

TE Bvwg Erkenntnis 2014/9/19 W139 2009635-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.09.2014

Entscheidungsdatum

19.09.2014

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z20 lit c

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §72 Abs2

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §75 Abs7

BVergG 2006 §75 Abs8

B-VG Art.133 Abs4

UFG §30 Z3

VwGVG §28 Abs1

1. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

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

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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. UFG § 30 heute

2. UFG § 30 gültig ab 01.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 30/2024
3. UFG § 30 gültig von 19.03.2022 bis 31.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2022
4. UFG § 30 gültig von 01.04.1993 bis 18.03.2022

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

W139 2009635-2/24E

Im Namen der Republik!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs. 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" über den Antrag der XXXX, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz RAe GmbH, Gauermannsgasse 2, 1010 Wien, vom 14.07.2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit 292 Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" über den Antrag der römisch 40, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz RAe GmbH, Gauermannsgasse 2, 1010 Wien, vom 14.07.2014 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

SPRUCH

A)

I. römisch eins.

Die Anträge, das "Bundesverwaltungsgericht möge

2. folgende Teile der Ausschreibung für nichtig erklären:

2.1. den Klammerausdruck "(zumindest 1000 t)" in Punkt 3.5.1. dritter Bulletpoint;

2.2. hilfsweise Punkt 3.5.1. dritter Bulletpoint;

2.3. hilfsweise Punkt 3.5.1.;

2.4. Punkt 3.5.2.1 zweiter Spiegelstrich;

2.5. Punkt 3.5.2.1 dritter Spiegelstrich;

2.6. Punkt 3.5.2.1 sechster Spiegelstrich;

2.7. hilfsweise den gesamten Punkt 3.5.2.1;

2.8. Punkt 3.5.2.2 zweiter Spiegelstrich;

2.9. Punkt 3.5.2.1 dritter Spiegelstrich;

2.10. hilfsweise den gesamten Punkt 3.5.2.2;

2.11. hilfsweise die gesamte Ausschreibung nichtig erklären"

werden gemäß § 312 BVergG abgewiesen. werden gemäß Paragraph 312, BVergG abgewiesen.

II. römisch zwei.

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge 3. der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen"

wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 BVG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, BVG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 14.07.2014, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am 15.07.2014, das im Spruch ersichtliche Begehren.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst Folgendes aus:

Die Auftraggeberin führe ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Oberschwabenbereich im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip durch. Ziel der Sofortmaßnahmen sei der Bodentausch bis 50 cm unter Geländeoberkannte (GOK) mit einem Gesamtvolumen von 51.500 t. Die Leistungen der örtlichen Aufsicht Chemie seien nicht ausschreibungsgegenständlich. Auch die Projektsteuerung, örtliche Bauaufsicht und Baustellenkoordination würden von der Auftraggeberin (Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. [BALSA GmbH]) wahrgenommen werden. Den Anweisungen der Aufsichten sei vom Auftragnehmer Folge zu leisten. Die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen würden daher lediglich vorbereitende Maßnahmen und die Baustelleneinrichtung, den Bodentausch und die Räumung der Baustelle umfassen.

Die Mitglieder der Antragstellerin seien seit vielen Jahren erfolgreich im Bereich Bau- und Entsorgungsleistungen, Sanierung sowie in verwandten Bereichen tätig. Durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrags drohe ein Schaden in Höhe der Kosten der Angebotsbearbeitung, der bisherigen Rechtsberatungskosten sowie ein Schaden in Form des Verlustes eines notwendigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf eine sachliche, nicht diskriminierende Ausschreibung, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und Beteiligung an einem neuen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung führte die Antragstellerin insbesondere aus: Unsachliche Mindestanforderungen an die Unternehmensreferenzen: Gemäß Punkt 3.5.1 dritter Bullet-Point sei gefordert, dass bei zwei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfolgreich abgeschlossenen Referenzprojekten ein Teil (zumindest 1000t) der zu entsorgenden Aushubmaterialien gemäß Abfallverzeichnis, BGBl. Nr. II 570/2003 idgF in Folge des Zutreffens des Kriteriums H13 als "gefährlicher Abfall" zu bezeichnen gewesen sei. Dieser Klammereinschub ("zumindest 1000t") sei in der mittlerweile widerrufenen Ausschreibung vom Februar 2014 noch nicht enthalten gewesen. Diese nunmehrige Festlegung sei höchst relevant, weil dadurch viele Referenzen, die nach der ersten Ausschreibung gültige Referenzen gewesen wären, nun nicht mehr ausschreibungskonform seien. Diese Festlegung sei unsachlich, überschießend und diskriminierend, weil diese Anforderung (1.000 Tonnen gefährlicher Abfall gemäß H13) kumulativ mit der Festlegung gefordert werde, dass 30.000 Tonnen binnen 6 Monaten angefallen sein müssen, die Untergrundkontamination durch organische Schadstoffe oder Schwermetalle bestimmt und ein selektiver Aushub erforderlich gewesen sein müsse, dass diese Anforderung für zwei Referenzprojekte gefordert werde (wenn überhaupt würde ein derartiges Referenzprojekt völlig genügen), diese Referenzen in den letzten fünf Jahren ab Ende der Frist zur Angebotsabgabe erbracht worden sein müssen. Schließlich sei in Ansehung dieser wesentlichen Änderung der ursprünglichen Ausschreibung die Angebotsfrist zu kurz, weil den Bietern die Möglichkeit gegeben werden müsste, neue Mitglieder der Bietergemeinschaft oder Subunternehmer zu identifizieren, die die verschärften Anforderungen erfüllen könnten.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung führte die Antragstellerin insbesondere aus: Unsachliche Mindestanforderungen an die Unternehmensreferenzen: Gemäß Punkt 3.5.1 dritter Bullet-Point sei gefordert, dass bei zwei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfolgreich abgeschlossenen Referenzprojekten ein Teil (zumindest 1000t) der zu entsorgenden Aushubmaterialien gemäß Abfallverzeichnis, Bundesgesetzblatt Nr. römisch zwei 570 aus 2003, idgF in Folge des Zutreffens des Kriteriums H13 als "gefährlicher Abfall" zu bezeichnen gewesen sei. Dieser Klammereinschub ("zumindest 1000t") sei in der mittlerweile widerrufenen Ausschreibung vom Februar 2014 noch nicht enthalten gewesen. Diese nunmehrige Festlegung sei höchst relevant, weil dadurch viele Referenzen, die nach der ersten Ausschreibung gültige Referenzen gewesen wären, nun nicht mehr ausschreibungskonform seien. Diese

Festlegung sei unsachlich, überschießend und diskriminierend, weil diese Anforderung (1.000 Tonnen gefährlicher Abfall gemäß H13) kumulativ mit der Festlegung gefordert werde, dass 30.000 Tonnen binnen 6 Monaten angefallen sein müssen, die Untergrundkontamination durch organische Schadstoffe oder Schwermetalle bestimmt und ein selektiver Aushub erforderlich gewesen sein müsse, dass diese Anforderung für zwei Referenzprojekte gefordert werde (wenn überhaupt würde ein derartiges Referenzprojekt völlig genügen), diese Referenzen in den letzten fünf Jahren ab Ende der Frist zur Angebotsabgabe erbracht worden sein müssen. Schließlich sei in Ansehung dieser wesentlichen Änderung der ursprünglichen Ausschreibung die Angebotsfrist zu kurz, weil den Bietern die Möglichkeit gegeben werden müsste, neue Mitglieder der Bietergemeinschaft oder Subunternehmer zu identifizieren, die die verschärften Anforderungen erfüllen könnten.

Unsachliche Mindestanforderungen an den Projektleiter bzw. Bauleiter: Gemäß Punkt 3.5.2.1 zweiter Spiegelstrich der Ausschreibung sei gefordert, dass der Projektleiter bzw. Bauleiter "mindestens fünf Jahre einschlägige Berufserfahrung als Projektleiter bzw. Bauleiter im Bereich Tiefbau im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften in den letzten zehn Jahren" habe. Im gegenständlichen Fall sei ein Bodenaushub nur bis 50 cm zu tätigen. Es sei völlig überzogen und unsachlich, dafür zu fordern, dass der Projektleiter bzw. Bauleiter fünf Jahre im Bereich Tiefbau tätig gewesen sei. Dies schließe viele potentielle Projektleiter aus, die im Bereich der Sanierung von Liegenschaften bestens geeignet wären, aber nicht auf 5 Jahre Tiefbau-Erfahrung innerhalb der letzten zehn Jahre verweisen könnten. Bekämpft werde auch die Festlegung, dass der Projektleiter bzw. Bauleiter Berufserfahrungen im Zusammenhang mit "Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften" vorweisen müsse, weil da die Auftraggeberin eine derartige Formulierung zuletzt so ausgelegt habe, dass diese Anforderung nur auf formal als Altlasten oder als kontaminiert registrierte Liegenschaften zutreffe, nicht aber bei Liegenschaften, bei denen ein selektiver Aushub aufgrund von Kontaminationen erforderlich war, ohne dass diese zuvor als Altlast oder kontaminierte Liegenschaft kategorisiert gewesen sei. Gemäß Punkt

3.5.2.1 dritter Spiegelstrich der Ausschreibung sei für den Projektleiter bzw. Bauleiter die "technisch verantwortliche Tätigkeit als Projektleiter bzw. Bauleiter bei einem zu nennenden Referenzprojekt der Kategorie 1 gemäß Punkt 3.5.1" gefordert. Wie oben dargelegt umfasse dieser Verweis die erhöhte Anforderung von "zumindest 1000t" an zu entsorgenden Aushubmaterialien gemäß Abfallverzeichnis. Daher sei dieser Punkt aus dem gleichen Grund wie Punkt 3.5.1 für nichtig zu erklären. Gemäß Punkt 3.5.2.1 sechster Spiegelstrich der Ausschreibung sei gefordert, dass der Projektleiter bzw. Bauleiter Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und Sicherheitsbestimmungen haben müsse. Auch diese Bestimmung sei unsachlich und diskriminierend, weil es objektiv nicht erforderlich sei, dass der Projektleiter bzw. Bauleiter persönlich die dafür erforderlichen Kurse besucht habe und diese Kenntnisse persönlich nachweisen könne.

Unsachliche Mindestanforderungen an den Polier: Gemäß Punkt 3.5.2.2 zweiter Spiegelstrich der Ausschreibung sei gefordert, dass der Polier "mindestens 5 Jahre einschlägige Berufserfahrung als Polier im Bereich Tiefbau im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften in den letzten zehn Jahren" habe. Wie oben dargelegt sei im gegenständlichen Fall ein Bodenaushub nur bis 50 cm zu tätigen. Es sei völlig überzogen und unsachlich, dafür zu fordern, dass der Polier fünf Jahre im Bereich Tiefbau tätig gewesen sei. Gemäß Punkt

3.5.2.2 dritter Spiegelstrich der Ausschreibung sei die "Tätigkeit als Polier bei einem Referenzprojekt der Kategorie 1 gemäß Punkt 3.5.1" gefordert. Wie oben dargelegt umfasse dieser Verweis die erhöhte Anforderung von "zumindest 1000t" an zu entsorgenden Aushubmaterialien gemäß Abfallverzeichnis. Daher sei dieser Punkt aus dem gleichen Grund wie Punkt 3.5.1 für nichtig zu erklären.

Mit Stellungnahme vom 30.07.2014 führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass die Auftraggeberin entgegen ihren Ausführungen die Änderungen zum ersten Vergabeverfahren nicht auf das durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vorgegebene Maß beschränkt habe. Durch die Vorgabe des Teils von zumindest 1.000 t Abfall, auf welche das Kriterium H13 zutreffe, sei es gerade nicht möglich, die im Zuge des ersten Vergabeverfahrens herangezogenen Referenzen heranzuziehen. Die Bewerber hätten entweder neue Referenzen identifizieren müssen, die bislang noch nicht vorgelegt worden seien, oder neue Subunternehmer oder neue Mitglieder für eine Bietergemeinschaft suchen müssen. Es sei nicht richtig, dass die Änderungen lediglich Erleichterungen für die Bieter umfassen. Das Abgehen vom Bestbieterprinzip hin zum Billigstbieterprinzip sei beispielsweise für die Antragstellerin nachteilig, weil diesfalls die hohe Qualität der Antragstellerin nicht in die Bewertung einfließen würde.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin mache es einen Unterschied, ob Referenzen als Zuschlagskriterium oder als Eignungskriterium gefordert seien. Fehlende Qualitätspunkte bei der Angebotsbewertung könnten durch einen günstigen Preis kompensiert werden, fehlende Eignung hindere die Teilnahme am Vergabeverfahren überhaupt. Zudem sei nunmehr erforderlich, dass mindestens 1.000 t gefährlicher Abfall der Kategorie H13 enthalten gewesen sein müssen. Ein Bieter könne daher über mehrere Referenzen verfügen, die in der ersten Ausschreibung anzuerkennen gewesen wären, nunmehr aber der Mindestanforderung nicht entsprechen würden.

Die Einschränkung auf gefährliche Abfälle der Kategorie H13 sei unsachlich und diskriminierend. Ein Projektleiter oder Polier, welcher Erfahrung im selektiven Aushub mit nicht deponierbaren Abfällen habe, sei auch geeignet, einen selektiven Aushub vorzunehmen, bei dem Abfall der Kategorie H13 zu erwarten sei bzw. tatsächlich vorkomme. Sohin wäre auf einen selektiven Aushub mit nicht deponierbaren Materialien bzw. auf einen selektiven Aushub mit gefährlichen Abfällen abzustellen gewesen. Zum Leistungsgegenstand sei auszuführen, dass ein Aushub nur bis zu einer Tiefe von 50 cm vorzunehmen sei und daher spezifische Tiefbaukenntnisse für den Projektleiter und den Polier nicht erforderlich seien. Insofern überschreite die Auftraggeberin ihren Gestaltungsspielraum.

Nochmals werde betont, dass die Festlegung auf H13 nicht sachgerecht sei und den Wettbewerb in unsachlicher Weise einschränke, weil nur wenige Referenzen mit einem selektiven Aushub gefährlichen Materials der Kategorie H13 in den letzten fünf Jahren existieren würden. Jedenfalls wären Referenzen zum selektiven Aushub von Materialien der Kategorie H5 (karzinogene Stoffe) gleichwertig zu H13 und hätten sachlicher Weise anerkannt werden müssen.

Weiters müssten sachlicher Weise auch Unternehmensreferenzen anerkannt werden, wenn das Unternehmen über die entsprechenden Personalressourcen bzw. einen Zugriff auf entsprechend geeignete Ziviltechniker verfügen würde.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin handle es sich bei § 75 BVergG bezüglich des Referenzzeitraumes um eine Kann-Bestimmung. Es sei sehr wohl, gerade bei seltenen Referenzen sachgerecht und geboten, entweder einen längeren Referenzzeitraum zu ermöglichen, oder aber die Referenzanforderung nicht so spezifisch zu fassen, dass dadurch der Vergabewettbewerb massiv beschränkt werde. Die spezifische Ausgestaltung der Referenzanforderung mit gleichzeitig kurzem Zeitraum der möglichen Erbringung sei im Ergebnis ebenso unsachlich wie diskriminierend. Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin handle es sich bei Paragraph 75, BVergG bezüglich des Referenzzeitraumes um eine Kann-Bestimmung. Es sei sehr wohl, gerade bei seltenen Referenzen sachgerecht und geboten, entweder einen längeren Referenzzeitraum zu ermöglichen, oder aber die Referenzanforderung nicht so spezifisch zu fassen, dass dadurch der Vergabewettbewerb massiv beschränkt werde. Die spezifische Ausgestaltung der Referenzanforderung mit gleichzeitig kurzem Zeitraum der möglichen Erbringung sei im Ergebnis ebenso unsachlich wie diskriminierend.

Weiterhin sei die Frage nicht abschließend entschieden, ob eine Sanierung einer kontaminierten Liegenschaft dadurch erbracht werde, dass eine ursprünglich kontaminierte Liegenschaft selektiv ausgehoben und nachher durch die Errichtung eines Bauwerkes, beispielsweise einer Tiefgarage und eines Hochbaus, zu einer nichtkontaminierten und deshalb im Ergebnis sanierten Liegenschaft werde, oder ob eine Sanierung nur dann vorliege, wenn nach dem selektiven Aushub der kontaminierten Materialien unbelastetes Material eingebracht werde, ohne dass die Liegenschaft auch neu bebaut werde. Diesen letzteren Standpunkt habe die Auftraggeberin bei der Entscheidung der Nichtzulassung im Vergabeverfahren "N6" und auch noch in der mündlichen Verhandlung betreffend jenes Vergabeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht vertreten. Die Antragstellerin begrüße es, wenn die Auftraggeberin nunmehr hinsichtlich der Referenzen "XXXX", "XXXX" und "XXXX" nun lediglich auf die Gefährlichkeit der Abfälle abstelle, nicht aber auf die Erfüllung des Kriteriums H13. Hierfür wäre aber eine entsprechende Berichtigung der Ausschreibung geboten, zumal auch für die anderen Bieter transparent sein müsse, welches Kriterium herangezogen werde.

2. Mit Schriftsatz vom 18.7.2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Claus Casati allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Die gegenständliche Altlast sei die erste und einzige in Österreich, bei der eine potentielle Gesundheitsgefährdung attestiert worden sei. Schon die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N 53 ,Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" sei die im öffentlichen Interesse gelegene besondere Dringlichkeit zu entnehmen. Die Dringlichkeit dieser Maßnahme sei derart akut, dass erstmals von der Möglichkeit dieser Sofortmaßnahmen gemäß § 30 Z 3 UFG im Bereich Altlasten Gebrauch gemacht werde. Es gehe um die Sanierung einer Altlast, bei der auf 48

Liegenschaften Häuser mit mehr als 50 Familien unmittelbar von dieser Altlast betroffen seien. Wie den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Bericht des Umweltbundesamtes, zu entnehmen sei, sei diese Altlast durch einen hohen Anteil an kanzerogenen Stoffen, wie insbesondere aromatische Kohlenwasserstoffe (PAK), Arsen und sonstige Schwermetalle, gekennzeichnet. Die von dieser Altlast ausgehende Gesundheitsgefährdung für zumindest 50 unmittelbar vor Ort wohnende Familien sei eine reale.² Mit Schriftsatz vom 18.7.2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Claus Casati allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Die gegenständliche Altlast sei die erste und einzige in Österreich, bei der eine potentielle Gesundheitsgefährdung attestiert worden sei. Schon die Bezeichnung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N 53 'Teerfabrik Rütgers - Angern' in der KG Angern" sei die im öffentlichen Interesse gelegene besondere Dringlichkeit zu entnehmen. Die Dringlichkeit dieser Maßnahme sei derart akut, dass erstmals von der Möglichkeit dieser Sofortmaßnahmen gemäß Paragraph 30, Ziffer 3, UFG im Bereich Altlasten Gebrauch gemacht werde. Es gehe um die Sanierung einer Altlast, bei der auf 48 Liegenschaften Häuser mit mehr als 50 Familien unmittelbar von dieser Altlast betroffen seien. Wie den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Bericht des Umweltbundesamtes, zu entnehmen sei, sei diese Altlast durch einen hohen Anteil an kanzerogenen Stoffen, wie insbesondere aromatische Kohlenwasserstoffe (PAK), Arsen und sonstige Schwermetalle, gekennzeichnet. Die von dieser Altlast ausgehende Gesundheitsgefährdung für zumindest 50 unmittelbar vor Ort wohnende Familien sei eine reale.

Das gegenständliche Vergabeverfahren sei das Folgeverfahren zu dem Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gemäß § 30 Z 3 UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern", wie es mit der EU-Bekanntmachung vom 12.02.2014, L-543570-429 bekannt gemacht worden sei und mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.06.2014, W139 20003185-1/33E, W139 20005967-1/23E für nichtig erklärt worden sei. In der Präambel zum Informationsteil dieses Vergabeverfahrens sei auf das Vorverfahren verwiesen worden und klargestellt worden, dass sich am Leistungsgegenstand, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, den angeschlossenen Plänen, Untersuchungen und sonstigen Dokumenten nichts geändert habe. Weiters sei ausdrücklich auch auf die Vorinformation vom 13.11.2013 zur Zl. L538487-3B11 verwiesen worden. Das gegenständliche Vergabeverfahren sei das Folgeverfahren zu dem Vergabeverfahren "Durchführung von Sofortmaßnahmen gemäß Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern", wie es mit der EU-Bekanntmachung vom 12.02.2014, L-543570-429 bekannt gemacht worden sei und mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.06.2014, W139 20003185-1/33E, W139 20005967-1/23E für nichtig erklärt worden sei. In der Präambel zum Informationsteil dieses Vergabeverfahrens sei auf das Vorverfahren verwiesen worden und klargestellt worden, dass sich am Leistungsgegenstand, insbesondere dem Leistungsverzeichnis, den angeschlossenen Plänen, Untersuchungen und sonstigen Dokumenten nichts geändert habe. Weiters sei ausdrücklich auch auf die Vorinformation vom 13.11.2013 zur Zl. L538487-3B11 verwiesen worden.

Interessierte Bieter könnten sohin ihre bereits getätigten Anstrengungen/Kalkulationen eins zu eins für das gegenständliche Vergabeverfahren heranziehen. Die Änderungen seien durchwegs Erleichterungen für die Bieter, wie insbesondere das Abgehen vom Bestbieterprinzip hin zum Billigstbieterprinzip, sowie Klarstellung bestimmter vertraglicher Bestimmungen zugunsten der Bieter. Dies treffe auch auf die Antragstellerin zu, wonach dieser bereits Kosten für die Angebotsbearbeitung in der Höhe von € 50.000,- entstanden seien.

Es seien bereits im ersten Vergabeverfahren zwei Unternehmensreferenzen vorzulegen gewesen. Der einzige Unterschied zum ersten Vergabeverfahren sei, dass der Begriff "ein Teil" durch die Hinzufügung "zumindest 1.000 t" konkretisiert worden sei. Diese Konkretisierung auf ein Dreißigstel der Gesamtmenge von zumindest 30.000 t Abfällen sei keine Erschwerung, sondern eine Konkretisierung im Sinne einer Erleichterung für den Bieter.

Auch im ersten Vergabeverfahren seien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die einschlägige Ausbildung und ein fünfjährige einschlägige Berufserfahrung der Schlüsselpersonen "Projektleiter/Bauleiter" und "Polier" gefordert worden. Darüber hinaus sei der Nachweis von mehreren Referenzprojekten, vergleichbar zu den zitierten Unternehmensreferenzen, nicht als Eignungskriterium sondern als Zuschlagskriterium gefordert gewesen. Demnach sei bereits im ersten Vergabeverfahren neben der einschlägigen Berufserfahrung auch die Nennung von Referenzprojekten für den Projektleiter/Bauleiter und den Polier erforderlich gewesen, sofern man überhaupt als Bestbieter eine Chance haben wollte. Nunmehr sei lediglich eine einzige Referenz gefordert und nicht wie zuvor mehrere Referenzprojekte.

Die Antragstellerin stelle den Leistungsgegenstand offenbar bewusst unrichtig dar. Es gehe nicht nur um vorbereitende Maßnahmen und Baustelleneinrichtung, Bodenaustausch und Räumung der Baustelle. Es gehe auch um den selektiven Aushub des kontaminierten Bodenmaterials bis zu einer Tiefe von 50 cm auf 48 Liegenschaften (Gesamtaushubfläche ca. 50.000 m²) inkl. Abtransport und Behandlung inkl. sämtlicher Vor- und Nacharbeiten, Lieferungen und Verlegung von Geotextilien, Lieferung und Einbau von nichtkontaminiertem, geeignetem Bodenmaterial (mindestens zweischichtig) sowie Durchführung gärtnerischer Tätigkeiten.

Dazu seien entsprechende Behandlungsgrundsätze vorgegeben worden sowie mehrfach auf die besonderen Umstände vor Ort, etwa dem Auftreten von gediegenem Teer, hingewiesen worden. In diesem Sinn hätten die Bieter u.a. auch ein Baustellenorganisationskonzept und ein Entsorgungskonzept sowie einen Projektzeitplan vorzusehen, wobei mit einer ca. sechsmonatigen Bauzeit zu rechnen sei. Von besonderer Bedeutung sei auch, dass die Maßnahmen auf 48 Einzelliegenschaften einzelner Privatpersonen erfolgen sollen und daher entsprechend sensibel vorzugehen sei. Ausgeschrieben sei im Leistungsverzeichnis u. a. die Behandlung von 50.225 t kontaminierten Bodenmaterials. Mit gefährlichen Abfällen gemäß dem Abfallverzeichniskriterium H13 sei im Ausmaß von 10.970 t zu rechnen.

Der Auftraggeberin komme bei den Anforderungen an die Eignung der Bieter ein Gestaltungsspielraum zu. Eingeschränkt sei der Auftraggeber durch den Gegenstand des Auftrages. Diesen Gestaltungsspielraum habe die Auftraggeberin im gegenständlichen Fall nicht überschritten. Es würden ausschließlich Nachweise bzw. diesbezügliche Kriterien aufgestellt werden, welche unmittelbar aus dem Leistungsgegenstand abgeleitet seien.

Die hier geforderte Referenz in Höhe von 30.000 t liege deutlich unterhalb der tatsächlich zu erbringenden Leistung von mehr als 50.000 t. Im gegenständlichen Fall sei mit einer Untergrundkontamination durch organische Schadstoffe/Schwermetalle zu rechnen, es habe ein selektiver Aushub zu erfolgen und es sei mit gefährlichen Abfällen entsprechend der Abfallverzeichnisverordnung H13 im Ausmaß von mehr als 10.970 Tonnen zu rechnen. Die nunmehrige Festlegung, dass ein Teil (mindestens 1.000 t) diesem Kriterium zu entsprechen habe, liege sohin deutlich unter dem zu erwartenden Anfall an diesen gefährlichen Abfällen.

Der komplexe Leistungsgegenstand erfordere den Einsatz sowohl eines erfahrenen Projektleiters/Bauleiters als auch eines erfahrenen Poliers. Der Bodenaustausch mit selektivem Aushub in 48 Gärten von Einfamilienhäusern sei keine alltägliche Baumaßnahme, auch wenn "nur" 50 cm kontaminiertes Erdreich abzugraben und auszutauschen sei. Neben den beengten Platzverhältnissen und der geforderten besonderen Rücksichtnahme auf die Interessen der vor Ort lebenden Menschen habe der Auftragnehmer mit stark kontaminiertem Erdreich zu rechnen. Das Betreiben der Behandlungsmaßnahmen unter Berücksichtigung aller umweltrechtlichen Vorgaben erfordere den Einsatz sowohl eines Poliers als auch eines Projektleiters/Bauleiters, der zumindest ein vergleichbares Referenzprojekt erbracht habe. Die Anforderungen an das Referenzprojekt würden ohnehin niedriger gelegt als im gegenständlichen Fall. Eine unsachliche Vorgabe sei darin nicht zu sehen.

Es sei nicht überschießend, vorliegend zumindest zwei Unternehmensreferenzen zu fordern. Es seien mindestens 150 vor Ort lebende Menschen von dieser Sofortmaßnahme betroffen, weswegen hier kein erhöhtes Risiko eingegangen werden könne, nicht ausreichend leistungsfähige Bieter mit den erforderlichen Arbeiten betraut zu haben. Dass die Unternehmensreferenzen in den letzten fünf Jahren erbracht worden sein müssten, ergebe sich unmittelbar aus dem Bundesvergabegesetz. Aus der Erfüllung dieser gesetzlichen Vorgabe könne der Auftraggeberin kein Vorwurf gemacht werden. Abgesehen davon könne sich der Bieter selbstverständlich uneingeschränkt zum Nachweis der Eignung auf Dritte berufen. Es sei sowohl die Bildung von Bietergemeinschaften als auch die Heranziehung von Subunternehmen selbstverständlich möglich.

Darüber hinaus zeige die Marktkennntnis der Auftraggeberin, dass alle namhaften in der österreichischen Altlastensanierung tätigen Unternehmen die geforderten Eignungskriterien erfüllen würden. Es sei mit zumindest sechs Angeboten geeigneter Bieter zu rechnen. Eine unzulässige Einschränkung des Bieterkreises erfolge durch diese Vorgabe daher nicht.

Abgesehen davon fehle es der Antragstellerin am rechtlichen Interesse. Aus dem von der Antragstellerin ebenfalls geführten Vergabeverfahren "Sanierung Altlast N6" und dem diesbezüglichen Nachprüfungsverfahren ergebe sich, dass die Antragstellerin geeignet sei, die hier geforderten Referenzen ohne Hinzuziehung weiterer Personen selbst zu erbringen. Konkret habe die Antragstellerin im oben genannten Vergabeverfahren die Referenzen a) "XXXX", b) "XXXX"

und c) "XXXX" vorgelegt, bei welchen davon auszugehen sei, dass die hier geforderten Anforderungen erfüllt seien. Weiters sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin die bei diesem Bauvorhaben eingesetzten Personen weiterhin beschäftigen und diese Personen als Projektleiter bzw. Polier benennen könne.

In einer weiteren Stellungnahme vom 14.08.2014 führte die Auftraggeberin Nachstehendes aus: Die hier strittige Referenzanforderung der Kategorie 1 unterschiede sich nur insoweit von der ersten Ausschreibung, als der Begriff "ein Teil" durch den Klammerausdruck "zumindest 1.000 t" konkretisiert worden sei. Die nunmehrige Konkretisierung des Begriffs "ein Teil" setze die Mindestlatte bei einem Dreißigstel des geforderten Aushubmaterials bzw. einem Zehntel der im gegenständlichen Projekt auszuhebenden/zu behandelnden gefährlichen Aushub- bzw. Abfallmenge an. Die Wahl des Billigstbieterprinzips reduziere die Anforderungen an die Bieter, es seien weniger Unterlagen abzugeben.

Vorliegend handle es sich nicht um irgendeinen Erdaushub. Es gehe um die Sanierung hoch kontaminierter Böden, bei denen 10.800 t gefährlicher Abfall infolge Zutreffen des Gefährlichkeitskriteriums H13 gemäß Abfallverzeichnisverordnung auszuheben und zu behandeln seien. Die Baumaßnahmen seien erheblich komplexer als dies von der Antragstellerin mit dem Verweis auf das Abgraben von 50 cm suggeriert werde. Der Auftragnehmer habe vor allem die Standfestigkeit der angrenzenden Gebäude und die Interessen ihrer Bewohner zu berücksichtigen. Eine derartige 48 Einfamilienhäuser betreffende Baumaßnahme sei, selbst wenn sie auf einem Bodenaustausch von 50 cm beschränkt sei, derart komplex, dass dies nicht in die Hand eines Chemikers gelegt werden könne. Neben dem Bodenaustausch seien insbesondere auch die Erstellung der Baustelleneinrichtung sowie insbesondere die Erstellung eines Vorhaltelagers notwendig. Dieses Vorhaltelager müsse u.a. alle Einrichtungen zur Ableitung, Sammlung und Speicherung der anfallenden Niederschlags- und Sickerwasser besser beinhalten. Die Einrichtung dieses Vorhaltelagers sei keine einfache Baumaßnahme, die von einem Chemiker geleitet werden könne.

Die Antragstellerin übersehe, dass der Auftragnehmer mit dem Aushub der kontaminierten Böden Besitzer dieser gefährlichen Abfälle werde und dementsprechend alle sich aus dem Abfallwirtschaftsgesetz und den danach erlassenen Verordnungen ergebenden Pflichten zu erfüllen habe und fachkundige Vorgangsweise gewährleisten müsse. In diesem Sinne fordere die Auftraggeberin eine entsprechende Erfahrung des vor Ort handelnden und leitenden Schlüsselpersonals im Umgang mit den gegenständlich relevanten gefährlichen Abfällen. Ergänzend seien vor allem auch die arbeitnehmerschutzrechtlichen Anforderungen und die nachbarschaftsrechtlichen Anforderungen zu beachten.

Die 10.800 t gefährliches Bodenaushubmaterial würden Aushubmaterialien betreffen, die aufgrund ihrer Inhaltsstoffe mit PAK, MKW oder Schwermetallen das Gefährlichkeitskriterium H13 gemäß Abfallverzeichnisverordnung erfüllen würden. Es sei richtig, dass darüber hinaus gefährliche Abfälle, nämlich 120 t Teerrückstände der Schlüssel Nr. 54913g und 50 t Brandschutt oder Bauschutt mit schädlichen Verunreinigungen der Schlüssel Nr. 31441g ausgeschrieben worden seien. Die Mengen seien aber im Vergleich zu der Menge der kontaminierten Böden der Schlüssel Nr. 31424g gering, weswegen im Sinne der Bieter lediglich auf Aushubmaterial - Untergrundkontamination durch organische Schadstoffe oder Schwermetalle Schlüssel Nr. 31424g bzw. gefährliche Abfälle im Sinne H13 gemäß Abfallverzeichnisverordnung abgestellt worden sei.

Die Begriffsdefinition "nicht deponierbar" nach der Deponieverordnung sei mit der Bezeichnung gefährlicher Abfall durch Zutreffen des Kriteriums H13 gemäß Abfallverzeichnisverordnung nicht vergleichbar. Der Begriff "nicht deponierbarer Abfall" stelle auf die Behandlungsart, nämlich Deponierung ab. Der Begriff "gefährlicher Abfall durch Zutreffen des Gefährlichkeitskriteriums H13" gemäß Abfallverzeichnisverordnung beschreibe unabhängig von einer möglichen Behandlungsart ausschließlich die Qualität des Abfalls indem die Überschreitung gewisser Inhalte der Stoffkonzentrationen das Gefährlichkeitskriterium erfüllt sei und eben dadurch ein gefährlicher Abfall gemäß Abfallverzeichnisverordnung vorliege.

Betont werde abermals, dass die Anforderungen an die Unternehmensreferenz deutlichst unter den zu erwartenden Anforderungen liegen würden. Im Übrigen könne auch die Antragstellerin keine Referenz nennen, bei der sie kontaminierte Böden mit dem Gefährlichkeitskriterium H5 behandelt habe. Eine derartige Referenz gebe es nicht.

Generell sei festzuhalten, dass kontaminiertes Bodenaushubmaterial der Schlüssel Nr. 31424g, wie ausschreibungsgegenständlich und bei den in den Ausschreibungsunterlagen definierten Referenzprojekten gefordert, aus sachlichen Gründen nur durch Zutreffen des H13 Kriteriums seine Eigenschaft "gefährlicher Abfall" erhalte. Dies würden auch die zehn von der BALSA bearbeiteten vergleichbaren Altlastensanierungsprojekte beweisen. H13 sei das

für den gegenständlichen Austausch von kontaminierten Böden zutreffende Gefährlichkeitskriterium. Aus diesen ausschließlich am Leistungsgegenstand orientierten Überlegungen habe die Auftraggeberin bei der Unternehmensreferenz die Untergrundkontamination durch organische Schadstoffe oder Schwermetalle, wie dies bei den ausgeschriebenen kontaminierten Böden mit der Schlüssel Nr. 31424g der Fall sei, abgeleitet.

Weiters werde nochmals betont, dass erst nach der erfolgreichen Abwicklung von zumindest zwei vergleichbaren Projekten davon ausgegangen werden könne, dass die Anforderungen aus dem gegenständlichen Projekt unter unmittelbarem Eingriff in das Leben von 150 Personen sichergestellt werden können.

Es würden bewusst keine spezifischen Tiefbaukenntnisse gefordert, sondern die im gegenständlichen Projekt notwendigen Kenntnisse aus dem Bereich des Deponiebaus oder der Altlastsanierung oder der Sanierung von kontaminierten Liegenschaften.

Es genüge nicht, dass bloß ein Polier über derartige Erfahrung verfüge. Sich hier bloß auf den Polier zu verlassen, sei bei der Komplexität des gegenständlichen Projekts zu wenig. Der Projektleiter müsse Erfahrung mit den wesentlichen Leistungen der Errichtung des Vorhaltelagers und des Bodenaustausches inklusive Erstellung Grob-, Zwischen- und Feinplanung haben. Dagegen werde gerade keine Berufserfahrung mit besonderen Baugrubensicherungsmaßnahmen gefordert. In diesem Sinne sei die Anforderung sachgerecht.

Zur gesicherten Erfüllung der Anforderungen des Abfallrechts, des Arbeitnehmerschutzes und des Nachbarrechtes benötige der Auftragnehmer zumindest einen entsprechenden ausgebildeten und erfahrenen Polier vor Ort und einen Projektleiter/Bauleiter. Situativ richtiges Verhalten erfordere es, dass sowohl der Projektleiter als auch der Polier über praktische Projekterfahrung verfügen würden, wie mit den gefährlichen Abfällen, die Eigenschaften des Gefährlichkeitskriteriums H13 aufweisen, umzugehen sei. Sie würden Erfahrung mit kritischen Situationen im Zusammenhang mit gefährlichen Abfällen, wie z.B. Auswaschungen der PAK, MKW bzw. Arsen, Vermeiden von Staubentwicklung, richtiges Verladen, richtige Einteilung zu den jeweiligen Behandlungsanlagen, unmittelbar richtige Anordnungen gegenüber Anrainern und Arbeitnehmern, benötigen. Die Aufgaben des Projektleiters/Bauleiters und jene des Poliers seien unterschiedlich. In diesem Sinne sei die Forderung sowohl der Schlüsselperson Projektleiter/Bauleiter einerseits und Polier andererseits mit einer jeweiligen fünfjährigen Berufserfahrung und einem einzigen Referenzprojekt gemäß Kategorie 1 gerechtfertigt.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin könne der Referenzzeitraum gemäß der ständigen Judikatur nicht über den fünfjährigen Zeitraum hinausgehen. Bei einem hier geforderten Referenzprojekt handle es sich nicht nur um ein Projekt, welches eine bloße Altlastensanierung betreffe. Eine zulässige Referenz sei u.a. auch dann gegeben, wenn die Liegenschaft saniert werde und in weiterer Folge ein Bauwerk errichtet werde.

Angemerkt werde, dass die Antragstellerin beim Vergabeverfahren "N6" zwar bestimmte allgemein bezeichnete Referenzen genannt habe, aus diesen jedoch nicht abzuleiten gewesen sei, inwieweit dort die geforderte Sanierung der Altlast bzw. der kontaminierten Liegenschaft auch tatsächlich erfolgt sei. Die Antragstellerin könne daher gegenständlich die betreffenden Referenzen nennen, müsse freilich in diesem Zusammenhang konkret dartun, inwieweit eine Sanierung erfolgt sei, was der Auftraggeberin in concreto aber mittlerweile im Zuge des Nachprüfungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren "N6" bekannt sei. Da die Antragstellerin sohin die Anforderung erfüllen könne, fehle es ihr schon an der Antragslegitimation.

3. Am 20.08.2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Die Antragstellerin betonte, dass die Auftraggeberin entgegen ihrem Vorbringen die Ausschreibung sehr wohl entscheidend geändert habe. Die Eignungsanforderungen an das Schlüsselpersonal seien näher spezifiziert worden und würden bei den Referenzen anstelle von einem Teil nunmehr 1.000 t Abfall der Qualität H13 verlangt werden. Dies sei auch deshalb unsachlich, weil die gleiche technische Fähigkeit, nämlich selektiver Aushub, chemische Analyse und dementsprechende Behandlung in einer Behandlungsanlage bei Projekten mit Abfall der Qualifikation H13 und bei Projekten der Abfallqualifikation eines anderen H-Kriteriums bzw. bei Projekten einer Abfallqualifikation "nicht deponierbar" gefordert sei. Es werde als besonders erschwerend und unsachlich empfunden, dass die Vielzahl von Referenzvorgaben bezogen auf die einzelne Person des Projektleiters bzw. Poliers gefordert werde. Nur die Balsa fordere, dass einige oder wenige Personen persönlich über alle relevanten Kompetenzen verfügen müssen. Sonstige Großprojekte würden in einem Projektteam ausgeführt werden. Während Referenzen im Zuge der ersten Ausschreibung zur Erlangung von Zuschlagspunkten verwendet werden hätten können, könnten diese nunmehr aber

nicht herangezogen werden. Weiters sei die Standfestigkeit von Gebäuden bei Abtragen von lediglich 50 cm Aushubmaterial nicht in einer Weise gefährdet, dass diesbezügliche Tiefbaureferenzen sachlich gerechtfertigt wären. Im Übrigen sei es angesichts der abschließenden Regelung betreffend die Eignungsnachweise gemäß § 75 BVergG nicht zulässig, spezifische Referenzanforderungen von Schlüsselpersonal zu fordern. Dem Argument der Auftraggeberin, dass die Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen durch bloße einschlägige Berufserfahrung gegeben sei, sei entgegenzuhalten, dass die einschlägige Berufserfahrung schon unter dem zweiten Spiegelstrich gefordert sei und der sechste Spiegelstrich daher sinnentleert wäre. Die Nichtklarstellung dieses Prüfungsmaßstabes schaffe eine Unsicherheit, die im Falle einer Nichtbekämpfung zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen könnte.³ Am 20.08.2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Die Antragstellerin betonte, dass die Auftraggeberin entgegen ihrem Vorbringen die Ausschreibung sehr wohl entscheidend geändert habe. Die Eignungsanforderungen an das Schlüsselpersonal seien näher spezifiziert worden und würden bei den Referenzen anstelle von einem Teil nunmehr 1.000 t Abfall der Qualität H13 verlangt werden. Dies sei auch deshalb unsachlich, weil die gleiche technische Fähigkeit, nämlich selektiver Aushub, chemische Analyse und dementsprechende Behandlung in einer Behandlungsanlage bei Projekten mit Abfall der Qualifikation H13 und bei Projekten der Abfallqualifikation eines anderen H-Kriteriums bzw. bei Projekten einer Abfallqualifikation "nicht deponierbar" gefordert sei. Es werde als besonders erschwerend und unsachlich empfunden, dass die Vielzahl von Referenzvorgaben bezogen auf die einzelne Person des Projektleiters bzw. Poliers gefordert werde. Nur die BALS fordere, dass einige oder wenige Personen persönlich über alle relevanten Kompetenzen verfügen müssen. Sonstige Großprojekte würden in einem Projektteam ausgeführt werden. Während Referenzen im Zuge der ersten Ausschreibung zur Erlangung von Zuschlagspunkten verwendet werden hätten können, könnten diese nunmehr aber nicht herangezogen werden. Weiters sei die Standfestigkeit von Gebäuden bei Abtragen von lediglich 50 cm Aushubmaterial nicht in einer Weise gefährdet, dass diesbezügliche Tiefbaureferenzen sachlich gerechtfertigt wären. Im Übrigen sei es angesichts der abschließenden Regelung betreffend die Eignungsnachweise gemäß Paragraph 75, BVergG nicht zulässig, spezifische Referenzanforderungen von Schlüsselpersonal zu fordern. Dem Argument der Auftraggeberin, dass die Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen durch bloße einschlägige Berufserfahrung gegeben sei, sei entgegenzuhalten, dass die einschlägige Berufserfahrung schon unter dem zweiten Spiegelstrich gefordert sei und der sechste Spiegelstrich daher sinnentleert wäre. Die Nichtklarstellung dieses Prüfungsmaßstabes schaffe eine Unsicherheit, die im Falle einer Nichtbekämpfung zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen könnte.

Es könne nicht automatisch von H-Kriterien auf deren Behandlung geschlossen werden. Bei der Manipulation auf der Baustelle bestehe hinsichtlich von Abfällen der Kriterien H10, H11, H7 und H13 kein Unterschied. Polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe würden auch das Kriterium H10, H11 oder H7, aber auch H13 erfüllen können. Es gäbe nur eine Hand voll von Projekten, die den Anforderungen an Unternehmensreferenzen entsprechen würden. Im Hinblick auf die Referenzen "XXXX", "XXXX" und "XXXX" sei das Risiko gegeben, dass angesichts der Erfahrung aus dem Vergabeverfahren "Altlastsanierung N6" diese Referenzen seitens der Auftraggeberin nicht anerkannt werden würden. Hinsichtlich des Umganges mit Abfällen nach H13 mache es keinen Unterschied, ob 90 Tonnen pro Tag oder eine geringere Menge zu behandeln sei. Im Übrigen sei im Leistungsverzeichnis nur die Schlüssel Nr. 31424g und nicht der Hinweis auf H13 enthalten, weswegen auch die Referenzanforderung dieser Festlegung im Leistungsverzeichnis hätte entsprechen müssen und daher nicht darüber hinausgehen hätte dürfen.

Die Auftraggeberin führte aus, dass bereits im Rahmen der ersten Ausschreibung für den Projektleiter bzw. den Polier zwei Referenzen der Kategorie 1 zu nennen gewesen seien, wenn der Bieter 12% der Gesamtpunkte erreichen habe wollen. Die genannten Kriterien H13, die sonstigen H-Kriterien bzw. der Begriff "nicht deponierbar" seien nicht miteinander vergleichbar. Bodenaushub, welcher dem H13 Kriterium entspreche, sei ein lockeres Material, das gefährlicher Abfall sei. Es könne dabei zu Verstaubungen und zu Auswaschungen kommen und dann müsse man exakt wissen, wie in einer konkreten Situation zu handeln sei. Im gegenständlichen Projekt komme es auf die Erfahrung mit der Behandlung derartiger Abfälle (Kriterium H13) an. Im November 2013 habe es Untersuchungen vor Ort gegeben und seien im Raster von 10x10 Meter über das gesamte Altlastenareal Proben von bis zu einer Tiefe von 50 cm gezogen worden. Diese Ergebnisse würden als Beilage 9 der Ausschreibungsunterlage beiliegen. Daraus ergebe sich das Vorliegen von Abfall des Kriteriums H13 (Punkt 7.5 des Vorgutachtens sowie 1.2.5.4 der Ausschreibungsunterlagen).

Die Anforderungen an das Schlüsselpersonal würden sich aus dem Projekt ergeben. Es sei der Auftraggeberin nicht zuzumuten, dass die hier abverlangten Anforderungen von mehreren Personen erfüllt werden würden. Eine Projektleitung als Team komme für die Auftraggeberin nicht in Frage. Auch bei einem Aushub von lediglich 50 cm sei im Rahmen dieses Bauvorhabens und Sanierungsprojektes die Standfestigkeit von zahlreichen Gebäuden zu berücksichtigen, weswegen Erfahrung im Tiefbau gerechtfertigt sei. Die einschlägige Berufserfahrung sei durch Vorlage eines Lebenslaufes nachzuweisen. Es würden nicht alle genannten Referenzen addiert werden, sondern es genüge die Tätigkeit in diesem Bereich für die Dauer von fünf Jahren. Bei der Sanierung kontaminierter Liegenschaften handle es sich nicht um die Sanierung einer Altlast. Es sei auch nicht erforderlich, dass die Liegenschaft im Verdachtsflächenkataster aufscheine, allerdings müsse der Verdacht einer Kontamination gegeben sein. Insofern sei auch der Aushub eines ÖBB Parkgaragenprojektes als Aushub kontaminierten Bodens zu verstehen. In diesem Zusammenhang bedeute die Kontamination eines Bodens die Verunreinigung eines Bodens mit gefährlichen oder nicht gefährlichen Abfällen. Der Projektleiter könne im Hinblick auf die Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und Sicherheitsbestimmungen auf seine bisherige Berufserfahrung verweisen, in deren Zuge er auch für die Arbeitnehmerschutzbestimmungen verantwortlich gewesen sei.

Im Hinblick auf die Anforderung an die Unternehmensreferenzen, dass ein Teil (zumindest 1.000 t der zu entsorgenden Aushubmaterialien) zufolge des Zutreffens des Kriteriums H13 als gefährlicher Abfall zu bezeichnen gewesen sei, führte die Auftraggeberin aus, dass die logistischen Anforderungen sich je nach Menge unterscheiden würden. Gegenständlich müssten binnen sechs Monaten 10.800 t bewältigt werden, welche gleichzeitig auch an mehreren Stellen anfallen würden. Bei einer Menge von 1.000 t sei die Auftraggeberin ohnehin von einem äußerst geringen Teil ausgegangen.

Die Auftraggeberin habe einen entsprechenden Marktüberblick und sei der Meinung, dass auch die Antragstellerin diese Kriterien erfülle. Im Hinblick auf das Vorbringen der Auftraggeberin, dass entsprechend ihrer Marktkennntnis, alle namhaften, in der österreichischen Altlastensanierung tätigen Unternehmen die geforderten Eignungskriterien erfüllen würden, wurde diese aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht eine Aufstellung von Referenzprojekten vorzulegen, die alle Anforderungen an die Unternehmensreferenzen gemäß den Ausschreibungsbedingungen erfüllen würden, dies unter Angabe der betreffenden Auftragnehmer.

4. Mit Stellungnahme vom 22.08.2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 25.08.2014 eingelangt, legte die Auftraggeberin die über Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichtes geforderte Zusammenstellung jener Referenzprojekte in Österreich vor, welche den Anforderungen der Ausschreibung an die Unternehmensreferenzen entsprechen würden. Dies auch zum Beleg dafür, dass die Antragstellerin zumindest mit den drei Referenzen "XXXX", "XXXX" und "XXXX", jeweils die geforderten Referenzen erfüllen würde. Dies ergebe sich für die Referenz "XXXX" aus Beilage 8 und für die Referenz "XXXX" aus den Beilagen 9a und

9b. Beim Referenzprojekt "XXXX" seien nachweislich 1.108,93 t gefährlicher Abfall gemäß H13 ausgehoben worden. Beim Referenzprojekt "XXXX" seien nachweislich 1.969 t dem H13 Kriterium zugeordnet worden. Im Übrigen sei auch beim Referenzprojekt "XXXX" mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu vermuten, dass dort jedenfalls 1.507 t gefährliche Abfälle, welche aufgrund der genannten Schlüsselnummer 31424g dem H13 Kriterium zuzuordnen seien, angefallen seien. Die Antragstellerin verfüge sohin aus dem Referenzzeitraum über drei einschlägige Referenzen. Es fehle der Antragstellerin demnach an der Beschwer.

Im Übrigen gebe es zahlreiche andere Referenzen, die von einer Fülle von Unternehmen erbracht worden seien. Dabei handle es sich nur um die der BALSa gegenüber bekannt gegebenen Projekte. Dies lasse alle übrigen Projekte im In- und Ausland unberührt. Hierbei sei auch die Regelung zur Wertung eines Referenzprojektes, wenn es im Rahmen einer ARGE bzw. als Subunternehmer erbracht wurde, zu beachten. Im Ergebnis werde die Einschätzung bestätigt, dass die in Österreich im Bereich der Altlastensanierung tätigen sechs Unternehmen problemlos ein Angebot legen könnten.

Mit Schriftsatz vom 25.08.2014 legte die Auftraggeberin eine um drei weitere Referenzen ergänzte Referenzliste vor.

In Ergänzung des Verhandlungsprotokolls führte die Antragstellerin mit Stellungnahme vom 25.08.2014 aus, dass erfahrungsgemäß stärker belastete Abfälle mit H-Kriterien meist in so genannten Hotspots in der Größenordnung von einigen hundert Tonnen anfallen würden und dass es unerheblich sei, ob diese Hotspots ein bis zwei oder drei bis vier Mal anfallen, da die Prozedur jeweils dieselbe sei. Sollten diese gefährlichen Abfälle jedoch einmal kontinuierlich anfallen und mittlere Tagesleistungen von 20 bis 100 Tonnen erforderlich sein, mache es für den Polier keinen

Unterschied, ob er den Transport von zwei oder zehn Mulden à 10 Tonnen disponieren müsse. Am 26.08.2014 nahm die Auftraggeberin zum Antrag der Antragstellerin auf Protokollergänzung wie folgt Stellung: Die Organisation der Behandlung sei bei einer Mulde pro Tag unvergleichlich einfacher, als wenn 10 Mulden oder mehr anfallen. Im gegenständlichen Projekt könnten die mit gefährlichem und darüber hinaus besonders übelriechendem Abfall befüllten Mulden nicht im Siedlungsgebiet stehen gelassen werden, sondern müssten umgehend der ordnungsgemäßen Behandlung zugeführt werden. Die Auftraggeberin gehe davon aus, dass bei der verlangten Entsorgung von 1.000 t Aushubmaterial nicht lediglich 8 t am Tag, und sohin weniger als eine Mulde am Tag angefallen seien, sondern dass auch jeweils größere Mengen an gefährlichem Abfall pro Tag angefallen seien. Vorliegend müsse mit ca. 90 t am Tag, sohin ca. 9 Mulden gerechnet werden. Bei einigen Liegenschaften seien mehr als 100 Tonnen am Tag, oder sogar mit 30 Mulden und mehr zu entsorgende gefährliche Abfälle der Kategorie H13 pro Tag zu erwarten.

Mit Stellungnahme vom 26.08.2014 nahm die Antragstellerin zur Urkundenvorlage der Auftraggeberin Stellung. Es sei festzuhalten, dass die Zuordnung nicht deponierbarer Abfälle zu einzelnen H-Kriterien vielfach eine Unsicherheit schaffe, weil Zuordnungen oft nicht völlig eindeutig seien. So könne beispielsweise die Zuordnung von mit Öl- oder Teerresten kontaminierten Metallteilen zu dem Kriterium H13 bejaht oder aufgrund des geringen Umfangs der Öl- oder Teerreste auch verneint werden. Die Zuordnung von unbehandelten oder nicht deponierbaren Abfällen zu einzelnen H-Kriterien ergebe sich aus den zugeordneten Schlüsselnummern noch nicht zweifelsfrei. Deshalb habe die Antragstellerin auch im gegenständlichen Vergabeverfahren das Risiko gesehen, dass Referenzen nicht anerkannt werden würden, wenn die Zuordnung zu H13 nicht nur für einen Teil sondern für mindestens 1.000 t nachzuweisen sei.

Auch unter der Prämisse, dass die Antragstellerin über die erforderlichen Unternehmensreferenzen verfügen würde, sei sie dadurch beschwert, dass die Auftraggeberin spezifische Personenreferenzen für Projektleiter/Bauleiter und Polier als Eignungsreferenzen gefordert habe. Aufgrund des Doppelverwertungsverbotes, wonach Kriterien nicht sowohl als Eignungs- bzw. Auswahlkriterium, als auch als Zuschlagskriterium verwendet werden dürften, sei es nicht zulässig, die Referenzen des angebotenen Schlüsselpersonals als Eignungskriterium festzulegen. § 75 Abs. 7 Z 1 BVergG bestimme, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der wesentlichen in den letzten Jahren erbrachten Dienstleistungen gefordert werden dürfe, nicht aber dürfen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit spezifische Referenzen einzelner angebotener Schlüsselmitarbeiter gefordert werden. Auch unter der Prämisse, dass die Antragstellerin über die erforderlichen Unternehmensreferenzen verfügen würde, sei sie dadurch beschwert, dass die Auftraggeberin spezifische Personenreferenzen für Projektleiter/Bauleiter und Polier als Eignungsreferenzen gefordert habe. Aufgrund des Doppelverwertungsverbotes, wonach Kriterien nicht sowohl als Eignungs- bzw. Auswahlkriterium, als auch als Zuschlagskriterium verwendet werden dürften, sei es nicht zulässig, die Referenzen des angebotenen Schlüsselpersonals als Eignungskriterium festzulegen. Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG bestimme, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der wesentlichen in den letzten Jahren erbrachten Dienstleistungen gefordert werden dürfe, nicht aber dürfen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit spezifische Referenzen einzelner angebotener Schlüsselmitarbeiter gefordert werden.

Die Angebotsfrist von 01.07.2014 bis 22.07.2014 sei zu kurz gewesen, weil den Bietern die Möglichkeit gegeben werden hätte müssen, die erheblich geänderten und verschärften Anforderungen erfüllen zu können. Schon aus diesem Grunde sei die Antragstellerin jedenfalls und weiterhin beschwert.

Zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 26.08.2014 werde ausgeführt, dass entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin die in den Mulden befindlichen Abfälle entsprechend dem aktuellen Stand der Technik bei Verdacht der Gefährlichkeit neu beprobt werden müssten, damit festgestellt werden könne, ob und welche Gefährlichkeit wirklich vorliege und wie der Abfall zu behandeln und in weiterer Folge zu beseitigen sei. Die weitere Beprobung nehme erfahrungsgemäß 5-7 Tage in Anspruch.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung am 20.08.2014 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Leistungsgegenstand des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens bildet die Durchführung von

Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 3 UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" in der KG Angern. Auftraggeberin ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese Sofortmaßnahmen sollen in Form eines Bodenaustausches (bis 50 cm unter GOK) der am stärksten kontaminierten Bereiche im Oberboden erfolgen. Ziel der Sofortmaßnahmen ist es, dass in Verbindung mit dem seit 2012 bestehenden Nutzungsverbot des Grundwassers nachteilige Wirkungen auf die Gesundheit von Menschen ausgeschlossen werden können (1.2.6 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die gegenständlichen Sofortmaßnahmen bestehen im Wesentlichen aus der Durchführung eines selektiven Aushubes des kontaminierten Bodenmaterials bis zu einer Tiefe von 50 cm von 48 Liegenschaften (Gesamtaushubfläche: ca. 50.000 m²) inklusive Abtransport und Behandlung, inklusive sämtlicher Vor- und Nacharbeiten, Lieferung und Verlegung von Geotextilien, Lieferung und Einbau von nichtkontaminiertem, geeignetem Bodenmaterial (mindestens zweischichtig) sowie Durchführung gärtnerischer Tätigkeiten (1.4 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Leistungsgegenstand des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens bildet die Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 3, UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" in der KG Angern. Auftraggeberin ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese Sofortmaßnahmen sollen in Form eines Bodenaustausches (bis 50 cm unter GOK) der am stärksten kontaminierten Bereiche im Oberboden erfolgen. Ziel der Sofortmaßnahmen ist es, dass in Verbindung mit dem seit 2012 bestehenden Nutzungsverbot des Grundwassers nachteilige Wirkungen auf die Gesundheit von Menschen ausgeschlossen werden können (1.2.6 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die gegenständlichen Sofortmaßnahmen bestehen im Wesentlichen aus der Durchführung eines selektiven Aushubes des kontaminierten Bodenmaterials bis zu einer Tiefe von 50 cm von 48 Liegenschaften (Gesamtaushubfläche: ca. 50.000 m²) inklusive Abtransport und Behandlung, inklusive sämtlicher Vor- und Nacharbeiten, Lieferung und Verlegung von Geotextilien, Lieferung und Einbau von nichtkontaminiertem, geeignetem Bodenmaterial (mindestens zweischichtig) sowie Durchführung gärtnerischer Tätigkeiten (1.4 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen).

Beim Altstandort "Teerfabrik Rütgers - Angern" handelt es sich um einen rund 11,2 ha großen Standort, auf dem etwa von 1860 bis 1924 eine Teerproduktenfabrik sowie eine Fabrik zur Produktion von Holzimprägnierungsmitteln und eine Holzimprägnierungsanlage betrieben wurden. Ungefähr ab dem Jahr 1945 erfolgte die Errichtung einer Wohnsiedlung auf dem Fabriksgelände.

Der Altstandort "Teerfabrik Rütgers - Angern" wurde am 01.11.2012 in die Prioritätenklasse 1 eingestuft (www.umweltbundesamt.at). Im Bericht des Umweltbundesbundesamtes vom 05.06.2012 wird ausgeführt:

"Die Untersuchungsergebnisse zeigen zusammenfassend, dass durch den Betrieb einer Teerprodukten-Fabrik, einer Fabrik zur Produktion von Holzimprägnierungsmitteln sowie einer Holzimprägnierungsanlage äußerst große Mengen an Teer, Teeröl und Teeröl-Produkten freigesetzt wurden. Im Bereich des Altstandortes liegen massive Verunreinigungen des Untergrundes, des Grundwassers sowie des Bodens mit teerölytypischen Schadstoffen vor. In Zusammenhang mit der aktuellen Nutzung des Standortes als Wohngebiet kann es langfristig zu einer mehr als geringfügigen Schadstoffaufnahme der ansässigen Wohnbevölkerung über verschiedene Transferpfade kommen. Eine detaillierte Abschätzung der möglichen Exposition (Schadstoffaufnahme) und die Risikoanalyse ergeben, dass nachteilige Wirkungen auf die Gesundheit von Menschen nicht ausgeschlossen werden können. Der Altstandort stellt eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit der Menschen und die Umwelt dar."

Im November 2013 (L-538487-3b11; veröffentlicht in der Onlineausgabe des Lieferanzeigers am 13.11.2013; versendet an das Amtsblatt der EU am 12.11.2013) erfolgte eine Vorinformation bzgl. der beabsichtigten Auftragsvergabe. Im Februar 2014 wurde die gegenständliche Leistung erstmals ausgeschrieben (L-543570-429; Bekanntmachung in der Onlineausgabe des Lieferanzeigers, 13.02.2014; versendet an das Amtsblatt der EU am 12.02.2014). Diese Ausschreibung wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E zur Gänze für nichtig erklärt. Die Auftraggeberin gab sodann allen interessierten Bietern den Widerruf des ersten Vergabeverfahrens bekannt und machte dies auch öffentlich bekannt.

Die Bekanntmachung des nunmehrigen, neuerlichen Vergabeverfahrens zur Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. § 30 Z 30 UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" erfolgte in der Onlineausgabe des Lieferanzeigers am 30.06.2014 und im Amtsblatt der EU am 02.07.2014 (L553071-4626; versendet an das Amtsblatt der EU am 27.06.2014). Die Bekanntmachung des nunmehrigen, neuerlichen Vergabeverfahrens zur Durchführung von Sofortmaßnahmen gem. Paragraph 30, Ziffer 30, UFG auf Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" erfolgte in der Onlineausgabe des Lieferanzeigers am 30.06.2014 und im Amtsblatt der EU am 02.07.2014 (L553071-4626; versendet

an das Amtsblatt der EU am 27.06.2014).

Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt. Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert € 8,17 Mio (exkl. USt). Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 22.07.2014, 10:00 Uhr festgelegt.

Mit Schriftsatz vom 14.07.2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 15.07.2014 eingelangt, brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Mit Beschluss vom 24.07.2014 erließ das Bundesverwaltungsgericht eine einstweilige Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin die Angebotsöffnung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde.

Die maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen lauten auszugsweise wie folgt:

Informationsteil - Ausschreibungsunterlagen für die Einreichung eines Angebotes:

"1.2.5.2 Untersuchungen gemäß ALSAG § 13 (1999-2003) und § 14 (2008-2012)" 1.2.5.2 Untersuchungen gemäß ALSAG Paragraph 13, (1999-2003) und Paragraph 14, (2008-2012)

Im Zuge der Untersuchungen gem. § 13 und 14 ALSAG 1999-2003 bzw. 2008-2012 sowie zusätzlichen Untersuchungen wurden Untergrundbelastungen mit polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) und untergeordnet mit Mineralöl (MKW) sowie aromatischen Kohlenwasserstoffen (BTEX) und phenolischen Kohlenwasserstoffen festgestellt. Ebenso wurden Belastungen des Untergrundes durch Metalle, insbesondere Arsen, Blei, Cadmium, Quecksilber und Zink festgestellt. Ausgehend von den Untergrundverunreinigungen hat sich im Grundwasser eine weitreichende Schadstofffahne mit PAK (v.a. Naphthalin) und BTEX sowie untergeordnet mit heterozyklischen aromatischen und phenolischen Kohlenwasserstoffen sowie Arsen ausgebildet. Im Zuge der Untersuchungen gem. Paragraph 13 und 14 ALSAG 1999-2003 bzw. 2008-2012 sowie zusätzlichen Untersuchungen wurden Untergrundbelastungen mit polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) und untergeordnet mit Mineralöl (MKW) sowie aromatischen Kohlenwasserstoffen (BTEX) und phenolischen Kohlenwasserstoffen festgestellt. Ebenso wurden Belastungen des Untergrundes durch Metalle, insbesondere Arsen, Blei, Cadmium, Quecksilber und Zink festgestellt. Ausgehend von den Untergrundverunreinigungen hat sich im Grundwasser eine weitreichende Schadstofffahne mit PAK (v.a. Naphthalin) und BTEX sowie untergeordnet mit heterozyklischen aromatischen und phenolischen Kohlenwasserstoffen sowie Arsen ausgebildet.

Fast im gesamten Bereich des Altstandortes ist der Boden vor allem durch polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe belastet, stellenweise kommt es sogar zu Teeraustritten an der Oberfläche.

Die zusammenfassenden Ergebnisse der Untersuchungen gem. ALSAG § 13 (1999-2003) und § 14 (2008-2012) sind aus der Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes, datiert mit 05.06.2012 zu entnehmen (...) Die zusammenfassenden Ergebnisse der Untersuchungen gem. ALSAG Paragraph 13, (1999-2003) und Paragraph 14, (2008-2012) sind aus der Prioritätenklassifizierung des Umweltbundesamtes, datiert mit 05.06.2012 zu entnehmen (...)

1.2.5.3 Bodenuntersuchungen April 2013 (UBA)

Im Juni 2013 wurden an 57 Liegenschaften im Bereich des Altstandortes insgesamt 162 Bodenproben (bis in eine Tiefe von 30 cm) entnommen und auf die relevanten Schadstoffe polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe (PAK) und Arsen sowie zusätzlich ausgewählte Metalle untersucht. Basierend auf der Auswertung der Ergebnisse dieser Bodenuntersuchungen sowie der in der Vergangenheit durchgeführten Bodenuntersuchungen (2003 und 2009) wurde für jede Liegenschaft seitens des Umweltbundesamtes eine Empfehlung hinsichtlich eines Bodentauschs aus fachlicher Sicht erstellt.

Insgesamt ist festzustellen, dass der Boden beim Großteil der untersuchten Liegenschaften belastet war, bei einigen Liegenschaften auch sehr stark, bis über 1.000 mg/kg PAK 16.

Der Bericht des Umweltbundesamtes vom 16.08.2013 mit den Ergebnissen der Oberbodenuntersuchungen und Empfehlungen betreffend einen Bodentausch liegt als Beilage 8 bei.

1.2.5.4 Bodenuntersuchungen November 2013 (BALSA) - gem. DVO 2008 idgF

Von der Balsa wurden im Zeitraum von Mitte August bis Mitte Oktober 2013 Begehungen mit den einzelnen Liegenschaftseigentümern durchgeführt. Bei diesen Begehungen erfolgte die Festlegung jener Flächen, bei denen ein Bodentausch durchgeführt werden soll.

Im November 2013 erfolgte dann die Probenahme bis in eine Tiefe von 50 cm, Analytik und grundlegende Charakterisierung der Bodenmaterialien dieser Flächen durch eine befugte Fachanstalt gem. den Vorgaben der DVO 2008 idgF. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen liegen als Beilage 9 den Ausschreibungsunterlagen bei. In der Beilage 2 sind die Ergebnisse der chemischen Untersuchungen grafisch dargestellt.

Zusammenfassendes Ergebnis der Analytik:

21 % Bodenaushub der Qualität unbehandelt, nicht deponierbar (Einstufungsrelevanter Parameter: PAK) - ca. 10.700 Tonnen

59 % Bodenaushub der Qualität Reststoffdeponie - ca. 30.500 Tonnen

5 % Bodenaushub der Qualität Baurestmassendeponie - ca. 2.500 Tonnen

14 % Bodenaushub der Qualität Inertabfalldeponie - ca. 7.500 Tonnen

1 % Bodenaushub der Qualität Bodenaushubdeponie - ca. 300 Tonnen ...

1.3.2 Geplante Projektabwicklung (Baublauf)

Der Ablauf des gegenständlichen Bauvorhabens - Altlast N53 "Teerfabrik Rütgers - Angern" - Sofortmaßnahmen ist in folgenden wesentlichen Schritten vorgesehen und umfasst nachstehende Arbeiten.

...

1.3.2.1 Vorbereitende Maßnahmen, Baustelleneinrichtung

Erwirken notwendiger Vereinbarungen (z.B. ÖBB, StVO)

Beweissicherungsmaßnahmen, Rodungsarbeiten, Entfernung von Wurzelstöcken, Vermessung des derzeitigen Geländes inklusive Abstecken der Grundstücksgrenzen

Herstellung der Baustelleneinrichtung inklusive Baustelleninfrastruktur

Errichtung des Vorhaltelagers (mit flüssigkeitsdichter Oberfläche) inklusive aller Einrichtungen zur Ableitung, Sammlung und Speicherung der anfallenden Niederschlags- und Sickerwässer

Errichtung sonstiger Manipulationsflächen

Herstellung der Wiegeeinrichtung

Herstellung der Reifenreinigungsanlage

Errichtung von Baustraßen

Abnahme der Baustelleneinrichtung

1.3.2.2 Bodentausch

Beweissicherungsmaßnahmen, Rodungsarbeiten, Entfernung von Wurzelstöcken, Vermessung des derzeitigen Geländes inklusive eventuell notwendiges Abstecken der Grundstücksgrenzen

Errichtung der Zufahrten (Schütten von Rampen, Demontage von Zäunen und Einfriedungsmauern)

Errichtung von Baustraßen

Einbautenerhebung: Herstellen von Zugschlitten, Einmessen der vorhandenen Einbauten

Gras mähen, Mähgut laden und behandeln

Bodenaushub bis 50 cm unter GOK inklusive Einbautensicherung bzw. Demontage der Einbauten und Verfuhr (auf Vorhaltelager oder direkt über die baustelleneigene Brückenwaage zur Behandlung)

Ordnungsgemäße Entsorgung der Bodenaushubmaterialien

Herstellung Grobplanung (Genauigkeit: plus/minus 5 cm, Freigabe der Aushubshohle durch den AG)

Verlegung des Geotextiles (bzw. Herstellung der kapillarbrechenden Schicht inklusive Geotextil)

Herstellung der Einbauten

Lieferung des Unter- und Oberbodenmaterials und ordnungsgemäße Lagerung auf dem Vorhaltelager (unbefestigt)

Transport vom Vorhaltelager zur Einbaustelle und Einbau des Unterbodenmaterials (Stärke: 35 cm - im Bereich mit kapillarbrechender Schicht: Stärke 20 cm - unter Berücksichtigung des Setzmaßes)

Herstellung Zwischenplanung (Genauigkeit: plus/minus 5 cm, Freigabe durch den AG)

Transport von Vorlagelager zur Einbaustelle und Einbau des Oberbodenmaterials (Stärke: 15 cm) unter Berücksichtigung des Setzmaßes

Herstellung Feinplanung (Genauigkeit: plus/minus 3 cm, Freigabe des Feinplanums durch den Auftraggeber)

Vermessung des neuen Geländes und Vergleich mit dem ursprünglichen Gelände

Rasenherstellung bestehend aus Bodenlockerung, Einsaat und Abwälzen der besänten Fläche

Wiederherstellung bzw. Neuherstellung der demontierten Einfriedungen

Rückbau der Rampen und Zufahrten

"Endreinigung" der Liegenschaften

Abschlussbegehungen

Mängelbehebung

Teilübernahme der Liegenschaften

Auf dem Altlastenstandort ist nach derzeitigem Kenntnisstand bei nachstehend angeführten Liegenschaften mit Auftreten von gediegenem Teer zu rechnen. Bei der Planung der Räumlogistik, die gemäß Punkt

1.5.3 vom AN durchzuführen ist, hat dieser zu berücksichtigen, dass

die Räumung dieser Grundstücke zeitlichen Vorrang hat. ... Diese

Liegenschaften werden in weiterer Folge als stark kontaminierte Liegenschaften bezeichnet. ...

1.3.2.3 Räumung der Baustelle

Versetzen der beanspruchten Flächen in den ursprünglichen Zustand

Abschließende chemische und technische Beweissicherung

Abschlussbegehung mit Mängelfeststellung

Mängelbehebung

Übernahme der Leistungen betr. Bodentausch, Wiederverfüllung und Rekultivierungsarbeiten

Räumung der Baustelleneinrichtung inklusive Vorhaltelager, Wiegeeinrichtung, Reifenreinigungsanlage und Baustraßen ...

2.5. Ausschreibungsunterlagen

Grundlage der ausgeschriebenen Leistung bildet der Gesamttext dieser Ausschreibung (Informationsteil) einschließlich Leistungsverzeichnis (Ausfüllteil) und Beilagen gem. Pkt. 2.27.4 "Beilagenverzeichnis" (Datenträger) sowie Vertragsbestimmungen. ...

3.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber prüft das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bieter über in der Vergangenheit erbrachte Leistungen (Referenzen), Schlüsselpersonal und Kapazitätserklärungen.

Zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit kann sich eine Bietergemeinschaft auf ihre Mitglieder stützen. ...

3.5.1 Unternehmensreferenzen

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind folgende Angaben über entsprechende Referenzprojekte unter Verwendung des Formblattes 3 dem Angebot anzuschließen oder bei Aufforderung vorzulegen:

Kategorie 1: Referenzprojekt Aushubmaterial mit Verdacht auf eine gefährliche Kontamination gemäß Anhang 4 der Deponieverordnung BGBl. II Nr. 39/2008 idgF. Kategorie 1: Referenzprojekt Aushubmaterial mit Verdacht auf eine gefährliche Kontamination gemäß Anhang 4 der Deponieverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 39 aus 2008, idgF.

Zwei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfolgreich abgeschlossene Referenzprojekte, bei welchen vom Bieter im Zuge von Baumaßnahmen Aushubmaterial mit Verdacht auf eine gefährliche Kontamination gemäß Anhang 4 der Deponieverordnung BGBl. II Nr. 39/2008 idgF im Ausmaß von mindestens 30.000 t innerhalb von 6 Monaten angefallen ist, wobei nachstehende Bedingungen jeweils kumulativ für jedes Projekt erfüllt sein müssen: Zwei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe erfolgreich abgeschlossene Referenzprojekte, bei welchen vom Bieter im Zuge von Baumaßnahmen Aushubmaterial mit Verdacht auf eine gefährliche Kontamination gemäß Anhang 4 der Deponieverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 39 aus 2008, idgF im Ausmaß von mindestens 30.000 t innerhalb von 6 Monaten angefallen ist, wobei nachstehende Bedingungen jeweils kumulativ für jedes Projekt erfüllt sein müssen:

Die Untergrundkontamination des sanierten Standortes war durch organische Schadstoffe (wie z.B. MKW, PAK etc.) oder Schwermetalle bestimmt.

Es war ein selektiver Aushub erforderlich, d.h. die unterschiedlichen Abfallarten wurden entsprechend ihrer differenten behandlungsrelevanten Abfallqualität ausgehoben.

Ein Teil (zumindest 1.000 Tonnen) der zu entsorgenden Aushubmaterialien war gemäß Abfallverzeichnis, BGBl. II Nr. 570/2003 idgF in Folge des Zutreffens des Kriteriums H13 als "gefährlicher Abfall" zu bezeichnen. Ein Teil (zumindest 1.000 Tonnen) der zu entsorgenden Aushubmaterialien war gemäß Abfallverzeichnis, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 570 aus 2003, idgF in Folge des Zutreffens des Kriteriums H13 als "gefährlicher Abfall" zu bezeichnen.

Es werden nur Referenzprojekte berücksichtigt, bei denen die (Teil)Übernahme der geforderten Leistung in den letzten fünf Jahren gerechnet ab Ende der Frist zur Abgabe des Angebotes erfolgte. Nicht berücksichtigt werden Referenzprojekte, bei denen die Leistungen nicht einmal als Teilleistung übernommen wurden bzw. die als Teilleistung bereits vor mehr als fünf Jahren übernommen wurden. ...

Namhaft gemachte Referenzen werden im Rahmen der Eignungsprüfung nur dann gewertet, wenn der Bieter (bzw. das betreffende Mitglied der Bietergemeinschaft, bzw. das verbundene Unternehmen, oder der allenfalls namhaft gemachte Dritte oder Subunternehmer) selbst Auftragnehmer oder Mitglied der beauftragten Arbeitsgemeinschaft war. Im Falle der Ausführung als Arbeitsgemeinschaft wird das Referenzprojekt im Rahmen dieser Eignungsprüfung nur dann berücksichtigt, wenn der betreffende Bieter (bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft bzw. das mit ihm verbundene Unternehmen oder ein allenfalls genannter Dritter oder Subunternehmer) das Referenzprojekt selbst (und nicht z.B. durch Arbeitsgemeinschaftspartner, durch verbundene Unternehmen oder durch Subunternehmer) in technischer Verantwortung durchgeführt hat. Als Durchführung in "technischer Verantwortung" in diesem Sinne gelten ausschließlich folgenden Tätigkeiten.

Technische Geschäftsführung (bei Vorliegen mehrerer technischer Geschäftsführungen gilt jede technische Geschäftsführung, die tatsächlich operative technische Verantwortung im Referenzprojekt hatte); oder

Projektleiter bzw. Bauleiter bzw. Stellvertreter mit tatsächlich operativer technischer Verantwortung im Referenzprojekt; oder

Polier bzw. Polierstellvertreter mit tatsächlich operativer technischer Verantwortung im Referenzprojekt.

Wird von mehreren Bietern dasselbe Referenzprojekt mit der jeweils von ihnen als ARGE-Partner durchgeführten bewertungsrelevanten Funktion genannt, erfolgt die Anerkennung ein und desselben Referenzprojektes bei max. zwei Bietern, wobei die Reihung der oben angeführten Funktionen (Tätigkeiten) maßgebend ist. ...

3.5.2. Schlüsselpersonal

Ein zwingendes Mindestanfordernis für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters ist der Nachweis von für die Ausführung der vergabegegenständlichen Leistungen vorgesehenen Schlüsselpersonal, das den im Folgenden definierten Mindestanforderungen entspricht.

Das namhaft zu machende Personal (Schlüsselpersonal) kann während des Vergabeverfahrens und während der vertragsgemäßen Leistungserbringung gegen Namhaftmachung einer Schlüsselperson ausgetauscht werden, die nachweislich zumindest die gleiche Eignung/Zuschlagsqualität hat.

Projektleiter bzw. Bauleiter

Folgende Anforderungen an den Projektleiter bzw. Bauleiter (Projektverantwortliche) vor Ort (siehe dazu auch Punkt 5.2.1) müssten jedenfalls erfüllt sein. Die entsprechenden Nachweise sind in Formblatt 4 und Formblatt 7 bekannt zu geben und sind diese zum Zeitpunkt der Angebotslegung oder bei Aufforderung darzulegen:

Einschlägige Ausbildung (mindestens Abschluss einer höheren technischen Lehranstalt oder gleichwertig),

Mindestens fünf Jahre einschlägige Berufserfahrung als Projektleiter bzw. Bauleiter im Bereich Tiefbau im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften in den letzten zehn Jahren durch Vorlage eines Lebenslaufes unter Angabe des/der Arbeitgebers,

Technische verantwortliche Tätigkeit als Projektleiter bzw. Bauleiter bei einem zu nennenden Referenzprojekt der Kategorie 1 gemäß Punkt 3.5.1.

Es werden nur Referenzprojekte berücksichtigt, bei denen die (Teil)Übernahme der geforderten Leistung in den letzten fünf Jahren, gerechnet ab Ende der Frist, bis zur Abgabe des Angebotes erfolgte. Nicht berücksichtigt werden Referenzprojekte, bei denen die Leistung nicht einmal als Teilleistung übernommen wurde bzw. die als Teilleistung bereits vor mehr als fünf Jahren übernommen wurden. Die Tätigkeiten der Schlüsselperson erfolgten nachweislich als zumindest technische verantwortlicher Projektleiter bzw. Bauleiter. Für die Angaben zum Referenzprojekt ist ausschließlich das Formblatt 7 zu verwenden.

Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift,

Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und Sicherheitsbestimmungen.

Die Erfüllung der Anforderungen an den Projektleiter bzw. Bauleiter ist durch entsprechende Nachweise, Prüfungszeugnisse und geeignete Bestätigungen zu belegen.

Polier

Folgende Anforderungen an den Polier müssen jedenfalls erfüllt sein. Die entsprechenden Nachweise sind in Formblatt 5 und Formblatt 8 bekannt zu geben und sind diese zum Zeitpunkt der Angebotslegung oder bei Aufforderung darzulegen:

Einschlägige Ausbildung (mind. Abschluss einer Polierschule oder gleichwertig),

Mindestens fünf Jahre einschlägige Berufserfahrung als Polier im Bereich Tiefbau im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften in den letzten zehn Jahren durch Vorlage eines Lebenslaufes unter Angabe des/der Arbeitgeber/s,

Tätigkeit als Polier bei einem Referenzprojekt der Kategorie 1 gemäß Punkt 3.5.1.

Es werden nur Referenzprojekte berücksichtigt, bei denen die Teilübernahme der geforderten Leistung in den letzten fünf Jahren, gerechnet ab Ende der Frist, zur Abgabe des Angebotes erfolgte. Nicht berücksichtigt werden Referenzprojekte, bei denen die Leistung nicht einmal als Teilleistung übernommen wurde bzw. die als Teilleistung bereits vor mehr als fünf Jahren übernommen wurden. Die Tätigkeiten der Schlüsselperson erfolgten nachweislich als verantwortlicher Polier. Für die Angaben zum Referenzprojekt ist ausschließlich das Formblatt 8 zu verwenden.

Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift.

Die Erfüllung der Anforderungen an den Polier ist durch entsprechende Nachweise, Prüfungszeugnisse und geeignete Bestätigungen zu belegen."

Formblatt 4 (EIGNUNGSKRITERIUM PERSÖNLICHE DATEN PROJEKTLITER BZW BAULEITER des für das Projekt zugesagten Personals "Projektleiter bzw. Bauleiter" gem. Punkt 3.5.2.1. der Ausschreibungsunterlage) ist im Hinblick auf die geforderte Kenntnis der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und der Sicherheitsbestimmungen unter der

Rubrik "Besondere Qualifikation in Bezug auf das Anforderungsprofil [Angabe, wie die besondere Qualifikation nachgewiesen wird (Referenzen, Schulungen etc)]" zu entnehmen, dass als Beilagen beispielsweise eine Referenz oder ein Zeugnis angeführt werden können. Dies ist auch unter der Rubrik "Aufgabenschwerpunkte:

mind. 5 Jahre einschlägige Berufserfahrung der letzten 10 Jahre" differenziert nach Altlastsanierung, Deponiebau und Sanierung von kontaminierten Liegenschaften festgelegt.

Die Position "30 04 05 Material SN 31424 g (nicht deponierbare) ,sonstige verunreinigte Böden', gefährlich, 30 04 05 A Transport u. Behandlung SN 31424 g inkl ALSAG" des Leistungsverzeichnisses umfasst eine Menge von 10.800 t. Die ausgeschriebene Gesamtaushubmenge beträgt 50.875 t (Position 30 04 Transport und Behandlung).

Der "Vorläufige grundlegende Beurteilungsnachweis gemäß § 11 (6) DVO 2008" vom 06.12.2013 ist Bestandteil der Beilage 9 zu den Ausschreibungsunterlagen. Hierin wird unter anderem festgehalten, dass 10.700 t des Abfalls des Deponietyps "nicht deponierbar" mit der Schlüsselnummer 31424 vorliegend anfallen würden. Hierin wird weiters ausgeführt, dass jene Materialien, welche als unbehandelt, nicht deponierbar anzusprechen sind, das Kriterium nach H13 überschreiten und in eine hierfür zulässige Behandlungsanlage zu verbringen sind. Abschließend wird festgehalten, dass sich gegenständlicher Beurteilungsnachweis auf Oberbodenmaterialien bezieht, welche im Zuge von Sofortmaßnahmen bei einem Oberbodentausch aufgrund von hohen PAK-Kontaminationen anfallen. Der "Vorläufige grundlegende Beurteilungsnachweis gemäß Paragraph 11, (6) DVO 2008" vom 06.12.2013 ist Bestandteil der Beilage 9 zu den Ausschreibungsunterlagen. Hierin wird unter anderem festgehalten, dass 10.700 t des Abfalls des Deponietyps "nicht deponierbar" mit der Schlüsselnummer 31424 vorliegend anfallen würden. Hierin wird weiters ausgeführt, dass jene Materialien, welche als unbehandelt, nicht deponierbar anzusprechen sind, das Kriterium nach H13 überschreiten und in eine hierfür zulässige Behandlungsanlage zu verbringen sind. Abschließend wird festgehalten, dass sich gegenständlicher Beurteilungsnachweis auf Oberbodenmaterialien bezieht, welche im Zuge von Sofortmaßnahmen bei einem Oberbodentausch aufgrund von hohen PAK-Kontaminationen anfallen.

Der von der Auftraggeberin vorgelegten Aufstellung hinsichtlich jener Referenzen, welche die Anforderungen gemäß Punkt 3.5.1 des Informationsteils der Ausschreibungsunterlagen erfüllen, sind insgesamt 14 gegenüber der Balsa GmbH bekannt gegebene Projekte innerhalb Österreichs zu entnehmen. Darunter befinden sich auch die Projekte "XXXX", "XXXX" und "XXXX", bei welchen als Referenzinhaber jeweils die Antragstellerin (XXXX) bezeichnet ist. Zum Beleg dafür legte die Auftraggeberin die von der Antragstellerin bzw. der XXXX im Zuge des Vergabeverfahrens der Sanierung der "Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie" vorgelegten Referenzblätter vor. Hieraus ist als Referenzinhaber beim Projekt "XXXX" die "ARGE XXXX" (siehe auch unter XXXX, XXXX) und beim Projekt "XXXX" die "ARGE XXXX" (siehe auch XXXX, XXXX) ersichtlich, wobei beim letztgenannten Projekt die betreffende Leistung (Aushub und Entsorgung) bezüglich der Abfälle, welche dem Kriterium H13 zuzuordnen waren, von der XXXX als Subunternehmerin der ARGE XXXX erbracht wurde. Abfälle, die dem Kriterium H13 zuzuordnen waren, sind den Referenzblättern zufolge beim Projekt "XXXX" im Ausmaß von rund 1.109 t und beim Projekt "XXXX" im Ausmaß von insgesamt 1.969 t angefallen. Hinsichtlich des Projektes "XXXX" (Baugrube) ist als Referenzinhaber im Referenzblatt die ARGE XXXX bezeichnet. Dabei handelt es sich um die ARGE XXXX (siehe XXXX, XXXX). Als "unbehandelt nicht deponierbar" und der Schlüssel Nr. 31424g zugeordnet wird eine Menge von 1.507 t angeführt. Eine ausdrückliche Zuordnung der angefallenen Abfälle zu den relevanten H-Kriterien ist diesem Referenzblatt zwar nicht zu entnehmen, allerdings sieht die Auftraggeberin auch hier bezüglich des der Schlüssel Nr. 31424g zugeordneten Abfalls das gefahrenrelevante Kriterium H13 als verwirklicht an. Der von der Auftraggeberin vorgelegten Aufstellung hinsichtlich jener Referenzen, welche die Anforderungen gemäß Punkt 3.5.1 des Informationsteils der Ausschreibungsunterlagen erfüllen, sind insgesamt 14 gegenüber der Balsa GmbH bekannt gegebene Projekte innerhalb Österreichs zu entnehmen. Darunter befinden sich auch die Projekte "XXXX", "XXXX" und "XXXX", bei welchen als Referenzinhaber jeweils die Antragstellerin (römisch 40) bezeichnet ist. Zum Beleg dafür legte die Auftraggeberin die von der Antragstellerin bzw. der römisch 40 im Zuge des Vergabeverfahrens der Sanierung der "Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie" vorgelegten Referenzblätter vor. Hieraus ist als Referenzinhaber beim Projekt "XXXX" die "ARGE XXXX" (siehe auch unter römisch 40 , römisch 40) und beim Projekt "XXXX" die "ARGE XXXX" (siehe auch römisch 40 , römisch 40) ersichtlich, wobei beim letztgenannten Projekt die betreffende Leistung (Aushub und Entsorgung) bezüglich der Abfälle, welche dem Kriterium H13 zuzuordnen waren, von der römisch 40 als Subunternehmerin der ARGE römisch 40 erbracht wurde. Abfälle, die dem Kriterium H13 zuzuordnen waren, sind den Referenzblättern zufolge beim Projekt "XXXX" im Ausmaß von rund 1.109 t und beim Projekt "XXXX" im Ausmaß von insgesamt 1.969 t

angefallen. Hinsichtlich des Projektes "XXXX" (Baugrube) ist als Referenzinhaber im Referenzblatt die ARGE römisch 40 bezeichnet. Dabei handelt es sich um die ARGE römisch 40 (siehe römisch 40 , römisch 40). Als "unbehandelt nicht deponierbar" und der Schlüssel Nr. 31424g zugeordnet wird eine Menge von 1.507 t angeführt. Eine ausdrückliche Zuordnung der angefallenen Abfälle zu den relevanten H-Kriterien ist diesem Referenzblatt zwar nicht zu entnehmen, allerdings sieht die Auftraggeberin auch hier bezüglich des der Schlüssel Nr. 31424g zugeordneten Abfalls das gefahrenrelevante Kriterium H13 als verwirklicht an.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie auch der seitens der Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 22.08.2014 und 25.08.2014 vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 23.11.2011, N/0104-BVA/14/2011-41; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (BALSA GmbH). Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 23.11.2011, N/0104-BVA/14/2011-41; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Die Nachprüfungsanträge genügen den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit und gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen. Dabei handelt es sich um die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausschreibung" gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Die Nachprüfungsanträge genügen den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit der Anträge nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Die Anträge richten sich einerseits gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit und gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen. Dabei handelt es sich um die gesondert anfechtbare Entscheidung "Ausschreibung" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass es der Antragstellerin an der Beschwer mangle, so ist die Auftraggeberin darauf zu verweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Falle der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gar nicht geboten wäre, zuvor ein möglicherweise aussichtsloses Angebot zu legen (ua Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1774 mwN; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 320, Rz 20f mwN). Dass die Antragstellerin aber vorliegend dennoch ein Angebot gelegt hat, führt demgegenüber nicht zur gegenteiligen Schlussfolgerung. Einerseits ist in einer derartigen Konstellation das Interesse am Vertragsabschluss gerade nicht in Frage zu stellen ist. Andererseits erscheint, selbst für den Fall der Erfüllung der Eignungsanforderungen durch die Antragstellerin, was trotz Vorliegens eines Angebotes aber mangels Angebotsöffnung ohnehin eine rein fiktive Annahme bleibt, ein Schaden, der angesichts der behaupteten Rechtswidrigkeit droht bzw. entstanden ist, etwa im Hinblick auf einen erschwerten Personaleinsatz zumindest nicht unplausibel (ua BVA vom 15.02.2013, N/0009-BVA/03/2013-EV10). Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass es der Antragstellerin an der Beschwer mangle, so ist die Auftraggeberin darauf zu verweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung im Falle der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gar nicht geboten wäre, zuvor ein möglicherweise aussichtsloses Angebot zu legen (ua Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1774 mwN; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 320,, Rz 20f mwN). Dass die Antragstellerin aber vorliegend dennoch ein Angebot gelegt hat, führt demgegenüber nicht zur gegenteiligen Schlussfolgerung. Einerseits ist in einer derartigen Konstellation das Interesse am Vertragsabschluss gerade nicht in Frage zu stellen ist. Andererseits erscheint, selbst für den Fall der Erfüllung der Eignungsanforderungen durch die Antragstellerin, was trotz Vorliegens eines Angebotes aber mangels Angebotsöffnung ohnehin eine rein fiktive Annahme bleibt, ein Schaden, der angesichts der behaupteten Rechtswidrigkeit droht bzw. entstanden ist, etwa im Hinblick auf einen erschwerten Personaleinsatz zumindest nicht unplausibel (ua BVA vom 15.02.2013, N/0009-BVA/03/2013-EV10).

3.2. Inhaltliche Beurteilung (A.I)

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes lauten:

Gemäß § 2 Z 20 lit. c BVergG sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren 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.

Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

berufliche Befugnis

berufliche Zuverlässigkeit

finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie

technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Gemäß § 75 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen. Gemäß Paragraph 75, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs. 7 Z 1, 5 und 10 BVergG können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen unter anderem eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen (Z 1), Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind (Z 3), Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen (Z 5) sowie die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt (Z 10) verlangt werden. Gemäß Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, 5 und 10 BVergG können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Dienstleistungsaufträgen unter anderem eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen (Ziffer eins,), Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind (Ziffer 3,), Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen (Ziffer 5,) sowie die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt (Ziffer 10,) verlangt werden.

Seitens der Antragstellerin wurden zum einen die gesamte Ausschreibung und zum anderen einzelne Ausschreibungsfestlegungen angefochten. Sowohl die Mindestanforderungen an die Unternehmensreferenzen als auch an das einzusetzende Schlüsselpersonal (Bauleiter/Projektleiter bzw. Polier) seien unsachlich und diskriminierend.

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E;). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen (siehe u.a. BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 mwN; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Demnach kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der

Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN; ua BVwG vom 01.08.2014, W187 2008946-1/23E; BVwG vom 17.06.2014 W139 2003185-1/33E und W139 2005967-1/23E;).

Grundsätzlich entscheidet der Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Unternehmer zum Nachweis der Eignung jeweils vorzulegen sind, wobei der im Gesetz vorgesehene Katalog an Eignungsnachweisen - mit Ausnahme jener zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - abschließend ist. Das konkret verlangte Ausmaß an Eignung, das ein Auftraggeber bei seinem Vertragspartner voraussetzt, ist allerdings weder in der Vergabe RL 2004/18/EG noch im BVergG näher geregelt (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 70 Rz 17). Ausweislich der Materialien ist es nicht Inhalt des Gesetzes, Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit dargetan werden kann (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 16 zu § 70 Abs. 2 BVergG, nunmehr § 70 Abs. 1 BVergG). Grundsätzlich entscheidet der Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Unternehmer zum Nachweis der Eignung jeweils vorzulegen sind, wobei der im Gesetz vorgesehene Katalog an Eignungsnachweisen - mit Ausnahme jener zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - abschließend ist. Das konkret verlangte Ausmaß an Eignung, das ein Auftraggeber bei seinem Vertragspartner voraussetzt, ist allerdings weder in der Vergabe RL 2004/18/EG noch im BVergG näher geregelt (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 70, Rz 17). Ausweislich der Materialien ist es nicht Inhalt des Gesetzes, Auftraggeber in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit dargetan werden kann (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 16 zu Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, nunmehr Paragraph 70, Absatz eins, BVergG).

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Mindestanforderungen (Eignungskriterien) der Festlegung der konkreten Eignungsnachweise hat der Auftraggeber dem allgemeinen Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot sowie der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen (siehe auch EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 65 zu § 75 BVergG; ua BVA vom 23.11.2010, N/0097-BVA/14/2010-22). Nach der Definition von Eignungskriterien gemäß § 2 Z 20 lit. c BVergG dürfen diese nicht diskriminierend sein und müssen auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein. Der Regelung der §§ 70 Abs. 1 (im Allgemeinen) und 75 Abs. 1 BVergG (zur technischen Leistungsfähigkeit im Besonderen) zufolge, dürfen Eignungsnachweise nur soweit verlangt werden, wie es durch den Auftragsgegenstand (im Hinblick auf Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren bzw der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen) gerechtfertigt ist (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel § 70 Rz 16; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1013, 1060). Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Mindestanforderungen (Eignungskriterien) der Festlegung der konkreten Eignungsnachweise hat der Auftraggeber dem allgemeinen Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot sowie der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen (siehe auch EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 65 zu Paragraph 75, BVergG; ua BVA vom 23.11.2010, N/0097-BVA/14/2010-22). Nach der Definition von Eignungskriterien gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG dürfen diese nicht diskriminierend sein und müssen auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein. Der Regelung der Paragraphen 70, Absatz eins, (im Allgemeinen) und 75 Absatz eins, BVergG (zur technischen Leistungsfähigkeit im Besonderen) zufolge, dürfen Eignungsnachweise nur soweit verlangt werden, wie es durch den Auftragsgegenstand (im Hinblick auf Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren bzw der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen) gerechtfertigt ist (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel Paragraph 70, Rz 16; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1013, 1060).

In den Materialien zu § 20 Z 2 lit. c BVergG wird ausgeführt, dass es sich bei den Auswahl- und Eignungskriterien zwar (weiterhin) um rein unternehmerbezogene und nicht um auftragsbezogene Kriterien handelt, allerdings stehen diese insofern in einem Konnex mit dem Leistungsgegenstand, als die Eignung von einem Unternehmer nur in einem Ausmaß verlangt werden darf, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 16 zu § 2 Z 20 BVergG). Darüber hinaus hält der Gesetzgeber zur ehemals in § 70 Abs. 2 BVergG normierten Notwendigkeit der Auftragsbezogenheit fest, dass dies eine Konkretisierung des allgemeinen

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt. Bei kleineren Auftragswerten ist es daher selbstverständlich nicht geboten, aufwendige Nachweismittel für die Eignung anführen zu müssen. Im Gegenteil: wie sich aus § 72 Abs. 2 erster Satz ergibt, müssen die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. Abs. 2 impliziert, dass der Auftraggeber jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers verlangen darf. Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, kann der Auftraggeber vom Unternehmer allerdings nicht verlangen (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 16 zu § 70 Abs. 2 BVergG, nunmehr § 70 Abs. 1 BVergG). In den Materialien zu Paragraph 20, Ziffer 2, Litera c, BVergG wird ausgeführt, dass es sich bei den Auswahl- und Eignungskriterien zwar (weiterhin) um rein unternehmerbezogene und nicht um auftragsbezogene Kriterien handelt, allerdings stehen diese insofern in einem Konnex mit dem Leistungsgegenstand, als die Eignung von einem Unternehmer nur in einem Ausmaß verlangt werden darf, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 16 zu Paragraph 2, Ziffer 20, BVergG). Darüber hinaus hält der Gesetzgeber zur ehemals in Paragraph 70, Absatz 2, BVergG normierten Notwendigkeit der Auftragsbezogenheit fest, dass dies eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt. Bei kleineren Auftragswerten ist es daher selbstverständlich nicht geboten, aufwendige Nachweismittel für die Eignung anführen zu müssen. Im Gegenteil: wie sich aus Paragraph 72, Absatz 2, erster Satz ergibt, müssen die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. Absatz 2, impliziert, dass der Auftraggeber jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers verlangen darf. Nachweise, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag stehen, kann der Auftraggeber vom Unternehmer allerdings nicht verlangen (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 16 zu Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, nunmehr Paragraph 70, Absatz eins, BVergG).

Wie sich aus den genannten gesetzlichen Regelungen ergibt, ist Bezugspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit konkret festgelegter Eignungsanforderungen grundsätzlich der konkret zu vergebende Auftrag. So kommt auch in Art. 44 Abs. 2 der Vergaberichtlinie 2004/18/EG zum Ausdruck, dass die gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein müssen (siehe BVA vom 21.10.2019, N/0099-BVA/14/2009-29; M. Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 2 Rz 12f). Wie sich aus den genannten gesetzlichen Regelungen ergibt, ist Bezugspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit konkret festgelegter Eignungsanforderungen grundsätzlich der konkret zu vergebende Auftrag. So kommt auch in Artikel 44, Absatz 2, der Vergaberichtlinie 2004/18/EG zum Ausdruck, dass die gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein müssen (siehe BVA vom 21.10.2019, N/0099-BVA/14/2009-29; M. Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 2, Rz 12f).

In diesem Sinne führt der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aus: "Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmern erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein (...)" (VwGH vom 22.04.2010, 2008/04/0077; siehe insofern auch EuGH 23. 12. 2009, Rs C-376/08, Serrantoni). Bedenklich sind nach C. Mayr Eignungsanforderungen etwa dann, wenn der potentielle Bieterkreis dadurch auf einen äußerst kleinen Unternehmerkreis eingeschränkt wird (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 70 Rz 17 FN 35; in diesem Sinne auch BVA vom 01.07.2005, 16N-36/05-36). In diesem Sinne führt der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel aus: "Jedes Eignungskriterium kann es einzelnen Unternehmern erschweren, ein Angebot zu legen. Die damit bewirkte Wettbewerbsbeschränkung ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen. Die Mindestanforderungen müssen daher dem Auftragsgegenstand angemessen sein (...)" (VwGH vom 22.04.2010, 2008/04/0077; siehe insofern auch EuGH 23. 12. 2009, Rs C-376/08, Serrantoni). Bedenklich sind nach C. Mayr Eignungsanforderungen etwa dann, wenn der potentielle Bieterkreis dadurch auf einen äußerst kleinen Unternehmerkreis eingeschränkt wird (C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 70, Rz 17 FN 35; in diesem Sinne auch BVA vom 01.07.2005, 16N-36/05-36).

Die Auftraggeberin hat zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit näher definierte Mindestanforderungen an Unternehmensreferenzen zum einen und an das Schlüsselpersonal zum anderen festgelegt.

Referenzen dienen typischerweise dazu, dem Auftraggeber gegenüber einen Nachweis zu erbringen, dass ein Bieter die für den jeweiligen Auftrag erforderliche Eignung aufweist und sohin über die auftragsrelevante Erfahrung verfügt, die eine technisch einwandfreie Ausführung des konkret zu vergebenden Auftrages erwarten lässt. Im Hinblick darauf ist es einem Auftraggeber nicht verwehrt, die nachzuweisenden Referenzleistungen in Abstimmung auf den konkreten Auftragsgegenstand auch ihrer Art nach näher zu regeln (wiederum C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 70 Rz 15; T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 75 Rz 21). Referenzen dienen typischerweise dazu, dem Auftraggeber gegenüber einen Nachweis zu erbringen, dass ein Bieter die für den jeweiligen Auftrag erforderliche Eignung aufweist und sohin über die auftragsrelevante Erfahrung verfügt, die eine technisch einwandfreie Ausführung des konkret zu vergebenden Auftrages erwarten lässt. Im Hinblick darauf ist es einem Auftraggeber nicht verwehrt, die nachzuweisenden Referenzleistungen in Abstimmung auf den konkreten Auftragsgegenstand auch ihrer Art nach näher zu regeln (wiederum C. Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 70, Rz 15; T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 75, Rz 21).

Neben der Festlegung von Unternehmensreferenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (§ 75 Abs 7 Z 1 BVergG; siehe auch VwGH vom 01.03.2005, 2002/04/0125) besteht auch die Möglichkeit, einen Nachweis über die technische Eignung des eingesetzten Personals zu verlangen. In diesem Sinne weist der Gesetzgeber unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-31/87, Beentjes, auch auf die Zulässigkeit des Erfordernisses der "spezifischen Erfahrung" als Eignungskriterium hin: Das Kriterium der für die Erbringung der entsprechenden Leistungen erforderlichen beruflichen Befähigung, Fachkunde und Erfahrung ist im Hinblick auf die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer ein zulässiges Kriterium für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 65 zu § 75 BVergG). Zum Nachweis der technischen Eignung des Personals wie auch der spezifischen Erfahrung von Unternehmen und Personal eignen sich (neben Ausbildungsnachweisen uä) insbesondere Referenzen (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 75 Rz 25, 35; siehe auch BVA vom 18.12.2007, N/0089-BVA/11/2007-28, wonach die Qualifikation und Erfahrung der Personen ausnahmsweise auch im Rahmen eines Zuschlagskriteriums berücksichtigt werden kann). Zwar ist der Nachweis von Erfahrung bei den Führungskräften nicht ausdrücklich geregelt, kann aber dennoch bei allen Auftragsarten verlangt werden (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 75 Rz 41; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1013, 1069; siehe auch EuGH vom 14.01.2008, Rs C-532/06, Lianakis, wonach es sich bei einem Kriterium, bei welchem die Erfahrung des Sachverständigen nach dem Wert der durchgeführten Studien zu beurteilen war, um ein Kriterium handelt, das die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrages betrifft, und diesem daher nicht die Eigenschaft eines Zuschlagskriteriums zukommt). Neben der Festlegung von Unternehmensreferenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG; siehe auch VwGH vom 01.03.2005, 2002/04/0125) besteht auch die Möglichkeit, einen Nachweis über die technische Eignung des eingesetzten Personals zu verlangen. In diesem Sinne weist der Gesetzgeber unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-31/87, Beentjes, auch auf die Zulässigkeit des Erfordernisses der "spezifischen Erfahrung" als Eignungskriterium hin: Das Kriterium der für die Erbringung der entsprechenden Leistungen erforderlichen beruflichen Befähigung, Fachkunde und Erfahrung ist im Hinblick auf die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer ein zulässiges Kriterium für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 65 zu Paragraph 75, BVergG). Zum Nachweis der technischen Eignung des Personals wie auch der spezifischen Erfahrung von Unternehmen und Personal eignen sich (neben Ausbildungsnachweisen uä) insbesondere Referenzen (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 75, Rz 25, 35; siehe auch BVA vom 18.12.2007, N/0089-BVA/11/2007-28, wonach die Qualifikation und Erfahrung der Personen ausnahmsweise auch im Rahmen eines Zuschlagskriteriums berücksichtigt werden kann). Zwar ist der Nachweis von Erfahrung bei den Führungskräften nicht ausdrücklich geregelt, kann aber dennoch bei allen Auftragsarten verlangt werden (T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 75, Rz 41; Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ Rz 1013, 1069; siehe auch EuGH vom 14.01.2008, Rs C-532/06, Lianakis, wonach es sich bei einem Kriterium, bei welchem die Erfahrung des Sachverständigen nach dem Wert der durchgeführten Studien zu beurteilen war, um ein Kriterium handelt, das die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrages betrifft, und diesem daher nicht die Eigenschaft eines Zuschlagskriteriums zukommt).

Für die gegenständlich angefochtenen Festlegungen der Ausschreibung bedeutet dies Folgendes:

Wie bereits im Rahmen der Feststellungen ausgeführt wurde, bestehen die gegenständlich ausgeschriebenen

Leistungen im Wesentlichen aus der Durchführung eines selektiven Aushubes von kontaminiertem Bodenmaterial bis zu einer Tiefe von 50 cm (Gesamtaushubfläche: ca. 50.000 m²) inklusive Abtransport und Behandlung, inklusive sämtlicher Vor- und Nacharbeiten, Lieferung und Verlegung von Geotextilien, Lieferung und Einbau von nichtkontaminiertem, geeignetem Bodenmaterial (mindestens zweischichtig) sowie Durchführung gärtnerischer Tätigkeiten (1.4 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die Arbeiten werden auf 48 von rund 150 Personen bewohnten Liegenschaften durchgeführt. Die Gesamtaushubmenge beträgt etwa 51.000 t, wobei mit rund 10.800 t gefährlichem Abfall der Schlüssel Nr. 31424g, welcher das gefahrenrelevante Kriterium H13 iSd Anlage 3 der AbfallverzeichnisVO gerechnet wird. Dies ergibt sich - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - aufgrund der Ausführungen im Informationsteil (Punkt 1.2.5.4. Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen) in Zusammenschau mit dem Leistungsverzeichnis und mit Beilage 9, welche entsprechend Punkt 2.5 einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet. Im Bereich des Altstandortes liegen massive Verunreinigungen des Untergrundes, des Grundwassers sowie des Bodens mit teerötypischen Schadstoffen vor (Prioritätenklassifizierung; www.umweltbundesamt.at). Im Zuge der Untersuchungen gem. § 13 und 14 ALSAG 1999-2003 bzw. 2008-2012 sowie zusätzlichen Untersuchungen wurden Untergrundbelastungen mit polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) und untergeordnet mit Mineralöl (MKW) sowie aromatischen Kohlenwasserstoffen (BTEX) und phenolischen Kohlenwasserstoffen festgestellt. Ebenso wurden Belastungen des Untergrundes durch Metalle, insbesondere Arsen, Blei, Cadmium, Quecksilber und Zink festgestellt. Fast im gesamten Bereich des Altstandortes ist der Boden vor allem durch polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe belastet, stellenweise kommt es sogar zu Teeraustritten an der Oberfläche (1.2.5.2 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die Durchführung der gegenständlichen Sofortmaßnahmen wurde mit maximal 6 Monaten festgesetzt (1.5.3 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Wie bereits im Rahmen der Feststellungen ausgeführt wurde, bestehen die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen im Wesentlichen aus der Durchführung eines selektiven Aushubes von kontaminiertem Bodenmaterial bis zu einer Tiefe von 50 cm (Gesamtaushubfläche: ca. 50.000 m²) inklusive Abtransport und Behandlung, inklusive sämtlicher Vor- und Nacharbeiten, Lieferung und Verlegung von Geotextilien, Lieferung und Einbau von nichtkontaminiertem, geeignetem Bodenmaterial (mindestens zweischichtig) sowie Durchführung gärtnerischer Tätigkeiten (1.4 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die Arbeiten werden auf 48 von rund 150 Personen bewohnten Liegenschaften durchgeführt. Die Gesamtaushubmenge beträgt etwa 51.000 t, wobei mit rund 10.800 t gefährlichem Abfall der Schlüssel Nr. 31424g, welcher das gefahrenrelevante Kriterium H13 iSd Anlage 3 der AbfallverzeichnisVO gerechnet wird. Dies ergibt sich - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - aufgrund der Ausführungen im Informationsteil (Punkt 1.2.5.4. Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen) in Zusammenschau mit dem Leistungsverzeichnis und mit Beilage 9, welche entsprechend Punkt 2.5 einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet. Im Bereich des Altstandortes liegen massive Verunreinigungen des Untergrundes, des Grundwassers sowie des Bodens mit teerötypischen Schadstoffen vor (Prioritätenklassifizierung; www.umweltbundesamt.at). Im Zuge der Untersuchungen gem. Paragraph 13 und 14 ALSAG 1999-2003 bzw. 2008-2012 sowie zusätzlichen Untersuchungen wurden Untergrundbelastungen mit polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) und untergeordnet mit Mineralöl (MKW) sowie aromatischen Kohlenwasserstoffen (BTEX) und phenolischen Kohlenwasserstoffen festgestellt. Ebenso wurden Belastungen des Untergrundes durch Metalle, insbesondere Arsen, Blei, Cadmium, Quecksilber und Zink festgestellt. Fast im gesamten Bereich des Altstandortes ist der Boden vor allem durch polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe belastet, stellenweise kommt es sogar zu Teeraustritten an der Oberfläche (1.2.5.2 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die Durchführung der gegenständlichen Sofortmaßnahmen wurde mit maximal 6 Monaten festgesetzt (1.5.3 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen).

Angesichts des aufgezeigten Auftragsgegenstandes stehen die seitens der Auftraggeberin an die Unternehmensreferenzen (3.5.1 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen) gestellten Mindestanforderungen in Einklang mit und in angemessener Relation zum konkret zu vergebenden Auftrag. Der prognostizierte Gesamtbodenaushub beträgt rund 51.000 t. Das beim Referenzprojekt angefallene Aushubmaterial hat mindestens 30.000 t zu umfassen. Der Anteil der zu entsorgenden Aushubmaterialien, welche infolge Zutreffens des Kriteriums H13 als "gefährlicher Abfall" zu bezeichnen sind, wurde vorliegend auf rund 10.800 t geschätzt. Im Rahmen des Referenzprojektes mussten zumindest 1.000 t Abfall dem Kriterium H13 zuzuordnen gewesen sein. Die Untergrundkontamination musste wie auch in der konkreten Situation von PAK und MKW oder durch Schwermetalle bestimmt gewesen sein. Weiters musste wie ausschreibungsgegenständlich ein selektiver Aushub erforderlich

gewesen sein. Sämtliche kumulativ zu erfüllenden Anforderungen im Hinblick auf die Menge liegen somit unterhalb derjenigen der hier ausgeschriebenen Mengen. Die sonstigen materiellen Anforderungen stimmen vollinhaltlich mit dem konkreten Leistungsgegenstand überein.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Leistungen im Wesentlichen auf bewohnten Liegenschaften vorzunehmen sein werden und rund 150 vor Ort lebende Personen unmittelbar betroffen sein werden, was eine äußerst sensible Vorgehensweise und demgemäß professionelle Leistungserbringung, insbesondere im Umgang mit den zu entsorgenden, zu einem großen Teil stark kontaminierten Aushubmaterialien unter beengten räumlichen Verhältnissen erfordert. Insofern ist es der Auftraggeberin nicht zum Vorwurf zu machen, dass sie im Interesse der Gesundheit der betroffenen Menschen der Erfahrung der Bieter besondere Bedeutung beimisst, um dem Anspruch an eine ordnungsgemäße Durchführung der Leistungen (gerade auch im Hinblick auf die erforderliche Logistik) gerecht zu werden. Diese Zielsetzung rechtfertigt insofern auch die Forderung nach dem Nachweis von zwei derartigen Referenzen.

Die Antragstellerin führt aus, dass es keinen Unterschied mache, ob an einem Tag 20 t oder 100 t zu manipulieren seien. Da bei Zugrundelegung der von der Antragstellerin angesprochenen Tagesmenge die von der Auftraggeberin geforderte Gesamtmenge von (zumindest) 1.000 t sogar überschritten werden würde, vermag dieses Argument ihren Standpunkt nicht zu stützen. Auch das Vorbringen, dass "erfahrungsgemäß stärker belastete Abfälle mit H-Kriterien meist in so genannten Hotspots in der Größenordnung von einigen hundert Tonnen anfallen würden und dass es unerheblich sei, ob diese Hotspots ein bis zwei oder drei bis vier Mal anfallen, da die Prozedur jeweils dieselbe sei", kann im Hinblick auf die konkrete Ausschreibung nicht überzeugen. Vorliegend ist nämlich gerade kontinuierlich mit erheblichen Mengen von mitunter bis zu 30 Mulden am Tag zu rechnen, sodass angesichts der erschwerten Umstände vor Ort die Festlegung der geforderten Menge des dem H13 Kriterium zuzuordnenden Abfalls mit zumindest 1.000 t keineswegs überschießend erscheint.

Abgesehen davon hat das Ermittlungsverfahren, entgegen der Annahme der Antragstellerin, dass es nur ganz wenige, den festgelegten Anforderungen genügende Referenzprojekte gebe, ergeben, dass allein in Österreich zahlreiche einschlägige Projekte innerhalb des festgelegten Referenzzeitraumes abgeschlossen wurden, wobei es sich dabei bloß um jene der Balsa GmbH gegenüber bekannt gegebenen Projekte handelt. Angesichts der Anzahl der potentiellen Referenzprojekte und der Anzahl der über zwei relevante Referenzen verfügenden Referenzinhaber, zu denen auch die Antragstellerin zu zählen ist, erscheinen die Festlegungen unter Punkt 3.5.1 daher auch im Hinblick auf eine allfällige beträchtliche Einschränkung des Bieterkreises nicht bedenklich. Aufgrund dieser Marktsituation lässt sich weder eine Bevorzugung noch eine Ausgrenzung bestimmter Unternehmer durch die Auftraggeberin ableiten.

Die Vorgabe, dass die betreffenden Bauleistungen innerhalb der letzten fünf Jahre abgeschlossen worden sein müssen, entspricht § 75 Abs. 6 Z 1 BVerGG. Wenngleich hier eine Einordnung als Dienstleistungsauftrag erfolgt, so ist dieser angesichts der Aushubarbeiten als baulastig einzustufen. Insofern erscheint es dem erkennenden Senat sachlich gerechtfertigt, auf den im BVerGG für Bauleistungen vorgegebenen Referenzzeitraum von fünf Jahren Rückgriff zu nehmen. Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass der Referenzzeitraum ausschließlich bei Vergaben im Unterschwellenbereich auf bis zu 10 Jahre erstreckt werden kann (§ 75 Abs. 8 BVerGG). Die Vorgabe, dass die betreffenden Bauleistungen innerhalb der letzten fünf Jahre abgeschlossen worden sein müssen, entspricht Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVerGG. Wenngleich hier eine Einordnung als Dienstleistungsauftrag erfolgt, so ist dieser angesichts der Aushubarbeiten als baulastig einzustufen. Insofern erscheint es dem erkennenden Senat sachlich gerechtfertigt, auf den im BVerGG für Bauleistungen vorgegebenen Referenzzeitraum von fünf Jahren Rückgriff zu nehmen. Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass der Referenzzeitraum ausschließlich bei Vergaben im Unterschwellenbereich auf bis zu 10 Jahre erstreckt werden kann (Paragraph 75, Absatz 8, BVerGG).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass sämtliche hinsichtlich der Unternehmensreferenzen unter Punkt 3.5.1 des Informationsteils der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Mindestanforderungen in sachlicher und angemessener Relation zum Auftragsgegenstand stehen und auf diesen rückführbar sind.

Auch im Hinblick auf die Anforderungen an das Schlüsselpersonal (3.5.2 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen) vermag das Bundesverwaltungsgericht, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, die Bedenken der Antragstellerin nicht zu teilen. Zunächst ist an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass die Festlegung der Nachweise der technischen Eignung und die Definition der entsprechenden Mindestanforderungen der Auftraggeberin

obliegen. Bezüglich der zum Einsatz kommenden Fachkräfte kommen als Eignungsnachweise im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit sowohl Nachweise betreffend deren Ausbildung und deren einschlägige Berufserfahrung als auch die Benennung von Referenzen in Betracht.

Wie bereits oben aufgezeigt wurde, ist das gegenständliche Sanierungsvorhaben als "sensibel" und komplex einzustufen, da nicht in unbewohntem Gebiet sondern in unmittelbarer Umgebung der betroffenen Familien agiert werden muss. Daher ist auch das Verlangen nach spezifischer Erfahrung des zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonals jedenfalls grundsätzlich und auch in der konkreten Ausgestaltung als sachlich gerechtfertigt anzusehen.

Zu den Anforderungen an die einschlägige Berufserfahrung (3.5.2.1 und 3.5.2.2 jeweils zweiter Spiegelstrich) ist Folgendes auszuführen: Mit der Bezugnahme auf den "Bereich Tiefbau im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften" stellt die Auftraggeberin den notwendigen Zusammenhang mit den konkret ausgeschriebenen Leistungen her, welche ua auch Tiefbauleistungen im umfassen (siehe 1.3.2.1 und 1.3.2.2 Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen). Die Auftraggeberin schränkt die nachzuweisende Berufserfahrung aber gerade nicht auf Erfahrung im Rahmen von Altlastensanierungen ein. Vielmehr lässt sie ganz allgemein auch Erfahrung mit vergleichbaren Vorhaben im Bereich "Deponiebau" und im Bereich "Sanierung kontaminierter Liegenschaften" zu. Die Festlegung, dass die Schlüsselpersonen Berufserfahrung "im Zusammenhang mit Deponiebau oder Altlastensanierung bzw. Sanierung von kontaminierten Liegenschaften" vorweisen müssen, ist daher nicht nur auf den Auftragsgegenstand rückführbar sondern auch verhältnismäßig.

Deponiebau, Altlastensanierung und die Sanierung kontaminierter Liegenschaften im Allgemeinen stellen im Wesentlichen dem Tiefbau zuzuordnende Geschäftsfelder dar (siehe auch www.habau.at). Daher vermag auch die Festlegung, dass der Bauleiter/Projektleiter bzw. der Polier im Bereich Tiefbau tätig war, nicht zu überraschen. Im Sinne der Ausführungen der Auftraggeberin fordert die Auftraggeberin gerade nicht umfassende Tiefbaukenntnisse, sondern (als Mindestanforderung) entsprechende auf die genannten Bereiche Deponiebau, Altlastensanierung und die Sanierung von kontaminierten Liegenschaften eingeschränkte Erfahrung. Die konkrete Sanierung umfasst neben dem selektiven Aushub ua auch das Herstellen von Grob-, Zwischen und Feinplanum im Zuge des Aushubs, die Errichtung eines Vorhaltelagers, von Baustraßen und von Zufahrten sowie die Erhebung, Sicherung und Herstellung von Einbauten. Diese Festlegung stellt sich daher als sachlich gerechtfertigt dar. Unerheblich ist es daher auch, dass die Aushubarbeiten vorliegend lediglich einen Aushub bis in eine Tiefe von 50 cm unter GOK betreffen. Wenngleich die Standfestigkeit der angrenzenden Gebäude in einem solchen Fall nicht erheblich gefährdet sein mag, so kann dieser Aspekt aber keinesfalls unberücksichtigt bleiben. Angesichts der bereits angesprochenen speziellen Rahmenbedingungen der gegenständlichen Altlastensanierung, nämlich der Leistungsdurchführung auf bewohnten und bebauten Liegenschaften, kann es der Auftraggeberin wohl nicht ernsthaft zugemutet werden, gleichsam unerfahrenes Schlüsselpersonal heranziehen zu müssen.

Überdies erfordert der Begriff der "Sanierung von kontaminierten Liegenschaften" weder, dass die betreffende Liegenschaft als Altlast ausgewiesen ist, noch, dass diese im Verdachtsflächenkataster aufscheint. Zumal nicht konkretisiert ist, ob eine Kontaminierung mit gefährlichem oder nicht gefährlichem Abfall vorzuliegen hat, liegt eine Kontaminierung einer Liegenschaft unabhängig von der Einordnung des Abfalls als "gefährlicher Abfall" vor. Weiters wird ohne jede weitere Determinierung des Begriffes "Sanierung" ganz allgemein auf die Sanierung kontaminierter Liegenschaften Bezug genommen (siehe auch die Definition der Sanierung gemäß § 2 Abs. 14 AISAG). Damit kommen begrifflich auch Vorhaben in Betracht, bei denen nach dem selektiven Aushub (und daran anschließender Entsorgung des Aushubmaterials) ein Bauvorhaben auf der betreffenden Liegenschaft realisiert wird. Die von der Antragstellerin insofern ins Treffen gebrachte Einschränkung dieser Bestimmung auf eine Sanierung durch Aushub und Wiederverfüllen mit unbelastetem Material liegt daher nicht vor. Überdies erfordert der Begriff der "Sanierung von kontaminierten Liegenschaften" weder, dass die betreffende Liegenschaft als Altlast ausgewiesen ist, noch, dass diese im Verdachtsflächenkataster aufscheint. Zumal nicht konkretisiert ist, ob eine Kontaminierung mit gefährlichem oder nicht gefährlichem Abfall vorzuliegen hat, liegt eine Kontaminierung einer Liegenschaft unabhängig von der Einordnung des Abfalls als "gefährlicher Abfall" vor. Weiters wird ohne jede weitere Determinierung des Begriffes "Sanierung" ganz allgemein auf die Sanierung kontaminierter Liegenschaften Bezug genommen (siehe auch die Definition der Sanierung gemäß Paragraph 2, Absatz 14, AISAG). Damit kommen begrifflich auch Vorhaben in Betracht, bei denen nach dem selektiven Aushub (und daran anschließender Entsorgung des Aushubmaterials) ein Bauvorhaben

auf der betreffenden Liegenschaft realisiert wird. Die von der Antragstellerin insofern ins Treffen gebrachte Einschränkung dieser Bestimmung auf eine Sanierung durch Aushub und Wiederverfüllen mit unbelastetem Material liegt daher nicht vor.

Die an die einschlägige Berufserfahrung iSd Punkte 3.5.2.1 und 3.5.2.2 jeweils zweiter Spiegelstrich gestellten Mindestanforderungen stehen demnach in Einklang mit und auch in angemessener Relation zum Auftragsgegenstand.

Auch mit der unter Punkt 3.5.2.1. und 3.5.2.2 jeweils dritter Spiegelstrich geforderten Tätigkeit als Bauleiter/Projektleiter bzw. als Polier bei einem Referenzprojekt, welches den Anforderungen an die geforderte Unternehmensreferenz der Kategorie 1 gerecht wird, überschreitet die Auftraggeberin ihren Ermessensspielraum nicht. Das Verlangen nach einer spezifischen Erfahrung der verantwortlichen Schlüsselpersonen, die anhand einer am konkreten Auftragsgegenstand orientierten Referenz bemessen wird, ist angesichts der besonderen Umstände der Leistungserbringung und insbesondere im Lichte der Zielsetzung höchstmöglicher Gefahrenvermeidung als sachlich gerechtfertigt zu qualifizieren. Auch im Zusammenspiel einer allgemeinen Berufserfahrung von fünf Jahren in den die konkret ausgeschriebene Leistung berührenden Geschäftsfeldern sowie der Forderung nach dem Vorhandensein einer einzigen speziellen Personalreferenz wird daher kein unsachliches Vorgehen erblickt.

Die Antragstellerin führt überdies aus, dass es aufgrund des Doppelverwertungsverbotes nicht zulässig sei, die Referenzen des Schlüsselpersonals als Eignungskriterien festzulegen und dass sich dies auch aus § 75 Abs. 7 Z 1 BVergG ergebe. Dem ist entgegen zu halten, dass die Referenzen des angebotenen Schlüsselpersonals gerade nicht sowohl als Eignungs- als auch Zuschlagskriterium verwendet werden, sondern ausschließlich als Eignungskriterium. Dies steht in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Gerade die technische Erfahrung des Personals kann - wie oben dargelegt wurde - im Rahmen der Eignungsprüfung mittels individuellen Referenzen nachgewiesen werden. Die Antragstellerin führt überdies aus, dass es aufgrund des Doppelverwertungsverbotes nicht zulässig sei, die Referenzen des Schlüsselpersonals als Eignungskriterien festzulegen und dass sich dies auch aus Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer eins, BVergG ergebe. Dem ist entgegen zu halten, dass die Referenzen des angebotenen Schlüsselpersonals gerade nicht sowohl als Eignungs- als auch Zuschlagskriterium verwendet werden, sondern ausschließlich als Eignungskriterium. Dies steht in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Gerade die technische Erfahrung des Personals kann - wie oben dargelegt wurde - im Rahmen der Eignungsprüfung mittels individuellen Referenzen nachgewiesen werden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, die Festlegung der Kenntnis Arbeitnehmerschutzbestimmungen bzw. Sicherheitsbestimmungen durch den Projektleiter/Bauleiter (3.5.2.1 sechster Spiegelstrich) sei überschießend und diskriminierend, ist festzuhalten, dass einem Bauleiter grundsätzlich die Leitung einer Baustelle in technischer, kaufmännischer und personeller Hinsicht anvertraut ist (siehe Kollektivvertrag Bau) und damit eine entsprechende Kenntnis der betreffenden Bestimmungen grundsätzlich vorausgesetzt werden darf. Diese Kenntnis kann vorliegend ua durch eine entsprechende Referenz oder ein Zeugnis nachgewiesen werden. Dies setzt aber keineswegs eine einschlägige Ausbildung zur Sicherheitsfachkraft voraus. Bereits angesichts der in der konkreten Konstellation bestehenden potentiellen Gefährdung aller Beteiligten ist diese Forderung nicht als überschießend anzusehen.

Im Übrigen steht es der Auftraggeberin auch frei, inwiefern sie die Benennung eines Projektleiters oder eines sich aus mehreren Schlüsselpersonen zusammensetzenden Projektteams vorgibt. Beide Konstellationen haben Vor- und Nachteile. Im konkreten, durch besondere Rahmenbedingungen gekennzeichneten Fall erblickt der erkennende Senat keine Unsachlichkeit in der Forderung der Auftraggeberin nach dem Tätigwerden einer zentralen Schlüsselperson. Tatsächlich vermochte die Antragstellerin in ihrem Vorbringen auch keine Gründe darzutun, warum die Festlegung eines Projektleiters in concreto rechtswidrig sein sollte.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auch die unter den Punkte

3.5.2.1 und 3.5.2.2 angefochtenen Festlegungen zu den Mindestanforderungen im Hinblick auf das Schlüsselpersonal in sachlicher und angemessener Relation zum konkreten Auftragsgegenstand stehen und auf diesen rückführbar sind.

Abschließend ist die Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass die konkret ausgeschriebenen Leistungen Gegenstand einer Vorinformation waren, weswegen die Angebotsfrist schon insofern nicht als zu kurz angesehen werden kann (Versendung an das Amtsblatt der EU am 27.06.2014; Ende der Angebotsfrist am 22.07.2014).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.3. Inhaltliche Beurteilung (A.II)

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

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

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der gesetzlich geschuldeten Höhe von gesamt EUR 1.847,-- tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG; §§ 1, 2 Abs. 2 und 3 Abs. 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der gesetzlich geschuldeten Höhe von gesamt EUR 1.847,-- tatsächlich bezahlt (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG; Paragraphen eins, 2, Absatz 2 und 3 Absatz eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

Da den Anträgen der Antragstellerin nicht stattgegeben wurde, besteht weder ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag noch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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 (siehe oben unter A) 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 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 (siehe oben unter A) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Antragslegimitation, Auslegung der Ausschreibung, Berufstätigkeit, Dienstleistungsauftrag, Diskriminierungsverbot, Eignung, Eignungskriterien, Eignungsnachweis, Erfahrungswerte, Ermessen, Ermessensspielraum, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Leistungsfähigkeit, Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigklärung, Nichtigklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, rechtliches Interesse, Referenzprojekt, Sachlichkeitsprüfung, Schlüsselkraft, technische Leistungsfähigkeit, Transparenz, Umweltsanierungsmaßnahme, Vergabeverfahren, Verhältnismäßigkeit,

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2009635.2.00

Zuletzt aktualisiert am

03.11.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at