



N/0095-BVA/07/2011-31

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Frau Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'", des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch den Landeshauptmann von Oberösterreich, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30.9.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20. September 2011 im Vergabeverfahren 'Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche Deponie Faltinger' für nichtig erklären", wird **abgewiesen**.

II.

Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, wird **abgewiesen**.

III.

Dem Antrag, gerichtet auf Aufhebung der mit Bescheid vom 7.10.2011, GZ N/0095-BVA/07/2011-EV6 erlassenen einstweiligen Verfügung, wird **nicht stattgegeben**.

B e g r ü n d u n g

Die Veröffentlichung der Bekanntgabe zur Auftragsvergabe "Sickerwasserentsorgung bei der Verdachtsfläche 'Deponie Faltinger'" erfolgte europaweit am 19.5.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 96-157842. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Dienstleistung (CPV-Code 90400000), die in einem offenen Verfahren an den Bestbieter vergeben werden soll. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens sind die Aufnahme, der Transport und die ordnungsgemäße endgültige Behandlung der diskontinuierlich anfallenden Deponiesickerwässer, welche gemäß Abfallverzeichnisverordnung BGBl II 2008/498 idgF der SN 95301 "Sickerwasser aus Abfalldeponien, mit gefährlichen Inhaltsstoffen" bzw. Abfallcode 190702 "Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält", zugeordnet wurden, über den Zeitraum von fünf Jahren. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 1.7.2011, 9.00 Uhr, festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 1.7.2011, 9.30 Uhr.

Die A*** (in der Folge Antragstellerin) hat sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mit Telefax vom 20.9.2011 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 30.9.2011 brachte die **Antragstellerin** einen Nachprüfungsantrag ein, in welchem die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2011 bekämpft wurde. Darüber hinaus wurden die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren sowie aller weiteren Gebühren begehrt. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 7.10.2011, GZ N/0095-BVA/07/2011-EV6, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung teilweise stattgegeben.

Im Nachprüfungsantrag wurde im Wesentlichen begründend ausgeführt, die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot gelegt. Durch die angefochtene Entscheidung fühle sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens

gemäß § 19 BVergG, insbesondere aber in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt.

Das Angebot des präsuntiven Zuschlagempängers widerspreche den Angebotsbedingungen. In Punkt 1.2.4 des Informationsschreibens beschreibe der Auftraggeber die der Entsorgungs- und Behandlungsdienstleistung zu Grunde liegenden Abfälle näher. Weiters stelle er in Punkt 1.3.1 des Informationsteiles ausdrücklich fest, dass auch die *"ordnungsgemäße endgültige Behandlung (gem. Begriffsbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes gem. § 2 Abs. 5 Z 1 iVm Anhang 2 sowie Z 2 (AWG, BGBl. I 2002/102 idgF) in den vom Bieter vorgesehenen Behandlungsanlagen"* ausschreibungsgegenständlich sei.

Der Auftraggeber verlange somit wahlweise eine Abfallbehandlung im Sinne eines Verwertungs- oder Beseitigungsverfahrens von Abfällen oder eine stoffliche Verwertung von Abfällen. Eine derartige Abfallbehandlung habe nach den Bestimmungen des AWG zu erfolgen und bedürfe zwingend einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann.

Ebenso lege der Auftraggeber in Punkt 1.4.3 des Informationsteils noch einmal ausdrücklich fest, dass die Behandlung der ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer zwingend nach den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 zu erfolgen habe. Außerdem verlange der Auftraggeber als zwingend zu erbringende Nebenleistung *"die Ausstellung erforderlicher Begleitpapiere (Begleitschein gemäß §§ 5-7 AbfallnachweisVO BGBl II 2003/618, Wiegescheine bzw. Durchflussmengenmessungen) sowie elektronische Erfassung der Daten in einem EDV-System"*.

Die AbfallnachweisVO habe der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auf Grundlage des AWG verordnet. Sie diene allein dem Zweck der Nachvollziehbarkeit von dem AWG unterliegenden Handlungen. Außerhalb des Anwendungsbereiches des AWG sei die Ausstellung von Begleitpapieren iSd AbfallnachweisVO nicht vorgesehen. Indem der Auftraggeber die Ausstellung dieser Papiere als Nebenleistung festlege, stelle er auch klar, dass die ausschreibungsgegenständlichen Deponiesickerwässer in den Anwendungsbereich

des AWG fallen würden und entsprechend den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen zu behandeln seien. Damit habe der Auftraggeber aber auch klargestellt, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern nicht um Abwässer iSd § 3 Abs. 1 Z 1 AWG 2002 handle, die nach der zitierten Bestimmung nämlich keine Abfälle seien. In seinen Fragebeantwortungen vom 10. und 27. Juni 2011 habe der Auftraggeber das Erfordernis des Vorliegens aller erforderlichen Genehmigungen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie, dass es sich bei den gegenständlichen Deponiesickerwässern um Abfälle mit der Abfallschlüsselnummer 95301 handle, bekräftigt. Diese Abfallschlüsselnummer beschreibe "Sickerwasser aus Abfalldeponien mit gefährlichen Inhaltsstoffen" und stufe diese als "gefährlichen Abfall" ein.

In seiner Fragebeantwortung vom 17. Juni 2011 habe der Auftraggeber zwar erklärt, dass er grundsätzlich auch eine Behandlung der Deponiesickerwässer nach anderen als abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen akzeptieren würde. Dies jedoch unter der zwingenden Voraussetzung, *"dass dies allen gesetzlichen Rahmenbedingungen entspricht und entsprechend rechtskräftige Bescheide für die angebotene Entsorgung ausgehend von der Entnahme des Deponiesickerwassers bei der Deponie Faltinger bis hin zur rechtskonformen Behandlung sichergestellt ist."*

Ein Angebot, dessen Entsorgungskonzept lediglich auf den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes beruhe und nicht gleichzeitig alle auf den Leistungsgegenstand anzuwendenden Bestimmungen einhalte, weiche deshalb von den Ausschreibungsbedingungen ab und sei vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuscheiden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers enthalte ein Entsorgungskonzept, das zwar möglicherweise den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes entspreche, aber jedenfalls den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen des AWG widerspreche.

Die Behandlung von Deponiesickerwässern habe zwingend in einer nach § 37 ff AWG genehmigten Anlage zu erfolgen. Die Behandlung derartiger Abfälle in einer nach wasserrechtlichen Bestimmungen genehmigten Kläranlage könne daher nur zulässig sein, wenn die betreffende Kläranlage auch eine Genehmigung nach dem AWG aufweise. Solche Genehmigungen habe der präsumtive Zuschlagsempfänger

für die in seinem Entsorgungskonzept für die Behandlung vorgesehenen Anlagen nicht vorgelegt und hätten diese Genehmigungen seinen Anlagen zum Zeitpunkt der Angebotslegung auch gefehlt.

Im Rahmen der Anpassung des AWG an das Gemeinschaftsrecht habe der Gesetzgeber in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage klargestellt, dass lediglich der Einsatz von *"Abfällen, welche mit häuslichen Abwässern vergleichbar sind"* sowie der Einsatz von *"Abfällen, die beim Betrieb der Kanalisation bzw. der Kläranlage oder gleichwertiger Anlagen anfallen"*, von der Genehmigungspflicht des § 37 AWG ausgenommen würden. Auf Deponiesickerwässer treffe diese Ausnahme nicht zu. Im Übrigen bestimme Art. 3 Z 1 RL 2008/98/EG vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien ("AbfallRL") jeden Stoff oder Gegenstand zum Abfall, *"dessen sich sein Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss"*. Diese Definition treffe auf Deponiesickerwässer unstrittig zu. Diese könnten daher lediglich dann außerhalb des Abfallregimes einzuordnen sein, wenn sie einem Ausnahmetatbestand zuordenbar wären. Flüssiger Abfall unterliege aber keinem solchen Ausnahmetatbestand. Auch sonstige Abwässer seien vom Anwendungsbereich der AbfallRL nur ausgenommen, soweit sie schon von anderen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften abgedeckt seien. Dies treffe auf Deponiesickerwässer nicht zu. "Denkbar" wäre eine Behandlung ausschließlich auf Basis des WRG daher nur, wenn die Deponiesickerwässer ihre Abfalleigenschaft verlieren würden. Dies könne aber nach § 5 Abs. 1 AWG 2002 nur dann und vor allem erst in dem Zeitpunkt eintreten, indem die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten verwendet würden. Selbst im Falle einer Vorbereitung zur Wiederverwendung im Sinne des § 2 Abs. 5 Z 6 AWG sei das Ende der Abfalleigenschaft erst mit dem Abschluss dieses Verwertungsverfahrens erreicht.

Ein Abfallende der gegenständlichen Deponiesickerwässer sei nicht zu erkennen, da Deponiesickerwässer nicht unmittelbar als Substitution von Rohstoffen oder Produkten geeignet seien und darüber hinaus wegen ihrer gefährlichen Inhaltsstoffe bereits aufgrund des objektiven Abfallbegriffes Abfälle iSd AWG-Regimes seien. Im Übrigen sei der gemeinschaftsrechtliche Abfallbegriff im Zweifel weit auszulegen. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers verstoße daher gegen

zwingende gesetzliche Bestimmungen und sei somit als ausschreibungswidrig zu werten.

Durch die rechtswidrige Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe darin, dass sie die Chance auf Erhalt des Zuschlags verlieren würde. Hätte der Auftraggeber in rechtsrichtiger Vorgehensweise das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ausgeschieden, hätte er die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des - zweitgereihten - Angebotes der Antragstellerin treffen müssen. Darüber hinaus würden ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns sowie an frustrierten Angebotslegungskosten und der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes drohen.

Der **Auftraggeber** erteilte mit Schriftsatz vom 4.10.2011 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte in seinen Schriftsätzen vom 7.10.2011 und 24.10.2011 im Wesentlichen aus, dass die gegenständliche Sickerwasserentsorgung anlagenneutral ausgeschrieben worden sei. Weder der Bekanntmachung noch der Ausschreibungsunterlage sei die zwingende Vorgabe der Behandlung in einer nach dem AWG genehmigten Behandlungsanlage zu entnehmen. Gefordert sei der Nachweis einer ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung in einer rechtskräftig genehmigten Anlage. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass lediglich Nachweise einer ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung in einer rechtskräftig genehmigten Anlage gefordert seien. Dies sei unabhängig davon zu sehen, dass Deponiesickerwässer zunächst - vor Einbringung in eine Kanalanlage (Kläranlage) - als gefährlicher Abfall der Schlüsselnummer 95301 "Sickerwasser aus Abfalldeponien" einzustufen seien.

Den Fragebeantwortungen sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwässer auch in einer anderen Behandlungsanlage als einer nach AWG genehmigten Anlage zulässig sei. So sei ausdrücklich in der Anfragebeantwortung vom 17.6.2011 darauf hingewiesen worden, dass aus den Ausschreibungsunterlagen keine Behandlung der Deponiesickerwässer ausschließlich nach dem AWG hervorgehe. Die Gesetzeskonformität des Entsorgungskonzeptes könne erst nach Angebotsabgabe

im Zusammenhalt mit den rechtskräftigen Bescheiden beurteilt werden. Verweise auf das AWG in den Ausschreibungsunterlagen seien lediglich beispielhaft zu verstehen.

Aus den Fragebeantwortungen ergebe sich damit, dass die Deponiesickerwasserbehandlung auch in anderen, als nach AWG genehmigten Anlagen zulässig sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Sein Entsorgungskonzept sehe eine Behandlung der Deponiesickerwässer in einer rechtskräftig genehmigten Anlage, nämlich der Regionalkläranlage C*** vor, die neben kommunalen Abwässern auch Industrieabwässer behandle. Der die gegenständliche wasserrechtliche Deponiesickerwässerentsorgung rechtskräftig genehmigende Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich berücksichtige ausdrücklich alle Schadstoffwerte. Die Aufsichtsbehörde (BMLFUW) habe der wasserrechtlichen Genehmigung ausdrücklich zugestimmt. Auch alle übrigen Bescheide würden die Zulässigkeit der Behandlung der Deponiesickerwässer in der Kläranlage C*** bestätigen.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens, das als Teil der Privatwirtschaft des Bundes zu werten sei, könne ein rechtskräftiger Bescheid nicht infrage gestellt werden. Die Eignung des Bieters könne nur aufgrund der taxativ aufgelisteten Nachweise beurteilt werden. Der Auftraggeber sei nicht zur Durchführung eines behördlichen Verfahrens zur Genehmigung der gegenständlichen Abfallbehandlungsmethode verpflichtet oder berufen. Im Rahmen des Vergabeverfahrens habe der Auftraggeber auf Basis der Ausschreibungsbestimmungen die Ausschreibungskonformität des Entsorgungskonzeptes und das Vorliegen der erforderlichen Genehmigung zur Behandlung der Deponiesickerwässer zu prüfen. Aufgrund des oben erwähnten Bescheides des Landeshauptmannes vom Oberösterreich sei jedenfalls die angebotene Behandlung in der Kläranlage C*** zulässig.

Die von der Antragstellerin angeführten abfallrechtlichen Überlegungen seien im Vergabeverfahren außer Acht zu lassen. Aufgrund des rechtskräftigen Bescheides fehle es dem Auftraggeber an jeglichem Gestaltungsspielraum, um die als von der zuständigen Behörde zulässig erachtete Behandlungsmethode als Verstoß gegen das AWG zu werten.

Abgesehen davon sei die rechtliche Beurteilung der Antragstellerin unzutreffend, zumal Deponiesickerwässer ihre Abfalleigenschaft im Sinne des AWG verlieren würden, sobald sie in eine Kanalisation (Kläranlage) eingebracht würden. Mit der Einbringung der - wenn auch derzeit - als gefährliche Abfälle mit der Schlüsselnummer 95301 qualifizierten Deponiesickerwässer in die Kanalisationsanlage C*** würden diese ihren Abfallcharakter verlieren und sei daher das AWG nicht mehr anzuwenden. Dazu werde auf die Bestimmung des § 3 Abs. 1 Z 1 AWG verwiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren sei sohin abzuweisen. Weiters wurde mit Schriftsatz vom 7.10.2011 die Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung begehrt.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2011 erhob der **präsumtive Zuschlagsempfänger** begründete Einwendungen. Darin sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 20.10.2011 führte der präsumtive Zuschlagsempfänger im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin die Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 17.6.2011 außer Acht lassen würde. Sein Entsorgungskonzept beruhe auf einem rechtskräftigen Bescheid des Landeshauptmannes vom Oberösterreich und sei somit ausschreibungskonform. Außerdem würden alle anderen für die Behandlung der Deponiesickerwässer erforderlichen rechtskräftigen Genehmigungsbescheide auch hinsichtlich der Kläranlage C*** vorliegen.

Überdies fiel die Frage, ob die Entsorgung von Deponiesickerwässern zwingend nach den Bestimmungen des AWG zu erfolgen habe, nicht in den Kompetenzbereich des Bundesvergabeamtes.

Deponiesickerwässer wären auch nicht zwingend nach den Bestimmungen des AWG zu behandeln. Dies ergebe sich aus der auf dem WRG beruhenden Deponiesickerwasserverordnung, die Emissionsbegrenzungen für die wasserrechtliche Bewilligung der Einleitung von Deponiesickerwässern in eine öffentliche Kanalisation vorschreibe. Deponiesickerwässer seien daher nicht zwingend als Abfall iSd AWG zu qualifizieren. Beim Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden die wasserrechtlichen Einleitbestimmungen der gegenständlichen Deponiesickerwässer aufgrund des

rechtskräftigen Bescheides des Landeshauptmannes vom Oberösterreich eingehalten. Würde der Ansicht der Antragstellerin gefolgt, wonach Deponiesickerwässer von der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 Z 1 AWG nicht erfasst seien, würde kein Raum für die Anwendung der AEV mehr verbleiben. Aus der Formulierung in § 3 Abs. 1 Z 1 AWG "Abwässer einschließlich sonstiger Wässer" ergebe sich eindeutig, dass der Begriff "Abwasser" zwar die aufgezählten "sonstigen Wässer", aber eben nicht nur diese umfasse.

Die dem Bewilligungsbescheid zu Grunde liegende mündliche Verhandlung habe - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht am 24.9.2010, sondern vielmehr am 12.5.2011 stattgefunden. Der Bewilligungsbescheid für die Behandlung der gegenständlichen Sickerwässer sei auch der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde vorgelegt und mit Schreiben vom 20.7.2011, BMLFUW-UW.XXX, genehmigt worden.

Mit Schriftsätzen vom 17.10.2011 und 19.10.2011 brachte die **Antragstellerin** ergänzend vor, dass der Auftraggeber die Bewilligungsbescheide des präsumtiven Zuschlagsempfängers sehr wohl im Rahmen der Eignungsprüfung und im Rahmen der zwingend vorzunehmenden Prüfung der Frage, ob das Angebot "den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspreche", zu prüfen habe.

Außerdem verfüge der präsumtive Zuschlagsempfänger zwar über eine Berechtigung zum Sammeln von Abfällen, nicht jedoch über eine solche zur Behandlung von Abfällen. Auch aufgrund dieser fehlenden Befugnis wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen.

Schlüsselnummern lege der Abfallkatalog der ÖNORM S2100 fest. Diese würden sich ausschließlich auf das Abfallrecht, nicht jedoch auf das Wasserrecht beziehen. Dies ergebe sich auch aus der Abfallverzeichnisverordnung. Nur bei einer abfallwirtschaftsrechtlichen Bewilligung liege eine Verfügung über "schlüsselnummernscharfe Bestätigungen der zuständigen Anlagebehörde" vor. Eine solche könne jedoch der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht vorweisen. Auch die in Anhang 2 zum AWG festgelegten R- oder D-Codes würden ausschließlich im AWG und den dazugehörigen Verordnungen, nicht jedoch im WRG, verwendet. In der

wasserrechtlichen Bewilligung des präsumtiven Zuschlagsempfängers könnte daher weder auf Schlüsselnummern noch auf solche Codes Bezug genommen werden. Bieter hätten jedoch entsprechend der festgelegten Eignungskriterien Eignungsnachweise der "schlüsselnummernscharfen Bestätigung" bzw. die "verbindliche Bestätigung" unter Angabe der genannten Codes unabhängig vom Ergebnis der wasser- bzw. abfallrechtlichen (Un-)Zulässigkeit ihres angebotenen Behandlungskonzeptes zu erbringen. Andernfalls wäre der Bieter auszuscheiden. Der präsumtive Zusatzempfänger sei daher mangels Vorliegen der entsprechenden Nachweise wegen Fehlens der technischen Leistungsfähigkeit auszuscheiden.

Sowohl in den Ausschreibungsunterlagen als auch in der Fragebeantwortung vom 17.6.2011 sei ausdrücklich auf die Einhaltung aller Rechtsvorschriften bei der Leistungserbringung hingewiesen worden. Eine anlagengebundene Bewilligung nach dem Wasserrecht könne zwar den Bestimmungen des WRG entsprechen, eine nach den Ausschreibungsunterlagen erforderliche abfallwirtschaftsrechtliche Bewilligung könne dadurch aber nicht ersetzt werden. Ein Anlagenbetreiber müsse daher für ein und dieselbe Anlage eben über mehrere Bewilligungen nach unterschiedlichen Materiengesetzen verfügen.

Überdies verfüge der präsumtive Zuschlagsempfänger über keine Genehmigung im UVP-Verfahren für die Behandlungsanlage. Eine solche könne auch gemäß § 3 Abs 6 UVP-G 2000 nicht durch andere Bewilligungen ersetzt werden. Eine gefährliche Abfälle behandelnde Anlage sei gemäß § 17 iVm Anhang 1 Z 1 lit b und c UVP-G 2000 idGF jedenfalls bewilligungspflichtig, sodass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Behandlung der Deponiesickerwässer nicht unter Einhaltung aller gesetzlichen Bestimmungen gewährleiste und damit auch den Ausschreibungsunterlagen widerspreche.

In den Ausschreibungsunterlagen sei der Leistungsgegenstand klar mit der Behandlung von Abfällen festgelegt worden. In der europaweiten Bekanntmachung werde beim Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die ordnungsgemäße Behandlung der beschriebenen Abfälle Bezug genommen. Auch die weiteren Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen würden durch die oftmalige Benennung der Deponiesickerwässer als Abfall und durch die Vielzahl an Verweisen

und Bezügen auf das AWG und die dazu ergangenen Verordnungen ausschließlich und unmissverständlich nur eine Einordnung des Leistungsgegenstandes unter die Bestimmungen des AWG zulassen, die gemäß § 37 Abs. 1 leg cit eine Bewilligungspflicht vorsehen würden. Die in § 37 Abs. 2 leg cit vorgesehenen Ausnahmebestimmungen würden im gegenständlichen Fall nicht greifen, da es sich um keine Abfälle, die beim Betrieb einer Kanalisation anfallen würden, handle oder die mit sonstigen kommunalen Abwässern vergleichbar wären.

Daran würden auch die Festlegungen in den Fragebeantwortungen vom 17.6.2011 und 27.6.2011 nichts ändern. In der erstgenannten Fragebeantwortung werde mit keinem Wort erwähnt, von der Einordnung der Deponiesickerwässer als Abfall abzugehen. In der späteren Fragebeantwortung werde sogar bekräftigt, die ausschreibungsgegenständlichen Sickerwässer als gefährlichen Abfall (Schlüsselnummer 95301) einer ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung zuzuführen.

Unzulässiger Weise gehe der Auftraggeber von einer falschen Einordnung der Deponiesickerwässer als Abwasser aus. § 3 Abs. 1 AWG unterscheide klar zwischen Abfällen und Abwässer. Hätte der Auftraggeber eine Abwasserentsorgung als Leistungsgegenstand ausgeschrieben, hätte er ausschließlich den Begriff "Abwässer" in den Ausschreibungsunterlagen verwenden müssen. Durch die Verwendung des Begriffes "Abfall" sei jedoch eindeutig klargestellt, dass es sich nicht um einer Behandlung zuzuführende "Abwässer", die schon begrifflich keine Abfälle seien, handle. Auch das Argument des Auftraggebers, in der Regionalkläranlage C*** würden bereits Industrieabwässer gereinigt, könne nicht überzeugen. Diese Abwässer würden vor ihrer Einleitung in die genannte Regionalkläranlage im Chemiepark XXX vorbehandelt.

§ 3 Abs. 1 Z 1 AWG iVm § 1 Abs. 1 Z 1 bis 4 und Z 6 und Abs. 2 AAEV würden keine Ausnahme von Deponiesickerwässer aus dem Geltungsbereich des AWG begründen. § 3 Abs. 1 Z 1 AWG sei daher auf Deponiesickerwässer nicht anzuwenden. Auch die parlamentarischen Materialien könnten den klaren Gesetzeswortlaut nicht widerlegen. Diese könnten lediglich im Fall von Unklarheiten

oder Lücken im Gesetzestext zur Interpretation herangezogen werden. Solche würden jedoch nicht vorliegen.

Würde - unzutreffenderweise - von einer Einstufung der Deponiesickerwässer als Abwässer ausgegangen werden, wäre vom Auftraggeber im Rahmen seiner Angebotsprüfung sicherzustellen, dass das Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers die AVE Deponiesickerwasser, BGBl II Nr. 263/2003 idF BGBl II Nr. 103/2005, einhalte. Mit Schreiben vom 8.9.2010 habe der Landeshauptmann von Oberösterreich jedoch ausgeführt, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger entsprechend dem Entsorgungskonzept zur Leistungserbringung vorgesehene Anlage die Vorgaben der Abwasseremissionsverordnung Deponiesickerwasser, BGBl II Nr. 263/2003, nicht erfülle. Das Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers widerspreche somit jedenfalls den zwingenden Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, selbst wenn - unzutreffend - von einer Zulässigkeit der Behandlung von Deponiesickerwässer in einer ausschließlich nach wasserrechtlichen Bestimmungen bewilligten Anlage ausgegangen würde.

In den Prüfrahmen des Bundesvergabeamtes würde sehr wohl die Klärung der Fragen fallen, ob das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von einem befugten, technisch leistungsfähigen Unternehmer stamme, bzw. ob dessen Angebot den Ausschreibungsunterlagen entspreche. Entgegen der Rechtsansicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe das Bundesvergabeamt dabei auch andere als vergaberechtliche Fragen zu beurteilen.

Am 8.11.2011 fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin schränkte der Antragstellervertreter den Antrag, das Bundesvergabeamt möge "der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr sowie aller weiteren Gebühren einschließlich jener für das Provisorialverfahren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides zu Handen des Antragstellervertreters auferlegen (§ 19a RAO)" insofern eine, als er den Ersatz der Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren und für das Provisorialverfahren binnen 14 Tagen begehrt.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger führte zu seinem Entsorgungskonzept aus, dass das Deponiesickerwasser aus dem Sickerwasserbecken herausgesaugt, mit einem LKW (Saugwagen) das Abwasser von der ehemaligen Deponie Faltinger zum Pumpwerk XXX transportiert, dort eingebracht und über eine Druckleitung zur Regionalkläranlage C*** weitergeführt werde. Dort fließe es über die mechanische Reinigung in die biologische Stufe, wobei die Abwasserinhaltsstoffe abgebaut würden. Nach der biologischen Stufe fließe das gereinigte Abwasser in den Vorfluter Donau.

Der Auftraggeber verwies hinsichtlich Pkt. 3.5.1 des Informationsteils bezüglich der Anlagenkapazitäten (siehe 2.) auf den Bescheid Wa-2011-XXX vom 16.5.2011. Aus Seite 2 Pkt. 2 würden sich die Kapazitäten ergeben, die den ausgeschriebenen Anforderungen entsprächen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge:

Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 leg cit (Dienstleistungs-Kategorie 16 des Anhangs III zum BVergG), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert ist nach den Angaben des Auftraggebers dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG und ist insoweit zulässig. Das Verfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat mit Schriftsatz vom 12.10.2011 fristgerecht begründete Einwendungen erhoben. Ihm kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zu.

2. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

2.1. Zu Spruchpunkt I.:

In der europaweiten Bekanntmachung der Ausschreibung, Punkt II.2.2.1, ist festgehalten, dass das diskontinuierlich anfallende Deponiesickerwasser gemäß Abfallverzeichnisverordnung BGBl II 2008/498 idgF der SN 95301 "Sickerwässer aus Abfalldeponien mit gefährlichen Inhaltsstoffen" bzw. Abfallcode 190702 "Deponiesickerwasser, das gefährliche Stoffe enthält", zugeordnet wurde.

Gemäß Punkt 1.3.1 des Informationsteiles umfassen die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen (soweit verfahrensrelevant):

(..)

4.) **Räumung bzw. Aufnahme** der im gegenständlichen Sickerwasserbecken anfallenden Deponiesickerwässer.

5.) **Transport** zu den vom Bieter vorgesehenen Behandlungsanlagen.

6.) **Ordnungsgemäße endgültige Behandlung** (gem. Begriffsbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes gem. § 2 Abs. 5 Zif. 1 iVm Anhang 2 sowie Zif. 2 (AWG, BGBl I 2002/102 idgF) in den vom Bieter vorgesehenen Behandlungsanlagen.

(...)

Punkt 1.4.3 des Informationsteiles lautet:

"Vom Bieter ist ein Entsorgungskonzept zu erstellen und mit dem Angebot vorzulegen, das den jeweiligen Entsorgungspfad aufweist, welcher allenfalls erforderliche Vorbehandlungsschritte (z.B. Vorbehandlung, Zwischenlagerungen) bis hin zur endgültigen ordnungsgemäßen Behandlung gemäß den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002 enthält. Das Entsorgungskonzept ist unter Berücksichtigung des Formblattes 4 der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage zu erstellen.

Anzuführen sind die einzelnen Mengenströme zu den vorgesehenen Anlagen. Als ordnungsgemäße endgültige Behandlung ist der vollständige Abschluss der Behandlung, allenfalls auch über mehrere Behandlungsschritte, für die Sickerwässer zu verstehen.

Eine Vorbehandlung stellt für sich alleine **keinesfalls** die ausschreibungsgemäß geforderte endgültige Behandlung dar. Die Anforderungen, die bei der Konzeption des Entsorgungskonzepts zu beachten sind, sind unter Pkt. 3.5 angeführt. **Sofern der Bieter nicht selbst als Anlagenbetreiber auftritt, sind verbindliche Subunternehmer-Erklärungen von Anlagebetreibern den Ausschreibungsunterlagen gemäß den Bestimmungen des Punktes 2.13 beizulegen."**

Punkt 2.26 "Rechtliche Rahmenbedingungen" des Informationsteiles lautet:

"Bei der Angebotslegung hat der Bieter sämtliche gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten. Insbesondere sind dies:

2.26.1 Abfallwirtschaftsrechtliche Bestimmungen

Für die gesamte Auftragsdurchführung gelten die einschlägigen Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002, BGBl I 2002/102 idgF) insbesondere § 2 Abs. 5 Z 1 iVm Anhang 2 und Zif. 2, 24, 37 ff AWG einschließlich §§ 5-7 Abfallnachweisverordnung idgF bzw. §§ 74-77, 84a ff GewO (Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr. 194 i.d.g.F.), samt dazu erlassener Verordnungen sowie bei grenzüberschreitender Verbringung

Punkt 3.2.3 "Einzelne erforderliche Befugnisse" des Informationsteiles lautet:

"Der Bieter hat über sämtliche gewerbe- und berufsrechtliche Befugnisse zu verfügen, die zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen erforderlich sind, dabei sind insbesondere die nachfolgenden Tätigkeiten zu bedenken:

- **Nachweis der Befugnis "Abfalltransport"**

Der Bieter/Bietergemeinschaft/Subunternehmer muss für alle aus den Ausschreibungsunterlagen und den einsehbaren Unterlagen ableitbaren Abfälle zum Abfalltransport gem. den einschlägigen rechtlichen Bedingungen (z.B. europäisches Übereinkommen über die internationale Beförderung gefährlicher Abfälle) berechtigt sein.

Der Bieter hat daher als Nachweis mit dem Angebot zumindest für folgende Schlüsselnummern gem. Abfallverzeichnisverordnung (AVVO) BGBl II Nr. 498/2008 die Befugnis für den Abfalltransport vorzulegen:

- Schlüsselnummer 95301 bzw.
- Abfallcode 190702

Die geforderten Nachweise sind durch entsprechende Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzuliegen.

(...)

- **Nachweis der Befugnis für das "Sammeln und/oder Behandeln von gefährlichen Abfällen"**

Der Bieter/Bietergemeinschaft/Subunternehmer hatte zusätzlich den Nachweis zu führen, dass er/sie für (gefährliche) Abfälle der nachfolgend angeführten Schlüsselnummern als befugter Abfallsammler oder Abfallbehandler im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG, BGBl I 2002/102 idgF) selbst auftreten kann, da der Auftraggeber die nachfolgend angeführten gefährlichen Abfälle mit dem Zeitpunkt der Aufnahme des Sickerwasser auf den Lkw an den Auftragnehmer übergeben wird, womit zu diesem Zeitpunkt (nachgewiesen mittels Begleitschein) der Abfallbesitzer-Status gem. AWG vom Auftraggeber an den Auftragnehmer übergeht (siehe dazu Festlegungen gem. Punkt 2 des Informationsteils). Der Auftragnehmer übernimmt somit die Abfälle im Sinne des § 18 AWG 2002 beim Sickerwasserbecken und bestätigt deren Übernahme. Mit dieser Bestätigung der Übernahme der gefährlichen Abfälle gehen die Behandlungspflichten auf den Auftragnehmer über.

- Schlüsselnummer 95301 bzw.
- Abfallcode 190702

Eine Substituierung der dafür gem. AWG erforderlichen Berechtigungen durch Subunternehmer ist nur insofern zulässig, als dies nicht die oben angegebene Vorgangsweise zur Übernahme der Abfälle im Sinne des § 18 AWG 2002 bei Aufnahme des Sickerwasser auf den Lkw beim Sickerwasserbecken ausschließt. Der Bieter hat mit dem Angebot eine Erklärung vorzulegen, dass der Übergang des Abfallbesitzer-Status bei der Aufnahme des Sickerwassers auf den LKW beim Sickerwasserbecken an den Auftragnehmer/seinen Subunternehmer erfolgen kann.

Die geforderten Nachweise sind durch entsprechende Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzulegen.
(...)"

Punkt 3.5. "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" des Informationsteiles lautet:

"3.5.1. Nachweis über genehmigte Anlagen

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hat der Bieter den Nachweis über genehmigte Anlagen gemäß Entsorgungskonzept zur Behandlung, sowie genehmigte Abfallzwischenlager, über die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Angebotslegung jeweils bis zu dem von ihm anzugebenden Zeitpunkt der Vornahme der Beseitigung oder Verwertung verfügt, oder bei der Ausführung verfügen wird, **durch Vorlage der Anlagenehmigungsbescheide**, aus denen die rechtlichen und technischen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Behandlung der beschriebenen Abfälle hervorgeht, zu erbringen.

Die geforderten Nachweise sind durch entsprechende Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzulegen.

Beizubringen sind:

1. Vorzugsweise schlüsselnummernscharfe Bestätigungen der zuständigen Anlagenbehörde oder aber verbindliche Bestätigungen eines behördlich bestätigten Aufsichtsorgans aus denen hervorgeht:
 - Die rechtliche Zulässigkeit der vorgesehenen Behandlung der im Entsorgungskonzept zugeordneten Abfallart.
 - Die verfahrenstechnische Charakteristik des in der Betriebsanlage zugelassenen Behandlungsverfahrens unter Verwendung der in Anhang 2 des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, verwendeten Codes (R- oder D-Code). Dies umfasst in Zweifelsfällen auch die Verpflichtung des Mieters zur Erbringung des Nachweises, dass es sich bei dem von ihm vorgeschlagenen Behandlungsverfahren um ein in Anhang 2 des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, angeführtes Verfahren unter Angabe der jeweiligen Code- Nummer handelt.
 - Der Nachweis über den ordnungsgemäßen Betrieb.
2. Verbindliche Angaben (Zustimmungserklärung des Anlagenbetreibers/ Subunternehmererklärung), dass für die ordnungsgemäße Beseitigung (D, gemäß den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, Anhang 2) oder Verwertung (R, gemäß den Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, Anhang 2) der gegenständlichen Abfälle in den angegebenen Mengen ausreichende Anlagenkapazitäten zur Verfügung stehen. Dazu sind bei jeder einzelnen Anlage Angaben über die frei verfügbare Durchsatzleistung (unter Berücksichtigung und Bekanntgabe von Zwischenlagerkapazitäten) anzuführen.
3. Anlagen, deren Genehmigung während der Projektlaufzeit endet, können genannt werden, sofern eine ausreichende Entsorgungskapazität bei anderen vom Bieter genannten Anlagen im Nachfolgezeitraum nachgewiesen wird.

Nachträgliche Änderungen der bekannt gegebenen Anlagen sind nur gegen gleichwertige Anlagen und nur mit Zustimmung des AG möglich.

Diese Anforderungen treffen auch sinngemäß dann zu, wenn eine grenzüberschreitende Verbringung gem. Punkt 3.5.2 vorgesehen ist.

Für jede angeführte Behandlungsanlage sind die wichtigsten Daten im Formblatt 3 einzutragen und die entsprechenden Unterlagen (Bescheide, Nachweise etc.) beizulegen."

Im Rahmen mehrerer Fragebeantwortungen hat der Auftraggeber während der Angebotsfrist folgende Festlegungen getroffen:

- mit Fragebeantwortung vom **10. Juni 2011**:
"(...) Allgemein gilt jedoch, dass die angebotene Abfallbehandlung folgende Voraussetzungen zu erfüllen hat:
 - gesicherte Behandlung der Abfälle unter Berücksichtigung der vorgegebenen Parameter.
 - Behandlungsanlagen sowie Behandlungsmethoden müssen bei Angebotsabgabe rechtskräftig genehmigt sein
 - Kalkulation muss plausibel sein, insbesondere auch die Kalkulation der Behandlung der Abfälle."

- Mit Fragebeantwortung vom **17. Juni 2011** (auf die Frage: "In Ergänzung zu der Frage nach dem zulässigen Entsorgungskonzept wird hinterfragt, ob eine Behandlung ausschließlich nach den Regeln des AWG gefordert ist"):
"Den Ausschreibungsunterlagen ist keine Behandlung der gegenständlichen Deponie Sickerwässer ausschließlich nach den Bestimmungen des AWG zu entnehmen. Denkbar ist auch eine Behandlung nach dem Wasserrechtsgesetz, sofern dies all den gesetzlichen/Rahmenbedingungen entspricht und entsprechend rechtskräftige Bescheide für die angebotene Entsorgung ausgehend von der Entnahme des Deponiesickerwassers bei der Deponie Faltinger bis hin zur rechtskonformen Behandlung sichergestellt ist. Ob und inwieweit ein Entsorgungskonzept allen rechtlichen Vorschriften entspricht, kann erst nach Angebotsabgabe unter Berücksichtigung des konkreten Entsorgungskonzepts und der vorgelegten rechtskräftige Bescheide beurteilt werden. Soweit jedoch die Ausschreibungsunterlagen auf eine Entsorgung/Behandlung gemäß "AWG" verweisen (vgl. z.B. Punkt 1.4.3 bzw. 1.3.1 Z 6) ist dieser Verweis auf das AWG lediglich beispielhaft gemeint und steht stellvertretend für jedwede Rechtsvorschrift, nach der die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwässer zulässig ist."

- Mit Fragebeantwortung vom **27. Juni 2011**:
"Ausschreibungsgegenständliche Sickerwässer werden bis dato mit Begleitschein für gefährlichen Abfall (Schlüsselnummer 95301) einer ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung zugeführt."

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass weder die Ausschreibung noch die Fragebeantwortungen, die gemäß § 2 Z 16 lit. a sub. lit. aa) BVergG sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und somit gesondert anfechtbare Entscheidungen darstellen, angefochten wurden und somit bestandfest sind.

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des

redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva.). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. VwGH 1.7.2010, 2006/04/0139).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Bewerber/Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 2 Z 3 Rz 8 zur insoweit vergleichbaren Situation der Interpretation des Angebotes).

Dies gilt auch für sämtliche Willenserklärungen der Parteien (vgl. VwGH 19.11.2008, 2007/04/00118; 25.1.2011, 2006/04/0200 u.a.).

Nach dem Gesagten ist auf Folgendes hinzuweisen:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Ausschreibungsunterlage - wie die Antragstellerin vorbringt - eine zwingende Behandlung in einer nach dem AWG genehmigten Behandlungsanlage fordert. Mit der Antwort vom **17.6.2011** auf die Frage eines Bieters, ob eine Behandlung ausschließlich nach den Regeln des AWG gefordert sei, hat der Auftraggeber während offener Angebotsfrist bestandfest festgelegt, dass auch eine Behandlung nach dem Wasserrechtsgesetz denkbar ist, sofern dies allen gesetzlichen/Rahmenbedingungen entspricht und entsprechend rechtskräftige Bescheide für die angebotene Entsorgung ausgehend von der Entnahme des Deponiesickerwassers bei der Deponie Faltinger bis hin zur rechtskonformen Behandlung vorliegen. Ebenso hat der Auftraggeber bestandfest

festgelegt, dass jeder Verweis in den Ausschreibungsunterlagen auf eine Entsorgung/Behandlung gemäß AWG lediglich beispielhaft zu verstehen ist und stellvertretend für jedwede Rechtsvorschrift steht, nach der die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwasser zulässig ist. Aus dem eindeutigen Wortlaut der Fragebeantwortung vom 17.6.2011 ergibt sich, dass somit die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwasser nicht zwingend in einer nach dem AWG genehmigten Anlage zu erfolgen hat.

Das Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers sieht die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwasser in seiner eigenen Regionalkläranlage C*** vor. Das Konzept sieht ausdrücklich die Entsorgung von Abwässern (Deponiesickerwasser) vor. Das Deponiesickerwasser soll aus dem Sickerwasserbecken herausgesaugt, mit einem LKW (Saugwagen) sodann das Abwasser von der ehemaligen Deponie Faltinger zum Pumpwerk XXX transportiert und dort direkt in die Pumpvorlage eingebracht werden. Gemeinsam mit zufließenden Abwässern aus der Kanalisation soll ein sofortiges Abpumpen erfolgen. Die Abwässer sollen über eine Druckleitung, ausgehend vom Pumpwerk bis zum Zulaufbauwerk der Regionalkläranlage C***, transportiert werden. Dort fließe es, laut Aussage des präsumtiven Zuschlagsempfängers in der mündlichen Verhandlung, über die mechanische Reinigung in die biologische Stufe, wobei die Abwasserinhaltsstoffe abgebaut würden. Nach der biologischen Stufe fließe das gereinigte Abwasser in den Vorfluter Donau.

Dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers liegt u.a. der rechtskräftige Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung in erster Instanz vom **16.5.2011**, GZ Wa-2011-XXX, bei. Darin wurde der B*** die **wasserrechtliche Bewilligung** zur Übernahme von Deponiesickerwasser aus der ehemaligen Deponie "Faltinger" in Katsdorf, beim Pumpwerk "XXX" in ihre eigene Kanalisationsanlage und die Einleitung in die Donau, nach erfolgter Reinigung der Deponiesickerwasser in der Regionalkläranlage C*** erteilt. Dieser Bescheid, der entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht auf der mündlichen Verhandlung vom 8.9.2010, sondern vielmehr auf der mündlichen Verhandlung vom 12.5.2011 basiert, nimmt ausdrücklich auf die gegenständliche Deponiesickerwasserentsorgung unter Berücksichtigung aller Schadstoffwerte

Bezug. Die wasserrechtliche Bewilligung wurde bis zum 1. Juni 2017 befristet, jedoch maximal für eine Dauer von 5 Jahren ab der erstmaligen Aufnahme der Einleitung, erteilt. Damit erfüllt das Angebot jedenfalls die in Punkt 6.1 des Informationsteiles genannte Vertragslaufzeit von 5 Jahren.

Wie in diesem Bescheid festgestellt, sollen - wie auch im gegenständlichen Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorgesehen - die Deponiesickerwässer antragsgemäß beim Pumpwerk XXX in die Kanalisationsanlage der B*** eingebracht und über eine Druckleitung zur Regionalkläranlage C*** geleitet werden. Im Zuge dieses Vorganges kommt es zu einer Vermischung mit kommunalen Abwässern. Dieser Bescheid basiert auf den Grundlagen der §§ 9, 11-15, 21., 30-33, 33b, 50, 72,99, 102, 105 und 111 Wasserrechtsgesetz 1959 BGBl. Nr. 215/1959 idF BGBl I Nr. 14/2011 (WRG) sowie der Allgemeinen Abwasseremissionsverordnung, BGBl Nr. 186/1996 (AAEV) und der AEV Deponiesickerwasser BGBl II Nr. 263/2003 idF BGBl II Nr. 103/2005. Die Einleitung der gegenständlichen Sickerwässer mit der gegenständlichen Belastung wurde somit unter Berücksichtigung der AEV Deponiesickerwässer und der Allgemeinen Abwasseremissionsverordnung genehmigt.

"Von der Behörde wurden bei der Erlassung dieses Bescheides zusammenfassend und ergänzend folgende Umstände in Erwägung gezogen: (...)Eine regelmäßige Entleerung des Sammelbeckens, in dem die Sickerwässer zusammenfließen, ist aber zur Vermeidung unmittelbarer Gefährdungen erforderlich. Die Entsorgung der Sickerwässer wird daher seit Jahren auf Kosten des Bundes durchgeführt. Die Sickerwässer werden als Abfall entsorgt, wofür jährlich Entsorgungskosten von durchschnittlich rund 100.000 Euro anfallen. Schon seit Jahren bemühen sich die oberösterreichischen Behörden, eine für die Allgemeinheit günstigere und dennoch mit den Schutzziele des Umweltrechts vereinbare Lösung für die Entsorgung der Deponiesickerwässer zu finden.

Dabei hat sich gezeigt, dass eine Einbringung dieser Sickerwässer in die Kanalisationsanlage in der B*** und eine Reinigung in der Regionalkläranlage C*** die derzeit günstigste Lösung darstellt. Der Entsorgungsweg vom Sammelbecken der Deponie bis zum möglichen Einbringungspunkt in die Kanalisationsanlagen, dem Pumpwerk XXX, beträgt nur rund XX km und ist bei Weitem kürzer als die Verbringung zu den nächst möglichen Abfallbehandlungsanlagen (z.B. XX oder XX). Durch die Größe der Regionalkläranlage C*** und aufgrund des Umstandes, dass diese Kläranlage besonders an die Reinigung von Industrieabwässern mit einem hohen Gehalt an schwer abbaubaren Stoffen adaptiert ist, ist eine im wesentlichen entsprechende Reinigung sichergestellt und jedenfalls gewährleistet, dass es zu keinerlei nachteiligen Auswirkungen auf Gewässer oder andere Schutzgüter kommt.

Die Sickerwassermengen und die damit verbundenen Schmutzfrachten machen nur einen ganz geringen Bruchteil der insgesamt in der Regionalkläranlage behandelten Abwassermengen und Schmutzfrachten aus. Messbare Auswirkungen auf den Kläranlagenbetrieb oder den Kläranlagenablauf oder gar auf den betroffenen Vorfluter Donau sind auszuschließen. (...)" (siehe Seite 14f des zitierten Bescheides).

Der gegenständliche Bescheid wurde gemäß § 33b Abs. 10 WRG 1959 dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vorgelegt. Dieser stimmte mit Schreiben vom 20.7.2011, GZ BMLFUW-UW.XXX, der befristeten Überschreitung (bis zum 1. Juni 2017, jedoch maximal für eine Dauer von 5 Jahren ab der erstmaligen Aufnahme der Einleitung) des Parameters CSB im fiktiven Teilstrom des Sickerwassers aus der ehemaligen Deponie Faltinger zu.

§ 3 Abs. 1 Z 1 AWG idF **BGBI I Nr. 115/2009** lautete:

Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Stoffe, die in Übereinstimmung mit den wasserrechtlichen Vorschriften in Gewässer oder in eine Kanalisation eingebracht werden.

Mit der Richtlinie 2008/98/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien ("neue Abfallrahmenrichtlinie") wurden die bisherige Abfallrahmenrichtlinie, Richtlinie 2006/12/EG, die Richtlinie über gefährliche Abfälle, Richtlinie 91/689/EWG und die Altölrichtlinie, Richtlinie 75/439/EWG, überarbeitet und ersetzt. Diese RL wurde im Abfallwirtschaftsgesetz 2002, idF **BGBI I Nr. 9/2011**, umgesetzt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 AWG, BGBI I Nr. 9/2011, sind keine Abfälle im Sinne dieses Bundesgesetzes Abwasser einschließlich sonstiger Wässer, die in § 1 Abs. 1 Z 1 bis 4 und Z 6 und Abs. 2 der Verordnung über die allgemeine Begrenzung von Abwasseremissionen in Fließgewässer und öffentliche Kanalisationen (AAEV), BGBI. Nr. 186/1996, genannt sind.

Sickerwasser aus Abfalldeponien ist ausdrücklich in § 1 Z 5 der AAEV genannt. Sickerwasser aus Abfalldeponien ist somit zwar nicht explizit vom Geltungsbereich des AWG ausgenommen, diese Einschränkung des § 1 AAEV erfasst jedoch lediglich den Begriff "sonstige Wässer". Der Schluss, dass Deponiesickerwasser somit - wie die Antragstellerin vermeint - jedenfalls dem AWG unterliegt, kann daraus jedoch nicht gezogen werden.

Gemäß § 32 Abs. 1 1. Satz WRG 1959 idgF sind Einwirkungen auf Gewässer, die unmittelbar oder mittelbar deren Beschaffenheit (§ 30 Abs. 3) beeinträchtigen, nur nach wasserrechtlicher Bewilligung zulässig.

Gemäß § 32 Abs. 2 lit. a leg.cit. bedarf die Einbringung von Stoffen in festem, flüssigem oder gasförmigem Zustand in Gewässer (Einbringungen) mit den dafür erforderlichen Anlagen einer wasserrechtlichen Bewilligung.

Gemäß § 33b leg.cit. sind bei der Bewilligung von Abwassereinleitungen in Gewässer oder in eine bewilligte Kanalisation Emissionsbegrenzungen vorzuschreiben.

Gemäß § 33b Abs. 3 leg.cit hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft durch Verordnung unter Bedachtnahme auf die wasserwirtschaftlichen Verhältnisse, auf den Stand der Abwasserreinigungstechnik sowie unter Bedachtnahme auf die Möglichkeiten zur Verringerung des Abwasseranfalls Emissionswerte in Form von Grenzwerten oder Mittelwerten für Konzentrationen oder spezifische Frachten festzulegen.

Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat die Verordnung über die Begrenzung von Sickerwasseremissionen aus Abfalldeponien (AEV Deponiesickerwasser), BGBl II Nr. 263/2003 idF BGBl II Nr. 103/2005, auf der Grundlage der §§ 33b Abs. 3, 4, 5 und 7 sowie 33c WRG 1959 erlassen, welche in § 1 Abs. 2 leg.cit. Emissionsbegrenzungen bei der wasserrechtlichen Bewilligung einer Einleitung von Deponiesickerwasser in ein Fließgewässer oder in eine öffentliche Kanalisation vorschreibt. Diese Emissionsbegrenzungen sind im Anhang A leg.cit. festgelegt.

Würde man der Ansicht der Antragstellerin folgen, dass jedwede Einleitung von Deponiesickerwasser in öffentliche Kanalisationsanlagen dem Abfallrecht unterliege, wäre die AEV Deponiesickerwasser ihrer Wirksamkeit entkleidet. Dies kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass in den Gesetzesmaterialien zur AWG-Novelle, Nr. 1005 der Beilagen XXIV. GP 16f, zu § 3 Folgendes festgehalten ist:

"Die neue Abfallrahmenrichtlinie ändert bestehende Ausnahmen und schafft neue Ausnahmen vom Abfallrecht. Es werden daher entsprechend den Ausnahmeregelungen der neuen Abfallrahmenrichtlinie eine Ausnahme für Sedimente im AWG 2002 ergänzt, sowie Formulierungen für Abgase, tierische Nebenprodukte und Abwässer angepasst. Weiters wird im Einleitungsteil klargestellt, dass diese Materialien nicht als Abfall im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten.

Abwasser:

Die Ausnahme 'Abwasser' in der neuen Abfallrahmenrichtlinie ist weiter zu verstehen als der Begriff 'Abwasser' in der Allgemeinen Abwasseremissionsverordnung (Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft über die allgemeine Begrenzung von Abwasseremissionen in Fließgewässer und öffentliche Kanalisationen (AAEV), BGBl. Nr. 186/1996). Von dieser Ausnahme werden daher dem Geltungsbereich der AAEV unterliegende Wässer und auch solche, die vom Geltungsbereich der AAEV ausgenommen sind, umfasst sein.

Die neue Formulierung wird keine Änderung der derzeitigen Rechtslage herbeiführen, sondern klarstellen, dass die Ausnahme im AWG 2002 entsprechend der Ausnahme in der neuen Abfallrahmenrichtlinie jede Art von verunreinigtem Wasser, das heißt in der Produktion eingesetztes Wasser als auch zB Niederschlagswasser, wie Regen oder Schnee, umfasst. Nicht unter die Ausnahmebestimmung fallen Stoffe, die aus dem Abwasser herausgefiltert wurden, wie zB Klärschlamm. Zu unterscheiden ist Abwasser weiters von Flüssigkeiten, die Abfall sind (flüssiger Abfall) zB flüssige Produktionsabfälle; halogenorganische Lösemittel, Waschflüssigkeiten und Mutterlaugen; chromhaltige Gerbereibrühe; Lösungen und Schlämme aus der Regeneration von Ionenaustauschern.

In Abfallbehandlungsanlagen anfallendes Abwasser, das in der Behandlungsanlage abgeleitet oder gesammelt wird, ist jedoch Teil der Abfallbehandlungsanlage zB Anlage zur Ableitung von Niederschlagswässern im Rahmen einer Abfallbehandlungsanlage. Ebenfalls ist die Behandlung von Sickerwasser aus Deponien Teil der Abfallbehandlung bis das Sickerwasser den wasserrechtlichen Einleitbestimmungen entspricht." (Anmerkung: Unterstreichungen nicht im Original)

Wie den Erläuterungen eindeutig zu entnehmen ist, soll es mit der Neuformulierung des § 3 Abs. 1 Z 1 AWG 2002 zu keiner Änderung der derzeitigen Rechtslage kommen. Deponiesickerwässer, die in eine Kanalisationsanlage entsprechend den wasserrechtlichen Vorschriften eingeleitet werden, sind somit keine Abfälle, sondern Abwasser. Das gegenständliche Deponiesickerwasser, das nach erfolgter Reinigung in der Regionalkläranlage C*** in den Vorfluter Donau geleitet wird, wurde auch von der Wasserrechtsbehörde als "Abwasser" qualifiziert. Abwasser ist jedoch kein Abfall iSd § 3 Abs. 1 Z 1 AWG 2002.

Dem Einwand der Antragstellerin, der EuGH habe - zwar noch zur alten ARRL - festgestellt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber "Abwässer" als Abfälle qualifiziert habe, ist entgegenzuhalten, dass sich das Urteil des EuGH in der Rs C-252/05, *Thames Water Utilities*, nicht auf die Einleitung von Deponiesickerwasser in die Kanalisation, sondern vielmehr auf Abwasser, das aus einem Kanalisationsnetz, das von einem öffentlichen Unternehmen der Abwasserbehandlung in Anwendung der Richtlinie 91/271/EWG des Rates vom 21. Mai 1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser und der zu deren Umsetzung erlassenen Rechtsvorschriften betrieben wird, austritt, bezieht. Der EuGH hat sohin lediglich den Austritt von Abwasser aus der einem Kanalisationsnetz als Abfall qualifiziert.

Eine abfallrechtliche Bewilligung ist somit nach dem vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegten Entsorgungskonzept nicht erforderlich. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bedarf somit auch die Regionalkläranlage keiner Genehmigung nach § 37 ff AWG 2002.

Diese Rechtsansicht wird überdies auch vom Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft geteilt. Dieses hat mit Rundschreiben vom 20.9.2011, GZ BMLFUW-UW.XXX folgende Rechtsansicht zu den Ausnahmetatbeständen des § 3 Abs. 1 Z 1 Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (AWG 2002) mitgeteilt:

"§ 3 Abs 1 Z 1 AWG 2002 - Ausnahme Abwasser in Bezug auf Sickerwasser aus Deponien und Senkgrubeninhalte

(...)

Deponiesickerwässer

Sickerwässer aus Deponien, welche in § 1 Abs. 1 Z 5 AAEV genannt sind, sind nicht in allen Fällen vom Geltungsbereich des AWG 2002 ausgenommen. Es ist bei Sickerwässern aus Deponien daher zu unterscheiden, ob ein Abwasser im Sinne des oben angeführten allgemeinen Begriffs des § 3 Abs. 1 Z 1 AWG 2002 oder ein (flüssiger) Abfall vorliegt:

Sickerwässer aus Deponien, die entsprechend den Vorschriften des WRG 1959 bzw. den diesbezüglichen Abwasseremissionsverordnungen - allenfalls nach Vorreinigung - in eine Kanalisation im Sinne der IEV, BGBl II Nr. 222/1998 bzw. in ein Fließgewässer eingeleitet werden, sind als Abwasser anzusehen.

Bei der Bewilligung der Einleitung kommt, je nach Deponieunterklasse, die AEV Deponiesickerwasser, BGBl II Nr. 263/2003 in der Fassung BGBl II Nr. 103/2005, oder die AAEV zur Anwendung.

Werden Sickerwässer aus einer Deponie z.B. in einer ausschließlich dafür vorgesehenen Vorreinigungsanlagen behandelt und danach in den Vorfluter (direkte Einbringung) oder in eine Kanalisation (indirekte Einbringung) eingebracht, sind diese Sickerwässer als Abwasser anzusehen.

Bei der indirekten Einbringung ist auch eine Einleitung durch Transport per Tankwagen in eine kommunale Kläranlage (öffentliche Kanalisation) oder eine betriebliche Kläranlage (nicht öffentliche Kanalisation) möglich. Auch in diesem Fall handelt es sich bei den Sickerwässer um Abwasser.

Alle übrigen Sickerwässer sind als Abfall anzusehen. So ist zB Sickerwasser, das einer Abfallbehandlungsanlage (zB. chemisch/physikalischen Anlage) zugeführt wird (dies kann auch mittels Tankwagen erfolgen) und in der Folge gemeinsam mit anderen flüssigen Abfällen behandelt wird, Abfall.

Bei der Bewilligung der Einleitung der Abwässer der Abfallbehandlungsanlage in eine Kanalisation im Sinne der IEV, BGBl II Nr. 222/1998, oder in ein Fließgewässer kommt die AEV Abfallbehandlung, BGBl II Nr. 9/1999, zur Anwendung. (...)"

Nach Aufforderung durch den Auftraggeber übermittelte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 25.8.2011 diesem zur Nachweisführung der Anlagenbewilligung die letztgültige wasserrechtliche Bewilligung der Regionalkläranlage C*** (Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich, GZ Wa-XXX vom 11.8.2005 samt Verhandlungsschrift).

Wie die Antragstellerin selbst zugesteht, verfügt der präsumtive Zuschlagsempfänger über die Erlaubnis für die Sammlung von gefährlichen Abfällen mit der Schlüsselnummer 95301 (siehe Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich, GZ UR-XXX vom 20.4.2009), wie in Punkt 3.2.3 des Informationsteils (Nachweis eines "befugten Abfallsammlers oder Abfallbehandlers iSd Abfallwirtschaftsgesetzes 2002") gefordert. Ebenso wurde der rechtskräftige Bescheid des Landeshauptmanns von Oberösterreich vom 16. Mai 2011 vorgelegt, der sich ausdrücklich auf die Entsorgung der gegenständlich ausgeschriebenen Deponiesickerwässer der ehemaligen Deponie Faltinger, unter Bezugnahme auf die konkret zu erwartenden Emissionswerte, bezieht. Damit wurde der Vorgabe einer vorzugsweisen schlüsselnummernscharfen Bestätigung der zuständigen Anlagenbehörde, wie in Punkt 3.5.1 des Informationsteils gefordert, jedenfalls entsprochen.

Der Auftraggeber legte mit seiner Fragebeantwortung vom 17.6.2011 unmissverständlich fest, dass jeder Verweis in den Ausschreibungsunterlagen auf eine Entsorgung/Behandlung gemäß AWG lediglich beispielhaft zu verstehen ist und stellvertretend für jedwede Rechtsvorschrift steht, nach der die Behandlung der gegenständlichen Deponiesickerwässer zulässig ist.

Da eine Entsorgung nach dem oben Gesagten jedoch auch allein nach den Bestimmungen des WRG 1959 zulässig ist, entfällt auch die Verpflichtung zur Vorlage einer verbindlichen Bestätigung, aus der die verfahrenstechnische Charakteristik des in der Betriebsanlage zugelassenen Behandlungsverfahrens unter Verwendung der in Anlage 2 des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002, BGBl I Nr. 102/2002, verwendeten Codes (R- oder D-Code) hervorgeht. Die in Punkt 3.5.1 Z 2 des Informationsteiles geforderten Angaben bezüglich der ausreichenden Anlagenkapazitäten ergibt sich aus dem Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 16.5.2011, GZ Wa-2011-XXX, worin dieser unter Spruchpunkt I. 2 erkannte, dass Sickerwässer in einem Ausmaß von maximal XXX eingeleitet werden dürfen.

Zum weiters vorgebrachten Einwand der Antragstellerin, der präsuntive Zuschlagsempfänger verfüge über keine zwingend erforderliche UVP-Genehmigung gemäß § 17 iVm Anhang 1 Z 1 lit b und c UVP-G ist Folgendes anzumerken:

Anhang 1 Z 1 lit b und c UVP-G idF der Novelle 2009, BGBl I 2009/87, lauten:

	UVP	UVP im vereinfachten Verfahren	
	Spalte 1	Spalte 2	Spalte 3
	Abfallwirtschaft		
Z 1	b) Anlagen zur biologischen, physikalischen oder mechanisch-biologischen Behandlung von gefährlichen Abfällen mit einer Kapazität von mindestens 20 000 t/a; c) sonstige Anlagen zur Behandlung (thermisch, chemisch) von gefährlichen Abfällen; ausgenommen sind Anlagen zur ausschließlichen stofflichen Verwertung. (BGBl I 2004/153)		

Wie sich bereits aus der Überschrift "Abfallwirtschaft", aber auch aus dem Text ergibt, sind unter Z 1 lit b und c des Anhangs 1 nur Anlagen zur Behandlung von gefährlichen Abfällen genannt. Da es sich jedoch durch das Entsorgungskonzept des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei den gegenständlichen Sickerwässern um Abwässer und nicht um Abfall handelt, ist Anhang 1 Z 1 lit. b und c UVP-G nicht anzuwenden und somit eine UVP-Genehmigung gemäß § 17 iVm Anhang 1 Z 1 lit b und c UVP-G nicht erforderlich.

Des Weiteren übermittelte die vergebende Stelle dem Bundesvergabeamt mit Telefax vom 14.11.2011 die Mitteilung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung des BMF vom 14.11.2011, wonach dem präsumtiven Zuschlagsempfänger keine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetz zuzurechnen ist. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat die zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung unterlassene Einholung der Auskunft nach § 28b AuslBG somit keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens (vgl. VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127).

2.2. Zu Spruchpunkt II.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

2.3. Zu Spruchpunkt III.:

Dem vom Auftraggeber mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2011 gestellten Antrag auf Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung war nicht stattzugeben, da gemäß § 329 Abs. 4 BVergG die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bereits ex lege außer Kraft tritt (vgl. BVA 28.4.2011, N/0108-BVA/11/2010-56).

Wien, am 16. November 2011
Die Vorsitzende des Senates 7:
Mag. Julia Stiefelmeyer

