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Nach dem Modell des EuGH kann das Gericht in alle Informationen einsehen und dann entscheiden, welche Tatsachen es geschwärzt oder ungeschwärzt in seinen Akt nimmt und damit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zugänglich macht (SA GA Eleanor Sharpston 25. 10. 2007, C-450/06, Varec, Rn 51).

2.3 Welche Informationen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterliegen, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Paragraph 17, Absatz 3, AVG schützt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (Hanslik, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren [2013], 106) und ist dabei im Licht von - nun - Artikel 47 und Artikel 51, GRC, die Artikel 6 und Artikel 8, EMRK entsprechen, auszulegen (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Dabei sind diese beiden Grundrechte gegeneinander abzuwägen, um einerseits ein faires Verfahren zu gewährleisten und andererseits schützenswerte Informationen nicht offenzulegen (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Slg 2008, I-581, Rn 51; VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Nach dem Modell des EuGH kann das Gericht in alle Informationen einsehen und dann entscheiden, welche Tatsachen es geschwärzt oder ungeschwärzt in seinen Akt nimmt und damit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zugänglich macht (SA GA Eleanor Sharpston 25. 10. 2007, C-450/06, Varec, Rn 51).

2.4 Unstrittig sind die wirtschaftlichen und technischen Details der angebotenen Verfahren zur Behandlung der Abfälle, die im Zuge der funktionalen Ausschreibung vom jeweiligen Bieter zu entwickeln waren, schützenswerte Informationen, deren vertrauliche Behandlung zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und zur Wahrung des fairen und lauten Wettbewerbs geboten ist, da die beteiligten Unternehmen mit ihren Verfahren bei Deponiesanierungen zueinander in Konkurrenz stehen. Ein faires Verfahren muss die notwendigen Verteidigungsrechte gewährleisten. Diese scheinen auch bei einer summarischen Darstellung gewahrt, die statt absoluter Zahlen einen Vergleich und relative Abweichungen wiedergibt. Über die im vor allem im Zuge der mündlichen Verhandlung gemachten Aussagen über das jeweils andere Angebot würden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzt, weil sie es notwendig machen würden, die eigens entwickelten technischen Verfahren und wirtschaftlichen Verbindungen zu anderen Unternehmen offenzulegen. Damit ist eine Angabe der konkreten Verfahrensschritte, verwendeter Materialien und Stoffe sowie Namen und Bezeichnungen von Anlagen aus Gründen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht möglich.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10 lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 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) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn(2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ..."

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in KraftParagraph 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:

"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) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

...

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. ...

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

4. ...

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) ...

Akteneinsicht

§ 314. Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen. Paragraph 314, Parteien und Beteiligte können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden

Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisseim von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.

...

Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht

§ 316. (1) Soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn Paragraph 316, (1) Soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn

1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder
2. das Bundesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat, oder
3. bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

(2) ...

...

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) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ...

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass Paragraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. ...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

3. ...

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 332. (1) ...Paragraph 332, (1) ...

(3) Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. ... (3) Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. ...

(5) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. (5) Ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff hätte geltend gemacht werden können.

(6) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 ist ferner unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde. (6) Ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 ist ferner unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

(7) Ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber in zulässiger Weise die entsprechend begründete Entscheidung gemäß den §§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2 oder 219 Abs. 5 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist. (7) Ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber in zulässiger Weise die entsprechend begründete Entscheidung gemäß den Paragraphen 49, Absatz 2, 55, Absatz 5, 210, Absatz 2, oder 219 Absatz 5, bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.

...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Paragraph 334, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins und 5 und Absatz 4, Ziffer eins und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte. (2) Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag

aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) ...

...

Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 345. ...Paragraph 345, ...

(18) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 7/2016 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes:(18) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 7 aus 2016, neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes:

1. Die Neufassung des Eintrages zu § 231 und die Einfügung des Eintrages zu § 231a im Inhaltsverzeichnis, § 2 Z 33a, § 14 Abs. 3 dritter Satz, § 15 Abs. 4 dritter Satz, § 16 Abs. 5 dritter Satz, § 18 Abs. 1, § 22 Abs. 4, § 46 Abs. 3, § 49 Abs. 2, § 55 Abs. 5 erster Satz, § 56 Abs. 1, § 70 Abs. 6, in § 71 die Absatzbezeichnung des Abs. 1, § 71 Abs. 2, § 72 Abs. 1 zweiter und dritter Satz, § 73 Abs. 1 und Abs. 3 zweiter und dritter Satz, § 79 Abs. 2, 3 und 3a, § 83 Abs. 2, 4 und 5, § 84 Abs. 2 erster Satz, § 108 Abs. 1 Z 2 und 2a, § 125 Abs. 4 Z 1, § 182 Abs. 3 dritter Satz, § 183 Abs. 4 dritter Satz, § 184 Abs. 5 dritter Satz, § 186 Abs. 1, § 210 Abs. 2, § 219 Abs. 5 erster Satz, § 221 Abs. 1, §§ 231 und 231a jeweils samt Überschrift, § 236 Abs. 2, 3 und 3a, § 240 Abs. 2 bis 5, § 247a Abs. 7, § 248 Abs. 6 und 7, § 257 Abs. 1 Z 2 und 2a, § 267 Abs. 2 Z 2, § 271 Abs. 1, § 292 Abs. 1, § 332 Abs. 7, § 351 Z 22 und Anhang XV Abschnitt F Z 1 treten mit 1. März 2016 in Kraft; gleichzeitig treten der Eintrag zum 5. Unterabschnitt im 2. Teil, 3. Hauptstück, 1. Die Neufassung des Eintrages zu Paragraph 231 und die Einfügung des Eintrages zu Paragraph 231 a, im Inhaltsverzeichnis, Paragraph 2, Ziffer 33 a,, Paragraph 14, Absatz 3, dritter Satz, Paragraph 15, Absatz 4, dritter Satz, Paragraph 16, Absatz 5, dritter Satz, Paragraph 18, Absatz eins,, Paragraph 22, Absatz 4,, Paragraph 46, Absatz 3,, Paragraph 49, Absatz 2,, Paragraph 55, Absatz 5, erster Satz, Paragraph 56, Absatz eins,, Paragraph 70, Absatz 6,, in Paragraph 71, die Absatzbezeichnung des Absatz eins,, Paragraph 71, Absatz 2,, Paragraph 72, Absatz eins, zweiter und dritter Satz, Paragraph 73, Absatz eins und Absatz 3, zweiter und dritter Satz, Paragraph 79, Absatz 2, 3 und 3 a, Paragraph 83, Absatz 2, 4 und 5, Paragraph 84, Absatz 2, erster Satz, Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins,, Paragraph 182, Absatz 3, dritter Satz, Paragraph 183, Absatz 4, dritter Satz, Paragraph 184, Absatz 5, dritter Satz, Paragraph 186, Absatz eins,, Paragraph 210, Absatz 2,, Paragraph 219, Absatz 5, erster Satz, Paragraph 221, Absatz eins,, Paragraphen 231 und 231 a jeweils samt Überschrift, Paragraph 236, Absatz 2, 3 und 3 a, Paragraph 240, Absatz 2 bis 5, Paragraph 247 a, Absatz 7,, Paragraph 248, Absatz 6 und 7, Paragraph 257, Absatz eins, Ziffer 2 und 2 a, Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 2,, Paragraph 271, Absatz eins,, Paragraph 292, Absatz eins,, Paragraph 332, Absatz 7,, Paragraph 351, Ziffer 22 und Anhang römisch fünfzehn Abschnitt F Ziffer eins, treten mit 1. März 2016 in Kraft; gleichzeitig treten der Eintrag zum 5. Unterabschnitt im 2. Teil, 3. Hauptstück,

1. 6.Ziffer 6

Abschnitt und der Eintrag zu § 100 im Inhaltsverzeichnis sowie im Abschnitt und der Eintrag zu Paragraph 100, im Inhaltsverzeichnis sowie im

2. 2.Ziffer 2

Teil, 3. Hauptstück, 6. Abschnitt der 5. Unterabschnitt außer Kraft.

2. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Z 1 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Z 1 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Z 1 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.2. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Ziffer eins, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß Ziffer eins, beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die

zum Zeitpunkt gemäß Ziffer eins, bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

..."

3.1.4 Gemäß § 345 Abs 18 Z 1 BVergG ist die NovelleBGBl I 7/2016 am 1. März 2016 in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde vor diesem Zeitpunkt eingeleitet. Daher ist das Vergabeverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu beurteilen. Der Nachprüfungsantrag wurde nach diesem Zeitpunkt eingebracht. Daher ist es nach der derzeit geltenden Rechtslage wie unter 3.1.3 wiedergegeben zu führen. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idF BGBl II 2013/262 lauten: 3.1.4 Gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer eins, BVergG ist die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 7 aus 2016, am 1. März 2016 in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde vor diesem Zeitpunkt eingeleitet. Daher ist das Vergabeverfahren nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage zu beurteilen. Der Nachprüfungsantrag wurde nach diesem Zeitpunkt eingebracht. Daher ist es nach der derzeit geltenden Rechtslage wie unter 3.1.3 wiedergegeben zu führen. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch zwei 2013/262 lauten:

"Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. (1) Die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges, einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen. Paragraph 25, (1) Die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges, einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen.

(2) ...

(5) Beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

(6) Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Danach kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

(7) ...

(10) Bei der Direktvergabe wird eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

(11) ...

Wahl des Verhandlungsverfahrens bei Dienstleistungsaufträgen

§ 30. (1) ...Paragraph 30, (1) ...

(2) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben oder kein Teilnahmeantrag gestellt worden ist, die ursprünglichen Bedingungen für den Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden und der Kommission ein Bericht vorgelegt wird, wenn sie dies wünscht, oder

2. der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder

3. dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs. 1 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder

3. dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Absatz eins, durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder

4. zusätzliche Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglichen Dienstleistungsauftrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des darin beschriebenen Dienstleistungsauftrages erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausführt, der Gesamtwert der zusätzlichen Dienstleistungen 50 vH des Wertes des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet, und entweder

a) eine Trennung dieser zusätzlichen Dienstleistungen vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber möglich ist, oder

b) eine Trennung vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Dienstleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind, oder

5. neue Dienstleistungen in der Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen bestehen, und

a) der Auftrag von demselben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ursprünglichen Auftrag erhalten hat, vergeben wird,

b) der ursprüngliche Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde,

c) die Dienstleistungen einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrages war,

d) die Möglichkeit der Anwendung eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war,

e) die Vergabe binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgt und

f) der für die Fortsetzung der Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zugrunde gelegt wurde, oder

6. im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden muss. Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbes zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

...

Direktvergabe

§ 41. (1) ...Paragraph 41, (1) ...

(2) Eine Direktvergabe ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht.

(3) ...

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 105. (1) Der Auftraggeber hat bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit einem Bieter darf der Auftraggeber mit diesem über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Paragraph 105, (1) Der Auftraggeber hat bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit einem Bieter darf der Auftraggeber mit diesem über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können.

(2) Ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. ...

(3) Der Auftraggeber hat, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

(4) ...

(5) An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden.

(6) ...

Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

§ 131. (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Paragraph 131, (1) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins., die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

(2) ..."

Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 139. (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn Paragraph 139, (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

1. ...

2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder

3. ...

..."

3.2 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

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 d 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 d, 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 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers, nicht jedoch zur Feststellung nach Vertragsabschluss, zur Nichtigkeitsklärung oder Unwirksamklärung von Verträgen und der Verhängung von Geldbußen gemäß § 312 Abs 3 BVergG 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, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers, nicht jedoch zur Feststellung nach Vertragsabschluss, zur Nichtigkeitsklärung oder Unwirksamklärung von Verträgen und der Verhängung von Geldbußen gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG zuständig.

3.2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich. Bei Zutreffen der behaupteten beabsichtigten Vergabe im Wege der Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung kann die Antragstellerin in ihren Interessen geschädigt werden und sie bei Zutreffen ihrer Behauptungen ihre Chance auf Erteilung des Auftrags durch eine Neuausschreibung durchsetzen kann (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 25 und 30; VwGH 18. 5. 2016, Ro 2014/04/0054).

3.2.2.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich. Bei Zutreffen der behaupteten beabsichtigten Vergabe im Wege der Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung kann die Antragstellerin in ihren Interessen geschädigt werden und sie bei Zutreffen ihrer Behauptungen ihre Chance auf Erteilung des Auftrags durch eine Neuausschreibung durchsetzen kann (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 25 und 30; VwGH 18. 5. 2016, Ro 2014/04/0054).

3.2.2.2 Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zumindest in Hinblick auf die Anträge auf

Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe und der Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist, da er die notwendigen Inhalte gemäß § 322 Abs 1 BVergG enthält und kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG vorliegt, auch wenn die Antragstellerin ihr subjektives Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrags nicht darlegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.2.2 Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass der Nachprüfungsantrag zumindest in Hinblick auf die Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe und der Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist, da er die notwendigen Inhalte gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG enthält und kein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vorliegt, auch wenn die Antragstellerin ihr subjektives Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrags nicht darlegt. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2.3 Zum Entfall der mündlichen Verhandlung

3.2.3.1 Eine mündlichen Verhandlung konnte einerseits gemäß § 316 Abs 1 Z 3 BVergG trotz des Antrags der Antragstellerin unterbleiben, weil es sich um die Entscheidung einer reinen Rechtsfrage handelt, die Details des von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotenen Verfahrens wie im Rahmen der Beweiswürdigung erörtert aus Gründen des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht offenzulegen sind und eine weitere Klärung der Rechtssache in einer mündlichen Verhandlung nicht zu erwarten ist. Es sind auch keine Rechtsfragen aufgetreten, die einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürften. Die Details der Teilnahmeunterlagen und aller Fragebeantwortungen dazu sind der Antragstellerin aus ihrer Teilnahme an der ersten Stufe des Vergabeverfahrens bekannt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [5. Lfg 2015]. § 316 Rz 22; zu dem inhaltsgleichen § 24 Abs 4 VwGVG zB VwGH 13. 9. 2016, Ra 2016/03/0085; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] § 24 Rz 34).

3.2.3.1 Eine mündlichen Verhandlung konnte einerseits gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG trotz des Antrags der Antragstellerin unterbleiben, weil es sich um die Entscheidung einer reinen Rechtsfrage handelt, die Details des von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotenen Verfahrens wie im Rahmen der Beweiswürdigung erörtert aus Gründen des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht offenzulegen sind und eine weitere Klärung der Rechtssache in einer mündlichen Verhandlung nicht zu erwarten ist. Es sind auch keine Rechtsfragen aufgetreten, die einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürften. Die Details der Teilnahmeunterlagen und aller Fragebeantwortungen dazu sind der Antragstellerin aus ihrer Teilnahme an der ersten Stufe des Vergabeverfahrens bekannt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [5. Lfg 2015]. Paragraph 316, Rz 22; zu dem inhaltsgleichen Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG zB VwGH 13. 9. 2016, Ra 2016/03/0085; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] Paragraph 24, Rz 34).

3.2.3.2 So weit es sich um die rein verfahrensrechtlichen Entscheidungen in Spruchpunkt A.II handelt, ist eine mündliche Verhandlung gemäß § 316 Abs 1 Z 1 BVergG nicht erforderlich, da es sich um die Zurückweisung von Anträgen wegen Unzulässigkeit und damit nicht über eine Entscheidung in der Sache handelt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [5. Lfg 2015]. § 316 Rz 17; zu dem inhaltsgleichen § 24 Abs 2 Z 1 VwGVG, zB VwGH 3. 8. 2016, Ra 2016/07/0058; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] § 24 Rz 14 f).

3.2.3.2 So weit es sich um die rein verfahrensrechtlichen Entscheidungen in Spruchpunkt A.II handelt, ist eine mündliche Verhandlung gemäß Paragraph 316, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG nicht erforderlich, da es sich um die Zurückweisung von Anträgen wegen Unzulässigkeit und damit nicht über eine Entscheidung in der Sache handelt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 [5. Lfg 2015]. Paragraph 316, Rz 17; zu dem inhaltsgleichen Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, VwGVG, zB VwGH 3. 8. 2016, Ra 2016/07/0058; Reisner in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte [2015] Paragraph 24, Rz 14 f).

3.3 Zu Spruchpunkt I.A) - Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb und der Zuschlagsentscheidung

3.3 Zu Spruchpunkt römisch eins.A) - Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb und der Zuschlagsentscheidung

3.3.1 Vorbemerkungen

3.3.1.1 Die Antragstellerin beantragt die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe und der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, weil sie zusammengefasst behauptet, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, einen Vertrag über die Sanierung der Altlast N6 zu anderen als den bekanntgemachten Bedingungen abschließen zu wollen. Darin liege die Führung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb, richtig wohl ohne vorherige Bekanntmachung, da es sich um einen öffentlichen und nicht um einen Sektorenauftrag handelt.

3.3.1.2 Beim Bundesverwaltungsgericht waren zu den Aktenzahlen W187 2008561, W187 2008585, bei dem die gegenständliche Antragstellerin Antragstellerin war, W187 2008946 und W187 2017416 bereits Nachprüfungsverfahren zu dem gegenständlichen Vergabeverfahren anhängig, in denen zweimal die Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme, die Nichtigerklärung einer Festlegung für die zweite Stufe des Verfahrens und die Ausschreibungsunterlage und der Projektvertrag jeweils in der ersten Fassung Gegenstand waren. Weiters sind das Verfahren W187 2134620-2 mit dem Ziel der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und das Verfahren W187 2137620-2 mit einem wortwörtlich gleichlautenden Begehren wie das gegenständliche Verfahren anhängig. Aus diesen Verfahren sind dem Bundesverwaltungsgericht daher Tatsachen bekannt, die auch für das vorliegende Nachprüfungsverfahren von Bedeutung sind.

3.3.1.3 Festzuhalten ist, dass die Ausschreibung im Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" 3. Fassung, die Grundlage der Angebotslegung in diesem Verfahren ebenso wenig wie die Teilnahmeunterlagen und alle anderen Festlegungen in diesem Vergabeverfahren nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Das Bundesverwaltungsgericht kann allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung nicht mehr aufgreifen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029). Das gilt auch für alle anderen Festlegungen der Auftraggeberin im Zuge des Vergabeverfahrens.

3.3.1.4 Die Teilnahmeunterlagen, die Ausschreibung sowie alle anderen Festlegungen und Erklärungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (st Rspr, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (st Rspr zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39, Slg 1993, I-3353; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 39 mwN; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Ausschreibung ist der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVwG 16. 4. 2014, W187 2003334-1/25E), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt", Rn 37, Slg 1993, I-3353; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

3.3.1.5 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß § 123 Abs 1 BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln. 3.3.1.5 Die Beurteilung der Angebote erfolgt gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung (zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 42 mwN; 2. 6. 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rn 36 mwN; BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1/30E). Das über die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens (BVwG 1. 8. 2014, W187 2008946-1/23E). Damit ist der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und aller anderen Erklärungen zu ermitteln.

3.3.2 Zur Änderung des Leistungsgegenstandes

3.3.2.1 Die Antragstellerin behauptet, dass die Auftraggeberin den Leistungsgegenstand auf unzulässige Art und Weise geändert habe, indem sie ein anderes als in dem UVP-Bescheid bewilligtes und in den Teilnahmeunterlagen verlangtes

Verfahren zur (Vor-)Behandlung zugelassen hat. Dazu stützt sie sich auf die Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen, Informationen aus einem Artikel in einer Tageszeitung und nicht näher spezifizierte Brancheninformationen.

3.3.2.2 Bei Ermittlung des Inhaltes der Teilnahmeunterlagen ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin das im Rahmen des UVP-Verfahrens bewilligte Verfahren der chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung basierend auf hydrometallurgischen Prozessstufen (Laugung) als ein geeignetes Verfahren bezeichnet hat. Dieses anzubieten wäre jedenfalls möglich gewesen, wie die Auftraggeberin auch in den Fragebeantwortungen zu den Teilnahmeunterlagen klargestellt. Allerdings sehen bereits die Teilnahmeunterlagen Abweichungen in zwei Richtungen vor. Einerseits geht es um den Ort der (Vor-)Behandlung. Eine Behandlung on site ist im Rahmen der UVP-Bewilligung und betrifft das Verfahren, das am Ort der Altlast anzuwenden ist. Eine Behandlung off site betrifft eine Behandlung an einem anderen Ort. Gerade bei einer (Vor-)Behandlung off site besteht die Möglichkeit, die Abfälle in eine bestehende Anlage einzubringen, für die die Auftraggeberin keine verfahrenstechnischen Vorgaben macht. Gerade bei einer Einbringung in eine bestehende Anlage wären solche Vorgaben auch nicht sinnvoll, wenn es um eine bewilligte Anlage nach einem anderen Verfahren geht, was im Ergebnis Kostenvorteile für die Auftraggeberin bedeuten könnte, da der Bieter keine Anlage zur (Vor-)Behandlung errichten müsste und auch keine neue anlagenrechtliche Bewilligung nötig wäre. Die Auftraggeberin hat sich offen gelassen, beide Verfahren im Rahmen von Hauptangeboten anbieten zu lassen.

3.3.2.3 Andererseits hat die Auftraggeberin das im Rahmen der UVP-Bewilligung genehmigte Verfahren immer nur als "ein" Verfahren, nicht als "das" Verfahren bezeichnet. Sie hat es nicht ausgeschlossen, dass sie den Zuschlag einem Angebot erteilen kann, das ein anderes Verfahren zur (Vor-)Behandlung anbietet, auch wenn sie in den Teilnahmeunterlagen in der ersten Verhandlungsrunde lediglich unverbindliche Verhandlungsvorschläge neben einem Hauptangebot einzuholen angekündigt hat. Gerade das Einholen von "unverbindlichen Verhandlungsvorschlägen" im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung in einem Verhandlungsverfahren mit mehreren Runden lässt bereits in den Teilnahmeunterlagen erkennen, dass die Auftraggeberin nicht auf dem Verfahren beharrt, das sie in dem UVP-Projekt bewilligt bekommen hat. Es bedeutet vielmehr, dass sie offen für andere Lösungsvorschläge ist, wenn ein Bieter diese plausibel darstellen kann, sie effizienter als das bewilligte Projekt sind und der Bieter wohl auch für deren Tauglichkeit haftet. Dazu ist kein Rechtsanspruch auf Durchführung einer anderen Lösung möglich. Zusammengefasst hat die Auftraggeberin zwar ein Verfahren in eigenem Namen im Rahmen eines UVP-Verfahrens bewilligen lassen, um eine Ausschreibung zur Sanierung der Altlast durchführen zu können. Allerdings erfolgte die gegenständliche Ausschreibung nicht konstruktiv sondern funktional. Gerade dadurch gibt die Auftraggeberin zu erkennen, dass sie die beste Lösung sucht und das bewilligte Verfahren zur (Vor-)Behandlung nur eines von mehreren möglichen ist. Sie setzt dabei auf die Fachkunde der Bieter. Die Festlegung des Verfahrens in den Teilnahmeunterlagen verlangt zwar, dass ein Bieter die Möglichkeit haben muss, das bewilligte Verfahren durchzuführen, schließt jedoch nicht aus, dass der Zuschlag auf ein Angebot mit einem davon abweichenden Verfahren erteilt wird. Damit haben bereits die Teilnahmeunterlagen das Anbieten eines anderen Verfahrens erkennen lassen.

3.3.2.4 Die Grenzen der Verhandlungen stellt die Verpflichtung zur Neuausschreibung oder zum Widerruf oder der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung dar, wie sie sich einerseits aus § 30 Abs 2 BVergG und der Rechtsprechung (zB EuGH 19. 6. 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Rn 35 bis 37, Slg 2008, I-4.401; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 30) ergeben. Die Wahl der Direktvergabe als typisiertes Vergabeverfahren kann hier außer Betracht bleiben, weil dieses ein § 25 Abs 10 BVergG typisiertes Vergabeverfahren für den Unterschwellenbereich ist und auch der Europäische Gerichtshof derartige Konstellationen regelmäßig an den Voraussetzungen für ein im Oberschwellenbereich zulässiges Verfahren, das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, gemessen hat (zB EuGH 13. 1. 2005, C-84/03, Kommission/Spanien, Slg 2005, I-139, Rn 47; 15. 10. 2009, C-275/08, Kommission/Deutschland, Slg 2009, I-168, Rn 61; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 35). Diese Grenzen hat die Auftraggeberin zu beachten und gegebenenfalls eine Neuausschreibung durchzuführen (zB VwGH 13. 11. 2013, 2012/04/0022, 0023). Neben dem Gesetz stecken auch die vorliegende Ausschreibung einschließlich der Teilnahmeunterlagen den Rahmen für solche Leistungsänderungen ab (EuGH 29. 4. 2004, C-496/99 P, Kommission/CAS Succi di Frutta, Rn 125, Slg 2004, I-3.801; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 28) und würden damit eine Verpflichtung zum Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs 1 Z 2 BVergG begründen. Eine Vertragsänderung, die die Grenzen der wesentlichen Änderungen, wie sie die nicht auf das gegenständliche Vergabeverfahren anwendbare Art 72 RL 2014/24/EU festlegt, überschreitet, könnte - über Antrag - als unzulässige Vergabe eines neuen Auftrags ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Bekanntmachung qualifiziert und für nichtig erklärt oder aufgehoben

werden. Selbst die Beilegung von Streitigkeiten aus der Vertragsdurchführung ermächtigt nicht unbegrenzt zum Abschluss von neuen Verträgen unter Außerachtlassung des Vergaberechts (EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 40). Allerdings erlauben Änderungen des Leistungsgegenstandes, die bereits in der ursprünglichen Ausschreibung zumindest optional vorgesehen waren, diese Änderungen im Lauf des Vergabeverfahrens oder der Vertragsdurchführung vorzunehmen, ohne die Leistung neu auszuschreiben (EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 37).

3.3.2.4 Die Grenzen der Verhandlungen stellt die Verpflichtung zur Neuausschreibung oder zum Widerruf oder der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung dar, wie sie sich einerseits aus Paragraph 30, Absatz 2, BVergG und der Rechtsprechung (zB EuGH 19. 6. 2008, C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, Rn 35 bis 37, Slg 2008, I-4.401; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 30) ergeben. Die Wahl der Direktvergabe als typisiertes Vergabeverfahren kann hier außer Betracht bleiben, weil dieses ein Paragraph 25, Absatz 10, BVergG typisiertes Vergabeverfahren für den Unterschwellenbereich ist und auch der Europäische Gerichtshof derartige Konstellationen regelmäßig an den Voraussetzungen für ein im Oberschwellenbereich zulässiges Verfahren, das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, gemessen hat (zB EuGH 13. 1. 2005, C-84/03, Kommission/Spanien, Slg 2005, I-139, Rn 47; 15. 10. 2009, C-275/08, Kommission/Deutschland, Slg 2009, I-168, Rn 61; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 35). Diese Grenzen hat die Auftraggeberin zu beachten und gegebenenfalls eine Neuausschreibung durchzuführen (zB VwGH 13. 11. 2013, 2012/04/0022, 0023). Neben dem Gesetz stecken auch die vorliegende Ausschreibung einschließlich der Teilnahmeunterlagen den Rahmen für solche Leistungsänderungen ab (EuGH 29. 4. 2004, C-496/99 P, Kommission/CAS Succi di Frutta, Rn 125, Slg 2004, I-3.801; 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 28) und würden damit eine Verpflichtung zum Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG begründen. Eine Vertragsänderung, die die Grenzen der wesentlichen Änderungen, wie sie die nicht auf das gegenständliche Vergabeverfahren anwendbare Artikel 72, RL 2014/24/EU festlegt, überschreitet, könnte - über Antrag - als unzulässige Vergabe eines neuen Auftrags ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit Bekanntmachung qualifiziert und für nichtig erklärt oder aufgehoben werden. Selbst die Beilegung von Streitigkeiten aus der Vertragsdurchführung ermächtigt nicht unbegrenzt zum Abschluss von neuen Verträgen unter Außerachtlassung des Vergaberechts (EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 40). Allerdings erlauben Änderungen des Leistungsgegenstandes, die bereits in der ursprünglichen Ausschreibung zumindest optional vorgesehen waren, diese Änderungen im Lauf des Vergabeverfahrens oder der Vertragsdurchführung vorzunehmen, ohne die Leistung neu auszuschreiben (EuGH 7. 9. 2016, C-549/14, Finn Frogne, Rn 37).

3.3.2.5 Wie oben ausgeführt nennen die Teilnahmeunterlagen zwar ein bestimmtes Verfahren zur (Vor-)Behandlung, lassen jedoch für alle fachkundigen Bieter erkennen, dass der Zuschlag auch auf ein Angebot erteilt werden kann, das ein anderes Verfahren zur (Vor-)Behandlung anbietet. Damit hat die Auftraggeberin bereits in den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Unterlagen erkennen lassen, dass das Verfahren nach dem UVP-Bescheid nicht abschließend und andere Verfahren ausschließend vorgesehen ist. Auch die Form als Alternativangebot ist durch den Beisatz "zum Beispiel in Form der Zulassung von Alternativangeboten" eindeutig erkennbar nur beispielhaft genannt und lässt allenfalls auch ein Hauptangebot über ein anderes Verfahren zur (Vor-)Behandlung zu. Damit hat die Auftraggeberin entsprechend der obigen Rechtsprechung auch andere Verfahren zur (Vor-)Behandlung einem Wettbewerb unterzogen. Im dem von der genannten Rechtsprechung gesteckten Rahmen kann sie daher in dem eingeleiteten Vergabeverfahren auch einem Angebot den Zuschlag erteilen, das ein anderes als das im Rahmen des UVP-Bescheid bewilligte Verfahren anbietet, ohne deshalb das laufende Vergabeverfahren widerrufen und ein neues Vergabeverfahren einleiten zu müssen. Dies hätte die sachverständige Antragstellerin auch aus den ihr bekannten Unterlagen des Vergabeverfahrens erkennen können.

3.3.3 Zur Wahl der Direktvergabe und des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung

3.3.3.1 Bei der Direktvergabe handelt es sich um ein gemäß § 25 Abs 10 BVergG typisiertes Vergabeverfahren, das gemäß § 41 Abs 2 BVergG lediglich im Unterschwellenbereich bis zu einem Auftragswert von höchstens € 100.000 zulässig ist. Wie oben festgestellt übersteigt der gegenständliche Auftragswert diese Grenze bei Weitem. Solche Konstellationen sind demgemäß als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung anzusehen.

3.3.3.1 Bei der Direktvergabe handelt es sich um ein gemäß Paragraph 25, Absatz 10, BVergG typisiertes Vergabeverfahren, das gemäß Paragraph 41, Absatz 2, BVergG lediglich im Unterschwellenbereich bis zu einem Auftragswert von höchstens € 100.000 zulässig ist. Wie oben festgestellt übersteigt der gegenständliche Auftragswert diese Grenze bei Weitem. Solche Konstellationen sind demgemäß als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung anzusehen.

3.3.3.2 Wie oben ausgeführt darf die Auftraggeberin die ausgeschriebenen Leistungen in dem bereits begonnen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben, an dem sich die Antragstellerin beteiligt hat. Damit stellt eine Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit dem von ihr angebotenen chemisch-physikalischen Verfahren zur (Vor-)Behandlung eine zulässige Zuschlagserteilung im Rahmen des eingeleiteten Vergabeverfahrens dar. Die Auftraggeberin hat weder ein Verfahren einer Direktvergabe noch eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gewählt.

3.3.4 Zusammenfassung

3.3.4.1 Die Auftraggeberin hat keines der behaupteten Vergabeverfahren gewählt, weil sie aufgrund der Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen den von ihr gesteckten Rahmen nicht gesprengt hat.

3.3.4.2 Damit sind die Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe und der Aufforderung zur Angebotslegung in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung abzuweisen.

3.4 Zu Spruchpunkt I.B) - Zurückweisung von Anträgen 3.4 Zu Spruchpunkt römisch eins.B) - Zurückweisung von Anträgen

3.4.1 Da das Bundesverwaltungsgericht den Hauptantrag abweist, muss es die Eventualanträge behandeln. Es handelt sich um einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" sowie einen Feststellungsantrag und Anträge auf Nichtigerklärung in eventu Aufhebung des Vertrags sowie Verhängung einer Geldbuße.

3.4.2 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist unzulässig, weil die Antragstellerin keine in dem Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" verbliebene Bieterin ist und ihr daher die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung in diesem Vergabeverfahren nicht zustellen muss. Sie hat zwar einen Teilnahmeantrag gestellt; die Auftraggeberin hat sie jedoch nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen. Den Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens hat das Bundesverwaltungsgericht, wie im Sachverhalt festgestellt, abgewiesen. Dieses Erkenntnis foht die Antragstellerin nicht an. Damit kommt sie in diesem Vergabeverfahren für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht und ihr fehlt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 27) das Interesse am Vertragsabschluss gemäß § 320 Abs 1 Z 1 BVergG (EuGH 12. 2. 2004, C-230/02, Grossmann Air, Slg 2004, I-1829, Rn 40), weil sie nicht zeitgerecht die nötigen Schritte unternommen hat, um ihre weitere Teilnahme am Vergabeverfahren zu erreichen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher zurückzuweisen. 3.4.2 Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist unzulässig, weil die Antragstellerin keine in dem Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" verbliebene Bieterin ist und ihr daher die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung in diesem Vergabeverfahren nicht zustellen muss. Sie hat zwar einen Teilnahmeantrag gestellt; die Auftraggeberin hat sie jedoch nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen. Den Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens hat das Bundesverwaltungsgericht, wie im Sachverhalt festgestellt, abgewiesen. Dieses Erkenntnis foht die Antragstellerin nicht an. Damit kommt sie in diesem Vergabeverfahren für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht und ihr fehlt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 5. 4. 2016, C-689/13, PFE, Rn 27) das Interesse am Vertragsabschluss gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (EuGH 12. 2. 2004, C-230/02, Grossmann Air, Slg 2004, I-1829, Rn 40), weil sie nicht zeitgerecht die nötigen Schritte unternommen hat, um ihre weitere Teilnahme am Vergabeverfahren zu erreichen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher zurückzuweisen.

3.4.3 Zum Feststellungsantrag gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG ist anzumerken, dass das Bundesverwaltungsgericht mangels Vertragsabschlusses zum Zeitpunkt der Entscheidung dafür unzuständig ist. Dieser Antrag ist daher zurückzuweisen. 3.4.3 Zum Feststellungsantrag gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG ist anzumerken, dass das Bundesverwaltungsgericht mangels Vertragsabschlusses zum Zeitpunkt der Entscheidung dafür unzuständig ist. Dieser Antrag ist daher zurückzuweisen.

3.4.4 Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung, in eventu Aufhebung des Vertrags und Verhängung einer Geldbuße ist festzuhalten, dass diese von Amts wegen im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs 3 bis 5 BVergG von Amts wegen zu treffen hat. Ein gesondertes Antragsrecht besteht nicht, zumal ein derartiger Antrag auch nicht im BVergG vorgesehen ist. Diese Anträge sind bereits aus diesem Grund ebenfalls zurückzuweisen (VwGH 22. 6. 2011,

2011/04/0116; 18. 3. 2015, 2012/04/0070). 3.4.4 Zu den Anträgen auf Nichtigerklärung, in eventu Aufhebung des Vertrags und Verhängung einer Geldbuße ist festzuhalten, dass diese von Amts wegen im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3 bis 5 BVergG von Amts wegen zu treffen hat. Ein gesondertes Antragsrecht besteht nicht, zumal ein derartiger Antrag auch nicht im BVergG vorgesehen ist. Diese Anträge sind bereits aus diesem Grund ebenfalls zurückzuweisen (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0116; 18. 3. 2015, 2012/04/0070).

3.5 Zu Spruchpunkt II.) - Unzulässigkeit der Revision 3.5 Zu Spruchpunkt römisch zwei.) - Unzulässigkeit der Revision

3.5.1 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. 3.5.1 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.

3.5.2 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 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. Die einschlägige Rechtsprechung ist unter 3.3 dieses Erkenntnisses wiedergegeben. Da im vorliegenden Erkenntnis in erster Linie die Ausschreibung auszulegen war, entscheidend daher eine Frage der Beweiswürdigung war und damit keine spezifische Rechtsfrage im Vordergrund stand, ist auch aus diesem Grund eine Revision nicht zulässig (st Rspr, zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0056 mWN). 3.5.2 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 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. Die einschlägige Rechtsprechung ist unter 3.3 dieses Erkenntnisses wiedergegeben. Da im vorliegenden Erkenntnis in erster Linie die Ausschreibung auszulegen war, entscheidend daher eine Frage der Beweiswürdigung war und damit keine spezifische Rechtsfrage im Vordergrund stand, ist auch aus diesem Grund eine Revision nicht zulässig (st Rspr, zB VwGH 4. 7. 2016, Ra 2016/04/0056 mWN).

Schlagworte

Alternativangebot, Änderung des Leistungsinhalts, Antragslegitimation, Antragsrecht, Ausschreibung, bestandfeste Ausschreibung, Bestandsfestigkeit, Bietergemeinschaft, Dienstleistungsauftrag, Direktvergabe, Eignung, Erfolgsaussichten, Eventualantrag, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Grundsatz der Transparenz, Leistungsinhalt, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Nichtigerklärung Vertrag / Geldbuße, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, rechtliches Interesse, Rechtsschutzinteresse, Schaden, Subunternehmer, Transparenz, Umweltsanierungsmaßnahme, Unzuständigkeit BVwG, Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W187.2137636.2.01

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at