

TE Bvwg Erkenntnis 2014/8/1 W187 2008946-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.08.2014

Entscheidungsdatum

01.08.2014

Norm

BVergG 2006 §103 Abs3
BVergG 2006 §105 Abs6
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §12 Abs3
BVergG 2006 §129 Abs1
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7
BVergG 2006 §129 Abs1 Z8
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §2 Z16 lit a
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §20 Abs1
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs1
BVergG 2006 §322 Abs2
BVergG 2006 §325 Abs1
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §68 Abs1 Z5
BVergG 2006 §69 Z3
BVergG 2006 §76
BVergG 2006 §83 Abs2
B-VG Art.133 Abs4
KartG 2005 §1 Abs1
VwGVG §28 Abs1

- [illegible]

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

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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

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

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 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 § 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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. KartG 2005 § 1 heute
 2. KartG 2005 § 1 gültig ab 01.01.2006
-
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W187 2008946-1/23E IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterin Mag. Wolfgang POINTNER als Beisitzer der Auftraggeberseite und Mag. Corinna GREGER als Beisitzer der Auftragnehmerseite über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA, AAAA, 2. BBBB, BBBB,

3. CCCC, CCCC, vertreten durch Dr. Anika Loskot, Rechtsanwältin, XXXX, auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in dem Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" der Auftraggeberin Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., XXXX, vertreten durch die vergebende Stelle Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, XXXX, vom 6. März 2014, zu Recht erkannt: 3. CCCC, CCCC, vertreten durch Dr. Anika Loskot, Rechtsanwältin, römisch 40, auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in dem Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" der Auftraggeberin Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., römisch 40, vertreten durch die vergebende Stelle Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, römisch 40, vom 6. März 2014, zu Recht erkannt:

A)

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA, 2. BBBB, 3. CCCC, auf Nichtigerklärung der "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., wird gemäß § 325 Abs 1 BVergG stattgegeben. Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA, 2. BBBB, 3. CCCC, auf Nichtigerklärung der "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., wird gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG stattgegeben.

Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig. Das Bundesverwaltungsgericht erklärt die sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig.

B)

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA, 2. BBBB, 3. CCCC, "der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühr zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen", wird gemäß § 319 BVergG stattgegeben. Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA, 2. BBBB, 3. CCCC, "der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühr zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen auferlegen", wird gemäß Paragraph 319, BVergG stattgegeben.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die tatsächlich entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 12.312 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu Händen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen.

C)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Am 20. Juni 2014 beantragte die Bietergemeinschaft 1. AAAA, AAAA 2. BBBB, BBBB 3. CCCC, CCCC, vertreten durch Dr. Anika Loskot, Rechtsanwältin, XXXX, die Nichtigerklärung der "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., in eventu die Nichtigerklärung der in den "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. enthaltene Festlegung "Ein Angebot eines Bewerbers bzw Bieters, der selbst oder durch verbundene Unternehmen während des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Deponie EEEE kauft oder pachtet oder wirtschaftlich vergleichbare Einflussrechte daran erwirbt, wird gemäß § 129 Abs 1 Z 7 bzw Z 8 BVergG ausgeschieden." sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Nach Darstellung des Sachverhalts führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie als zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladene Bieterin erhebliches Interesse an der Angebotslegung habe. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe den Verkauf der Deponie EEEE mit Bekanntmachung in der Wiener Zeitung vom 29. Jänner 2014 und vom 3. April 2014 öffentlich ausgeschrieben. Ein Mitglied der Antragstellerin, die AAAA und ein mit ihr verbundenes Unternehmen beabsichtigten die Deponie EEEE zu erwerben. Die Deponie solle die zukünftigen Aktivitäten des Unternehmens in Ostösterreich fördern und hätten nichts mit der Sanierung der Altlast N6 zu tun. Im Verkaufsprozess dieser Deponie habe die Antragstellerin bereits erhebliche Aufwendungen in der Höhe von € 150.000 zuzüglich einer jederzeit ziehbaren Bankgarantie von € 500.000 getätigt. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe Festlegungen getroffen, die sicherstellten, dass, wer auch immer die Deponie erwerbe, der siegreiche Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren uneingeschränkten Zugang dazu habe. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD solle weiterhin direkter Vertragspartner des siegreichen Bieters im Vergabeverfahren sein. Der Erwerber der Deponie erhalte so keinerlei Information über die übrigen Bieter des Vergabeverfahrens. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe die Antragstellerin aufgefordert, die Festlegung anzufechten. Er werde den Verkaufsprozess nicht stoppen oder abändern. Entscheidend für die Sanierung der Altlast sei die Behandlung von 679.000 t Aluminiumkrätzestäube, die der Räumung und Verführung der darunter liegenden mineralischen Abfälle voranginge. Diese Behandlung mache circa 70 % der Kosten aus. Die Deponie EEEE sei nicht die nächste und nicht die einzige zur Verfügung stehende Deponie. Der Verkaufsprozess der Deponie EEEE lasse die Wettbewerbsstellung der Bieter unberührt. Der Verkauf erfolge in einem transparenten Verfahren. Die Antragstellerin habe erhebliches Interesse an der Teilnahme an dem Vergabeverfahren. Sie habe bereits € 500.000 an Aufwendungen getätigt. Angesichts des Auftragswertes von circa €

Am 20. Juni 2014 beantragte die Bietergemeinschaft 1. AAAA, AAAA 2. BBBB, BBBB 3. CCCC, CCCC, vertreten durch Dr. Anika Loskot, Rechtsanwältin, römisch 40 , die Nichtigerklärung der "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., in eventu die Nichtigerklärung der in den "Ausschreibungsunterlagen 1. Fassung - sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase" der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. enthaltene Festlegung "Ein Angebot eines Bewerbers bzw Bieters, der selbst oder durch verbundene Unternehmen während des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Deponie EEEE kauft oder pachtet oder wirtschaftlich vergleichbare Einflussrechte daran erwirbt, wird gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, bzw Ziffer 8, BVergG ausgeschieden." sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Nach Darstellung des Sachverhalts führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie als zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladene Bieterin erhebliches Interesse an der Angebotslegung habe. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe den Verkauf der Deponie EEEE mit Bekanntmachung in der Wiener Zeitung vom 29. Jänner 2014 und vom 3. April 2014 öffentlich ausgeschrieben. Ein Mitglied der Antragstellerin, die AAAA und ein mit ihr verbundenes Unternehmen beabsichtigten die Deponie EEEE zu erwerben. Die Deponie solle die zukünftigen Aktivitäten des Unternehmens in Ostösterreich fördern und hätten nichts mit der Sanierung der Altlast N6 zu tun. Im Verkaufsprozess dieser Deponie habe die Antragstellerin bereits erhebliche

Aufwendungen in der Höhe von € 150.000 zuzüglich einer jederzeit ziehbaren Bankgarantie von € 500.000 getätigt. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe Festlegungen getroffen, die sicherstellten, dass, wer auch immer die Deponie erwerbe, der siegreiche Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren uneingeschränkter Zugang dazu habe. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD solle weiterhin direkter Vertragspartner des siegreichen Bieters im Vergabeverfahren sein. Der Erwerber der Deponie erhalte so keinerlei Information über die übrigen Bieter des Vergabeverfahrens. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe die Antragstellerin aufgefordert, die Festlegung anzufechten. Er werde den Verkaufsprozess nicht stoppen oder abändern. Entscheidend für die Sanierung der Altlast sei die Behandlung von 679.000 t Aluminiumkrätzestäube, die der Räumung und Verführung der darunter liegenden mineralischen Abfälle voranginge. Diese Behandlung mache circa 70 % der Kosten aus. Die Deponie EEEE sei nicht die nächste und nicht die einzige zur Verfügung stehende Deponie. Der Verkaufsprozess der Deponie EEEE lasse die Wettbewerbsstellung der Bieter unberührt. Der Verkauf erfolge in einem transparenten Verfahren. Die Antragstellerin habe erhebliches Interesse an der Teilnahme an dem Vergabeverfahren. Sie habe bereits € 500.000 an Aufwendungen getätigt. Angesichts des Auftragswertes von circa €

200,000.000 betrage der Deckungsbeitrag etwa 10 % und somit etwa €

20,000.000. Darin liege der drohende Schaden. Das Interesse der Antragstellerin liege in der Auslastung für die nächsten zehn Jahre und einem Referenzprojekt. Die angefochtene Festlegung richte sich gegen den Verkaufsprozess und das Vergabeverfahren. Im Verkaufsprozess habe die Antragstellerin bereits Aufwendungen in der Höhe von circa € 500.000 getätigt. Überdies sei der Aufbau einer Betriebsstruktur im Osten Österreichs behindert. Die angefochtene Entscheidung verletzte die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren "Sanierung der Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie" bei gleichzeitigem Erwerb der Deponie EEEE durch die mit der Antragstellerin verbundene Kaufinteressentin, in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, in ihrem Recht auf Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit, in ihrem Recht auf einen fairen Wettbewerb und ein freies und lauterer Vergabeverfahren, in ihrem Recht zum Erwerb der Deponie EEEE und im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Eigentum und Vertragsfreiheit. Dem Auftraggeber stehe es nicht zu, über den Katalog des § 129 BVergG hinaus Ausscheidensgründe festzulegen. Die BALSA habe bisher keine Bedenken gegen den Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bieter oder Subunternehmer geäußert. Die Bieter, Subunternehmer und der Abfallwirtschaftsverband DDDD hätten daher drauf vertrauen dürfen, dass die Deponie EEEE hätte veräußert werden dürfen. Die Festlegung greife in das geschützte Vertrauen der Antragstellerin ein. Sie verstoße dadurch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und die vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten. Die Festlegung sei Ausdruck einer Diskriminierung ausländischer Bieter bzw unsachlich gerechtfertigten Einschränkung der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, da den teilweise in Deutschland ansässigen Mitgliedern der Antragstellerin und in Deutschland ansässigen verbundenen Unternehmen untersagt werden, eine Niederlassung in Österreich zu gründen und zu diesem Zweck die Deponie in EEEE zu erwerben. Sie bewirke primär den Schutz in Österreich ansässiger Unternehmen. Diese Festlegung gelte zwar für alle Bieter, wirke sich jedoch auf ausländische Bieter erheblich nachteiliger als auf inländische aus. Die inländischen Bieter verfügten über die anderen in der Nähe liegenden Deponien. Die BALSA treffe diese Festlegung offenbar auf "Zuruf unseres Mitbewerbs". Der Erwerb der Deponie EEEE beeinträchtige den Wettbewerb nicht, da diese dem siegreichen Bieter weiterhin zu einem definierten Entgelt zur Verfügung stehe. Die Bestimmungen über den freien und lauterer Wettbewerb und die Ausscheidensbestimmung des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG richte sich nicht gegen den Erwerb von Wirtschaftsgütern, insbesondere weil Unternehmenskäufe auf der Tagesordnung stünden und ein Mitglied der Antragstellerin erstmals in den österreichischen Markt eintrete und sich schon deshalb kartellrechtliche Themen nicht stellten. Die Bestimmung richte sich gegen Absprachen von Bieter und nicht gegen den Erwerb von Betriebsteilen durch Subunternehmer. Die angefochtene Festlegung schränke den Wettbewerb ein. Sie verhindere die Niederlassung eines mit der Antragstellerin verbundenen Unternehmens. Eine solche Markteintrittsbarriere sei kartellrechtlich verpönt. Die Auftraggeberin schränke die Möglichkeit des Erwerbers der Deponie EEEE ein, an der Sanierung der gegenständlichen Altlast zu partizipieren. Inländische Mitbieter seien auf die Deponie EEEE nicht angewiesen. Ein automatischer Ausschluss von Bieter sei unionsrechtlich verpönt. 20,000.000. Darin liege der drohende Schaden. Das Interesse der Antragstellerin liege in der Auslastung für die nächsten zehn Jahre und einem Referenzprojekt. Die angefochtene Festlegung richte sich gegen den Verkaufsprozess und das Vergabeverfahren. Im Verkaufsprozess habe die Antragstellerin bereits Aufwendungen in der Höhe von circa € 500.000 getätigt. Überdies sei der Aufbau einer Betriebsstruktur im Osten Österreichs behindert. Die angefochtene Entscheidung verletzte die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme am

Verhandlungsverfahren "Sanierung der Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie" bei gleichzeitigem Erwerb der Deponie EEEE durch die mit der Antragstellerin verbundene Kaufinteressentin, in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, in ihrem Recht auf Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit, in ihrem Recht auf einen fairen Wettbewerb und ein freies und lauterer Vergabeverfahren, in ihrem Recht zum Erwerb der Deponie EEEE und im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Eigentum und Vertragsfreiheit. Dem Auftraggeber stehe es nicht zu, über den Katalog des Paragraph 129, BVergG hinaus Ausscheidensgründe festzulegen. Die BALSA habe bisher keine Bedenken gegen den Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bieter oder Subunternehmer geäußert. Die Bieter, Subunternehmer und der Abfallwirtschaftsverband DDDD hätten daher drauf vertrauen dürfen, dass die Deponie EEEE hätte veräußert werden dürfen. Die Festlegung greife in das geschützte Vertrauen der Antragstellerin ein. Sie verstoße dadurch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und die vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten. Die Festlegung sei Ausdruck einer Diskriminierung ausländischer Bieter bzw unsachlich gerechtfertigten Einschränkung der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, da den teilweise in Deutschland ansässigen Mitgliedern der Antragstellerin und in Deutschland ansässigen verbundenen Unternehmen untersagt werden, eine Niederlassung in Österreich zu gründen und zu diesem Zweck die Deponie in EEEE zu erwerben. Sie bewirke primär den Schutz in Österreich ansässiger Unternehmen. Diese Festlegung gelte zwar für alle Bieter, wirke sich jedoch auf ausländische Bieter erheblich nachteiliger als auf inländische aus. Die inländischen Bieter verfügten über die anderen in der Nähe liegenden Deponien. Die BALSA treffe diese Festlegung offenbar auf "Zuruf unseres Mitbewerbs". Der Erwerb der Deponie EEEE beeinträchtige den Wettbewerb nicht, da diese dem siegreichen Bieter weiterhin zu einem definierten Entgelt zur Verfügung stehe. Die Bestimmungen über den freien und lauterer Wettbewerb und die Ausscheidensbestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG richte sich nicht gegen den Erwerb von Wirtschaftsgütern, insbesondere weil Unternehmenskäufe auf der Tagesordnung stünden und ein Mitglied der Antragstellerin erstmals in den österreichischen Markt eintrete und sich schon deshalb kartellrechtliche Themen nicht stellten. Die Bestimmung richte sich gegen Absprachen von Bieter und nicht gegen den Erwerb von Betriebsteilen durch Subunternehmer. Die angefochtene Festlegung schränke den Wettbewerb ein. Sie verhindere die Niederlassung eines mit der Antragstellerin verbundenen Unternehmens. Eine solche Markteintrittsbarriere sei kartellrechtlich verpönt. Die Auftraggeberin schränke die Möglichkeit des Erwerbers der Deponie EEEE ein, an der Sanierung der gegenständlichen Altlast zu partizipieren. Inländische Mitbieter seien auf die Deponie EEEE nicht angewiesen. Ein automatischer Ausschluss von Bieter sei unionsrechtlich verpönt.

Am 25. Juni 2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, verwies auf die bereits vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und legte zusätzliche Schreiben vor.

Am 1. Juli 2014 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer der Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag genannt worden sei und als einzige Leistung die Deponie zur Verfügung stellen sollte. Es sei die rechtliche Konstruktion geplant, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD Subunternehmer bleiben solle und einige Bedingungen für die Zurverfügungstellung der Deponie bestimmen sollte. Der Erwerber der Deponie würde Subunternehmer des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD und damit Sub-Subunternehmer der Antragstellerin werden. Nach Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen sei irrelevant, ob die Antragstellerin oder ein verbundenes Unternehmen die Deponie erwerben würde. Aufgrund der Festlegungen in dem Schreiben vom 13. Juni 2014 mache es auch keinen Unterschied, ob der Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer verbliebe oder nicht. Es stellten sich die Fragen, ob die geplante Veräußerung der Deponie EEEE die gemäß § 105 Abs 6 BVergG vorgeschriebene Bieteranonymität gefährde, die Voraussetzung des letzten Satzes von Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen, die Beeinflussung der Angebote durch diese Mehrfachbeteiligung, erfüllt sei und ob die gegenständliche Festlegung, die vor dem Eintritt eines solchen Erwerbsfalles getroffen sei, zulässig sei. Die Behauptung, dass der Verkaufsprozess in keinem Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren stehe, treffe nicht zu. Die im Verkaufsprozess getroffene Geheimhaltungsverpflichtung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD sei angesichts der Übernahme aller Mitarbeiter im Zuge des Verkaufs der Deponie absolut unzureichend. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD sei Subunternehmer mehrerer Bieter und erfülle die Voraussetzungen der Mehrfachbeteiligung nach Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen. Überdies sei durch den Verkauf der Deponie ein Wechsel des Subunternehmers im Lichte der Beantwortung von Frage 74 im Zuge der sechsten Fragebeantwortung vom 13. Dezember 2013 zu prüfen. Die Antragstellerin würde dann, wenn nach Punkt 12 der Teilnahmeunterlagen mangels "sachlicher Notwendigkeit für den Wechsel" der Wechsel des Subunternehmers nicht genehmigt würde, ihre Eignung verlieren. Aufgrund dieser Information und der Rechtsmeinung der Auftraggeberin,

dass der freie und lautere Wettbewerb durch den Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bewerber oder Bieter oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen beeinträchtigt sei, habe die Auftraggeberin die Wahl zwischen zwei Optionen. Einerseits könne die Auftraggeberin hoffen, dass kein Bewerber oder Bieter die Deponie EEEE erwerbe, der Erwerber der Deponie EEEE nicht das beste Angebot im Vergabeverfahren legen werde und die Konkurrenz die Zuschlagsentscheidung nicht anfechten werde. Diese Handlungsweise wäre grob fahrlässig. Andererseits könne die Auftraggeberin das Vergabeverfahren stabilisieren, bevor ein solcher Erwerb eintrete. Die Auftraggeberin habe sich für die zweite Option entschieden. Die Festlegung sei nicht auf "Zuruf" eines "Mitbewerbs" erfolgt. Die Zitierung einer Bieteranfrage sei gemäß Punkt 9 der Teilnahmemunterlagen erfolgt. Ob der Erwerber der Deponie EEEE aus dem In- oder Ausland komme, sei nicht im Ansatz erkennbar. Für die Sicherung des Wettbewerbs im Vergabeverfahren sei irrelevant, ob der Erwerber seinen Sitz im In- oder Ausland habe. Für einen Bewerber oder Bieter, der eine schlechtere Stellung habe, eher "ein Auge zuzudrücken" sei im Sinne der Bietergleichbehandlung unzulässig. Nach Anfechtung der Zuschlagsentscheidung das Vergabeverfahren widerrufen zu müssen, stelle nicht nur für die Auftraggeberin sondern auch für alle Bieter einen der schlimmsten Fälle dar. Die angefochtene Festlegung diene daher auch dem Schutz der Bieter. Dass die Auftraggeberin verpflichtet sei, den freien und lauteren Wettbewerb zu schützen, sei unbestritten. Entgegen der Darstellung im Nachprüfungsantrag werde mit der konkreten Festlegung kein überschießender "Automatismus" verfolgt, sondern auf eine konkret drohende Situation reagiert und klargestellt, welche vergaberechtlich zwingenden Folgen diese Situation nach sich ziehen werde. Die Auftraggeberin habe nicht warten dürfen, ob durch die bevorstehende Situation der freie und lautere Wettbewerb beeinträchtigt werden, sondern habe zuvor reagieren müssen. Es würden gesellschaftsrechtliche Umgehungen vermieden. Die Festlegung ist auf das zeitlich notwendige Maß reduziert. Dass eine Vereinbarung mit dem Verkäufer der Deponie eine Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG sei, sei unbestritten. Die Auftraggeberin sei ihrer Verpflichtung zur Prüfung nachgekommen. Der Verkauf der Deponie würde den Wettbewerb tatsächlich beeinflussen. Die Geheimhaltung der Namen der Bieter sei durch den Verkauf nicht gesichert, nicht einmal glaubhaft gemacht, wobei der Nachweis nötig wäre. In ihrem Schreiben vom 13. Juni 2014 habe die Antragstellerin behauptet, dass sie durch den Verkauf der Deponie EEEE ein unabhängiges und damit verbessertes Angebot legen könnte. Damit bestätige die Antragstellerin selbst, dass der Verkauf der Deponie Einfluss auf den Wettbewerb habe. Die gegenteiligen Behauptungen im Nachprüfungsantrag seien bloße Schutzbehauptungen und dazu widersprüchlich. Entgegen den Behauptungen im Nachprüfungsantrag könne die Deponie EEEE nicht 200.000 t sondern 680.000 t behandelten Aluminiumkrätzestaub aufnehmen und sei daher für die Sanierung der ausschreibungsgegenständlichen Altlast von großer Bedeutung. Die Festsetzung eines bestimmten Preises für alle Bieter sei das Gegenteil von freiem Wettbewerb. Eine solche Festsetzung sei kartellrechtlich relevant und schon deshalb ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG. Sie könne auch zum Ausschluss gemäß § 68 Abs 1 Z 5 BVergG führen. Sie führe zu einem Nachteil für die Auftraggeberin, weil jede Verhandlung eines Bieters mit einem Subunternehmer verhindert würde. Der Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bieter würde die in der zweiten Stufe abzugebenden Angebote beeinflussen. Die Auftraggeberin beantragt, die Anträge der Antragstellerin mit Ausnahme des Antrags auf Abweisung allfälliger Anträge auf Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zurück-, in eventu abweisen sowie Akteneinsicht nur in beschränktem Ausmaß gewähren. Am 1. Juli 2014 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer der Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag genannt worden sei und als einzige Leistung die Deponie zur Verfügung stellen sollte. Es sei die rechtliche Konstruktion geplant, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD Subunternehmer bleiben solle und einige Bedingungen für die Zurverfügungstellung der Deponie bestimmen sollte. Der Erwerber der Deponie würde Subunternehmer des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD und damit Sub-Subunternehmer der Antragstellerin werden. Nach Punkt 11 der Teilnahmemunterlagen sei irrelevant, ob die Antragstellerin oder ein verbundenes Unternehmen die Deponie erwerben würde. Aufgrund der Festlegungen in dem Schreiben vom 13. Juni 2014 mache es auch keinen Unterschied, ob der Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer verbliebe oder nicht. Es stellten sich die Fragen, ob die geplante Veräußerung der Deponie EEEE die gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG vorgeschriebene Bieteranonymität gefährde, die Voraussetzung des letzten Satzes von Punkt 11 der Teilnahmemunterlagen, die Beeinflussung der Angebote durch diese Mehrfachbeteiligung, erfüllt sei und ob die gegenständliche Festlegung, die vor dem Eintritt eines solchen Erwerbsfalles getroffen sei, zulässig sei. Die Behauptung, dass der Verkaufsprozess in keinem Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren stehe, treffe nicht zu. Die im Verkaufsprozess getroffene Geheimhaltungsverpflichtung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD sei angesichts der Übernahme aller Mitarbeiter im Zuge des Verkaufs der Deponie

absolut unzureichend. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD sei Subunternehmer mehrerer Bieter und erfülle die Voraussetzungen der Mehrfachbeteiligung nach Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen. Überdies sei durch den Verkauf der Deponie ein Wechsel des Subunternehmers im Lichte der Beantwortung von Frage 74 im Zuge der sechsten Fragebeantwortung vom 13. Dezember 2013 zu prüfen. Die Antragstellerin würde dann, wenn nach Punkt 12 der Teilnahmeunterlagen mangels "sachlicher Notwendigkeit für den Wechsel" der Wechsel des Subunternehmers nicht genehmigt würde, ihre Eignung verlieren. Aufgrund dieser Information und der Rechtsmeinung der Auftraggeberin, dass der freie und lautere Wettbewerb durch den Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bewerber oder Bieter oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen beeinträchtigt sei, habe die Auftraggeberin die Wahl zwischen zwei Optionen. Einerseits könne die Auftraggeberin hoffen, dass kein Bewerber oder Bieter die Deponie EEEE erwerbe, der Erwerber der Deponie EEEE nicht das beste Angebot im Vergabeverfahren legen werde und die Konkurrenz die Zuschlagsentscheidung nicht anfechten werde. Diese Handlungsweise wäre grob fahrlässig. Andererseits könne die Auftraggeberin das Vergabeverfahren stabilisieren, bevor ein solcher Erwerb eintrete. Die Auftraggeberin habe sich für die zweite Option entschieden. Die Festlegung sei nicht auf "Zuruf" eines "Mitbewerbs" erfolgt. Die Zitierung einer Bieteranfrage sei gemäß Punkt 9 der Teilnahmeunterlagen erfolgt. Ob der Erwerber der Deponie EEEE aus dem In- oder Ausland komme, sei nicht im Ansatz erkennbar. Für die Sicherung des Wettbewerbs im Vergabeverfahren sei irrelevant, ob der Erwerber seinen Sitz im In- oder Ausland habe. Für einen Bewerber oder Bieter, der eine schlechtere Stellung habe, eher "ein Auge zuzudrücken" sei im Sinne der Bietergleichbehandlung unzulässig. Nach Anfechtung der Zuschlagsentscheidung das Vergabeverfahren widerrufen zu müssen, stelle nicht nur für die Auftraggeberin sondern auch für alle Bieter einen der schlimmsten Fälle dar. Die angefochtene Festlegung diene daher auch dem Schutz der Bieter. Dass die Auftraggeberin verpflichtet sei, den freien und lauteren Wettbewerb zu schützen, sei unbestritten. Entgegen der Darstellung im Nachprüfungsantrag werde mit der konkreten Festlegung kein überschießender "Automatismus" verfolgt, sondern auf eine konkret drohende Situation reagiert und klargestellt, welche vergaberechtlich zwingenden Folgen diese Situation nach sich ziehen werde. Die Auftraggeberin habe nicht warten dürfen, ob durch die bevorstehende Situation der freie und lautere Wettbewerb beeinträchtigt werden, sondern habe zuvor reagieren müssen. Es würden gesellschaftsrechtliche Umgehungen vermieden. Die Festlegung ist auf das zeitlich notwendige Maß reduziert. Dass eine Vereinbarung mit dem Verkäufer der Deponie eine Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG sei, sei unbestritten. Die Auftraggeberin sei ihrer Verpflichtung zur Prüfung nachgekommen. Der Verkauf der Deponie würde den Wettbewerb tatsächlich beeinflussen. Die Geheimhaltung der Namen der Bieter sei durch den Verkauf nicht gesichert, nicht einmal glaubhaft gemacht, wobei der Nachweis nötig wäre. In ihrem Schreiben vom 13. Juni 2014 habe die Antragstellerin behauptet, dass sie durch den Verkauf der Deponie EEEE ein unabhängiges und damit verbessertes Angebot legen könnte. Damit bestätige die Antragstellerin selbst, dass der Verkauf der Deponie Einfluss auf den Wettbewerb habe. Die gegenteiligen Behauptungen im Nachprüfungsantrag seien bloße Schutzbehauptungen und dazu widersprüchlich. Entgegen den Behauptungen im Nachprüfungsantrag könne die Deponie EEEE nicht 200.000 t sondern 680.000 t behandelten Aluminiumkrätzestaub aufnehmen und sei daher für die Sanierung der ausschreibungsgegenständlichen Altlast von großer Bedeutung. Die Festsetzung eines bestimmten Preises für alle Bieter sei das Gegenteil von freiem Wettbewerb. Eine solche Festsetzung sei kartellrechtlich relevant und schon deshalb ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG. Sie könne auch zum Ausschluss gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG führen. Sie führe zu einem Nachteil für die Auftraggeberin, weil jede Verhandlung eines Bieters mit einem Subunternehmer verhindert würde. Der Erwerb der Deponie EEEE durch einen Bieter würde die in der zweiten Stufe abzugebenden Angebote beeinflussen. Die Auftraggeberin beantragt, die Anträge der Antragstellerin mit Ausnahme des Antrags auf Abweisung allfälliger Anträge auf Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zurück-, in eventu abweisen sowie Akteneinsicht nur in beschränktem Ausmaß gewähren.

Am 10. Juli 2014 erstatte die Antragstellerin eine Stellungnahme. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es unzulässig sei, dass die Auftraggeberin einen weiteren Ausscheidenstatbestand festlege und dass sie ein automatisches Ausscheiden vorsehe. Die bisherigen Festlegungen zur Mehrfachbeteiligung seien ausreichend. Die Sicherung des freien und lauteren Wettbewerbs durch die Auftraggeberin habe sich auf das Vergabeverfahren zu beschränken. Bei kartellrechtlichen Bedenken habe die Auftraggeberin dies der Bundeswettbewerbsbehörde anzuzeigen. Die von der Auftraggeberin genannte erste Option wäre die richtige gewesen. Sie hätte mit dem Abfallwirtschaftsverband DDDD eine Option suchen müssen, mit der sie den Verkauf der Deponie EEEE nicht behindere und den freien und lauteren Wettbewerb sichere. Wenn die Auftraggeberin die Meinung vertrete, dass jeder

Erwerb der Deponie EEEE durch ein verbundenes Unternehmen eine Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG darstelle, sie die angefochtene Festlegung nicht nötig. Sie könne eine Ausscheidensentscheidung treffen. Der Erwerb der Deponie EEEE durch die Antragstellerin gefährde den freien und lauterer Wettbewerb nicht. Durch den Erwerb der Deponie EEEE erlange der Bieter keine Kenntnis über die anderen Bieter, weil Subunternehmer weiterhin der Abfallwirtschaftsverband DDDD bleibe. Die Korrespondenz über die Subunternehmererklärung verbleibe beim Abfallwirtschaftsverband DDDD und sei nicht Gegenstand des Verkaufs der Deponie EEEE. Diese habe keine Kenntnis von der Identität der Bieter oder Interessenten im gegenständlichen Vergabeverfahren. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe die Festlegung, dass er Abfälle um € 25 pro Tonne exklusive ALSAG übernehme, unabhängig vom gegenständlichen Verkauf der Deponie getroffen. Dieser Festlegung bedürfte es auch, wenn es nicht zu einem Verkauf der Deponie komme. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD müsse alle Bewerber und Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren gleich behandeln. Worin ein Kartellrechtsverstoß liegen möge, möge die Auftraggeberin konkret darlegen. Im Gegensatz zur Auftraggeberin habe die Antragstellerin dargestellt, dass sie der Verkauf der Deponie EEEE den fairen und lauterer Wettbewerb nicht beeinträchtige und für die Gleichbehandlung der Bieter gesorgt sei. Die Deponie EEEE verfüge nicht über die notwendigen Anlagen zur Vorbehandlung der 680.000 t Aluminiumkrätzestaub, weshalb sie nicht dort deponiert werden könnten. Worin konkret eine Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG liegen solle, gehe aus dem Vorbringen der Auftraggeberin nicht hervor. Nicht jede Vereinbarung sei eine nach § 129 Abs 1 Z 8 BVergG unzulässige Abrede oder eine nach § 1 Abs 1 KartG verpönte Vereinbarung. Der Verkauf der Deponie EEEE bewirke zwar ein Ausscheiden des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD aus dem Markt. Dieser werde aber durch einen neuen Marktteilnehmer ersetzt. Das Bestreben der Antragstellerin liege nicht primär im Erwerb der Deponie EEEE sondern in der Schaffung eines geeigneten Betriebsstandortes in Ostösterreich. Der Abfallwirtschaftsverband verfüge als Alleingesellschafter der FFFF weiterhin über wesentliche Ressourcen am relevanten Markt. An der Anzahl der Wettbewerber ändere der Verkauf der Deponie EEEE nichts. Von einer unzulässigen Abrede iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG könne beim Verkauf der Deponie EEEE nicht gesprochen werden. Selbst wenn es zu einem Subunternehmerwechsel komme, könne das die Eignung der Antragstellerin nicht beeinflussen. Würde die Antragstellerin die Deponie EEEE erwerben, wäre es obsolet einen Subunternehmer zu nennen. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD verfüge aufgrund der Zusatzvereinbarung weiterhin über die nötigen Ressourcen. Die Auftraggeberin greife durch das Verbot des Erwerbs der Deponie EEEE in den Wettbewerb im Bereich der Abfallwirtschaft in Ostösterreich ein. Dieser Markt sei durch eine eingeschränkte Zahl von Anbietern gekennzeichnet und von österreichischen Unternehmen dominiert. Die Auftraggeberin schaffe durch das Verbot des Erwerbs eine Markteintrittsbarriere oder beabsichtige den derzeitigen Status Quo im Markt der deponierbaren Abfälle einzuzementieren. Die Festlegung schränke die Niederlassungsfreiheit nach Art 49 bis 55 AEUV unverhältnismäßig ein. Der Wettbewerb im Vergabeverfahren erfordere diese Festlegung nicht. Die Auftraggeberin meine den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren, übersehe dabei jedoch den Wettbewerb im Markt der deponierbaren Abfälle in Osten Österreichs. Nicht die Antragstellerin habe nachzuweisen, dass sie durch den Erwerb der Deponie EEEE den Wettbewerb nicht beeinträchtige, sondern die Auftraggeberin habe nachzuweisen, dass die Antragstellerin den Wettbewerb beeinträchtige. Dies sei bisher nicht erfolgt. Am 10. Juli 2014 erstatte die Antragstellerin eine Stellungnahme. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es unzulässig sei, dass die Auftraggeberin einen weiteren Ausscheidenstatbestand festlege und dass sie ein automatisches Ausscheiden vorsehe. Die bisherigen Festlegungen zur Mehrfachbeteiligung seien ausreichend. Die Sicherung des freien und lauterer Wettbewerbs durch die Auftraggeberin habe sich auf das Vergabeverfahren zu beschränken. Bei kartellrechtlichen Bedenken habe die Auftraggeberin dies der Bundeswettbewerbsbehörde anzuzeigen. Die von der Auftraggeberin genannte erste Option wäre die richtige gewesen. Sie hätte mit dem Abfallwirtschaftsverband DDDD eine Option suchen müssen, mit der sie den Verkauf der Deponie EEEE nicht behindere und den freien und lauterer Wettbewerb sichere. Wenn die Auftraggeberin die Meinung vertrete, dass jeder Erwerb der Deponie EEEE durch ein verbundenes Unternehmen eine Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG darstelle, sie die angefochtene Festlegung nicht nötig. Sie könne eine Ausscheidensentscheidung treffen. Der Erwerb der Deponie EEEE durch die Antragstellerin gefährde den freien und lauterer Wettbewerb nicht. Durch den Erwerb der Deponie EEEE erlange der Bieter keine Kenntnis über die anderen Bieter, weil Subunternehmer weiterhin der Abfallwirtschaftsverband DDDD bleibe. Die Korrespondenz über die Subunternehmererklärung verbleibe beim Abfallwirtschaftsverband DDDD und sei nicht Gegenstand des Verkaufs der Deponie EEEE. Diese habe keine Kenntnis von der Identität der Bieter oder Interessenten im gegenständlichen Vergabeverfahren. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD habe die Festlegung, dass er Abfälle um € 25 pro Tonne exklusive ALSAG übernehme, unabhängig vom gegenständlichen Verkauf der Deponie getroffen. Dieser

Festlegung bedürfte es auch, wenn es nicht zu einem Verkauf der Deponie komme. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD müsse alle Bewerber und Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren gleich behandeln. Worin ein Kartellrechtsverstoß liegen möge, möge die Auftraggeberin konkret darlegen. Im Gegensatz zur Auftraggeberin habe die Antragstellerin dargestellt, dass sie der Verkauf der Deponie EEEE den fairen und lauterer Wettbewerb nicht beeinträchtige und für die Gleichbehandlung der Bieter gesorgt sei. Die Deponie EEEE verfüge nicht über die notwendigen Anlagen zur Vorbehandlung der 680.000 t Aluminiumkrätzestaub, weshalb sie nicht dort deponiert werden könnten. Worin konkret eine Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG liegen solle, gehe aus dem Vorbringen der Auftraggeberin nicht hervor. Nicht jede Vereinbarung sei eine nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG unzulässige Abrede oder eine nach Paragraph eins, Absatz eins, KartG verpönte Vereinbarung. Der Verkauf der Deponie EEEE bewirke zwar ein Ausscheiden des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD aus dem Markt. Dieser werde aber durch einen neuen Marktteilnehmer ersetzt. Das Bestreben der Antragstellerin liege nicht primär im Erwerb der Deponie EEEE sondern in der Schaffung eines geeigneten Betriebsstandortes in Ostösterreich. Der Abfallwirtschaftsverband verfüge als Alleingesellschafter der FFFF weiterhin über wesentliche Ressourcen am relevanten Markt. An der Anzahl der Wettbewerber ändere der Verkauf der Deponie EEEE nichts. Von einer unzulässigen Abrede iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG könne beim Verkauf der Deponie EEEE nicht gesprochen werden. Selbst wenn es zu einem Subunternehmerwechsel komme, könne das die Eignung der Antragstellerin nicht beeinflussen. Würde die Antragstellerin die Deponie EEEE erwerben, wäre es obsolet einen Subunternehmer zu nennen. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD verfüge aufgrund der Zusatzvereinbarung weiterhin über die nötigen Ressourcen. Die Auftraggeberin greife durch das Verbot des Erwerbs der Deponie EEEE in den Wettbewerb im Bereich der Abfallwirtschaft in Ostösterreich ein. Dieser Markt sei durch eine eingeschränkte Zahl von Anbietern gekennzeichnet und von österreichischen Unternehmen dominiert. Die Auftraggeberin schaffe durch das Verbot des Erwerbs eine Markteintrittsbarriere oder beabsichtige den derzeitigen Status Quo im Markt der deponierbaren Abfälle einzuzementieren. Die Festlegung schränke die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 bis 55 AEUV unverhältnismäßig ein. Der Wettbewerb im Vergabeverfahren erfordere diese Festlegung nicht. Die Auftraggeberin meine den Wettbewerb im gegenständlichen Vergabeverfahren, übersehe dabei jedoch den Wettbewerb im Markt der deponierbaren Abfälle in Osten Österreichs. Nicht die Antragstellerin habe nachzuweisen, dass sie durch den Erwerb der Deponie EEEE den Wettbewerb nicht beeinträchtige, sondern die Auftraggeberin habe nachzuweisen, dass die Antragstellerin den Wettbewerb beeinträchtige. Dies sei bisher nicht erfolgt.

Am 18. Juli 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin gab Herr FFFF, Mitarbeiter der Auftraggeberin, an, dass die Deponie EEEE weder die einzige noch die nächste Deponie zur Deponierung der vorbehandelten Aluminiumkrätzestäube sei. XXXX sei die nächste sowohl von der Art als auch von der Größe potenziell geeignete Deponie. Die nach der Vorbehandlung entstehende deponierbare Qualität könne auch verwertet werden. Sie könne grundsätzlich in industriellen Prozessen überall dort eingesetzt werden, wo Aluminium benötigt werde. Sie könne den Rohstoff Bauxit ersetzen. Herr FFFF, Geschäftsführer eines Mitglieds der Antragstellerin, gab an, dass der Standort für eine Anlage in Ostösterreich auch ein anderer sein könnte. Die Deponie EEEE verfüge jedoch über aufrechte Genehmigungen, die nur mit größerem Aufwand neu zu erlangen seien. Es sei auch die einzige der Antragstellerin bekannte Deponie die derzeit zum Verkauf stehe. An dem Standort ließen sich die Aufbereitung und Deponierung von Abfällen sofort durchführen. Eine Niederlassung in Ostösterreich mit Bürobetrieb gebe es bereits in XXXX in der Nähe von XXXX. Das Mitglied der Bietergemeinschaft sei die 100 %-Eigentümerin des potenziellen Käufers der Deponie EEEE. Frau Dr. Anika Loskot, Rechtsvertreterin der Antragstellerin, gab an, dass € 25 pro Tonne zwischen dem Abfallwirtschaftsverband und dem Bieter vorgesehen seien. € 23 pro Tonne seien zwischen dem Abfallwirtschaftsverband und der Deponie vorgesehen. Herr IIII gab an, dass der Preis von € 25 pro Tonne nach Abgabe des Teilnahmeantrags in der Rolle als Bieterin angeboten worden seien. Herr Dr. Stephan Heid, vergebende Stelle, legt das Schreiben des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD vom 5. Juni 2014, bezeichnet als Beilage ./24 vor. Daraus ergebe sich ein Zusammenhang zwischen dem Erwerb der Deponie und dem gegenständlichen Vergabeverfahren. Frau Dr. Anika Loskot legte ein Schreiben des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD vom 2. April 2014 vor, in dem dieser die Erbringung der in der abgegebenen Subunternehmererklärung zugesicherten Leistung auch für den Fall des Verkaufes der Deponie garantiert und ankündigt, die Konditionen für alle Bieter gleich anzusetzen. Herr Dr. Stephan Heid brachte vor, dass nach der ursprünglichen Intention im Verkaufsprozess der Deponie EEEE der Erwerber dieser Deponie als Subunternehmer an Stelle des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD in das Vergabeverfahren eintreten solle. Die Zwischenschaltung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD sei erst in einer späteren Phase des Verkaufsprozesses

erfolgt. Herr FFFF gab an, dass nur das Personal übernommen werden solle, das auf der Deponie selbst beschäftigt sei. Das administrative Personal verbleibe beim Abfallwirtschaftsverband DDDD und wechsle an den Standort XXXX. Die Administration der Deponie werde in Hinkunft von der JJJJ durchgeführt werden. Herr Dr. Stephan Heid gab an, dass alle Bewerbergemeinschaften den Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer genannt hätten. Am 18. Juli 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin gab Herr FFFF, Mitarbeiter der Auftraggeberin, an, dass die Deponie EEEE weder die einzige noch die nächste Deponie zur Deponierung der vorbehandelten Aluminiumkrätzestäube sei. römisch 40 sei die nächste sowohl von der Art als auch von der Größe potenziell geeignete Deponie. Die nach der Vorbehandlung entstehende deponierbare Qualität könne auch verwertet werden. Sie könne grundsätzlich in industriellen Prozessen überall dort eingesetzt werden, wo Aluminium benötigt werde. Sie könne den Rohstoff Bauxit ersetzen. Herr FFFF, Geschäftsführer eines Mitglieds der Antragstellerin, gab an, dass der Standort für eine Anlage in Ostösterreich auch ein anderer sein könnte. Die Deponie EEEE verfüge jedoch über aufrechte Genehmigungen, die nur mit größerem Aufwand neu zu erlangen seien. Es sei auch die einzige der Antragstellerin bekannte Deponie die derzeit zum Verkauf stehe. An dem Standort ließen sich die Aufbereitung und Deponierung von Abfällen sofort durchführen. Eine Niederlassung in Ostösterreich mit Bürobetrieb gebe es bereits in römisch 40 in der Nähe von römisch 40. Das Mitglied der Bietergemeinschaft sei die 100 %-Eigentümerin des potenziellen Käufers der Deponie EEEE. Frau Dr. Anika Loskot, Rechtsvertreterin der Antragstellerin, gab an, dass € 25 pro Tonne zwischen dem Abfallwirtschaftsverband und dem Bieter vorgesehen seien. € 23 pro Tonne seien zwischen dem Abfallwirtschaftsverband und der Deponie vorgesehen. Herr IIII gab an, dass der Preis von € 25 pro Tonne nach Abgabe des Teilnahmeantrags in der Rolle als Bieterin angeboten worden seien. Herr Dr. Stephan Heid, vergebende Stelle, legt das Schreiben des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD vom 5. Juni 2014, bezeichnet als Beilage ./24 vor. Daraus ergebe sich ein Zusammenhang zwischen dem Erwerb der Deponie und dem gegenständlichen Vergabeverfahren. Frau Dr. Anika Loskot legte ein Schreiben des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD vom 2. April 2014 vor, in dem dieser die Erbringung der in der abgegebenen Subunternehmererklärung zugesicherten Leistung auch für den Fall des Verkaufes der Deponie garantiert und ankündigt, die Konditionen für alle Bieter gleich anzusetzen. Herr Dr. Stephan Heid brachte vor, dass nach der ursprünglichen Intention im Verkaufsprozess der Deponie EEEE der Erwerber dieser Deponie als Subunternehmer an Stelle des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD in das Vergabeverfahren eintreten solle. Die Zwischenschaltung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD sei erst in einer späteren Phase des Verkaufsprozesses erfolgt. Herr FFFF gab an, dass nur das Personal übernommen werden solle, das auf der Deponie selbst beschäftigt sei. Das administrative Personal verbleibe beim Abfallwirtschaftsverband DDDD und wechsle an den Standort römisch 40. Die Administration der Deponie werde in Hinkunft von der JJJJ durchgeführt werden. Herr Dr. Stephan Heid gab an, dass alle Bewerbergemeinschaften den Abfallwirtschaftsverband DDDD als Subunternehmer genannt hätten.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt)

Die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. führt unter der Bezeichnung "Sanierung der Altlast N 6 Aluminiumschlackendeponie" ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Der CPV-Code ist 90722000 - Umweltsanierung. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 175 Mio. ohne USt. Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der EU und im Amtlichen Lieferungsanzeiger eine Bekanntmachung. Die Teilnahmefrist ist am 27. Jänner 2014 abgelaufen. Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Mit Schreiben vom 19. Februar 2014 sowie vom 24. März 2014 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung einzelner Punkte in ihrem Teilnahmeantrag aufgefordert. Die Antragstellerin hat fristgerecht die Nachreichungen erbracht. Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 ist die Antragstellerin von der Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens verständigt worden. (Auskunft der Auftraggeberin).

Die Teilnahmeunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

"...

1.3 Ausgangslage und Ausschreibungsziele

1.3.1 Ausgangslage

1.3.1.1 Standortbeschreibung

Die Altlast N6 ist eine ehemalige Kiesgrube im Westen des Gemeindegebietes XXXX, die von 1974 bis 1990 vornehmlich mit Industrieabfällen verfüllt wurde. Die Altlast N6 ist eine ehemalige Kiesgrube im Westen des Gemeindegebietes römisch 40, die von 1974 bis 1990 vornehmlich mit Industrieabfällen verfüllt wurde.

Sie liegt außerhalb von geschlossenem Siedlungsgebiet und grenzt im Osten und Süden unmittelbar an das Kiesabbaugebiet der Fa. KKKK. Im Westen und Norden schließt Waldgebiet an die Deponie an. In unmittelbarer Nähe befindet sich die Anschlussstelle "XXXX West" der Südautobahn A2. Die genaue Lage des Standortes ist in der Übersichtskarte gemäß Abbildung 1 dargestellt.

...

Die Altlast befindet sich im Grundwasserschongebiet des Wasserwerkes XXXX West und liegt innerhalb des gemäß "Natura 2000" ausgewiesenen Schutzgebietes "Steinfeld". Die Altlast befindet sich im Grundwasserschongebiet des Wasserwerkes römisch 40 West und liegt innerhalb des gemäß "Natura 2000" ausgewiesenen Schutzgebietes "Steinfeld".

...

1.3.2 Terminvorgabe

Der Beginn der Arbeiten ist für das erste Halbjahr 2015 geplant. Das Vorhaben soll in maximal 10 Jahren ab Beginn der Arbeiten abgeschlossen sein.

...

1.4 Ausschreibungsgegenstand

1.4.1 Abgrenzung und allgemeine Beschreibung

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

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

Der Ausschreibungsgegenstand umfasst daher insgesamt im Wesentlichen folgende Leistungsbilder:

Errichtung und Rückbau der erforderlichen Infrastruktur;

Räumung der Altlast;

(Vor-)Behandlung der Aluminiumkrätzestäube;

Transport der Abfälle;

Behandlung der Abfälle (Beseitigung / Verwertung);

Behandlung des kontaminierten Untergrundes in situ;

Wiederverfüllmaßnahmen.

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

...

1.4.6 Abfallarten und -mengen

Nach den Ergebnissen der Voruntersuchungen sind zusammengefasst insbesondere folgende Abfallarten bzw. -mengen gemäß dem Schlüsselnummernkatalog der ÖNORM S 2100 zu erwarten:

Beschreibung Menge (Masse in to) Zutreffen H-Kriterien Qualität SN SN-Spez. g

Aluminiumkrätzestaub (Metallkrätze, gasbildend) ca 680.000 H3-A H13 (F1 NHI) gefährlicher Abfall 31224 g

Sägespäne, Spänplattenreste, Hackschnitzel und ähnliche Holzabfälle;

durch organische und anorganische Chemikalien verunreinigt; ohne gefahrenrelevante Eigenschaften ca 22.000 - TOC > 5% 17211 17212 Sägespäne, Spanplattenreste, Hackschnitzel und ähnliche Holzabfälle;

durch anorganische Chemikalien verunreinigt; mit gefahrenrelevanten Eigenschaften ca 26.000 H 13 (NH4+, F-) gefährlicher Abfall, TOC > 5% 17214 17217 g g

Sonstige mineralische Abfälle (sonstige verunreinigte Böden, Bodenaushubmaterial sowie Schüttmaterial) ca 210.000 - Reststoff-/ Massenabfalldeponie 31424 37 Siedlungsabfälle und ähnliche Gewerbeabfälle, Stoff- und Gewebereste, Rückstände aus der Altpapierverarbeitung ca 22.500 - TOC > 5% 91101 58107 18407 Siedlungsabfälle und ähnliche Gewerbeabfälle ca 7.500 H13 (NH4+, F-) gefährlicher Abfall, TOC > 5%, 91101 77 g

Filterstäube, NE-metallhaltig (Filterrückstände aus der Sekundäraluminiumerzeugung) ca 10.000 - gefährlicher Abfall 31217 g

Filterstäube, NE-metallhaltig (Filterrückstände aus der Sekundäraluminiumerzeugung) ca 10.000 - Reststoff-/ Massenabfalldeponie 31217 88 g

Nach Durchführung einer ordnungsgemäßen und erfolgreichen chemisch-physikalischen (Vor-)Behandlung der Aluminiumkrätzestaube (SN 31224 g) wird von anderen Abfallarten bzw -mengen auszugehen sein.

...

2.2 Verfahrensablauf

2.2.1 Zweistufiges Verfahren

Der Auftraggeber führt das Verhandlungsverfahren als Zweistufiges Verfahren durch.

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

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

2.2.2 Erste Stufe

Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Vorliegen von Ausschlussgründen und Erfüllen der Eignungskriterien (zwingende Mindestanforderungen). Der Auftraggeber behält sich vor, von den in die zweite Stufe einzuladenden Bewerbern zusätzlich zur Eigenerklärung (siehe Punkt 0.4) die Vorlage sämtlicher Eignungsnachweise zu verlangen. Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder Nichterfüllung der Eignungskriterien kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden.

Der Auftraggeber prüft und bewertet im Auswahlverfahren die Teilnahmeanträge der Bewerber nach den Auswahlkriterien gemäß Punkt 5. Die so geprüften und bewerteten Teilnahmeanträge werden nach der erreichten Punktezahl gereiht (zur Anzahl der einzuladenden Bewerber in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens siehe Punkt 5).

Über die Prüfung der Teilnahmeanträge wird eine Niederschrift verfasst, in die der Bewerber insoweit Einsicht nehmen kann, als sie seinen Teilnahmeantrag betrifft. Die Einsichtnahme ist innerhalb der Anfechtungsfrist gegen die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verfahrens nach vorheriger Terminvereinbarung zulässig.

2.2.3 Zweite Stufe

Die eingeladenen Bewerber haben anschließend in der zweiten Stufe auf Grundlage der mit der Einladung übermittelten Ausschreibungsunterlagen Angebote für die ausgeschriebenen Leistungen abzugeben.

...

4. EIGNUNGSKRITERIEN

Die Eignung des Bewerbers (der Bewerbergemeinschaft) wird zusätzlich zu den nicht vorhandenen Ausschlussgründen (siehe Punkt 3) anhand der Befugnis, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit nach den nachfolgenden Mindestkriterien geprüft.

Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllt sein.

4.1 Befugnis

Der Auftraggeber wird nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe einladen, die befugt sind.

4.1.1 Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer

Gemäß § 70 Abs 6 BVergG hat jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber nachzuweisen. Die Bewerbergemeinschaft muss daher insgesamt zur Leistungserbringung befugt sein. Gemäß Paragraph 70, Absatz 6, BVergG hat jedes Mitglied einer Bewerbergemeinschaft die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber nachzuweisen. Die Bewerbergemeinschaft muss daher insgesamt zur Leistungserbringung befugt sein.

Der Nachweis der Befugnis eines Subunternehmers (siehe Punkt 12) oder verbundenen Unternehmens ist für jeglichen Leistungsteil, den der Subunternehmer oder das verbundene Unternehmen ausführen soll, auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber zu erbringen.

Der Verweis auf die Befugnis eines Subunternehmers oder eines verbundenen Unternehmens ersetzt - unbeschadet dessen, dass der Bewerber zur Übernahme des gesamten Auftrages befugt sein muss - für jenen Leistungsteil, den der Subunternehmer oder das verbundene Unternehmen ausführen soll, den Nachweis der Befugnis des Bewerbers.

4.1.2 Österreichische Bewerber

Österreichische Bewerber müssen über alle für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen. Gleiches gilt für Subunternehmer (siehe Punkt 12), an die der Bewerber Leistungen zu vergeben beabsichtigt.

Der Bewerber muss seine aufrechte Befugnis auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber durch Vorlage entsprechender Nachweise (Gewerbeberechtigung, Auszug aus Berufsregister, Bescheinigung der Berufsorganisation usw.) belegen können. Dies gilt auch für den Fall der Beiziehung von Subunternehmern.

Folgende Befugnisse sind auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber in der 1. Stufe des Vergabeverfahrens unverzüglich nachzuweisen (abschließende Aufzählung):

a. Gewerbeberechtigung des Baumeisters (§ 99 GewO); a. Gewerbeberechtigung des Baumeisters (Paragraph 99, GewO);

b. Gewerbeberechtigung der Sammlung und Behandlung von Abfällen (für Unternehmen, die keine sonstigen Gewerbeberechtigungen besitzen, § 32 Abs 1 Z 7 in Verbindung mit Abs 5 GewO); b. Gewerbeberechtigung der Sammlung und Behandlung von Abfällen (für Unternehmen, die keine sonstigen Gewerbeberechtigungen besitzen, Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit Absatz 5, GewO);

c. Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung aller in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten (§§ 24a ff AWG bzw §§ 24 ff AWG in der Fassung vor der Novelle BGBl I Nr 9/2011); c. Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung aller in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten (Paragraphen 24 a, ff AWG bzw Paragraphen 24, ff AWG in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 9 aus 2011,);

d. Erlaubnis zur Durchführung chemischer Analysen aller in siehe Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten (zum Beispiel Chemisches Laboratorium gemäß § 103 Z 2 GewO, Ingenieurbüro [Beratende Ingenieure] für Chemie gemäß § 134 Abs 1 GewO, Ziviltechniker [Ingenieurkonsulenten] für Chemie gemäß ZTG); d. Erlaubnis zur Durchführung chemischer Analysen aller in siehe Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten (zum Beispiel Chemisches Laboratorium gemäß Paragraph 103, Ziffer 2, GewO, Ingenieurbüro [Beratende Ingenieure] für Chemie gemäß Paragraph 134, Absatz eins, GewO, Ziviltechniker [Ingenieurkonsulenten] für Chemie gemäß ZTG);

e. Erlaubnis zum Transport aller in den Teilnahmeunterlagen (siehe Punkt 1.4.6) angeführten Abfallarten (insbesondere gemäß GBG; bei gefährlichen Gütern auch gemäß GGBG samt den für die jeweilige Transportart [Kraftfahrzeug Eisenbahn oder Schiff] sonst einschlägigen Vorschriften);

f. Anlagenbezogene Genehmigungen für die vom Bewerber in Beilage ./10 angegebenen Behandlungsanlagen für alle in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten und -mengen (ausgenommen jene der Schlüsselnummer 31224 g), insbesondere Genehmigungen nach §§ 37 ff AWG und sonstigen gesetzlichen Bestimmungen (soweit nicht durch eine AWG-Genehmigung abgedeckt); für den Fall, dass die Genehmigungen nicht schlüsselnummerngenau vorliegen, hat der Bewerber dies für alle angeführten Abfallarten durch eine Bestätigung der zuständigen Anlagenbehörde oder eines behördlich bestellten Aufsichtsorgans bzw in seiner Stellung gleichwertigen Institution zu belegen; f. Anlagenbezogene Genehmigungen für die vom Bewerber in Beilage ./10 angegebenen Behandlungsanlagen für alle in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten und -mengen (ausgenommen jene der Schlüsselnummer 31224 g), insbesondere Genehmigungen nach Paragraphen 37, ff AWG und sonstigen gesetzlichen Bestimmungen (soweit nicht durch eine AWG-Genehmigung abgedeckt); für den Fall, dass die Genehmigungen nicht schlüsselnummerngenau vorliegen, hat der Bewerber dies für alle angeführten Abfallarten durch eine Bestätigung der zuständigen Anlagenbehörde oder eines behördlich bestellten Aufsichtsorgans bzw in seiner Stellung gleichwertigen Institution zu belegen;

g. Für den Fall der geplanten Verbringung von Abfall ins Ausland:

Notifizierungsbescheid gemäß §§ 66 ff AWG Notifizierungsbescheid gemäß Paragraphen 66, ff AWG

oder

alle Unterlagen des entsprechenden Antrags gemäß § 68 Abs 1 AWG samt Empfangsbestätigung des BMLFUW gemäß Art 8 EG-Verbringungsverordnung; die Vorlage des Notifizierungsbescheids ist spätestens bis zur Zuschlagserteilung erforderlich. alle Unterlagen des entsprechenden Antrags gemäß Paragraph 68, Absatz eins, AWG samt Empfangsbestätigung des BMLFUW gemäß Artikel 8, EG-Verbringungsverordnung; die Vorlage des Notifizierungsbescheids ist spätestens bis zur Zuschlagserteilung erforderlich.

Sollten oben aufgezählte Befugnisse nicht vom Bewerber selbst abgedeckt sein, sind für die jeweiligen Tätigkeitsbereiche im Teilnahmeantrag Subunternehmer zu nennen, da es sich in diesen Fällen um notwendige Subunternehmer gemäß Punkt 12 handelt.

Die Bewerber werden auf die geltenden berufsrechtlichen Ausübungsbestimmungen und -beschränkungen hingewiesen, insbesondere auf das Koalitionsverbot für Ziviltechniker gemäß § 21 Abs 3 ZTG (siehe auch Punkt 10). Die Bewerber werden auf die geltenden berufsrechtlichen Ausübungsbestimmungen und -beschränkungen hingewiesen, insbesondere auf das Koalitionsverbot für Ziviltechniker gemäß Paragraph 21, Absatz 3, ZTG (siehe auch Punkt 10).

Zusätzliche Befugnisse, die zur Ausführung der in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens angebotenen Leistungen erforderlich sind, werden in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens geprüft.

...

4.3 Technische Leistungsfähigkeit

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

4.3.1 Bewerbergemeinschaft, verbundene Unternehmen, Subunternehmer und sonstige Dritte

Zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit kann sich eine Bewerbergemeinschaft auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder stützen.

Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers kann durch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens (entweder durch ein mit dem Bewerber verbundenes Unternehmen oder durch einen Dritten) erbracht werden. In diesem Fall muss der Bewerber mit dem Teilnahmeantrag durch Vorlage einer Solidarhaftungserklärung gemäß Muster in Beilage ./4 (Solidarhaftungserklärung von verbundenen Unternehmen bzw Dritten) des verbundenen Unternehmens bzw des Dritten oder eines materiell gleichwertigen Nachweises belegen, dass er im Falle der Auftragserteilung über die vom mit ihm verbundenen Unternehmen bzw über die vom Dritten beigestellte technische Leistungsfähigkeit (und somit über die erforderlichen Mittel des

verbundenen Unternehmens oder des Dritten) verfügt und der Auftraggeber durch den Verweis des Bewerbers auf das mit ihm verbundene Unternehmen bzw auf den Dritten wirtschaftlich und rechtlich so gestellt wird, als ob die technische Leistungsfähigkeit beim Bewerber selbst vorliegen würde (das mit dem Bewerber verbundene Unternehmen bzw der Dritte muss daher selbst zumindest über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, die beim Bewerber fehlt). Dies ist durch die (unten angeführten) vom Bewerber verlangten Unterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu belegen.

Für den Fall, dass es sich beim Dritten um einen Subunternehmer handelt und der Bewerber diesen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit benötigt ("notwendiger Subunternehmer"), hat dieser bereits mit dem Teilnahmeantrag die in Beilage ./3 beigeschlossene Subunternehmererklärung abzugeben.

...

4.3.5 Kapazitätserklärungen

Ein zwingendes Mindestanfordernis für die technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers ist der Nachweis der Mindestkapazitäten durch die nachfolgenden Erklärungen:

Verbindliche Erklärung des Bewerbers über freie Kapazitäten in Behandlungsanlagen zur ordnungsgemäßen und endgültigen Behandlung der in Beilage ./10 genannten Abfallmengen;

Verbindliche Erklärung der Betreiber der in Beilage ./10 vom Bewerber genannten Behandlungsanlagen über freie Kapazitäten zur ordnungsgemäßen und endgültigen Behandlung der in Beilage ./10 genannten Abfallmengen: durch Vorlage der unterzeichneten Subunternehmererklärung von jedem Betreiber (Beilage ./3).

Als ordnungsgemäße endgültige Behandlung ist der vollständige Abschluss der Behandlung, allenfalls auch über mehrere Behandlungsschritte, zu verstehen. Eine (Vor-)Behandlung im Sinne des Punktes 1.4.3 stellt für sich alleine keinesfalls die geforderte ordnungsgemäße Behandlung dar.

...

11. MEHRFACHBETEILIGUNG

Unzulässig ist

die mehrfache Beteiligung eines Unternehmens als Einzelbewerber;

die gleichzeitige Beteiligung eines Unternehmens an mehreren Bewerber- oder Bietergemeinschaften;

die Beteiligung als Einzelbewerber oder -bieter und als Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft;

die Beteiligung als Subunternehmer eines Einzelbewerbers oder -bieters oder einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft einerseits und Einzelbewerber oder -bieter oder als Mitglied einer anderen Bewerber- oder Bietergemeinschaft andererseits;

die Beteiligung als Subunternehmer mehrerer Bewerber oder Bieter hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 lit a, b und c. Die anderen Leistungsteile sind von diesem strikten Verbot ausgenommen. Diese Ausnahmen gelten allerdings nur, sofern die Mehrfachbeteiligung nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt. Die Beteiligung als Subunternehmer mehrerer Bewerber oder Bieter hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 Litera a, b und c, Die anderen Leistungsteile sind von diesem strikten Verbot ausgenommen. Diese Ausnahmen gelten allerdings nur, sofern die Mehrfachbeteiligung nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt.

Die obigen Verbote der Mehrfachbeteiligung gelten auch für Mehrfachbeteiligung durch verbundene Unternehmen im Sinne des § 2 Z 40 BVergG, sodass im Ergebnis jeder "Konzern" (im Sinne dieser Bestimmung) nur ein Mal - sei es auf Bieter- oder auf Subunternehmerebene - am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt sein darf (mit den obigen Ausnahmen auf Subunternehmerebene). Die obigen Verbote der Mehrfachbeteiligung gelten auch für Mehrfachbeteiligung durch verbundene Unternehmen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 40, BVergG, sodass im Ergebnis jeder "Konzern" (im Sinne dieser Bestimmung) nur ein Mal - sei es auf Bieter- oder auf Subunternehmerebene - am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt sein darf (mit den obigen Ausnahmen auf Subunternehmerebene).

Der Beteiligung als Subunternehmer im Sinne dieses Punktes ist die Beteiligung auf nachgelagerten Ebenen (Sub-Subunternehmer etc) gleichzuhalten.

12. SUBUNTERNEHMER

Der Bewerber ist grundsätzlich berechtigt, Teile der Leistungen an Subunternehmer weiterzugeben, die Weitergabe des gesamten Auftrages ist aber jedenfalls unzulässig, sofern es sich nicht um einen Kaufvertrag oder um die Weitergabe an ein verbundenes Unternehmen handelt.

Der Bewerber hat in seinem Teilnahmeantrag alle Subunternehmer zu nennen, die er zum Nachweis der Eignung benötigt (notwendige Subunternehmer).

In der Liste der Subunternehmer (Beilage ./2) ist jeder Subunternehmer genau zu bezeichnen und der Leistungsteil der Subunternehmerleistung anzugeben.

Mehrfachnennungen von Subunternehmern pro Leistungsteil sind zulässig.

Darüber hinaus hat der Bewerber den Nachweis zu erbringen, dass er über die Kapazitäten des jeweiligen Subunternehmers verfügt, dh dass der jeweilige Subunternehmer im Auftragsfall dem Bieter für die gesamte Laufzeit der Auftragserfüllung zur Verfügung steht (Beilage ./3).

Darin erklärt der jeweilige Subunternehmer, dass er die in der Teilnahmeunterlage gemäß Punkt 4 für seinen Leistungsteil festgelegten Eignungskriterien erfüllt, dass keine Ausschlussgründe gemäß Punkt 3 vorliegen und die darin festgelegten Nachweise auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber unverzüglich beibringen kann.

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 BVergG bzw den Abschnitten 3 und 4 dieser Teilnahmeunterlage besitzt. Eine besondere technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Subunternehmers ist nur erforderlich, soweit sich der Bewerber zum Nachweis der von ihm selbst geforderten Leistungsfähigkeit auf den Subunternehmer beruft (siehe dazu die Punkte 4.2.1 und 4.3.1). Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 BVergG bzw den Abschnitten 3 und 4 dieser Teilnahmeunterlage besitzt. Eine besondere technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Subunternehmers ist nur erforderlich, soweit sich der Bewerber zum Nachweis der von ihm selbst geforderten Leistungsfähigkeit auf den Subunternehmer beruft (siehe dazu die Punkte 4.2.1 und 4.3.1).

Ein Wechsel oder eine Nachnominierung eines Subunternehmers ist nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers und darüber hinaus nur dann zulässig, wenn dieser die erforderliche Eignung besitzt und eine sachliche Notwendigkeit für den Wechsel besteht. Der Auftraggeber behält sich vor, für den neuen Subunternehmer alle Nachweise zu fordern, die vom Bewerber zu erbringen sind.

Zum Nachweis der Befugnis, finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit sowie im Rahmen des Auswahlverfahrens kann sich der Bewerber auf die Kapazitäten seiner Subunternehmer stützen. Näheres dazu siehe die Abschnitte 4.1, 4.2.1, 4.3.1 und 5.

..."

(Beilage ./2 zu den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die dritte Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

"...

3. Punkt 05 Teilnahmeunterlagen

Gemäß Punkt 0.5 Teilnahmeunterlagen verpflichtet sich der Bewerber, 'die mit den vorliegenden Unterlagen erlangten Informationen sowie Informationen über (seine) Bewerbung vertraulich zu behandeln und nicht an Dritte weiterzugeben'. Die Weitergabe der Teilnahmeunterlagen ist ferner ebenfalls nicht gestattet.

Bezieht sich das Verbot der Weitergabe von ausschreibungsrelevanten Informationen sowie der Teilnahmeunterlagen auch auf berufsmäßige Parteienvertreter und Subunternehmer?

Antwort: Dieses Verbot bezieht sich nicht auf die zur Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlichen Weitergabe von Unterlagen und Informationen (zB an Subunternehmer).

...

15. Punkt 7 Teilnahmeunterlagen

...

Antwort: Die Teilnahmeunterlagen sind auch in Papierform jeweils 3-fach (ein Original, zwei Kopien) abzugeben.

16. Beilage ./10

Die Bewerber haben verbindliche Erklärungen über die freien Kapazitäten zur ordnungsgemäßen und endgültigen Behandlung der genannten Abfallmengen vorzulegen. Da die Mengen erst ab 2015 - 2016 anfallen werden und es zum heutigen Zeitpunkt unklar ist, wie viel während des siebenjährigen Ausführungszeitraums des Projektes, jedes Jahr anfallen wird, ist es schwierig, hierzu nun schon verbindliche Erklärungen des Betreibers dieser Anlagen zu erhalten. Wäre es ausreichend, dass die Bewerber eine Liste von möglichen Verwertungsanlagen heute einreichen, eventuell mit Bestätigung der Betreiber, dass zur Zeit für den Zeitraum 2015 - 2025 freie Kapazitäten zur Verwertung der anfallende Mengen besteht?

Antwort: Zunächst wird darauf hingewiesen, dass es sich um keinen siebenjährigen, sondern voraussichtlich um einen insgesamt zehnjährigen Ausführungszeitraum handelt (siehe Punkt 1.3.2 der Teilnahmeunterlagen).

Mit Abgabe des Teilnahmeantrags und der Beilage ./10 von ihm genannten Behandlungsanlagen freie Kapazitäten zur ordnungsgemäßen und endgültigen Behandlung der darin genannten Abfallmengen bestehen.

Die Betreiber dieser Anlagen sind - sofern sie nicht mit dem Bewerber ident sind - gemäß Punkt 4.1.2 der Teilnahmeunterlagen als Subunternehmer zu nennen. Diese sind in der dem Teilnahmeantrag beizulegenden ‚Liste allfälliger Subunternehmer‘ (Beilage ./2) anzuführen und von jedem Subunternehmer ist eine ausgefüllte und unterzeichnete "Subunternehmererklärung" (Beilage ./3) dem Teilnahmeantrag beizulegen.

Die verbindliche Kapazitätserklärung gemäß Beilage ./10 bestätigt die freien Kapazitäten zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags. Sollten die erforderlichen freien Kapazitäten während des Vergabeverfahrens oder während des Ausführungszeitraums nicht mehr zur Verfügung stehen, so wird auf die Bestimmungen des Punktes 12 der Teilnahmeunterlagen hinsichtlich Wechsel oder Nachnominierung eines Subunternehmers verwiesen."

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

Die vierte Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

"...

42. Punkt 11 Teilnahmeunterlagen

Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen bestimmt, dass (i) die mehrfache Beteiligung eines Unternehmers als Einzelbewerber, (ii) die gleichzeitige Beteiligung eines Unternehmens an mehreren Bewerber- oder Bietergemeinschaften, (iii) die Beteiligung als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft, (iv) die Beteiligung als Subunternehmer und als Einzelbieter/Mitglied einer Bietergemeinschaft sowie (v) die Beteiligung als Subunternehmer mehrerer Bewerber oder Bieter (hinsichtlich der leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 lit a, b und c, das sind Bauleistungen, Abfallsammlung und -behandlung) unzulässig ist. Das Verbot der Mehrfachbeteiligung soll sich außerdem auch auf mit Bewerbern/Bietern verbundene Unternehmen erstrecken. Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen bestimmt, dass (i) die mehrfache Beteiligung eines Unternehmers als Einzelbewerber, (ii) die gleichzeitige Beteiligung eines Unternehmens an mehreren Bewerber- oder Bietergemeinschaften, (iii) die Beteiligung als Einzelbieter und als Mitglied einer Bietergemeinschaft, (iv) die Beteiligung als Subunternehmer und als Einzelbieter/Mitglied einer Bietergemeinschaft sowie (v) die Beteiligung als Subunternehmer mehrerer Bewerber oder Bieter (hinsichtlich der leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 Litera a, b und c, das sind Bauleistungen, Abfallsammlung und -behandlung) unzulässig ist. Das Verbot der Mehrfachbeteiligung soll sich außerdem auch auf mit Bewerbern/Bietern verbundene Unternehmen erstrecken.

Dieses generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung widerspricht der aktuellen Judikatur des Bundesvergabeamtes, des VwGH und des EuGH. Insbesondere eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer kann durch eine Vermehrung der Bewerber/Bieter zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen, und kann daher jedenfalls im Interesse der Förderung des Wettbewerbs liegen. Den Bietern muss gemäß der Judikatur die Möglichkeit gegeben werden, den Nachweis zu erbringen, dass die abgegebenen Angebote unabhängig voneinander formuliert wurden und

die Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs nicht besteht. Folglich müssen Mehrfachbeteiligungen insofern zugelassen werden, als der Bieter beweisen kann, dass die Angebote unbeeinflusst voneinander kalkuliert und erstellt wurden (vgl. BVA 27.6.2013, N-0050-BVA/13/2013-18; VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011, EuGH 23.12.2009, C-37/08 Serrantoni). Jedenfalls besteht kein sachlicher Grund, einem Unternehmer zu untersagen, neben einem eigenen Angebot nicht auch noch als Subunternehmer tätig sein zu können, sofern der Subunternehmer nicht die Gesamtkalkulation des anderen Angebots erfährt. Dieses generelle Verbot der Mehrfachbeteiligung widerspricht der aktuellen Judikatur des Bundesvergabeamtes, des VwGH und des EuGH. Insbesondere eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer kann durch eine Vermehrung der Bewerber/Bieter zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen, und kann daher jedenfalls im Interesse der Förderung des Wettbewerbs liegen. Den Bietern muss gemäß der Judikatur die Möglichkeit gegeben werden, den Nachweis zu erbringen, dass die abgegebenen Angebote unabhängig voneinander formuliert wurden und die Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs nicht besteht. Folglich müssen Mehrfachbeteiligungen insofern zugelassen werden, als der Bieter beweisen kann, dass die Angebote unbeeinflusst voneinander kalkuliert und erstellt wurden (vergleiche BVA 27.6.2013, N-0050-BVA/13/2013-18; VwGH 18.6.2012, 2010/04/0011, EuGH 23.12.2009, C-37/08 Serrantoni). Jedenfalls besteht kein sachlicher Grund, einem Unternehmer zu untersagen, neben einem eigenen Angebot nicht auch noch als Subunternehmer tätig sein zu können, sofern der Subunternehmer nicht die Gesamtkalkulation des anderen Angebots erfährt.

Antwort: Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen legt kein ‚generelles Verbot der Mehrfachbeteiligung‘ fest, sondern lediglich eine im Sinne der vergaberechtlichen Grundsätze und der Judikatur vorgenommene Präzisierung, wie weit eine Mehrfachbeteiligung zulässig ist. Diese Festlegung dient durch die höhere Rechtssicherheit nicht nur dem Auftraggeber, sondern auch den Bewerbern.

Zur Klarstellung wird Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen hiermit im Sinne der in der Anfrage erwähnten Judikatur wie folgt ergänzt (Berichtigung der Teilnahmeunterlage):

„Klargestellt wird, dass die oben ausgeschlossenen Fälle einer Mehrfachbeteiligung nur dann unzulässig sind, wenn der Bewerber nicht nachweisen kann, dass dadurch der faire und lautere Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist. Der Bewerber hat daher in diesem Fall nachzuweisen, dass der Inhalt der in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens abzugebenden Angebote durch diese Mehrfachbeteiligung nicht beeinflusst werden bzw. die Angebote unabhängig voneinander kalkuliert und erstellt werden. Dieser Nachweis ist in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens ab Aufforderung jederzeit zu wiederholen bzw. zu aktualisieren.“

...

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

Die fünfte Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

"...

53. Beilage ./10

Zu den geforderten Kapazitätserklärungen: Wir ersuchen um Begründung der sachlichen Rechtfertigung dieser Anlagenreferenzen an Kapazitätsanforderungen, zumal die Kapazitäten der Behandlungsanlagen in Österreich begrenzt ist und zum derzeitigen Zeitpunkt ein ‚Wettbewerb um diese Behandlungskapazitäten‘ zu einer Einschränkung des gegenständlichen Wettbewerbs im Vergabeverfahren führt.

Antwort: Die Behandlungslagen sind in den Teilnahmeunterlagen nicht auf Österreich begrenzt. Darüber hinaus wird die mehrfache Beteiligung eines Betreibers bzw. einer solchen Behandlungsanlage als Subunternehmer für mehrere Bewerber vom Auftraggeber gemäß Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen grundsätzlich nicht als wettbewerbswidrig betrachtet.

Der Auftraggeber hat dadurch alles in seinen Möglichkeiten Liegende getan, um den Wettbewerb nicht unnötig zu beschränken. Dass davon abgesehen grundsätzlich ein Wettbewerb um knappe Ressourcen stattfinden kann, liegt in der Natur der Sache und nicht in der Verantwortung oder im Einflussbereich des Auftraggebers.

...

55. Punkt 11 Teilnahmeunterlagen

Ist es richtig, dass - im Hinblick auf die Regelung zur Mehrfachbeteiligung (Punkt 11) - ein Anlagenbetreiber für mehrere unterschiedliche Bewerber eine Subunternehmererklärung abgeben kann, solange er nicht Teil einer Bewerbergemeinschaft ist bzw selbst als Einzelbewerber auftritt?

Antwort: Ja. Siehe auch die Antwort auf die Frage 53.

56. Punkt 12 Teilnahmeunterlagen

Inwieweit können genannte Abfallbehandlungsanlagen in der zweiten Stufe durch zumindest gleichwertige Anlagen ausgetauscht werden? Ist ein derartiger Austausch insbesondere dann zulässig, wenn sich im Zuge der vertiefenden Kenntnis des Projekts herausstellt, dass alternative Behandlungsanlagen geeigneter sind?

Antwort: Es wird auf Punkt 12 der Teilnahmeunterlagen (Wechsel oder Nachnominierung eines Subunternehmers) verwiesen. Siehe auch die Antwort auf die Frage 15.

..."

(Beilage ./4e in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die sechste Fragebeantwortung lautet auszugsweise wie folgt:

"..."

73. Punkt 11 Teilnahmeunterlagen

In der Antwort auf Frage 53 wird betont, dass der Auftraggeber in Hinblick auf die mehrfache Beteiligung von Anlagenbetreibern bzw Behandlungsanlagen als Subunternehmer alles in seinen Möglichkeiten Liegende getan hat, um den Wettbewerb nicht unnötig zu schränken. In Antwort auf Frage 42 wurde weiteres klargestellt, dass die ausgeschlossenen Fälle einer Mehrfachbeteiligung nur dann unzulässig sind, wenn der Bewerber nicht nachweisen kann, dass dadurch der faire und lautere Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist. Es ist jedoch offensichtlich, dass gerade die unter Punkt 11 als unzulässig angeführte Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern mehrerer Bewerber hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 c in Verbindung mit der Forderung des Nachweises der Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung gemäß § 24 AWG für alle in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen kann. Für manche der angeführten Abfallarten gibt es nur sehr eingeschränkt Behandlungsanlagen und auch nur sehr wenige Unternehmen, die über eine aufrechte Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung dieser Abfälle verfügen. Es kann keinesfalls dem Wettbewerb förderlich sein, wenn zB die Fernwärme Wien nur von einem einzigen Bieter als Subunternehmer für die Behandlung bestimmter Abfallarten für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in Hinblick auf Punkt In der Antwort auf Frage 53 wird betont, dass der Auftraggeber in Hinblick auf die mehrfache Beteiligung von Anlagenbetreibern bzw Behandlungsanlagen als Subunternehmer alles in seinen Möglichkeiten Liegende getan hat, um den Wettbewerb nicht unnötig zu schränken. In Antwort auf Frage 42 wurde weiteres klargestellt, dass die ausgeschlossenen Fälle einer Mehrfachbeteiligung nur dann unzulässig sind, wenn der Bewerber nicht nachweisen kann, dass dadurch der faire und lautere Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist. Es ist jedoch offensichtlich, dass gerade die unter Punkt 11 als unzulässig angeführte Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern mehrerer Bewerber hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 c in Verbindung mit der Forderung des Nachweises der Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung gemäß Paragraph 24, AWG für alle in Punkt 1.4.6 angeführten Abfallarten zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen kann. Für manche der angeführten Abfallarten gibt es nur sehr eingeschränkt Behandlungsanlagen und auch nur sehr wenige Unternehmen, die über eine aufrechte Erlaubnis zur Sammlung und Behandlung dieser Abfälle verfügen. Es kann keinesfalls dem Wettbewerb förderlich sein, wenn zB die Fernwärme Wien nur von einem einzigen Bieter als Subunternehmer für die Behandlung bestimmter Abfallarten für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in Hinblick auf Punkt

4.1.2 c (Erlaubnis Sammlung und Behandlung gemäß § 24 AWG) herangezogen werden dürfte. Ganz im Gegenteil ist es offensichtlich, dass das Zulassen einer Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer in Bezug auf diesen Punkt einer Wettbewerbsbeschränkung entgegen wirkt. Um die Notwendigkeit von Nachweisen wie in Antwort auf Frage 53 gefordert zu vermeiden ersuchen wir Sie, die Beteiligung von Subunternehmern für mehrere Bewerber hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 c ausdrücklich zuzulassen. 4.1.2 c (Erlaubnis Sammlung und Behandlung gemäß Paragraph 24, AWG) herangezogen werden dürfte. Ganz im Gegenteil ist es offensichtlich, dass das Zulassen einer Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer in Bezug auf diesen Punkt einer Wettbewerbsbeschränkung entgegen wirkt. Um die Notwendigkeit von Nachweisen wie in Antwort auf Frage 53 gefordert zu vermeiden ersuchen wir Sie, die

Beteiligung von Subunternehmern für mehrere Bewerber hinsichtlich der Leistungsteile gemäß Punkt 4.1.2 c ausdrücklich zuzulassen.

Antwort: Eine ausdrückliche Zulassung, ebenso wie ein ausdrückliches Verbot, bestimmter Formen der Mehrfachbeteiligung würde dem Vergaberecht, so wie es vom Europäischen Gerichtshof bzw von den österreichischen Vergabekontrollbehörden ausgelegt wird, widersprechen. Siehe auch die Antwort auf Frage 42.

74. Punkt 12 Teilnahmeunterlagen

Wir bitten um Bestätigung, dass die in den Teilnahmeunterlagen angegebenen Bedingungen etc auch für Subunternehmer von Subunternehmern sinngemäß gelten, sowie dass diese ebenso wie Subunternehmer (über Sub-Sub-Vertragsverhältnis) bestimmte Leistungsteile für den Bewerber übernehmen können.

Antwort: Sub-Subunternehmer unterliegen keiner Regelung des BVergG und (mit Ausnahme des Punktes 11, letzter Absatz) des gegenständlichen Teilnahmeantrags. Die Vergabe von Leistungsteilen durch einen Subunternehmer an einen Sub-Subunternehmer ist daher grundsätzlich nicht eingeschränkt, soweit dadurch nicht zwingende gesetzliche Bestimmungen oder Festlegungen der gegenständlichen Teilnahmeunterlagen umgangen werden.

..."

(Beilage ./4f in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Alle Bewerber haben in ihren ,Teilnahmeanträgen den Abfallwirtschaftsverband DDDD und die Deponie EEEE als Subunternehmer genannt. (Aussage von Dr. Stephan Heid, vergebende Stelle, in der mündlichen Verhandlung)

Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin lautet auszugsweise und zusammengefasst wie folgt:

Unter Punkt 0.4 nannte die Antragstellerin zum Nachweis der Befugnis die verbundenen Unternehmen LLLL, LLLL, für die abfallrechtliche Befugnis (KrWG), die JJJJ für die abfallrechtliche Befugnis (KrWG), die MMMM für die abfallrechtliche Befugnis (KrWG), als Subunternehmerinnen sowie ua den Abfallwirtschaftsverband DDDD für die Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen (AWG).

Auf dem Formblatt Beilage ./3 der Teilnahmeunterlagen gab ua der Abfallwirtschaftsverband DDDD eine Subunternehmererklärung für die Abfallsammlung und -behandlung von Abfällen mit den Schlüsselnummern 18407 Rückstände aus der Altpapierverarbeitung (Sammlung), 31217g Filterstäube NE-metallhaltig (Sammlung), 31217-88 Filterstäube NE-metallhaltig (Sammlung und Behandlung): 10.000 to, 31224g Metallkrätze gasbildend / Aluminiumkrätzestaub (Sammlung) und 31424 sonstige mineralische Abfälle (Sammlung und Behandlung); 210.000 to ab.

(Beilage ./7d in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Nachforderung vom 24. März 2014 lautet auszugsweise wie folgt:

"...

Die Prüfung des Teilnahmeantrags hat ergeben, dass nicht alle erforderlichen Nachweise beigelegt wurden bzw einige Punkte aufklärungsbedürftig sind. Wir ersuchen daher, sämtliche in der Anlage angeführten Nachweise zu erbringen bzw Aufklärungen zu erstatten.

...

Ergänzend weisen wir alle beteiligten Bewerbergemeinschaften auf folgende Umstände hin:

Sollten angesichts der in der Anlage angeführten Fragestellungen seitens Ihrer Bewerbergemeinschaft Bedenken hinsichtlich der Erfüllung von Eignungskriterien (Mindestanforderungen) bestehen, so räumen wir in der unten genannten Frist hiermit die Gelegenheit zur Verbesserung von Mängeln durch Nachnominierung von Eignungsreferenzen und Schlüsselpersonal ein.

Nach Ablauf der unten genannten Frist kommt eine Verbesserung von Mängeln der Eignung nur soweit in Betracht, als vom Auftraggeber die Aufklärung bzw Verbesserung zusätzlicher Umstände gefordert wurden hinsichtlich derer der Bewerber noch keine Gelegenheit zur Aufklärung bzw Verbesserung hatte. Sollten daher die laut Anlage geforderten Nachweise bzw Aufklärungen nicht vollständig und rechtzeitig einlagen, so kann dies das Ausscheiden bzw die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrags nach sich ziehen.

Eine Nachnominierung eignungsrelevanter Subunternehmer ist ebenso wie die Nachnominierung von Auswahlreferenzen grundsätzlich nicht zulässig.

...

Wir fordern Sie daher auf, die fehlenden Nachweise bzw Aufklärungen gemäß der beiliegenden Anlage bis längstens 7.4.2014, 12:00 Uhr (einlangend)

Per Telefax oder E-Mail zu übermitteln (Fax ..., E-Mail ...).

Das Risiko des rechtzeitigen Eingangs trägt die Bewerbergemeinschaft.

...

Anlage 1

Erklärungen

Wir, die Bewerbergemeinschaft

...

2. sichern hiermit dem Auftraggeber für das Vergabeverfahren ‚Sanierung der Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ zu, dass - insbesondere auch bei Mehrfachnennung von Subunternehmern, die in der 1. Stufe oder im Zuge eines zulässigen Wechsels oder Nachnominierung in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens benannt wurden - der faire und lautere Wettbewerb in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens nicht beeinflusst werden wird und die Angebote völlig unabhängig von anderen Bietern kalkuliert werden, sowie, dass dies auf Aufforderung jederzeit nachgewiesen wird.

...

Anlagen zum Nachforderungsschreiben

Nummer Bezeichnung

1 Formular für Erklärungen

2 Gesamtliste der Nachforderungen und Aufklärungen

...

0. Allgemeine Erklärungen bzw Aufklärungen durch die Bewerbergemeinschaft

Lfd Nr Gegenstand Vorzulegender Nachweis /

geforderte Aufklärung

... 0.2 Mehrfachnennung von Subunternehmern mit anderen Bewerbern Zusicherung, dass der faire und lautere Wettbewerb in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens nicht beeinflusst werden wird und die Angebote völlig unabhängig voneinander kalkuliert werden, sowie, dass dies auf Aufforderung jederzeit nachgewiesen wird

Siehe Formular ‚Anlage 1‘ zum Nachforderungsschreiben

...

1. Abfallwirtschaftsverband DDDD

Lfd Nr Gegenstand Vorzulegender Nachweis /

geforderte Aufklärung

1.1 Subunternehmererklärung unterfertigt durch Herrn Obmann XXXX, Nachweis über Zeichnungsberechtigung oder Vollmacht fehlen Vorlage eines Nachweises, dass Herr Obmann XXXX zur Unterfertigung der Subunternehmererklärung am 7.1.2014 für den Abfallwirtschaftsverband DDDD berechtigt waren1.1 Subunternehmererklärung unterfertigt durch Herrn Obmann römisch 40 , Nachweis über Zeichnungsberechtigung oder Vollmacht fehlen Vorlage eines Nachweises, dass Herr Obmann römisch 40 zur Unterfertigung der Subunternehmererklärung am 7.1.2014 für den Abfallwirtschaftsverband DDDD berechtigt waren

zusätzliche Vorlage einer rechtsgültig unterfertigten Vollmacht, falls die Berechtigung dieser Personen aus dem Nachweis nicht hervorgeht

...

(Beilage ./10e in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der Nachreichung vom 16. April 2014 gab die Antragstellerin ua die unter Anlage 1 zum Nachforderungsschreiben verlangte Erklärung ab und belegte die Zeichnungsberechtigung der in der Nachforderung benannten Organe.

(Beilage ./13e in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 27. Mai 2014 lud die Auftraggeberin die Antragstellerin in die zweite Stufe des Vergabeverfahrens ein und stellte die Aufforderung zur Angebotsabgabe samt Übergabe der Ausschreibungsunterlagen in einem gesonderten Schreiben in Aussicht.

(Beilage ./21b in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Abfallwirtschaftsverband DDDD verkauft die Deponie EEEE. Dazu schaltete er in der Wiener Zeitung vom 29. Jänner 2014 und vom 3. April 2014 Ausschreibungen. Darin war ein Verkauf der Deponie EEEE bis zum 30. Juni 2014 beabsichtigt.

(Beilagen ./D und ./E zum Nachprüfungsantrag)

Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 teilte der Rechtsvertreter des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD im Verkaufsverfahren der Deponie EEEE folgendes mit:

"...

1. Dieser Verkaufsprozess betreffend die Deponie EEEE betrifft auch die von meiner Mandantin Ihnen gegenüber abgegebene Subunternehmererklärungen betreffend das Projekt der Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (kurz: Balsa) „Sanierung Altlast N6“. Zum Zeitpunkt, zu dem Verpflichtungen aus diesem Projekt seitens meiner Mandantin zu erfüllen sein werden, wird die Deponie EEEE nach dem derzeitigen Informationsstand verkauft sein.

2. Trotz dieses Verkaufs der Deponie EEEE stellt der Abfallwirtschaftsverband DDDD sicher, dass er Abfälle, die bei der Sanierung der „Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie“ anfallen, in den Qualitäten Reststoff und Massenabfall zu einem nach dem Verbraucherpreisindex 2010 (Preisbasis Juni 2014) wertgesicherten Preis von EUR 25,00/Tonne (exkl. ALSAG) behandelt bzw. durch Dritte am Standort EEEE behandeln lässt. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD wird weiterhin Ihr Vertragspartner und direkter Ansprechpartner sein. Die Behandlung der vom AWW DDDD übernommenen Abfälle, die bei der Sanierung der „Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie“ anfallen, in den Qualitäten Reststoff und Massenabfall, wird gesichert am Standort EEEE erfolgen; dies aufgrund einer mit dem Erwerber der Deponie EEEE abgeschlossenen Vereinbarung.

3. ...

4. In diesem Sinn wird meine Mandantin ihre Verpflichtung aus der abgegebenen Subunternehmererklärung auch im Fall eines allfälligen Verkaufs der Deponie EEEE gegenüber jedem Interessenten wahrnehmen. Die von meiner Mandantin abgegebene Subunternehmererklärung ist Sinn der in Punkt 2 wiedergegebenen Regelung (insbesondere Preis von EUR 25,00/Tonne exkl. ALSAG) zu verstehen! Alle Interessenten werden gleichbehandelt; allen Interessenten wird der gleiche Preis vom Abfallwirtschaftsverband DDDD angeboten.

5. Im Übrigen ist sichergestellt, dass bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens der Balsa „Sanierung Altlast N6“ Ihre Namen, Anfragen und sonstigen Informationen vom Abfallwirtschaftsverband DDDD geheim gehalten werden; insbesondere nicht dem Erwerber der Deponie EEEE herausgegeben werden.

..."

(Beilage ./24 zur Verhandlungsschrift)

Am 6. Juni 2014 übermittelte der Rechtsvertreter des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD den Entwurf einer Zusatzvereinbarung. Diese lautet auszugsweise wie folgt:

"..

§ 3 Paragraph 3

Vertriebsvereinbarung

(1) ...

(2) Der Käufer räumt dem AWV DDDD das unwiderrufliche und unbedingte Recht ein alle Abfälle, die bei der Sanierung der ‚Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ anfallen, in den Qualitäten Reststoff und Massenabfall zu einem wertgesicherten Preis von EUR 23,00/Tonne (exkl ALSAG) zur Übernahme und gesetz- und behördenkonformen Deponierung auf der Deponie EEEE anzudienen. Der Käufer ist verpflichtet diese angedienten Abfälle zum Entgelt von EUR 23,00/Tonne (exkl ALSAG) auf der Deponie EEEE zu übernehmen und gesetz- und behördenkonform zu deponieren. Diese Verpflichtung beschränkt sich auf Abfälle, die aus dem Projekt der Sanierung der ‚Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ stammen und ist längstens mit 10 Jahren befristet. Der Käufer hat den AWV DDDD für den Fall der Verletzung gegen diese Verpflichtung schad- und klaglos zu halten; dies einschließlich aller Vertretungs- und Prozesskosten.

..."

[Anm der Beginn und das Ende der Vereinbarung fehlen]

(Beilage ./B zum Nachprüfungsantrag)

Des Weiteren schlug der Rechtsvertreter des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD folgende "Ergänzungsvereinbarung" vor:

"...

§ 2Paragraph 2

Mitarbeiter

(1) Der Käufer verpflichtet sich, die in Anhang ./5 aufgelisteten

fünf Mitarbeiter mit einer Jahresgehaltsbruttosumme von EUR ... zu

übernehmen und diese Mitarbeiter zumindest für die Dauer von 10 Jähren am Standort Deponie EEEE zu beschäftigen.

(2) Der Käufer hält den AWV DDDD für allfällige Ansprüche dieser fünf genannten Mitarbeiter schad- und klaglos; dies einschließlich aller Vertretungs- und Prozesskosten. Der Käufer übernimmt alle Ansprüche der fünf genannten Mitarbeiter mit einer Gesamtverpflichtung zum Stichtag 30.6.2014 von EUR

(3) Sollte der Käufer einen oder mehrere dieser fünf aufgelisteten Mitarbeiter innerhalb von 10 Jahre kündigen oder einen dieser fünf Mitarbeiter einen berechtigten Austritt aus dem Beschäftigungsverhältnis erklären, hat der Käufer dem AWV DDDD pro Monat und Mitarbeiter, den er vor dieser 10-Jahresbehaltefrist kündigt, EUR 2.000,00 zu zahlen. In diesem Sinn hätte der Käufer EUR 1,200.000,-- dem AWV DDDD zu zahlen, sollte er keinen dieser Mitarbeiter fortbeschäftigen bzw die Mitarbeiter mit sofortiger Wirkung kündigen. Diese Zahlungsverpflichtung reduziert sich um EUR 10.000,00/Monat der Beschäftigung der genannten fünf Mitarbeiter. Diese Zahlungsverpflichtung gilt nicht im Fall einer einvernehmlichen Kündigung. Diese Zahlungsverpflichtung unterliegt nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht.

§ 3Paragraph 3

Vertriebsvereinbarung

(1) ...

(2) Der Käufer übernimmt die Verpflichtung des AWV DDDD gegenüber den Interessenten/Bewerber betreffen die Sanierung der Altlast N6. Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem AWV DDDD und den Bewerbern hinsichtlich der Sanierung N6, Abfälle, die bei der Sanierung der ‚Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ anfallen, in den Qualitäten Reststoff und Massenabfall zu einem Preis von EUR 25,00/Tonne (exkl ALSAG) entgegenzunehmen und zu deponieren. Diese Verpflichtung beschränkt sich auf Abfälle, die aus dem Projekt der Sanierung ‚Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ stammen und ist längstens mit 10 Jahren befristet. Diese Verpflichtung ist auch ein Vertrag zugunsten der Interessenten/Bewerber um die Sanierung der ‚Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘. Der Käufer hat den AWV DDDD für den Fall der Verletzung gegen diese Verpflichtung schad- und klaglos zu halten; dies einschließlich aller Vertretungs- und Prozesskosten.

... [Anm. Seite 5 der Vereinbarung fehlt ebenso wie der Beginn und das Ende]

§ 6 Paragraph 6

Geheimhaltung und Vertraulichkeit

(1) Die Vertragspartner verpflichten sich wechselseitig, alle Informationen, die sie bzw die ihnen zurechenbaren Personen aus Anlass des und/oder in Zusammenhang mit dem gegenständlichen Kauf der Deponie EEEE bekannt werden, geheim zu halten. Die Vertragspartner stellen diese Geheimhaltungsverpflichtung auch gegenüber Mitarbeitern, Beratern, der Geschäftsführung und den Aufsichtsrats- und Beiratsmitgliedern sicher.

(2) Falls Vertragspartner bzw dessen Mitarbeiter/Berater/Organe verpflichtet sind aufgrund von Gesetzen, Verordnungen oder durch unanfechtbare gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Entscheidungen, derart vertrauliche Informationen offenzulegen, sind sie zur Offenlegung dieser Informationen im notwendigen Umfang berechtigt. Sie haben den jeweils anderen Vertragspartner hierüber vorab schriftlich zu informieren und die Offenlegung der vertraulichen Informationen auf das Notwendigste zu reduzieren.

(3) Die Vertragspartner verpflichten sich, allfällige Mitteilungen an Medienvertreter aus und im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Kauf der Deponie EEEE abzustimmen; insbesondere einander wechselseitig vorab über entsprechende Pressemitteilungen zu informieren.

..."

(Beilage ./C zum Nachprüfungsantrag)

Mit Schreiben vom 10. Juni 2014 traf die Auftraggeberin folgende Festlegung:

"Bei der Auftraggeberin ist folgende Anfrage eines Bewerbers (der Text der Anfrage wird anonymisiert, verkürzt und sinngemäß wiedergegeben) eingelangt:

,Wie bereits öffentlich bekannt ist (Bekanntmachung in der Wiener Zeitung vom 29.1.2014 und 3.4.2014), steht eine für die erfolgreiche Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren wichtige Anlage zum Verkauf. In diesem Zusammenhang erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass durch den Verkauf dieser für das gegenständliche Vergabeverfahren wichtigen Anlage der faire und lautere Wettbewerb und damit der Erfolg des gegenständlichen Verfahrens gefährdet sind. Der Erwerber könnte versuchen, sein Konkurrenten aus dem gegenständlichen Verfahren aus dem Wettbewerb zu drängen. Zur Wahrung der Vergabegrundsätze, insbesondere des fairen und lauteren Wettbewerbs, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes erlauben wir uns, folgende (alternative) Lösungsansätze anzuregen

Die entsprechende Anlage wird seitens des Auftraggebers (für alle Bieter zu den gleichen wirtschaftlichen Bedingungen) beigestellt.

Auf eine allfällige Bewertung der Umweltgerechtigkeit durch Bewertung der Transportkilometer wird verzichtet.

Einer allfälligen Bewertung der Umweltgerechtigkeit wird eine entsprechend nicht diskriminierende (bzw die zum Verkauf stehende Anlage ,neutralisierende') Staffelung der Transportkilometer (zB 0-80 km; 80-150 km; 150-300 km; 300-500 km) zugrunde gelegt.

Sofern eine solche ,Neutralisierung' seitens der Auftraggeberin abgelehnt wird, stellt sich folgende Frage: Gemäß § 105 Abs 6 BVergG sind die Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten (vgl auch N/0040-BVA/11/2013-27c und N/0043-BVA/11/2013-22c). Sofern eine solche ,Neutralisierung' seitens der Auftraggeberin abgelehnt wird, stellt sich folgende Frage: Gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG sind die Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten vergleiche auch N/0040-BVA/11/2013-27c und N/0043-BVA/11/2013-22c).

Stellen die aus dem oben geschilderten Sachverhalt (für den Erwerber) möglichen Rückschlüsse auf das gegenständliche Vergabeverfahren einen zwingenden Widerrufs oder Ausscheidensgrund (bezogen auf den Erwerber der Anlage) dar?'

Angesprochen wird in dieser Anfrage die dem Abfallwirtschaftsverband DDDD gehörende ,Deponie EEEE'.

Der Abfallwirtschaftsverband DDDD wurde von mehreren Bewerbern als Subunternehmer für die ordnungsgemäße und endgültige Behandlung der in Punkt 1.4.6 und in Beilage ./10 der Teilnahmeunterlagen angeführten Abfallarten

genannt. Durch den Erwerb eines eingangsrelevanten und auch aus technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten bedeutenden Subunternehmers bzw dessen wesentlicher Ressourcen durch einen Bewerber oder Bieter während des laufenden Vergabeverfahrens käme es jedenfalls zu einer Veränderung der Wettbewerbssituation.

Dass ein derartiges Ereigniswährend des laufenden Vergabeverfahrens den freien und lauterer Wettbewerb in vergaberechtlich nicht zulässiger Weise beeinträchtigen würde, stellt ein Risiko von höchster Tragweite dar, da die Stabilität oder überhaupt der erfolgreiche Abschluss des Vergabeverfahrens gefährdet wäre. Bei einem Projekt wie dem gegenständlichen, in dem öffentliche Mittel von erheblichem Ausmaß verwendet werden, ist daher die Auftraggeberin angehalten, entsprechende Maßnahmen zur Sicherung des freien und lauterer Wettbewerbs zu ergreifen.

Da die Auftraggeberin weder rechtliche Möglichkeiten hat, dieses Verkaufsverfahren zu unterbrechen oder sonst zu beeinflussen, noch in der Lage ist, dem in der Frage geäußerten Vorschlag des eigenen Erwerbs dieser Deponie samt wettbewerbsneutraler Zurverfügungstellung an alle Bieter nachzukommen, wird nachstehende sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase im Sinne von § 2 Z 16 lit a Sublit dd BVergG getroffen: Da die Auftraggeberin weder rechtliche Möglichkeiten hat, dieses Verkaufsverfahren zu unterbrechen oder sonst zu beeinflussen, noch in der Lage ist, dem in der Frage geäußerten Vorschlag des eigenen Erwerbs dieser Deponie samt wettbewerbsneutraler Zurverfügungstellung an alle Bieter nachzukommen, wird nachstehende sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sublit dd BVergG getroffen:

Ein Angebot eines Bewerbers bzw Bieters, der selbst oder durch verbundene Unternehmen während des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Deponie EEEE kauft oder pachtet oder wirtschaftlich vergleichbare Einflussrechte daran erwirbt, wird gemäß § 129 Abs 1 Z 7 bzw Z 8 BVergG ausgeschlossen."Ein Angebot eines Bewerbers bzw Bieters, der selbst oder durch verbundene Unternehmen während des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Deponie EEEE kauft oder pachtet oder wirtschaftlich vergleichbare Einflussrechte daran erwirbt, wird gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, bzw Ziffer 8, BVergG ausgeschlossen."

(Beilage ./22 zu den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 13. Juni 2014 wandten sich die Antragsteller gegen die angefochtene Festlegung. Darin teilte sie ua mit, dass die JJJJ, JJJJJJJ, ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der AAAA, AAAA, ist. Die JJJJ ist einer der Interessenten um den Kauf oder die Pacht der Deponie EEEE. Sie führt weiters aus:

"Aus unserer Sicht wird der Wettbewerb im Vergabeverfahren zur Sanierung der Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie in keiner Weise durch das Verfahren zur Deponie EEEE beeinträchtigt, und der AWW DDDD hat alle notwendigen Schritte unternommen, um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Vergabeverfahren Altlast N6 z.B. durch einen ungewollten Informationsfluss zu vermeiden.

Ganz im Gegenteil würde für uns als Bewerber im Verfahren Altlast N6 ohne eigene Deponie im Umfeld der Altlast N6 (bzw. ohne Beteiligung an einer Deponie im Umfeld der Altlast) der Erwerb der Deponie EEEE durch eine verbundenes Unternehmen bedeuten, dass wir Ihnen ein unabhängigeres und damit verbessertes Angebot zur Sanierung der Altlast N6 unterbreiten könnten, was zu einer deutlichen Belebung des Wettbewerbs im Interesse des Projekts N6 führen würde."

(Beilage ./23 in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin hat das Vergabeverfahren weder widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

12.312 (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unbestritten blieben. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 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 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß Paragraph 292, Absatz 2, BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Paragraph eins, VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen. Nach Paragraph 311, BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner Paragraphen eins bis 5 und seines römisch vier. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

Gemäß § 2 Z 16 lit a Sublit dd BVergG sind im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sublit dd BVergG sind im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar.

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. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. 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. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gemäß § 69 Z 3 BVergG beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Gemäß § 76 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Gemäß Paragraph 76, BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Gemäß § 83 Abs 2 BVergG hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er gemäß § 103 Abs 3 BVergG die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben. Benötigt der Unternehmer Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, so hat er gemäß Paragraph 103, Absatz 3, BVergG die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben.

Im Verhandlungsverfahren sind gemäß § 105 Abs 6 BVergG Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten. Im Verhandlungsverfahren sind gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

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 BVergG 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, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 325 Abs 1 BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.
Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG geltenden gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.
Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

3.1 Allgemeines

3.1.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVwG 17. 6. 2014, W139 2003185-1/33E, W139 2005967-1/23E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 iVm Anh II Z 16 BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.
Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVwG 17. 6. 2014, W139 2003185-1/33E, W139 2005967-1/23E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Anh römisch zwei Ziffer 16, BVergG um einen prioritären Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG 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 Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben.
Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

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

3.1.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Antragstellerin kommt jedenfalls Legitimation zur Überprüfung der sonstigen Festlegung in der Verhandlungsphase zu. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht fehlen, da weder die Auftraggeberin Ausscheidensgründe vorgebracht hat noch das Bundesverwaltungsgericht aus den vorliegenden Unterlagen solche erkennen konnte (st Rspr zB VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095; 21. 1. 2014, 2011/04/0133). Der Antragstellerin kommt jedenfalls Legitimation zur Überprüfung der sonstigen Festlegung in der Verhandlungsphase zu. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht fehlen, da weder die Auftraggeberin Ausscheidensgründe vorgebracht hat noch das Bundesverwaltungsgericht aus den vorliegenden Unterlagen solche erkennen konnte (st Rspr zB VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095; 21. 1. 2014, 2011/04/0133).

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es kam kein Grund für seine Unzulässigkeit iSd § 322 Abs 2 BVergG hervor. Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Es kam kein Grund für seine Unzulässigkeit iSd Paragraph 322, Absatz 2, BVergG hervor.

3.2 Zu Spruchpunkt A) - inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags

3.2.1 Vorbemerkungen

Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase im gegenständlichen Vergabeverfahren über das zwingende Ausscheiden des Bewerbers oder Bieters, der die Deponie EEEE erwirbt, pachtet oder vergleichbare Nutzungs- und Verfügungsrechte daran erwirbt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen nicht rechtzeitig angefochten wurden und daher bestandsfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Festlegungen der Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung auszugehen (VwGH 20. 5. 2010, 2007/04/0072; BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Das über die Teilnahmeunterlagen und die Ausschreibung Gesagte gilt ebenso für alle anderen Festlegungen des Auftraggebers im Zuge des Vergabeverfahrens, so hier für Fragebeantwortungen, Berichtigungen und Festlegungen im Zuge der Verhandlungsphase.

Relevanter Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung, der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit ist - entgegen § 69 Z 3 BVergG - gemäß Punkt 4 der bestandsfesten Teilnahmeunterlagen der Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist. Relevanter Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung, der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit ist - entgegen Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG - gemäß Punkt 4 der bestandsfesten Teilnahmeunterlagen der Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist.

Vorauszuschicken ist insbesondere auch, dass gemäß § 103 Abs 3 BVergG sämtliche notwendigen Subunternehmer bereits zum Ende der Teilnahmeantragsfrist feststehen mussten, die Antragstellerin sie in ihrem Teilnahmeantrag nennen musste und die Antragstellerin die Verfügbarkeit und die Leistungsfähigkeit der Subunternehmer für diesen Zeitpunkt nachzuweisen hat, da die Punkte 0.5 und 4 der Teilnahmeunterlagen festlegen, dass die Eignung zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllt sein musste. Vorauszuschicken ist insbesondere auch, dass gemäß Paragraph 103, Absatz 3, BVergG sämtliche notwendigen Subunternehmer bereits zum Ende der Teilnahmeantragsfrist feststehen

mussten, die Antragstellerin sie in ihrem Teilnahmeantrag nennen musste und die Antragstellerin die Verfügbarkeit und die Leistungsfähigkeit der Subunternehmer für diesen Zeitpunkt nachzuweisen hat, da die Punkte 0.5 und 4 der Teilnahmeunterlagen festlegen, dass die Eignung zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllt sein musste.

Alle Bieter haben den Abfallwirtschaftsverband DDDD zur Deponierung von Abfällen auf der Deponie EEEE als notwendigen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD hat sich selbst nicht als Einzelbewerber oder -bieter oder als Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft beteiligt, weshalb die Regelung von Punkt 11 fünfter Punkt der Teilnahmeunterlagen nicht zur Anwendung kommt. Die Deponie EEEE besitzt alle erforderlichen Genehmigungen zur Deponierung von Abfällen. Die Nennung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD dient daher in erster Linie dem Nachweis der Befugnis gemäß Punkt 4.1.2 lit f der Teilnahmeunterlagen. Er ist daher in allen Angeboten notwendiger Subunternehmer und war - wie auch in der Beantwortung von Frage 16 in der dritten Fragebeantwortung klargestellt wurde - in dem Teilnahmeantrag zu nennen. Gemäß Punkt 11 fünfter Unterpunkt der Teilnahmeunterlagen ist diese Beteiligung als Subunternehmer zulässig, so lange sie nicht - wie in den Beantwortungen der Fragen 53 und 55 in der fünften Fragebeantwortung klargestellt - gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt. Alle Bieter haben den Abfallwirtschaftsverband DDDD zur Deponierung von Abfällen auf der Deponie EEEE als notwendigen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Abfallwirtschaftsverband DDDD hat sich selbst nicht als Einzelbewerber oder -bieter oder als Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft beteiligt, weshalb die Regelung von Punkt 11 fünfter Punkt der Teilnahmeunterlagen nicht zur Anwendung kommt. Die Deponie EEEE besitzt alle erforderlichen Genehmigungen zur Deponierung von Abfällen. Die Nennung des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD dient daher in erster Linie dem Nachweis der Befugnis gemäß Punkt 4.1.2 Litera f, der Teilnahmeunterlagen. Er ist daher in allen Angeboten notwendiger Subunternehmer und war - wie auch in der Beantwortung von Frage 16 in der dritten Fragebeantwortung klargestellt wurde - in dem Teilnahmeantrag zu nennen. Gemäß Punkt 11 fünfter Unterpunkt der Teilnahmeunterlagen ist diese Beteiligung als Subunternehmer zulässig, so lange sie nicht - wie in den Beantwortungen der Fragen 53 und 55 in der fünften Fragebeantwortung klargestellt - gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt.

Bei der Deponie EEEE handelt es sich um eine notwendige Ressource des Abfallwirtschaftsverbands DDDD, die letzterer vor dem Ende des Vergabeverfahrens verkaufen will. Ohne diese kann er die Abfälle, für deren Deponierung er Subunternehmer aller Bieter ist, nicht deponieren und damit seine zugesagte Leistung als Subunternehmer nicht erfüllen. Verkauft er nun die Deponie EEEE, muss er sich selbst eines Subunternehmers, des Käufers der Deponie EEEE, bedienen, um seine zugesicherte Leistung als Subunternehmer erbringen zu können. Folge daraus ist einerseits, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD weiterhin Zugriff auf die Deponie EEEE braucht, und andererseits, dass der Erwerber als Subunternehmer des Abfallwirtschaftsverbands DDDD auftritt und damit Sub-Subunternehmer des Bewerbers oder Bieters wird, der den Zuschlag erhält. Die Antragstellerin oder das mit ihr konzernverbundene Unternehmen würden dann einerseits als Mitglied einer Bietergemeinschaft und andererseits als Sub-Subunternehmer mehrerer Bieter oder Bietergemeinschaften auftreten. Darüber hinaus würde der Erwerber die Möglichkeit bekommen, einerseits während des Verhandlungsverfahrens die Namen der übrigen Bieter zu erfahren und andererseits auf die Preisgestaltung der Angebote anderer Bieter Einfluss zu nehmen. Ob dies zutrifft, ist anhand der Festlegungen und der Rahmenbedingungen zu beurteilen, die durch den Verkauf der Deponie EEEE geschaffen werden.

Festzuhalten ist auch, dass es - wie sich aus der Beantwortung der Fragen 42 in der vierten Fragebeantwortung, 55 in der fünften Fragebeantwortung und 73 in der sechsten Fragebeantwortung ergibt - offenbar ursprünglich nicht in der Absicht der Auftraggeberin lag, die Beteiligung von Anlagenbetreibern wie dem Abfallwirtschaftsverband DDDD ausschließlich als Subunternehmer zu beschränken, sondern nur der Einschränkung des Verbots der Beeinträchtigung des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Beeinflussung der unabhängigen Erstellung der Angebote zu unterwerfen.

Die Einschränkung des Wettbewerbs durch eine Festlegung der Auftraggeberin ist am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen; sie muss einer anerkannten Zielsetzung dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation stehen (VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077). Sie darf nicht über das hinausgehen, das zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (EuGH 23. 12. 2009, C-376/08, Serrantoni, Rn 44).

Die beiden wesentlichen Fragen, die einer Beteiligung eines Bieters oder eines mit ihm konzernverbundenen Unternehmens am gegenständlichen Vergabeverfahren entgegenstehen, sind die Wahrung der Bieteranonymität und

die freie und unabhängige Gestaltung der Angebote durch die übrigen Bieter. In diesen beiden Punkten konkretisiert sich aus vergaberechtlicher Sicht die mögliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

3.2.2 Zur Mehrfachbeteiligung

Vorerst ist von den Vorgaben der Teilnahmeunterlagen auszugehen. Nach Punkt 11 der Teilnahmeunterlagen ist die Beteiligung an einem Vergabeverfahren als Sub-Subunternehmer der Beteiligung als Subunternehmer gleichzuhalten. Diese Festlegung gilt nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für alle mit ihm konzernverbundenen Unternehmen.

Im Fall der Antragstellerin bedeutet das, dass jenes Unternehmen, das die Deponie EEEE erwerben will, als hundertprozentiges Tochterunternehmen der Antragstellerin letzterer im Hinblick auf den Erwerb der Deponie gleichzuhalten ist.

Nach Punkt 11 fünfter Unterpunkt der Teilnahmeunterlagen ist die Beteiligung als Subunternehmer mehrerer Bewerber oder Bieter einerseits und als Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft oder als Einzelbieter andererseits für Deponien nur dann untersagt, wenn die Mehrfachbeteiligung nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt. Entsprechend der Beantwortung von Frage 55 in der fünften Fragebeantwortung gilt dies für Deponiebetreiber, wenn sie nicht als Bewerber oder Bieter oder Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft auftreten.

Weiters erklärte die Antragstellerin in ihrer Nachreichung vom 16. April 2014, dass sie hiermit dem Auftraggeber für das Vergabeverfahren ‚Sanierung der Altlast N6 Aluminiumschlackendeponie‘ zusichern, dass - insbesondere auch bei Mehrfachnennung von Subunternehmern, die in der 1. Stufe oder im Zuge eines zulässigen Wechsels oder Nachnominierung in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens benannt wurden - der faire und laute Wettbewerb in der 2. Stufe des Vergabeverfahrens nicht beeinflusst werden wird und die Angebote völlig unabhängig von anderen Bietern kalkuliert werden, sowie, dass dies auf Aufforderung jederzeit nachgewiesen wird. Diese Zusicherung entspricht inhaltlich der Vorgabe der Berichtigung in der Beantwortung von Frage 42 in der vierten Fragebeantwortung.

Daraus ergibt sich, dass eine Mehrfachbeteiligung durch die Beteiligung als Sub-Subunternehmer mehrerer Bieter oder Bietergemeinschaften einerseits und als Mitglied einer Bietergemeinschaft andererseits dann zum Ausscheiden führt, wenn die Mehrfachbeteiligung gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt.

Der Wettbewerb ist insbesondere beeinträchtigt, wenn der Subunternehmer die Preisbildung der anderen Unternehmer beeinflussen und dadurch einen Wettbewerbsvorsprung erzielen kann (VwGH 18. 6. 2012, 2010/04/0011). Dabei handelt es sich - wie auch in der Berichtigung der Teilnahmeunterlagen in der Beantwortung der Frage 42 in der vierten Fragebeantwortung festgelegt - um einen Nachweis, den ein Bewerber - oder wohl auch Bieter - jederzeit führen können muss und den die Auftraggeberin jederzeit von dem Bewerber oder Bieter verlangen kann.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die wesentliche Vorfrage für die Zulässigkeit der angefochtenen Festlegung die Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Vergabeverfahren durch den Verkauf der Deponie EEEE darstellt. Wie oben ausgeführt beinhaltet dies zwei Teile, die Wahrung der Anonymität der Bieter und die freie Erstellung der Angebote.

3.2.3 Gefährdung der Bieteranonymität

Gemäß § 105 Abs 6 BVergG muss der Auftraggeber die Namen der Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim halten. Der Erwerb der Deponie EEEE durch die Antragstellerin bewirkt, dass die Antragstellerin spätestens bei der Abwicklung des Auftrags den Namen des Vertragspartners erfährt, da sie Abfälle übernimmt, die dieser anliefert. Gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG muss der Auftraggeber die Namen der Bieter bis zur Zuschlagsentscheidung geheim halten. Der Erwerb der Deponie EEEE durch die Antragstellerin bewirkt, dass die Antragstellerin spätestens bei der Abwicklung des Auftrags den Namen des Vertragspartners erfährt, da sie Abfälle übernimmt, die dieser anliefert.

Subunternehmer aller Bieter soll der Abfallwirtschaftsverband DDDD bleiben. Dieser ist zwischen dem Bieter oder der Bietergemeinschaft und der Deponie EEEE zwischengeschaltet. Damit obliegt es dem Abfallwirtschaftsverband DDDD, die Daten gegenüber dem Betreiber der Deponie geheim zu halten.

Ein wesentlicher Umstand ist wohl auch, dass die Verträge über den Verkauf der Deponie EEEE noch nicht fertig

ausgehandelt und unterschrieben sind und noch kein Käufer feststeht. Die Entwürfe, die dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt wurden, sind daher noch nicht endgültig und können sich bis zum Abschluss des Vertrags noch ändern.

Das vorgeschlagene Modell der Übernahme der Deponie EEEE durch einen neuen Erwerber beinhaltet auch die Übernahme von Personal. Das zu übernehmende Personal sind fünf Arbeiter auf der Deponie selbst. Das Verwaltungspersonal soll jedoch nicht übernommen werden, sondern an einem anderen Dienstort vom Abfallverband DDDD weiterbeschäftigt werden. Damit übernimmt der Erwerber der Deponie nicht das Personal, das für die wirtschaftlichen Angelegenheiten der Deponie wie die Festsetzung von Preisen, Bekanntgabe von verfügbaren Kapazitäten oder Zusicherung der Abnahme bestimmter Mengen an Abfällen verantwortlich ist. Diese Aufgaben übernimmt der Erwerber selbst. Damit gewinnt er unmittelbaren Einblick in jene Aufgaben, die für die Beteiligung am Vergabeverfahren als Sub-Subunternehmer wesentlich sind.

Der Entwurf der "Ergänzungsvereinbarung" enthält in § 6 Bestimmungen über "Geheimhaltung und Vertraulichkeit". Darin ist in Abs 1 eine grundsätzliche Geheimhaltung aller Informationen, die "aus Anlass des und/oder in Zusammenhang mit dem gegenständlichen Kauf der Deponie EEEE bekannt werden", vorgesehen. Ob diese Geheimhaltungsverpflichtung auch die Informationen über das Vergabeverfahren umfasst, ist eine Frage der Auslegung und kann nicht uneingeschränkt bejaht werden. Gegenstand der Geheimhaltung sind nämlich Information aus Anlass oder in Zusammenhang mit dem Verkauf der Deponie und nicht mit dem Vergabeverfahren. Daher ist diese Bestimmung nicht geeignet, die Geheimhaltung der Identität der Bieter zu gewährleisten. Weiters wird sie durch ihren Abs 2 aufgeweicht, da dort nur verpflichtende Weitergaben von Informationen auf ein Minimum beschränkt werden sollen. Dass gewisse Informationen über geschäftliche relevante Vorgänge der Deponie wie zu erwartende Mengen an Abfällen und die dafür vereinbarten Preise sowie allfällige Geschäftspartner oder auch gesellschaftliche Verpflichtungen zumindest der Geschäftsführung bekannt geben müssen, versteht sich von selbst, da letztere sonst nicht in der Lage wäre, einen Jahresabschluss zu erstellen. Der Entwurf der "Ergänzungsvereinbarung" enthält in Paragraph 6, Bestimmungen über "Geheimhaltung und Vertraulichkeit". Darin ist in Absatz eins, eine grundsätzliche Geheimhaltung aller Informationen, die "aus Anlass des und/oder in Zusammenhang mit dem gegenständlichen Kauf der Deponie EEEE bekannt werden", vorgesehen. Ob diese Geheimhaltungsverpflichtung auch die Informationen über das Vergabeverfahren umfasst, ist eine Frage der Auslegung und kann nicht uneingeschränkt bejaht werden. Gegenstand der Geheimhaltung sind nämlich Information aus Anlass oder in Zusammenhang mit dem Verkauf der Deponie und nicht mit dem Vergabeverfahren. Daher ist diese Bestimmung nicht geeignet, die Geheimhaltung der Identität der Bieter zu gewährleisten. Weiters wird sie durch ihren Absatz 2, aufgeweicht, da dort nur verpflichtende Weitergaben von Informationen auf ein Minimum beschränkt werden sollen. Dass gewisse Informationen über geschäftliche relevante Vorgänge der Deponie wie zu erwartende Mengen an Abfällen und die dafür vereinbarten Preise sowie allfällige Geschäftspartner oder auch gesellschaftliche Verpflichtungen zumindest der Geschäftsführung bekannt geben müssen, versteht sich von selbst, da letztere sonst nicht in der Lage wäre, einen Jahresabschluss zu erstellen.

Daran vermag auch die Zusicherung der Geheimhaltung durch den Rechtsvertreter des Abfallwirtschaftsverbandes DDDD in Punkt 5 des Schreibens vom 5. Juni 2014 nichts zu ändern. Es ist vom Verkäufer der Deponie an die Bewerber des Vergabeverfahrens adressiert. Damit bindet es den Erwerber der Deponie nicht. Seine Rechte und Pflichten sind ausschließlich in dem Kaufvertrag zwischen dem Abfallwirtschaftsverband und ihm festgelegt.

In der Praxis bedeutet das, dass die Bieter bei der Angebotserstellung beim Betreiber der Deponie nachfragen, sich Kapazitäten zusichern lassen und allenfalls Preise verhandeln müssen. Wie weit dem Abfallwirtschaftsverband DDDD dabei ein Verhandlungsspielraum zukommt, ist nicht dargelegt und kann von der Antragstellerin - ungeachtet der noch nicht bindend festgelegten Regelungen in § 3 Abs 2 der Zusatzvereinbarung und § 3 Abs 2 der Ergänzungsvereinbarung festgelegten Preisbindung und Abnahmeverpflichtung - jederzeit beeinflusst werden. Damit ist es kaum möglich, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD die Namen der Bieter so geheim hält, dass der Betreiber der Deponie sie nicht erfährt. In der Praxis bedeutet das, dass die Bieter bei der Angebotserstellung beim Betreiber der Deponie nachfragen, sich Kapazitäten zusichern lassen und allenfalls Preise verhandeln müssen. Wie weit dem Abfallwirtschaftsverband DDDD dabei ein Verhandlungsspielraum zukommt, ist nicht dargelegt und kann von der Antragstellerin - ungeachtet der noch nicht bindend festgelegten Regelungen in Paragraph 3, Absatz 2, der

Zusatzvereinbarung und Paragraph 3, Absatz 2, der Ergänzungsvereinbarung festgelegten Preisbindung und Abnahmeverpflichtung - jederzeit beeinflusst werden. Damit ist es kaum möglich, dass der Abfallwirtschaftsverband DDDD die Namen der Bieter so geheim hält, dass der Betreiber der Deponie sie nicht erfährt.

3.2.4 Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot

Die Auftraggeberin muss alle Bewerber und Bieter gleich behandeln. Daher müssen Festlegungen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen gelten und die genannten müssen bei der Entgegennahme, Prüfung und Beurteilung ihrer Teilnahmeanträge und Angebote gleich behandelt werden (EuGH 16. 12. 2008, C-213/07, Michaniki, Rn 45). Allerdings stellt die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes keinen Zweck an sich dar, sondern muss aus dem Blickwinkel der mit ihm verfolgten Zwecke, nämlich der Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten begriffen werden. Der Transparenzgrundsatz ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 28 f).

Die Diskriminierung ist an der Behandlung anderer Unternehmen im Vergabeverfahren zu messen. Bei Bietern, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat haben und dort vergleichbare Dienstleistungen erbringen, ist darauf zu achten, dass Festlegungen nicht geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistungserbringers zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (EuG 29. 5. 2013, T-384/10, Comune di Ancona).

Maßstab in Zusammenhang mit der Deponie ist lediglich der Zugriff auf diese, da sie auch keinen Einfluss auf andere Teile und Anforderungen im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren hat.

Derzeit ist der Zugriff auf die Deponie für alle Bieter gleichermaßen möglich. Eigentümer ist der Abfallwirtschaftsverband. Er stellt die Deponie allen Bietern in gleicher Art und Weise zur Verfügung. Auch der Antragstellerin gab er eine Subunternehmererklärung ab. Eine Diskriminierung von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten findet nicht statt.

Die Förderung der Schaffung einer inländischen Niederlassung ist keinesfalls Aufgabe der Auftraggeberin. Ebenso wenig ist die Unterstützung bei der Erstellung des Angebots eines bestimmten Bieters Aufgabe der Auftraggeberin. Ganz im Gegenteil ist ihr diese auch im Verhandlungsverfahren durch den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter sogar untersagt (EuGH 5. 12. 2013, C-561/12, Nordecon).

Die angefochtene Festlegung der Auftraggeberin gilt für alle Bieter gleichermaßen. Die Antragstellerin ist davon nicht anders als alle anderen Bieter betroffen. Ihre Nationalität spielt dabei keine Rolle. Daher diskriminiert die angefochtene Festlegung die Antragstellerin nicht gegenüber inländischen Bewerbern oder Bietern.

3.2.5 Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit

Die Antragstellerin ist nicht daran gehindert, die Deponie EEEE zu erwerben. Die angefochtene Festlegung bewirkt, dass kein Erwerber der Deponie EEEE sich am Vergabeverfahren beteiligen kann. Dies gilt unabhängig vom Standort des Betriebs oder der Niederlassung. Eine besondere, die Antragstellerin an der Gründung einer Niederlassung hindernde Festlegung kann darin nicht erblickt werden, da die Antragstellerin nicht gezwungen ist, die Deponie EEEE zu erwerben, um einen Standort in Ostösterreich zu gründen. Es kommen auch andere Standorte in Frage, die sie entweder erwerben oder gänzlich neu gründen kann. Dies gilt auch, wenn es zweifellos schwierig und langwierig ist, die notwendigen Genehmigungen für einen Betriebsstandort zu bekommen. Ebenso wenig ist es zulässig, die Schaffung der Voraussetzungen für die Gründung einer Betriebsstätte in Ostösterreich mit der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren zu verknüpfen und von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren die Gewährleistung der Randbedingungen für die Schaffung einer nicht speziell für die Abwicklung des Auftrags zu schaffenden Niederlassung zu verlangen. Anders gesagt ist Wirtschaftsförderung nicht Aufgabe der Auftraggeberin. Diese Bedingungen gelten für die Antragstellerin nicht anders als für inländische Unternehmen. Sie knüpfen nur an objektive Voraussetzungen an.

Die Dienstleistungsfreiheit ist damit auch nicht beeinträchtigt, da sie nach Maßgabe der für die Ausübung der Tätigkeit geltenden Vorschriften nicht gehindert ist, ihre Dienstleistung am österreichischen Markt anzubieten. Es ist nicht Aufgabe der Auftraggeberin, sie bei der Gründung ihres Standortes und der Erbringung ihrer Dienstleistungen besonders zu unterstützen. Es ist auch nicht Aufgabe der Auftraggeberin, in dem Verfahren über den Verkauf der Deponie EEEE Festlegungen zu treffen. Es ist lediglich Aufgabe der Auftraggeberin, ein den Grundsätzen genügendes

Vergabeverfahren zu führen, in diesem Rahmen die notwendigen Randbedingungen zu schaffen, die Antragstellerin ebenso wie alle österreichischen Bieter zum Vergabewettbewerb zuzulassen und in diesem wie alle anderen Bieter zu behandeln. Der Antragstellerin kommt kein Recht auf bevorzugte Behandlung zu.

3.2.6 Wettbewerbsbeeinträchtigung durch den Verkauf der Deponie EEEE

"Die Materialien führen zu den Begriffen freier, lauterer bzw. fairer Wettbewerb weiters aus, der freie Wettbewerb sei der nicht behinderte, das heißt z.B. keinen (Zugangs- oder Ausübungs-)Beschränkungen unterliegende Wettbewerb; der faire Wettbewerb betreffe das Verhältnis Auftraggeber-Bewerber/Bieter und der lautere Wettbewerb betreffe das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bietern. Ein unlauterer Wettbewerb sei dann gegeben, wenn ein Unternehmer z.B. durch Bestechung, Preisabsprachen mit bestimmten Mitkonkurrenten oder Ausnützen seiner marktbeherrschenden Position einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen suche." (VwGH 18. 6. 2012, 2010/04/0011)

Die angefochtene Festlegung berührt den fairen Wettbewerb als Vorgabe der Auftraggeberin gegenüber den Bietern. Nach dieser Begriffsbestimmung des Verwaltungsgerichtshofes kann der Verkauf lediglich die Lauterkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen, da der Verkauf das Verhältnis der Bewerber und Bieter untereinander betrifft. Sollte eine unbeschränkte marktbeherrschende Position eines Bieters entstehen, die andere Bieter anders als bisher in ihrer Teilnahme am Markt behindert, besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb unlauter wird.

Die angefochtene Festlegung gilt gegenüber allen Bewerbern und Bietern in gleichem Maß. Sie bezweckt, den derzeitigen Stand der Beteiligungsverhältnisse beizubehalten, dass nämlich der Verfügungsberechtigte über die Deponie EEEE nicht am Vergabeverfahren als Bewerber oder Bieter oder als Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft beteiligt ist. Der Verkauf der Deponie an einen Bewerber oder Bieter oder ein Mitglied einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft würde ohne zusätzliche Vorkehrungen den fairen Wettbewerb derart stören, dass es ein Unternehmen in der Hand hätte, den übrigen Bewerbern und Bietern den Zugriff auf eine wesentliche Ressource für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu entziehen und damit eine Angebotslegung unmöglich zu machen. Damit dient eine Maßnahme der Auftraggeberin, die diese Situation verhindern soll, der Sicherung des lautereren Wettbewerbs. Da sie für alle Bieter unabhängig von ihrem Standort oder anderen Voraussetzungen gleichermaßen gilt, widerspricht sie nicht dem fairen Wettbewerb.

Wie oben bereits ausgeführt, ist der Verkauf der Deponie EEEE noch nicht abgeschlossen. Die im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Vertragsentwürfe sind daher noch nicht bindend abgeschlossen und können daher nicht Grundlage einer abschließenden Beurteilung sein.

Auch wenn in den Entwürfen Versuche unternommen werden, alle Bieter gleich zu behandeln und die Geheimhaltung - auf ungenügende Weise - sicherzustellen, kann nicht verlässlich davon ausgegangen werden.

Die vorgelegten Entwürfe vermögen, wie oben dargelegt, die von der Auftraggeberin zu Recht geäußerten Bedenken gegen die Beeinflussung des Wettbewerbs durch den Verkauf der Deponie EEEE an einen der Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zu zerstreuen. Mangels bindenden Vertrags samt Nebenabmachungen und Abreden ist dem Bundesverwaltungsgericht jedoch eine abschließende Beurteilung des Einflusses des Verkaufs derzeit nicht möglich.

3.2.7 Verhältnismäßigkeit

Ein automatischer Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ist nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zulässig (EuGH 23. 12. 2009, C-376/08, Serrantoni, Rn 37). Maßnahmen dürfen nicht über das hinaus gehen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (EuGH 16. 12. 2008, C-213/07, Michaniki, Rn 48; 19. 5. 2009, C-538/07, Assitur, Rn 23).

Ziel ist die Sicherung des freien und lautereren Wettbewerbs im Vergabeverfahren. Dazu ist einerseits die Anonymität der Bieter bis zur Zuschlagserteilung zu wahren und andererseits sicherzustellen, dass alle Bieter die Möglichkeit haben, auf Grundlage der Ausschreibung frei und unabhängig Angebote zu erstellen. Besonderes Augenmerk verdient dabei selbstverständlich die alleinige Verfügung eines Bieters über eine Ressource, die alle Bieter notwendigerweise benötigen.

Die Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der Festlegung ist einerseits an ihrer Eignung zur Wahrung der angestrebten Ziele und andererseits an den Auswirkungen auf die Bieter, insbesondere der Verhinderung der Teilnahme am Vergabeverfahren zu messen.

Angesichts der obigen Ausführungen muss aber der Erwerber der Deponie EEEE im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter die Möglichkeit bekommen nachzuweisen, dass er eine Möglichkeit hat, die Geheimhaltung der Namen der Bieter im Vergabeverfahren zu gewährleisten, und eine freie Gestaltung der Angebote durch alle Bieter ermöglicht, was sowohl die abzunehmenden Mengen als auch die Preise betrifft (EuGH 3. 3. 2005, C-21/03 und C-34/03, Fabricom, Rn 31;

3.2.8 Zusammenfassung

Wie unter Punkt 3.2.7 dieses Erkenntnisses ausgeführt, ist der automatische Ausschluss von Unternehmen aus einem Vergabeverfahren überschießend, auch wenn die gegenständliche Festlegung berechnete Interessen zur Wahrung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens verfolgt. Es wäre eine Festlegung, die den Nachweis der Wahrung der Anonymität der Bieter und die freie und unabhängige Erstellung der Angebote durch alle Bieter erlaubt, als gelinderes Mittel möglich, auch wenn in einem derartigen Fall der Erwerber der Deponie EEEE das Risiko trägt, dass er nach dem Erwerb der Deponie EEEE - wohl bereits auf Grundlage der Festlegungen der Teilnahmeunterlagen - aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wird. Da es sich um einen von der Auftraggeberin festgelegten Ausscheidungsgrund handelt, ist sein Bestehen oder Nicht-Bestehen für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss, weshalb die gesamte Festlegung für nichtig zu erklären war. Damit erübrigt sich ein Abspruch über den Eventualantrag (VwGH 17. 4. 2012, 2008/04/0112). Wie unter Punkt 3.2.7 dieses Erkenntnisses ausgeführt, ist der automatische Ausschluss von Unternehmen aus einem Vergabeverfahren überschießend, auch wenn die gegenständliche Festlegung berechnete Interessen zur Wahrung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens verfolgt. Es wäre eine Festlegung, die den Nachweis der Wahrung der Anonymität der Bieter und die freie und unabhängige Erstellung der Angebote durch alle Bieter erlaubt, als gelinderes Mittel möglich, auch wenn in einem derartigen Fall der Erwerber der Deponie EEEE das Risiko trägt, dass er nach dem Erwerb der Deponie EEEE - wohl bereits auf Grundlage der Festlegungen der Teilnahmeunterlagen - aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wird. Da es sich um einen von der Auftraggeberin festgelegten Ausscheidungsgrund handelt, ist sein Bestehen oder Nicht-Bestehen für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss, weshalb die gesamte Festlegung für nichtig zu erklären war. Damit erübrigt sich ein Abspruch über den Eventualantrag (VwGH 17. 4. 2012, 2008/04/0112).

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesverwaltungsgericht dem Nachprüfungsantrag stattgab. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet der Antragstellerin die tatsächlich geschuldete und bezahlte Pauschalgebühr in der Höhe von € 12.312 zu ersetzen.

3.4 Zu Spruchpunkt C) - Zulässigkeit der Revision

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zu der wesentlichen Rechtsfrage der Zulässigkeit einer Festlegung des Auftraggebers, die den Erwerb einer wesentlichen Ressource für die Ausführung des Auftrags mit dem automatischen Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren verknüpft, fehlt bisher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zu der wesentlichen Rechtsfrage der Zulässigkeit einer Festlegung des Auftraggebers, die den Erwerb einer wesentlichen Ressource für die Ausführung des Auftrags mit dem automatischen Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren verknüpft, fehlt bisher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Schlagworte

Angemessenheit, Auslegung der Ausschreibung, Ausscheiden eines Angebotes, Ausscheiden von Angeboten, Ausscheidensentscheidung,

Ausscheidensgrund, Ausscheidensgründe, Ausscheidung,
Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungsfreiheit,
Diskriminierungsverbot, Eignung, fairer Wettbewerb, Geheimhaltung,
gelinderes Mittel, Gleichbehandlung, Grundsatz der Gleichbehandlung,
Grundsatz der Transparenz, Mehrfachnennung, Nachprüfungsantrag,
Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung
Auftraggeberentscheidung, Niederlassungsfreiheit, objektiver
Erklärungswert, Objektivitätsgebot, Obsiegen, öffentlicher
Auftraggeber, Pauschalgebührenersatz, Sachlichkeitsprüfung,
Subunternehmer, Transparenz, Umweltsanierungsmaßnahme,
Vergabeverfahren, Verhältnismäßigkeit, Vertraulichkeit, Wettbewerb,
Wettbewerbsrelevanz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W187.2008946.1.00

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at