



GZ: N/0103-BVA/14/2011-43

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum" des 1. öffentlichen Auftraggebers BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., Mosestiggasse 1, 1230 Wien, vertreten durch X***, und 2. der Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler Gesellschaft m.b.H., Hallerstraße 247, Postfach 8, 6040 Innsbruck, vertreten durch Y***, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Z***, vom 13.10.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung, datiert vom 30.9.2011, im Vergabeverfahren Sanierung der Altlast T5 'Dachpappenfabrik Rum', für nichtig erklären", wird **zurückgewiesen**.

II.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H, auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen", wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt. Der Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die EU-weite Auftragsbekanntmachung (als Bauleistung) erfolgte am 5.7.2011 im Supplement zum Amtsblatt der EG unter der Zahl ABI/S 134, 222483-2011-DE. Als öffentlicher Auftraggeber ist darin die BALS Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H., Mosetiggasse 1, 1230 Wien (im Folgenden BALS), angegeben.

Das Beschaffungsvorhaben ist in der EU-weiten Bekanntmachung sowie im Informationsteil der Ausschreibungsunterlagen mit "Sanierung der Altlast durch die Errichtung und den Betrieb einer Sperrbrunnenanlage samt Grundwasserreinigungsanlage, selektiven Aushub der kontaminierten Untergrundbereiche in der gesättigten und ungesättigten Bodenzone, Abtransport und Entsorgung der verunreinigten Aushubmaterialien, Wiederverfüllung der Räumbereiche, Instandsetzung der versiegelten Flächen und Errichtung und Betrieb eines Pilotversuches von In-Situ Maßnahmen zur Ermittlung wesentlicher Verfahrensparameter" umschrieben.

Es liegt eine gemeinsame Auftragsvergabe des öffentlichen Auftraggebers BALS und des privaten Auftraggebers Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler Gesellschaft m.b.H., Hallerstraße 247, 6040 Innsbruck (im Folgenden BITBAU), vor.

Es sind zwei Leistungsteile ausgeschrieben: Der Leistungsteil "Sanierung Altlast T5 'Dachpappenfabrik Rum'" (Leistungsteil "Sanierungsprojekt") und der Leistungsteil "Betriebserweiterung" (Erweiterung des Betriebsgeländes der BITBAU). Vom geschätzten Gesamtauftragswert in Höhe von Euro 19.836.971,20 exkl. Ust. entfallen Euro 18.371.971,20, exkl. Ust. auf die Herstellungs- und Betriebskosten für

das Sanierungsprojekt und Euro 1.465.000 exkl. Ust. auf die Herstellungskosten für das Erweiterungsprojekt. Über die beiden Leistungsteile soll je ein getrennter Vertrag abgeschlossen werden. Das Beschaffungsvorhaben ist als Gesamtauftrag ausgeschrieben. Teilvergaben und das Legen von Teilangeboten sind ausgeschlossen. Der Vertrag betreffend das Sanierungsprojekt soll mit der BALSa, der Vertrag betreffend das Erweiterungsprojekt soll mit der BITBAU abgeschlossen werden. Beide Verträge sollen mit ein- und demselben Auftragnehmer abgeschlossen werden.

Die zu sanierende Altlast befindet sich auf dem Betriebsgelände der BITBAU. Das Betriebsgelände der BITBAU umfasst das Altlastengelände. Das Betriebsgelände der BITBAU wird von der BITBAU laufend industriell genutzt.

Als Auftraggeber für die LG "Sanierungsprojekt" wird in der Ausschreibung die BALSa, als Auftraggeber für die LG "Betriebserweiterung" die BITBAU angegeben.

Die BALSa wird als vergebende Stelle für das Gesamtprojekt tätig. Nach Auftragserteilung soll die BALSa die Projektsteuerung für das Gesamtprojekt und die BITBAU die Bauherrenfunktion übernehmen.

Das Sanierungsprojekt wird zu 100% aus Mitteln des Bundes durch das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft finanziert. Die Republik Österreich trägt die Sanierungskosten zur Gänze. Die BALSa wird auf der Grundlage des § 18 Abs. 1 des Altlastensanierungsgesetzes 1989, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2011 (ALSAG), tätig, wonach der Bund als Träger von Privatrechten die erforderlichen Sicherungs- oder Sanierungsmaßnahmen nach Maßgabe der Prioritätenklassifizierung durchführt, sofern nicht einem Verpflichteten nach § 7 Abs. 1 leg.cit die Sicherung oder Sanierung von Altlasten aufgetragen werden kann. Dabei darf für den Bund keine über den Ertrag der Altlastenbeiträge hinausgehende finanzielle Belastung entstehen.

Die BITBAU finanziert ihren Leistungsteil (Erweiterungsprojekt) selbst und erhält dafür weder von der BALSa noch von einem anderen öffentlichen Auftraggeber noch

sonst von der öffentlichen Hand Förderungen, Subventionen oder Geldmittel. Die BITBAU leistet ihrerseits einen Beitrag zu den Kosten des Sanierungsprojektes der BALSa insofern, als die Maßnahmen auch im Interesse der BITBAU stehen. (Zur Investition des Entnahmebrunnens, der aufgrund der betrieblichen Nutzung durch die BITBAU größer zu dimensionieren ist, zu dessen Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie zur Grundwasserreinigungsanlage und zu den Kosten für zusätzliche Aushubarbeiten für die betriebliche Erweiterung); siehe Zusatzvereinbarung zwischen BALSa und BITBAU über Kostenbeiträge vom 29.11.2010.

Bei beiden ausgeschriebenen Projekten fallen ALSAG-Beiträge an. BALSa und BITBAU haben dem Auftragnehmer die zu entrichtenden ALSAG-Beiträge zu vergüten.

Die Angebotsfrist endete am 13.9.2011. Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, und 2. B***, gab im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot ab.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 16.9.2011 wurde die Bietergemeinschaft zur Nachreichung diverser Unterlagen und zur Vornahme verschiedener Verbesserungen bis 22.9.2011, unter anderem im Bezug auf Pkt. 1.10.1 (Baustellenorganisationskonzept), Pkt. 3.5.1 (Unternehmensreferenzen) und Pkt. 1.10.3 (Entsorgungskonzept), der Ausschreibungsunterlagen wie folgt aufgefordert:

Gem. Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen ist ein Baustellenorganisationskonzept mit definiertem Inhalt dem Angebot beizulegen. Es ist darzulegen, in welchen Unterlagen des vorgelegten Angebotes die geforderten Angaben enthalten sind. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang auf die Angaben betreffend "Räumung des kontaminierten Untergrundes" und "Vorhalletagerung (Zwischenlagerungs- und Verfuhrkonzept des internen Baustellenverkehrs unter Berücksichtigung der Platzverhältnisse)" hingewiesen.

Seitens des Bieters ist darzulegen, wo in den vorgelegten Unterlagen betreffend Unternehmensreferenzen die gemäß Pkt. 3.5.1 der Ausschreibungsunterlagen

geforderten Nachweise hinsichtlich der "technischen Projektleitung" zu entnehmen sind. Falls eine Nachreichung von Unterlagen entsprechend den Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, sind diese unter Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzulegen.

Hinsichtlich des Entsorgungskonzeptes (Teerrückstände) forderte die vergebende Stelle den Antragsteller auf, für die in seinem Angebot angegebene Anlage St. Pantaleon rechtsverbindlich zu bestätigen, dass die Bodenbehandlungsanlage St. Pantaleon nur eine mechanische Vorbehandlung darstellt und (unter Hinweis auf das Ausschreibungsverbot der Behandlung derartiger Abfälle in einer rein biologischen Behandlungsanlage), dass eine endgültige Behandlung der Abfälle mit der Schlüsselnummer 54913 in dieser Anlage ausgeschlossen ist. Weiters forderte die vergebende Stelle den Antragsteller zur Klarstellung auf, in welcher Anlage die Abfälle mit der Schlüsselnummer 54913 endgültig behandelt werden sollten.

Mit Schreiben vom 21.9.2011, bei der vergebenden Stelle eingelangt am 22.9.2011, reichte die Bietergemeinschaft verschiedene Unterlagen nach und erteilte bezüglich des Baustellenorganisationskonzeptes, bezüglich der Unternehmensreferenzen (technische Projektleitung) und bezüglich des Entsorgungskonzeptes (Teerrückstände), nachstehende Auskünfte:

- *Ad 8) Erklärung betreffend der Behandlung von Teerrückständen der SN 54913:*

In diesem Zusammenhang schloss der Antragsteller für die in seinem Angebot angegebene Abfallbehandlungsanlage in St. Pantaleon (C^{***}) eine Bestätigung der C^{***} vom 19.9.2011 an, worin es u.a. lautet:

*Wir bestätigen hiemit ausdrücklich und rechtsverbindlich, dass die Bodenbehandlungsanlage in St. Pantaleon nur für die mechanische Vorbehandlung im Sinne der Ausschreibung vorgesehen ist und eine endgültige Behandlung der Abfälle mit der Schlüsselnummer SN 54913 auf mikrobiologischem Weg nicht stattfindet. [...] Bezugnehmend auf Ihre gegenständliche Anfrage legen wir aber selbstverständlich gerne offen, dass wir die Rückstände aus unserer Behandlungsanlage zur thermischen Behandlungsanlage der N^{***} nach Arnoldstein bringen [...].*

- *Ad 9) Zu Baustellenorganisationskonzept dürfen wir festhalten, dass wir das Baustellenorganisationskonzept im Ordner 3, Beilage 13, Seite 1.14 dem Angebot beigefügt haben. Angaben betreffend "Räumung des kontaminierten Untergrundes" und "Vorhaltelagerung" sind unter anderem unter Pkt. 6 und 7 zu finden. Zu Pkt. 7 haben wir weiters auf Seite 12 von 14 den Unterpunkt d ergänzend eingeführt.*
- *Ad 10) Der Nachweis der Referenzen der "technischen Projektleitung" ist in unserem Angebot im Ordner 3, Beilage 17, Seite 1-4 zu finden. Eine Kopie davon mit Markierungen, welche die Referenzen für die "technische Projektleitung" nachweisen, haben wir ergänzend beigelegt.*

Mit Schreiben vom 30.9.2011, der Bietergemeinschaft zugestellt am 3.10.2011, setzte die vergebende Stelle diese vom Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis und begründete dies mit fehlenden Eignungsnachweisen (unzureichende Unternehmensreferenzen und ungeeignete Abfallbehandlungsanlage, § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG), mit der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes im Bezug auf die Behandlung der Teerrückstände (§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG), mit dem Fehlen eines Baustelleneinrichtungsplanes (§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG) und mit der unvollständigen Beantwortung der gestellten Fragen bzw. mit der unvollständigen Übermittlung von Unterlagen (§ 129 Abs. 2 BVergG).

Hinsichtlich der Unternehmensreferenzen führte die vergebende Stelle in ihrem Schreiben wie folgt aus:

Gem. Ausschreibungsunterlagen Pkt. 3.5.1 "Unternehmensreferenzen" gilt, dass Referenzprojekte nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Bieter die technische Projektleitung (z.B. Techn. Geschäftsführung, sonstiger Ausführungsverantwortlicher) innegehabt hat (vgl. Ausschreibung, S 74).

Ihrerseits wurde mit Nachreichung vom 22.09.2011 die Tabelle "Zuschlagsrelevante Informationen" aus dem abgegebenen Angebot mit der Bezeichnung "Beilage XVII Seite 1 und 2" abermals vorgelegt und nachfolgende Projekte, bei denen die gem.

Ausschreibungsunterlagen geforderte Technische Projektleitung erbracht wurde, gekennzeichnet. Demnach hat der Bieter bei den Projekten "Schwarzbach", "Plauen" und "Bitterfeld" die Technische Projektleitung im Sinne der Ausschreibungsunterlagen innegehabt. Das heißt, nur diese Referenzen konnten gewertet werden.

Selbst wenn die Anforderung an die "technische Projektleitung" zu den genannten Unternehmensreferenzen außer Betracht bliebe, zeigt die Detailprüfung der genannten Unternehmensreferenzen, dass diese nicht die jeweils geforderten Anforderungen erfüllen. So sind die Referenzprojekte "Düsseldorf" und "München" nicht geeignet, die geforderte Referenz "Grundwasserreinigung" nachzuweisen. So sind auch die genannten Referenzen "Schwarzenbach" und "Segnitz" nicht geeignet, die geforderten Referenzen zur "Räumung" zu erfüllen.

Hinsichtlich des Baustelleneinrichtungsplanes teilte die vergebende Stelle dem Antragsteller Folgendes mit:

Trotz Aufforderung zur Nachreichung wurde der im Zusammenhang mit dem Baustellenorganisationskonzept abzugebende Baustelleneinrichtungsplan nicht vorgelegt.

Das Entsorgungskonzept betreffend teilte die vergebende Stelle dem Antragsteller mit, dass das Angebot zur Entsorgung von Teer und Teerrückständen (Schlüsselnummer 54913) entgegen der Ausschreibung keine endgültige Behandlung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorgesehen habe.

Mit gleichem Schreiben gab die vergebende Stelle dem Antragsteller folgende Zuschlagsentscheidung bekannt:

*Die Auftraggeber, für das Sanierungsprojekt die Bundesaltlastensanierungs GmbH und für die Betriebserweiterung die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler GmbH, beabsichtigen, dem Angebot zur Sanierung der Altlast T5 "Dachpappenfabrik Rum", sowie zur Betriebserweiterung der Bietergemeinschaft D*** - E*** mit der Vergabesumme von netto EUR 16,993.373,48 (zuschlagsrelevant: EUR*

15,809.244,48) den Zuschlag zu erteilen, da es im Rahmen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes mit der höchsten Punktezahl aller abgegebenen und gültigen Angebote bewertet wurde.

Mit **Schriftsatz vom 13.10.2011** brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch Z*** (im Folgenden Antragsteller), einen **Nachprüfungsantrag** beim Bundesvergabeamt ein und beehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 21.10.2011, GZ: N/103-BVA/14/2011-18 stattgegeben und der Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurde die Auferlegung der Pauschalgebühren an die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH begehrt (siehe Spruchpunkt II).

In seinem Schriftsatz vom 13.10.2011 brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor:

Die Balsa Bundesaltlastensanierungsgesellschaft mbH (idF Balsa) sei ausweislich der Bekanntmachung im Amtsblatt der EU am 11.7.2011, Zahl 2011/S 43-070263, ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Sanierung der Altlast T5 der Dachpappenfabrik Rum durchführe. Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen seien Auftraggeber jedoch sowohl die Balsa als auch die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler Gesellschaft m.b.H., Hallerstraße 247, Postfach 8, 6040 Innsbruck (idF BITBAU).

Im Rahmen des gegenständlichen Vorhabens seien einerseits die Durchführung von Dekontaminierungsmaßnahmen (Räum- und Transportleistungen, Behandlungs- bzw. Entsorgungsleistungen) im Auftrag der Balsa und andererseits Bauleistungen im Auftrag der BITBAU erforderlich.

Gemäß Pkt. 2.10.2 der Ausschreibungsunterlagen seien bei der Angebotsöffnung gemäß § 118 Abs. 5 Z 1 bis 3 BVergG aus den Angeboten unter anderem der Angebotspreis sowie allfällige wesentliche Erklärungen der Bieter zu verlesen.

Gemäß Pkt. 3.6.1 der Ausschreibungsunterlagen (Kriterium "Preis") erhalte in diesem Kriterium das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis (ALSAG-beitragsbereinigt) automatisch die höchst mögliche Punktezahl von 1.500 Punkten. Bewertet werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei. Eventualpositionen/Regiepreise würden in diesen zuschlagsrelevanten Nettoangebotspreis nicht einfließen.

Bei der Angebotsöffnung sei jedoch der zuschlagsrelevante Angebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei, nicht verlesen worden. Weiters würden die Ausschreibungsunterlagen kein Angebotsformular enthalten und seien weder der ALSAG-Beitrag noch die Eventualpositionen/Regiepreise definiert.

Gemäß Pkt. 3.6.4 der Ausschreibungsunterlagen werde das Angebot mit der höchsten Punktezahl als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot für den Zuschlag vorgesehen. Gemäß Punkt 3.6 der Ausschreibungsunterlagen seien folgende Zuschlagskriterien mit folgender Gewichtung vorgesehen:

Preis (bereinigt um die ALSAG-Beiträge): 75%, Technische Qualität: 17% und Umweltgerechtigkeit: 8%.

Der Antragsteller habe bereits umfangreiche vergleichbare Sanierungsleistungen erbracht. Er verfüge daher über genaue Kenntnisse der Notwendigkeiten der Leistungserbringung. Er könne somit den Aufwand für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen genau einschätzen.

Die Angebotsfrist habe am 13.9.2011 geendet. Der Antragsteller habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Gemäß der Niederschrift über die Angebotsöffnung seien 5 Angebote rechtzeitig eingebracht worden.

Bei der Angebotsöffnung seien nur die Nettoangebotssummen, eventuell vorhandene Nachlässe, die Umsatzsteuer und der Angebotspreis inkl. Umsatzsteuer verlesen

worden. Nicht verlesen worden sei der zuschlagsrelevante Angebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei.

Mit Schreiben vom 30.9.2011, übermittelt am 3.10.2011, habe die BALSA dem Antragsteller mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß den §§ 129 Abs. 1 Z 2 und Z 7 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden werde. Gleichzeitig sei ihm mit diesem Schreiben mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft D***-E*** zu erteilen, da deren Angebot im Rahmen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes mit der höchsten Punktezahl aller abgegebenen gültigen Angebote bewertet worden sei.

Der Auftraggeber habe dem Antragsteller 4 Ausscheidensgründe mitgeteilt:

1. Es könnten nur 3 Projekte (anstelle der 14 vorgelegten Projekte) als Unternehmensreferenzen gewertet werden, da der Antragsteller nur bei diesen 3 Projekten die technische Projektleitung innegehabt habe.
2. Für die Behandlungsanlage der O*** und der P*** seien keine entsprechenden Anlagenbescheide vorgelegt worden, denen die SN-scharfe Zuordnung bzw. der Bewilligungsumfang zu entnehmen sei.
3. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe habe der Antragsteller nicht die ordnungsgemäße endgültige Behandlung von Abfällen der SN 54913-Teerrückstände nachgewiesen.
4. Trotz Aufforderung zur Nachreichung sei der abzugebende Baustelleneinrichtungsplan nicht vorgelegt worden.

Das Interesse des Antragstellers am Auftragserhalt ergebe sich bereits daraus, dass er ein Angebot gelegt habe.

Würde ihm der Zuschlag nicht erteilt, würde ihm ein großer finanzieller und sonstiger Schaden drohen. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Zuschlagserteilung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und in der Beteiligung an einem

fairen und lauterem Wettbewerb. In diesem Fall drohe auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des Deckungsbeitrages. Weiters wären die bisher aufgelaufenen Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotserstellung frustriert. Weiters seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung entstanden. Auch drohe dem Antragsteller ein Schaden in Form des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG verletzt.

Gründe der Rechtswidrigkeiten:

1. Verletzung von Formalvorschriften:

Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG habe ein Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung unter anderem das Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1 BVergG, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben. Eine Verletzung dieser Begründungspflicht sei bereits dann wesentlich, wenn dies zu einer Erschwerung oder Unmöglichkeit des Einbringens eines Nachprüfungsantrages führe. Im Schreiben vom 30.9.2011 fehle das Ende der Stillhaltefrist und die Begründung für die Punktevergabe. Weiters sei die Übersichtstabelle der Bewertung des präsumtiven Zuschlagsempfängers unleserlich, sodass die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes für den Antragsteller nicht nachvollziehbar seien. Aus diesen Gründen sei die Einbringung eines Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert und die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

2. Rechtswidrige Angebotsöffnung:

Gemäß Pkt. 2.10.2 (Angebotsöffnung) der Ausschreibungsunterlagen seien bei der Angebotsöffnung aus den Angeboten unter anderem der Angebotspreis sowie allfällige wesentliche Erklärungen der Bieter zu verlesen. Gemäß Pkt. 3.6.1

(Kriterium "Preis") der Ausschreibungsunterlagen werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei, bewertet. Bei der Angebotsöffnung am 13.9.2011 seien jedoch nur die Nettoangebotssummen, eventuell vorhandene Nachlässe, die Umsatzsteuer und der Angebotspreis inkl. Umsatzsteuer verlesen worden. Nicht verlesen worden seien somit die zuschlagsrelevanten Angebotspreise, die um den ALSAG-Beitrag bereinigt seien. Die zuschlagsrelevanten Angebotspreise seien aber für die Beurteilung der Angebote zweifellos wesentliche Erklärungen, welche zwingend vorzulesen seien. Es seien somit nicht alle für die Angebotsbewertung maßgeblichen Angaben verlesen worden. Die Zuschlagsentscheidung auf einen nicht verlesenen Angebotspreis sei unzulässig. Für die Bewerber werde daher die Überprüfung der Angebotsbewertung und damit, in weiterer Folge, die Einbringung eines Nachprüfungsantrages wesentlich erschwert.

3. Rechtswidrige Angebotsbewertung:

Gemäß Pkt. 3.6.1 (Kriterium "Preis") der Ausschreibungsunterlagen erhalte in diesem Kriterium das Angebot mit dem günstigsten Angebotspreis (ALSAG-Beitragsbereinigt) automatisch die höchstmögliche Punktezahl von 1.500 Punkten. Bewertet werde der im Angebotsformular als "zuschlagsrelevant" bezeichnete Nettoangebotspreis, der um den ALSAG-Beitrag bereinigt sei. Eventualpositionen/Regiepreise würden in diesen zuschlagsrelevanten Nettoangebotspreis nicht einfließen. Die Ausschreibungsunterlagen würden jedoch kein Angebotsformular enthalten. Weiters seien in den Ausschreibungsunterlagen weder der ALSAG-Beitrag noch die Eventualpositionen/Regiepreise definiert. Somit sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig definiert, was der "zuschlagsrelevante Nettoangebotspreis" sei.

Da durch die Auftraggeber fälschlicher Weise die nicht verlesene Gesamtsumme bewertet worden sei, sei es dadurch zu einer falschen Preisbewertung gekommen.

Im Schreiben vom 30.9.2011 fehle die Begründung für die Punktevergabe. Weiters sei die Übersichtstabelle der Bewertung des präsumtiven Zuschlagsempfängers unleserlich. Da dem Antragsteller keine weiteren Informationen vorliegen würden, sei

davon auszugehen, dass es zu einer falschen Qualitätsbewertung durch die Auftraggeber gekommen sei. Mangels näherer Begründung in der Zuschlagsentscheidung seien dazu keine genaueren Ausführungen möglich.

4. Nichtausscheidung der D^{***}/E^{***}:

Im Zuge der Aufschlussarbeiten zur Detailerkundung des Untergrundes für das gegenständliche Projekt seien sämtliche geotechnischen Unterlagen, alle Bohrungen und Schürfe, Analysen für die Materialbewertungen einschließlich der Unterlagen für die Projekteinreichung der Ausschreibung von der E^{***} vorgenommen worden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger E^{***} habe somit an der Erstellung der Angebotsunterlagen mitgearbeitet und daher gegenüber den anderen Bietern einen wesentlichen Wissensvorteil gehabt, was eine Ungleichbehandlung der Bieter bedeute. Selbst wenn der von der E^{***} erstellte Bericht über die Aufschlussarbeiten zur Detailerkundung des Untergrundes allen Bietern zur Verfügung gestellt worden sei, besitze der präsumtive Zuschlagsempfänger dennoch einen wesentlichen Wissensvorteil. Einerseits würden die Prüfergebnisse dem präsumtiven Zuschlagsempfänger bereits wesentlich länger zur Verfügung stehen, sodass sich dieser länger und somit besser auf die Angebotsabgabe vorbereiten habe können. Andererseits stünden der E^{***} auch weitere, nicht im Prüfbericht enthaltene Untersuchungsergebnisse zur Verfügung, da naturgemäß nicht alle Untersuchungsergebnisse in einen Prüfbericht einfließen würden. Der Bewerber Bietergemeinschaft D^{***}-E^{***} sei daher auszuschneiden.

Überdies ermögliche die von der Bietergemeinschaft D^{***}-E^{***} angegebene Anlage Q^{***} und Anlage R^{***}, keine endgültige Behandlung der Abfälle, weshalb die Bietergemeinschaft auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen wäre.

Der Antragsteller sei Billigstbieter. Gemäß dem Schreiben vom 30.9.2011 betrage der Preis des präsumtiven Zuschlagsempfängers Euro 15.809.244,48 exkl. USt. und sei damit um Euro 1.770.237,46 netto höher als der zuschlagsrelevante Angebotspreis des Antragstellers.

Nach herrschender Rechtsprechung sei die Unterlassung der verpflichteten Verlesung bei der Angebotsöffnung ein schwerwiegender Mangel, der zur Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung führe (vgl. VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100; 17.9.2010, 2009/04/0289). Da dem Bieter durch die unterlassene Verlesung in der Angebotsöffnung der Rechtsschutz genommen werde, liege ein zur "Nichtigkeit" der Zuschlagsentscheidung führender Fehler selbst dann vor, wenn ein Angebot nicht zuschlagsfähig sei. Die Antragslegitimation des Antragstellers sei damit gegeben.

Der Auftraggeber habe das gegenständliche Verfahren als öffentlichen Bauauftrag qualifiziert. Da im gegenständlichen Verfahren die charakteristische Tätigkeit die Altlastensanierung sei, sei der gegenständliche Auftrag jedoch als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren.

Mit **Schriftsatz vom 17.10.2011** erteilte die **BALSA** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, unter anderem, dass BALSA und BITBAU das Vergabeverfahren "Sanierung Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum" gemeinsam durchführen würden und dass in den Bekanntmachungen und auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen jeweils auf beide Auftraggeber hingewiesen worden sei. Weiters, dass es sich um einen Dienstleistungsauftrag handeln würde.

Mit **Schriftsatz vom 18.10.2011** "berichtigte" die **BALSA** ihre Bezeichnung der Auftragsart dahingehend, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Bauleistungsauftrag handeln würde.

Mit **Schriftsatz vom 20.10.2011** brachte der **Antragsteller** unter Berufung auf die EU-weite Ausschreibungsbekanntmachung vor, dass darin nur die BALSA Bundesaltlastensanierungsgesellschaft m.b.H. als Auftraggeber angeführt worden sei.

Mit **Schriftsatz vom 21.10.2011** nahm die **BALSA** zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Die gegenständliche Leistung der "Sanierung der Altlast T5 Dachpappenfabrik Rum" sei gemeinsam mit der BITBAU im offenen Verfahren ausgeschrieben worden.

Der Antragsteller habe ein Angebot gelegt.

Im Zuge der Angebotsprüfung hätten sich unzählige Mängel bzw. Fehler und Schwächen des Angebots des Antragstellers gezeigt, die weit über die genannten Ausscheidensgründe hinaus gegangen seien. So habe sich der Antragsteller nicht an die geforderte Zuordnung und Systematik und an die Formblätter gehalten und die geforderten Informationen bzw. Unterlagen nur äußerst lückenhaft vorgelegt.

Der Antragsteller sei mit Schreiben vom 16.9.2011 in mehrfacher Hinsicht, u.a. bezüglich des Baustellenorganisationskonzeptes, der Unternehmensreferenzen und bezüglich des Entsorgungskonzeptes zur Verbesserung aufgefordert worden.

Der Antragsteller habe zwar fristgerecht eine Nachreichung von Unterlagen vorgenommen. Die übermittelten Unterlagen seien jedoch unzureichend und unvollständig gewesen. So würden weiterhin unter anderem ein Baustelleneinrichtungsplan und die geforderten Angaben zu den genannten Unternehmensreferenzen fehlen.

Entgegen der ausdrücklichen Aufforderung seien nur unzureichende Angaben darüber gemacht worden, ob und inwieweit der Antragsteller die technische Projektleitung zu den genannten Referenzen innegehabt habe.

Hinsichtlich der Behandlung von Teer/Teerrückständen habe die Nachreichung eine Änderung des ursprünglichen Angebotes des Antragstellers zum Inhalt gehabt, sodass der Antragsteller sein Angebot in einem zuschlagsrelevanten Punkt abgeändert habe.

Sämtliche heran gezogenen Ausscheidensgründe würden vorliegen.

Zu den geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung brachte die BALSA vor:

Dem Antragsteller sei die Zuschlagsentscheidung im Anschluss an die Bekanntgabe des Ausscheidens seines Angebotes allein aus Transparenzgründen übermittelt worden. Infolge der berechtigten Ausscheidensentscheidung könne der Antragsteller durch die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung nicht beschwert sein, sodass die von ihm ins Treffen geführte Verletzung von Formalvorschriften betreffend die Zuschlagsentscheidung nicht vorliegen könne.

Die wesentlichen Gründe für die Zuschlagsentscheidung seien ihrem Schreiben vom 30.9.2011 und der diesem angeschlossenen Übersichtstabelle entgegen dem Vorbringen des Antragstellers zu entnehmen gewesen. Der Antragsteller habe dieses Schreiben per E-Mail erhalten, sodass er die Übersichtstabelle im Wege der Elektronik entsprechend vergrößern bzw. lesen hätte können. Damit habe der Antragsteller im Sinne der Judikatur des Bundesvergabeamtes bzw. des VwGH mit Zugang des Schreibens vom 30.9.2011 auch die Möglichkeit gehabt, die Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung zu beurteilen.

Die Nichtbekanntgabe der Stillhaltefrist ändere nichts daran, dass der Antragsteller die Richtigkeit der Entscheidung beurteilen und rechtzeitig einen Antrag habe stellen können. Abgesehen davon sei die Stillhaltefrist dem ausgeschiedenen Bieter nicht bekanntzugeben. Die Verlesung der Angebote sei auf die gemäß § 118 Abs 5 Z 1 bis 3 BVergG genannten Bestandteile beschränkt worden. Aus dem Leistungsverzeichnis sei klar gewesen, dass "Angebotspreis" der zivilrechtliche, nicht ALSAG-beitragsbereinigte Angebotspreis zu verstehen sei. Dieser Preis sei verlesen worden und stelle auch den vertragsrelevanten Angebotspreis (Auftragspreis) dar. Der Vorwurf des Antragstellers, dass im Angebotsformular ein als zuschlagsrelevanter bezeichneter Angebotspreis fehlen würde, sei auf Grund der Präklusion der Ausschreibungsunterlagen präkludiert.

Ebenso sei der Vorwurf präkludiert, dass der nicht um den ALSAG-Beitrag bereinigte Angebotspreis verlesen worden sei. Im Übrigen habe der Vertreter des Antragstellers die Verlesung des ALSAG-Beitrages bzw. des um den ALSAG-Beitrag bereinigten Preises nicht gefordert.

Der ALSAG-Beitrag bzw. der um den ALSAG-Beitrag bereinigte Angebotspreis sei auch keine "wesentliche Erklärung der Bieter".

Im Übrigen sei auch der ALSAG-Beitrag keine Angabe, die die Beurteilung der Angebotsbewertung erschweren würde.

Beim ALSAG-Beitrag handle es sich um ein im Bundesgesetz veröffentlichte Abgabe.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen nicht mitgewirkt. Der Umstand, dass er - so wie der Antragsteller selbst im Zusammenhang mit der gegenständlichen Altlast - Bohrungen/Schürfe im Vorfeld durchgeführt habe, rechtfertige kein Ausscheiden gemäß § 20 Abs 5 BVergG. Insbesondere habe der Antragsteller über dieselben Informationen/Daten wie der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügt. Zur Frage der Bohrungen/Schürfe im Vorfeld der Sanierung einer Altlast habe letztlich der VfGH ausgesprochen, dass eine derartige Leistung keine das Ausscheiden wegen Vorarbeiten rechtfertigende Teilnahme am Vergabeverfahren sei (VfGH B 1203/01/11 vom 11.6.2003).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe auch kein Entsorgungskonzept gelegt, in dem eine endgültige Behandlung der Abfälle nicht ausgewiesen worden wäre.

Mit **Schriftsatz vom 21.10.2011**, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24.10.2011, erstattete der **präsumtive Zuschlagsempfänger** begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG und brachte vor, dass das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden worden sei und dass er ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, dem als bestgereihtes Angebot der Zuschlag zu erteilen sei.

Mit **Schriftsatz vom 28.10.2011**, teilte die **BALSA** dem Bundesvergabeamt auftragsgemäß Folgendes mit:

Die BALSa sei vergebende Stelle und werde in diesem Zusammenhang im Namen und für Rechnung der BITBAU tätig. Nach Auftragserteilung sei die BALSa als Projektsteuerer für das Gesamtprojekt verantwortlich, die Bauherrenfunktion werde die BITBAU übernehmen.

Die Herstellungs- und Betriebskosten für das Sanierungsprojekt würden Euro 18.371.971,20 exkl. USt., die Herstellungskosten für die Betriebserweiterung Euro 1.465.000,-- exkl. USt. betragen.

Die BITBAU beteilige sich an den Kosten des Sanierungsprojektes. Die BITBAU finanziere ihren Leistungsteil selbst, sie erhalte hierfür keine Förderungen. Die BITBAU erhalte auch keinen ALSAG-Beitrag bzw. sei nicht von der Entrichtung des ALSAG-Beitrages befreit.

Gegenständlich seien die Voraussetzungen des § 18 des Altlastensanierungsgesetzes (ALSAG) gegeben. Die BALSa sei vom BMLFUW mit der Vorbereitung zur Durchführung der erforderlichen Arbeiten zur Sanierung der Altlast beauftragt worden. Das BMF habe die Zusage der Bereitstellung der Mittel für das zur Sanierung der Altlast von der BALSa vorgeschlagene Projekt erteilt.

Das Altlastengelände (Betriebsgelände) werde von der BITBAU laufend (industriell) genutzt. Die BITBAU verfüge aktuell über keinen Konsens für die Entnahme und für die Verwendung des Grundwassers zu Kühlzwecken in den Produktionsanlagen für die Herstellung von Bitumen-, Dach- und Abdichtungsbahnen, da seitens der Behörde klar gestellt worden sei, dass durch Maßnahmen (Bewilligungen) eine Sanierungsmaßnahme nicht erschwert bzw. verunmöglicht werden dürfe. Es sei vorgesehen, dass die BITBAU im Zuge der Sanierung der Altlast einen entsprechenden Konsens "wiedererlange". Um eine Beeinträchtigung der BALSa durch die BITBAU und eine Beeinträchtigung der BITBAU durch die BALSa zu minimieren und Synergieeffekte bestmöglich nutzen zu können, sei im Hinblick auf die Notwendigkeit einer ausnahmslos funktionierenden Koordination bei der Umsetzung der beiden Einzelprojekte zwischen BALSa und BITBAU die Durchführung einer Gesamtvergabe der Leistungen vereinbart worden.

Da eine Subvention des BITBAU-Projektes durch die BALSa strikt zu unterbleiben habe, sei in der Ausschreibung der Abschluss getrennter Verträge (Vertrag mit der BALSa hinsichtlich der Sanierung der Altlast T5 "Dachpappenfabrik Rum" und Vertrag mit der BITBAU hinsichtlich der "Betriebserweiterung") vorgesehen worden.

Das Sanierungsprojekt der BALSa werde zu 100% aus dem Altlastensanierungsfonds durch das BMF nach erfolgter Herstellung des Einvernehmens mit dem BMLFUW finanziert. Gemäß Zusatzvereinbarung zwischen BALSa und BITBAU habe sich die BITBAU zur Leistung eines Kostenbeitrages verpflichtet (zu den Investitionskosten in Folge der größeren Dimensionierung des Entnahmebrunnens zur betrieblichen Nutzung durch die BITBAU, zu den Betriebs- und Instandhaltungskosten des Entnahmebrunnens und der Grundwasserreinigungsanlage und zu den Kosten für zusätzliche, im Zusammenhang mit den betrieblichen Erweiterungsmaßnahmen stehenden Aushubarbeiten).

Gemäß ALSAG seien für die darin näher genannten Tätigkeiten zur Behandlung von Abfällen ALSAG-Beiträge zu entrichten. Der ALSAG-Beitrag falle für die Leistungsteile Transport und Behandlung an und werde von den Auftragnehmern bei Abfallübergabe an die jeweilige Abfallbehandlungsanlage an den Anlagenbetreiber geleistet. Daher sei der ALSAG-Beitrag gemäß Ausschreibungsunterlagen in den jeweiligen Positionen einzurechnen gewesen. Die vom Auftragnehmer abzuführenden ALSAG-Beiträge würden dem Auftragnehmer in der Höhe vergütet werden, wie diese den Auftragnehmer für die von ihm gewählte Form der Abfallbehandlung belasten würden. Bei z.B. vollständiger Abfallverwertung durch Recycling erhalte der Auftragnehmer keine Vergütung für ALSAG-Beiträge.

Die BITBAU erhalte keinen ALSAG-Beitrag, sondern habe dem Auftragnehmer den von diesem abgeführten ALSAG-Beitrag abzugelten.

Das Betriebserweiterungsprojekt der BITBAU werde zu 100% durch das Unternehmen finanziert.

Weder BALSa noch BITBAU würden Förderungen erhalten.

ALSAG-Beiträge würden sowohl beim Sanierungsprojekt als auch beim Betriebserweiterungsprojekt anfallen.

Mit **Schriftsatz vom 11.11.2011** erstattete der **Antragsteller** eine weitere Replik:

Er habe den Auftraggeber zutreffend bezeichnet.

Es liege ein Dienstleistungsauftrag vor. Der Auftrag sei in der Ausschreibung fälschlich als Bauauftrag bezeichnet worden.

Die Altlastsanierung sei Hauptgegenstand des Auftrages, die Betriebserweiterung demgegenüber von untergeordneter Bedeutung.

Dem Antragsteller wäre eine formrichtige Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben gewesen, da das Ausscheiden seines Angebotes noch nicht rechtskräftig gewesen sei.

Der Angebotspreis (iSd Definition des BVergG) enthalte nicht die ALSAG-Beiträge. Da der Angebotspreis ohne ALSAG-Beiträge bewertet werde, hätte auch der Angebotspreis (ohne ALSAG-Beiträge) verlesen werden müssen. Bei Nichtverlesung bestehe Manipulationsgefahr. Es sei daher auch die Angebotsbewertung rechtswidriger Weise erfolgt.

Das Angebot des präsidenten Zuschlagsempfängers wäre auf Grund der Vorarbeitenproblematik auszuschneiden gewesen.

Mit **Schriftsatz vom 15.11.2011** erstattete die **BALSA** eine Replik zur Replik des Antragstellers vom 11.11.2011, mit der sie im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verwies.

Am **16.11.2011** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien - soweit entscheidungsrelevant - ergänzend vorbrachten.

- Allgemeines:

BITBAU (F***):

Sämtliche Produktionseinrichtungen, Lagerhallen, Rohstofflager und teils Verwaltungsgebäude der BITBAU würden sich auf dem Altlastengelände befinden. Das Betriebsgelände der BITBAU umfasse das Altlastengelände.

Die BITBAU erhalte für ihr Erweiterungsprojekt keine öffentlichen Gelder und finanziere ihr Erweiterungsprojekt ausschließlich selbst.

Die BITBAU leiste einen Finanzierungsbeitrag zu jenen Bereichen des Sanierungsprojektes an die BALSa, die in ihrem vornehmlichen Interesse stünden. (Zur Investition des Entnahmebrunnens, der aufgrund der Nutzung durch die BITBAU größer zu dimensionieren sei, zu dessen Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie zur Grundwasserreinigungsanlage und zu den Kosten für zusätzliche Aushubarbeiten für die betriebliche Erweiterung).

- Zur Anwendbarkeit des BVergG, Zusammenhang zwischen den beiden Leistungsteilen (Leistungsteil Sanierungsprojekt, Leistungsteil Erweiterungsprojekt):

BITBAU (F***):

Das Hauptziel der ausgeschriebenen Leistungen, die als Gesamtleistung ausgeschrieben worden seien, liege in der Sanierung der Altlast und nicht in der Betriebserweiterung der BITBAU.

Auf dem Gelände der BITBAU seien zwei Tiefbrunnen vorhanden, die in der Mitte der Liegenschaft liegen würden und infolge des Sanierungsprojektes zu verlegen seien. Nicht nur die BALSa benötige die Brunnen für ihr Sanierungsprojekt, sondern auch die BIT-BAU benötige die Tiefbrunnen zur Kühlung der Bitumenbahnen.

Hiezu würden weitere Gründe treten, aus denen sich die BITBAU dem Sanierungsprojekt der BALSa anschließen: Der wasserrechtliche Konsens für die Tiefbrunnen sei abgelaufen. Künftig dürfe die BITBAU das Grundwasser nicht mehr "einfach" entnehmen, sondern sei dieses vorzureinigen. Die BITBAU nütze hierzu das Filterhaus, das die BALSa für die Sanierung benötige und errichte, mit. Die BITBAU "hänge" damit nicht nur bezüglich der Tiefbrunnen am Sanierungsprojekt der BALSa, sondern auch an der Wasservorreinigungsanlage, die von der BITBAU mitbenutzt werde.

Das Räumungskonzept sei von der BALSa mit ca. 2 ½ Jahren anberaumt worden. Die BITBAU sei ein in Produktion befindlicher Betrieb. Während der Sanierungsmaßnahmen unterliege sie einer Duldungsverpflichtung insofern, als sie alles zu unterlassen habe, was der Sanierung hinderlich sein könnte. Aus diesem Grund sei eine zeitliche, aber auch themenmäßige Abstimmung der Vorgangsweise der BITBAU mit der BALSa vorzunehmen.

Vorsitzende:

Die Sanierung der Altlast erfolge unter anderem durch Dekontamination durch Räumung stark kontaminierter Untergrundbereiche (Pkt. 1.6 der Ausschreibung). Unter Pkt. 1.9.1 der Ausschreibung laute es, dass bestimmte Gebäude abzutragen seien, um die Dekontamination durch Räumung in bestimmten Räumbereichen durchführen zu können.

BALSa (G***):

Die Abtragung zweier Gebäude sei in zwei Teilbereichen der Räumung erforderlich. Ohne vorherige Abtragung könne die Räumung dort nicht vorgenommen werden.

BITBAU (F***):

Die beiden Gebäude würden ersatzlos abgetragen werden. Die neu zu errichtende Produktionshalle werde nicht an dieser Stelle errichtet, sondern dort, wo der Lohbach fließe, der zu diesem Zweck umgelegt werden müsse.

BALSA (G***):

Für die Sanierung müsste der Lohbach zunächst provisorisch versetzt und dann wieder in den Urzustand zurück versetzt werden.

Die BALSA erspare sich dadurch die Zurückverlegung und die Verrohrung des Baches. Die Verlegung des Baches durch die BITBAU sei daher auch im Interesse des Sanierungsprojektes der BALSA gelegen.

BITBAU (F***):

Die Oberflächenentwässerung durch die BITBAU betreffe die Dachwässer. Die BITBAU habe nur eine begrenzte wasserrechtliche Bewilligung. Die Stadt Innsbruck schreibe generell die Versickerung der Dachwässer vor. Die BALSA würde im Zuge der Sanierung die Regenwasserkanäle der BITBAU zerstören. Die BITBAU habe sich daher für eine Versickerung der Dachwässer entschieden, auch aus dem Grund, dass ihr keine wasserrechtliche Bewilligung zur Wiedereinleitung der Dachwässer erteilt würde.

BALSA (G***):

Die BITBAU dürfe nur dort versickern bzw. wiedereinleiten, wo dies dem Sanierungsprojekt der BALSA nicht entgegen stünde. Auch hier sei auf das gegenseitige Abstimmungserfordernis und die bestehenden Schnittstellen hinzuweisen.

BITBAU (F***):

Nur die Betriebserweiterung im engeren Sinn (die Errichtung der Produktionshalle), sei grundsätzlich im alleinigen Interesse der BITBAU gelegen. Aber auch hieran sei ein Interesse der BALSA insofern gegeben, als die Errichtung der Halle erst nach Abschluss des Sanierungsprojektes zu erfolgen habe. Die in der Ausschreibung geregelten drei Teilbereiche des Erweiterungsprojektes (Pkt. 1.9, Leistungsumfang

Betriebserweiterung) seien wie eben dargelegt, grundsätzlich auch im Interesse des Sanierungsprojektes gelegen bzw. hiezu erforderlich.

BALSA (G***):

Im Falle einer getrennten Abwicklung der beiden Bereiche (Erweiterung, Sanierung), in Form einer gewerkweisen Vergabe würde sich das Verursachungsproblem im Zusammenhang mit der Schadenersatzproblematik, Gewährleistung etc. stellen.

- Zu den ALSAG-Beiträgen:

BALSA (H***):

Derjenige, der die Entsorgungsleistungen (abgabepflichtige Tätigkeit im Sinne die ALSAG) vornehme, habe den ALSAG-Beitrag abzuführen. Sofern die BITBAU Entsorgungstätigkeiten erbringe, wäre diese zur Leistung des ALSAG-Beitrages verpflichtet. Im Zuge beider Projekte würden ALSAG-Beiträge anfallen.

BMLFUW (I***):

Die BITBAU betreibe keine Entsorgungsanlage. Die jeweiligen Auftragnehmer würden die Anlagen betreiben und dem Auftraggeber die von ihnen abzuführenden ALSAG-Beiträge in Rechnung stellen. Bei beiden ausgeschriebenen Projekten würden ALSAG-Beiträge anfallen. Es habe daher auch die BITBAU dem Auftragnehmer den auf das Erweiterungsprojekt entfallenden Anteil (d.h. den entsprechenden ALSAG-Beitrag) zu ersetzen.

Die BALSA, als 100%ige Tochtergesellschaft der Umweltbundesamt GmbH stehe im 100%igen Eigentum der Republik Österreich. Der Bund habe gemäß § 18 ALSAG die Sanierung jener Altlasten vorzunehmen, zu deren Sanierung kein Verpflichteter mehr heran gezogen werden könne. Hiezu sei die BALSA eingerichtet worden. Die Republik Österreich trage die aus der Sanierung entstehenden Kosten zu 100%.

Rechtsvertreter der BALSA:

Die ALSAG-Beiträge seien laut Ausschreibung in den Angebotspreis einzurechnen gewesen. Dies sei der zivilrechtliche Preis, das heißt der Preis inkl. ALSAG-Beitrag, der von der BALSa an den Auftragnehmer zu bezahlen sei und der abzurechnen sei.

BALSa (H^{***}):

Als Zuschlagskriterium sei jedoch der ALSAG-beitragsbereinigte Preis definiert worden.

A. Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes, Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

a) Zur Anwendbarkeit des BVergG auf Beschaffungsvorhaben in seiner Gesamtheit und zur Auftraggebereigenschaft:

Es sind zwei Leistungsteile ausgeschrieben (der Leistungsteil "Sanierung Altlast T5" und der Leistungsteil "Betriebserweiterung"), über die zwei getrennte Verträge abgeschlossen werden sollen (durch die BALSa hinsichtlich der Sanierung und durch die BITBAU hinsichtlich der Betriebserweiterung).

Die BALSa ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Umwelt Bundesamt GmbH, die zu 100% im Eigentum des Bundes steht. Die Sanierung von Altlasten, deren Verursacher nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden können, fällt gemäß § 18 ALSAG dem Bund zu. Im Jahr 2004 wurde zur Abwicklung derartiger Projekte die BALSa gegründet. Die BALSa wurde gemäß § 18 ALSAG mit der Sanierung der Altlast T5 "Dachpappenfabrik Rum" beauftragt. Die BALSa ist als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren.

Bei der BITBAU, auf deren Betriebsgelände sich die zu sanierende Altlast befindet, handelt es sich um ein privates Unternehmen (Erzeugung und Handel mit Baustoffen wie Bitumen-Baustoffe, Dach- und Abdichtungsbahnen, Dachpappe etc.), das die Kriterien eines öffentlichen Auftraggebers iSd § 3 Abs. 1 Z 2 lit.a, b und c BVergG nicht erfüllt. Die BITBAU erhält keine öffentlichen Zuwendungen bzw. Fördermittel für

den von ihr zu vergebenden Auftrag zur Betriebserweiterung (Erweiterung ihrer Betriebsstätte) und zwar weder von der BALSa noch von einem anderen öffentlichen Auftraggeber iSd § 3 Abs. 2 bzw. iSd § 3 Abs. 3 BVergG. Die BITBAU finanziert ihren Leistungsteil (Betriebserweiterung) ausschließlich aus eigenen Mitteln und leistet einen Kostenbeitrag zum Sanierungsprojekt der BALSa (siehe Schriftsatz der BALSa vom 28.10.2011 sowie BITBAU, F***, mündliche Verhandlung). Die BITBAU ist ihrerseits verpflichtet, dem Auftragnehmer den von diesem abzuführenden ALSAG-Betrag abzugelten.

Bei der BITBAU handelt es sich demnach um einen grundsätzlich nicht den Regelungen des BVergG unterliegenden privaten Auftraggeber und die von ihr mittels (gesonderten) Vertrages zu beauftragende Erweiterung ihrer Produktionsstätte (Betriebserweiterung im engeren Sinn), ist, für sich allein genommen, ein nicht dem BVergG unterliegender Vorgang.

Eine solche isolierte, vom Leistungsteil der Sanierung der Altlast losgelöste Betrachtung des Leistungsteiles der Betriebserweiterung hat allerdings nicht zu erfolgen. Es ist vielmehr in Anlehnung an die vom EuGH zu sogenannten gemischten Verträgen (Verträge mit vergaberechtlich neutralen und dem Vergaberecht unterliegenden Inhalten) ergangene Judikatur eine Gesamtbetrachtung geboten:

So hat der EuGH in seiner Entscheidung *Gestion Hotelera Internacional* vom 19.4.1994, Rs C-331/92, die Beurteilung der Einordnung einer sich aus einer Bauleistung und einer vergabefreien Leistung zusammensetzenden Mischleistung nach der sogenannten Hauptgegenstandstheorie (main-object-Ansatz) vorgenommen. In dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war Hauptgegenstand die Einrichtung eines Spielkasinos und der Betrieb eines Hotels, während die damit verbundenen Bauarbeiten von untergeordneter Bedeutung waren, sodass der Gesamtvertrag als der RL 71/305 (RL 2004/18) unterliegender Bauvertrag angesehen wurde. Maßgeblich ist also die Bedeutung der der VergabeRL unterliegenden Bauarbeiten im Kontext des Gesamtvertrages (der Gesamtleistung).

Ähnlich der EuGH in der Rs C-145/08 vom 6.5.2010 (*Club Hotel Loutraki*), worin ein gemischter Vertrag, dessen Hauptgegenstand im Erwerb von Aktien eines

öffentlichen Unternehmens durch ein anderes Unternehmen bestand und dessen Nebengegenstand in der Erbringung von Dienstleistungs- und Bauleistungen gelegen war, in seiner Gesamtheit als nicht dem Vergaberecht unterliegend qualifiziert wurde.

Unter Zugrundelegung der vom EuGH zur Lösung derartiger Abgrenzungsfragen entwickelten Hauptgegenstandstheorie ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Der Hauptgegenstand der ausgeschriebenen Leistung liegt in der Altlastsanierung und nicht in der baulichen Erweiterung des Betriebsgeländes durch den privaten Baustoffhersteller BITBAU. Dies ergibt sich aus dem in Teil A (Informationsteil), der Ausschreibungsunterlagen mit "Sanierung der Altlast T5 'Dachpappenfabrik Rum' in der M***, unter Beifügung der CPV Nummern 90722200 (Dekontaminierung) und 45453100 (Sanierungsarbeiten) übertitelten und dem in unmittelbarem Anschluss daran mit "Sanierung der Altlast durch die Errichtung und den Betrieb einer Sperrbrunnenanlage samt Grundwasserreinigungsanlage, selektiven Aushub der kontaminierten Untergrundbereiche in der gesättigten und ungesättigten Bodenzone, Abtransport und Entsorgung der verunreinigten Aushubmaterialien, Wiederverfüllung der Räumbereiche, Instandsetzung der versiegelten Flächen und Errichtung und Betrieb eines Pilotversuches von In-Situ Maßnahmen zur Ermittlung wesentlicher Verfahrensparameter" angegebenen Auftragsgegenstand.

Dies setzt sich in den sich daran anschließenden Ausführungen unter Pkt. 1 der Ausschreibungsunterlagen (Beschreibung des Vorhabens), fort, worin es einleitend lautet:

Im Zuge der Detailerkundung und der Erstellung des Einreichprojektes hat sich gezeigt, dass die für die Altlastensanierung vorgesehenen GW-Entnahme- und -Behandlungssysteme auch für die Bereitstellung erforderlicher betrieblicher Ressourcen in optimierender Weise herangezogen werden können. Auch die durch die Bitumen- und Baustoffindustrie Bäumler Ges.m.b.H., in weiterer Folge kurz BITBAU genannt, geplante Betriebserweiterung durch Abbruch und Neubau diverser Gebäude und die geplante Umlegung und Verrohrung des Arzler Lohbaches ermöglichen es, Synergieeffekte bestmöglich zu nutzen. Das gegenständliche

Projekt umfasst daher neben den Maßnahmen zur Altlastensanierung durch Kombination von hydraulischen Maßnahmen, Dekontaminationsmaßnahmen durch Räumung, Entsorgung der dabei anfallenden kontaminierten Materialien inkl. anschließender Wiederverfüllung der Aushubbereiche und gezielter In-Situ Maßnahmen auch den Abbruch von Gebäuden, die Oberflächenwasserbeseitigung und die Umlegung und Verrohrung des den Betriebsstandort durchfließenden Arzler Lohbaches.

Dementsprechend gab auch die BITBAU, (F***), in der mündlichen Verhandlung von der BALSa beipflichtend zur Kenntnis genommen an, dass das Hauptziel der ausgeschriebenen Leistungen in der Sanierung der Altlast und nicht in der Betriebserweiterung der BITBAU liegt.

Dessen ungeachtet besteht allerdings in mehrfacher Hinsicht ein wechselseitiger Zusammenhang zwischen beiden Leistungsteilen, der zur Ausschreibung der Leistungen in Form einer Gesamtvergabe geführt hat:

So "hängt" die BITBAU etwa insofern am Sanierungsprojekt der BALSa, als die BITBAU, um die Sanierungsmaßnahmen der BALSa nicht zu behindern, derzeit zur Entnahme und Verwendung von Grundwasser zu Kühlzwecken in ihren Produktionsanlagen nicht berechtigt ist. Die wasserrechtliche Bewilligung der BITBAU für ihre beiden Tiefbrunnen ist abgelaufen. Die beiden auf dem Gelände der BITBAU liegenden Tiefbrunnen müssen zur Durchführung des Sanierungsprojektes verlegt werden. Die BITBAU wiederum benötigt die Tiefbrunnen zur Kühlung ihrer Bitumenbahnen, also für ihren Produktionsbetrieb. Darüber hinaus ist die BITBAU künftig nicht mehr zur Entnahme von Grundwasser ohne Vorreinigung berechtigt. Die BITBAU wird zur erforderlichen Vorreinigung des Grundwassers das Filterhaus (mit)nutzen, das die BALSa für die Sanierung benötigt und zu diesem Zweck errichten wird. Das Erweiterungsprojekt der BITBAU ist also sowohl hinsichtlich der Tiefbrunnen als auch hinsichtlich der Wasservorreinigungsanlage vom Erweiterungsprojekt der BALSa abhängig (siehe F*** mündliche Verhandlung).

Die BITBAU schließt sich auch insofern der für die Altlastsanierung erforderlichen Errichtung eines Entnahmebrunnens an, als sie sich anteilmäßig an den

Investitionskosten für die aufgrund der betrieblichen Nutzung durch die BITBAU erforderlichen größeren Dimensionierung des Entnahmebrunnens wie auch an den Betriebs- und Instandhaltungskosten für die Benutzung des Entnahmebrunnens und für die Grundwasserreinigungsanlage beteiligt.

Die Nutzung der sich aus den Arbeiten der Altlastensanierung ergebenden Synergieeffekte für das Betriebserweiterungsprojekt der BITBAU stellt sich gegenüber dem im Mittelpunkt stehenden Kernvorhaben, der Sanierung der Altlast, als nachrangig und als mit dem eigentlichen Hauptzweck, der Altlastensanierung, verbundener Nebenzweck dar. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die BALSa gemäß Pkt. 1.1. der Ausschreibungsunterlagen, wie diese in ihrem Schriftsatz an das Bundesvergabeamt vom 28.10.2011 ausführte und in der mündlichen Verhandlung näher erörterte, für die anstehende Altlastensanierung ihrerseits die sich aus der geplanten Betriebserweiterung der BITBAU, insbesondere durch Abbruch bestehender Gebäude, ergebenden Synergieeffekte zu nutzen beabsichtigt (siehe hierzu im Folgenden).

Dass Hauptgegenstand und Hauptzweck des ausgeschriebenen Vorhabens in erster Linie in der Sanierung der Altlast liegen, findet seine Entsprechung in den umfangreichen Regelungen des Pkt. 1.6, Leistungsumfang "Sanierungsprojekt Bauphase", des Pkt. 1.7, Leistungsumfang "Sanierungsprojekt" Betriebsphase, des Pkt. 1.8, Leistungsumfang "Sanierungsprojekt" Demontage der Ausschreibungsunterlagen einerseits und in den vergleichsweise knapp gehaltenen Regelungen des Pkt. 1.9, (Leistungsumfang "Betriebserweiterung"), andererseits.

In Pkt. 1.6, Leistungsumfang "Sanierungsprojekt" Bauphase, werden einleitend die Sanierungsmaßnahmen beschrieben. Demnach erfolgt die Sanierung der Altlast T5 durch

- *hydraulische Maßnahmen (Entnahmebrunnen, GW-Reinigung, Infiltrationsbrunnen, Pump and Treat-Technologie)*
- *Dekontamination durch Räumung von stark kontaminierten Untergrundbereichen (Hot-Spots) mit anschließender Entsorgung der dabei anfallenden Aushubmaterialien sowie Wiederverfüllung*

- Durchführung eines Pilotversuches von In-Situ Maßnahmen zur Ermittlung wesentlicher Verfahrensparameter

Pkt. 1.9, Leistungsumfang "Betriebserweiterung" lautet:

1.9 Leistungsumfang "Betriebserweiterung"

1.9.1 Abbruch von Gebäuden

Um die Dekontamination durch Räumung in den Räumbereichen RB III_{2, 3, 4} und RB IV_{1, 5} durchführen zu können ist es erforderlich, das Gebäude des ehemaligen Schulungsraumes und der Schlosserei abzutragen.

1.9.2 Umlegung und Verrohrung Arzler Lohbach

Die BITBAU beabsichtigt, das Betriebsareal durch die Errichtung einer neuen Produktionshalle Richtung Norden (GSt.Nr. 758/8) zu erweitern. Es ist daher erforderlich, die geplante Baufläche frei zu machen und den in diesem Bereich befindlichen Arzler Lohbach umzulegen und in weiterer Folge, aus Gründen der besseren innerbetrieblichen Verkehrsführung, diesen im ganzen Werksgelände zu verrohren.

[...]

Die gegenständlichen Arbeiten sind in Abstimmung mit dem Sanierungsprojekt in Abschnitten durchzuführen [...]

1.9.3 Errichtung der Oberflächenwasserentsorgung

Da die am Standort bestehende Entwässerungsanlage nicht mehr dem Stand der Technik entspricht (z.B. ist für die Asphaltflächenwässer keine Vorreinigungsanlage vorhanden), ist diese im Zuge der Projektentwicklung "Sanierungsprojekt" nach dem Stand der Technik neu zu errichten

[...]

Die gegenständlichen Arbeiten sind in Abstimmung mit dem Sanierungsprojekt in Abschnitten durchzuführen [...]

Eine nähere Betrachtung des in Pkt. 1.9 der Ausschreibungsunterlagen festgeschriebenen Leistungsumfanges "Betriebserweiterung" verdeutlicht, dass sich insbesondere der in Pkt. 1.9.1 angesprochene Abbruch von Gebäuden als zur Durchführung der Sanierungsmaßnahmen (Dekontamination durch Räumung) unabdingbar erweist. So geht aus Pkt. 1.9.1 hervor, dass zwei Gebäude abzutragen sind, um die Räumung in bestimmten Räumbereichen überhaupt erst durchführen zu können. Wie hiezu auch die BALSA, (G***), in der mündlichen Verhandlung bestätigte, erweist sich die Abtragung dieser Gebäude zur Durchführung der Räumung in den entsprechenden Räumbezirken unumgänglich. Ohne vorherige Abtragung der betroffenen Gebäude kann somit das Sanierungsziel nicht erreicht werden.

Aber auch zwischen der in Pkt. 1.9.3 geregelten, die Dachwässer betreffende Neuerrichtung der Oberflächenwasserentsorgung und dem Sanierungsprojekt besteht, wie bereits der Wortlaut der Regelung indiziert (vgl. "hat im Zuge der Projektabwicklung Sanierungsprojekt zu erfolgen"), eine Verbindung: Die BALSA würde im Zuge der Sanierung die Regenwasserkanäle der BITBAU zerstören. Die BITBAU hat sich daher - zumal ihr keine wasserrechtliche Bewilligung zur Wiedereinleitung der Dachwässer mehr erteilt würde - in Hinkunft zu einer Versickerung der Dachwässer entschieden.

Was schließlich die Umlegung und Verrohrung des Arzler Lohbaches (Pkt. 1.9.2 der Ausschreibungsunterlagen) betrifft, so ist diese zwar primär zur beabsichtigten Errichtung der neuen Produktionshalle durch die BITBAU erforderlich, da die neue Produktionshalle dort errichtet werden soll, wo derzeit der Lohbach fließt (vgl. BITBAU, F*** mündliche Verhandlung, wonach für die neu zu errichtende Produktionshalle der Lohbach umgelegt werden müsse). Dennoch ist auch hieran jedenfalls ein (Mit)interesse der BALSA gegeben, da der Lohbach für die Sanierung zunächst provisorisch versetzt und anschließend wieder in seinen Urzustand zurück versetzt werden müsste. Mit der Verlegung des Lohbaches durch die BITBAU "erspart" sich die BALSA daher die andernfalls anfallende Bachzurückverlegung und -verrohrung.

Sowohl der in Pkt. 1.9.1 der Ausschreibungsunterlagen geregelte Abbruch von Gebäuden, die in Pkt. 1.9.2 angesprochene Umlegung und Verrohrung des Arzler Lohbaches, wie auch die in Pkt. 1.9.3 umschriebene Errichtung der Oberflächenwasserentsorgung - wengleich diese in der Ausschreibung in formaler Hinsicht allein unter dem Leistungsumfang "Betriebserweiterung" angeführt werden - stellen sich als nicht nur im Interesse der BITBAU, sondern ebenso als im Interesse der Zielerreichung der Altlastensanierung stehende Maßnahmen dar. Lediglich die Errichtung der neuen Produktionshalle durch die BITBAU, also die Betriebserweiterung im engeren und eigentlichen Sinn, liegt prinzipiell im Alleininteresse der BITBAU. Selbst hieran besteht jedoch ein Interesse der BALS, nämlich insofern, als die Errichtung der Halle erst nach Abschluss des Sanierungsprojektes zu erfolgen hat.

Zwischen dem vorherrschenden Auftragsbestandteil, der Altlastsanierung, und zwischen dem Leistungsteil der Betriebserweiterung besteht eine auf objektiven Gesichtspunkten beruhende Verbindung, durch die die beiden Leistungsteile zusammengehören und eine Einheit bilden (vgl. EuGH vom 22.12.2010, Rs C-215/09, Oulun kaupunki). Der Leistungsteil der Betriebserweiterung kann also daher nicht vom Leistungsteil der Altlastensanierung losgekoppelt und einer davon unabhängigen vergaberechtlichen Beurteilung unterworfen werden.

Auch in diesem Zusammenhang ist auf die bereits genannte Judikatur des EuGH zu gemischten Verträgen (Club Hotel Loutraki) hinzuweisen, wonach ein gemischter Vertrag, dessen einzelne Teile ein untrennbares Ganzes bilden, im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften über öffentliche Aufträge, die den Teil regeln, der seinen Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil bildet, zu untersuchen ist. Ein Vertragskonstrukt, dessen Teile untrennbar miteinander verbunden sind, ist hinsichtlich seiner vergaberechtlichen Einstufung als Gesamtheit zu betrachten.

Überträgt man diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall, bedeutet dies, dass das konkret ausgeschriebene Beschaffungsvorhaben in seiner Gesamtheit als dem Anwendungsbereich des BVergG unterworfen zu behandeln ist, wengleich daran

ein öffentlicher und ein - als solcher grundsätzlich nicht dem BVergG unterliegender - privater Auftraggeber beteiligt sind.

Dem trägt auch die Ausschreibungsgestaltung Rechnung, indem eine Gesamtvergabe unter Ausschluss der Legung von Teilangeboten und die Auftragserteilung an einen (einzigen) Auftragnehmer vorgesehen sind (siehe Pkt. 1.1 und Pkt. 2.6 der Ausschreibungsunterlagen). Weiters wird wiederholt hervorgehoben, dass die Arbeiten in gegenseitiger Abstimmung und Koordinierung durchgeführt werden müssen (vgl. etwa oben, Pkt. 1.9.2, Pkt. 1.9.3 und Pkt. 2.6 der Ausschreibungsunterlagen). Im Zusammenhang damit wird in Pkt. 1.1 der Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die ausgeschriebenen Verträge eine Schutzwirkung zu Gunsten des jeweils anderen Auftraggebers entfalten. Die BITBAU, F***, erläuterte hiezu in der mündlichen Verhandlung, dass eine Beeinträchtigung des Sanierungsprojektes der BALSa durch die BITBAU so weit als möglich hintanzuhalten ist. Zu diesem Zweck unterliegt die BITBAU für die Dauer der Sanierungsmaßnahmen insofern einer Duldungsverpflichtung, als sie alles zu unterlassen hat, was der Sanierung hinderlich sein könnte. Umgekehrt hat der Auftragnehmer bei der Sanierung der Altlast T5 die Interessen der BITBAU an einem ungestörten Produktionsbetrieb (etwa bezüglich der Betriebslogistik etc.) zu berücksichtigen. Im Hinblick darauf hat eine zeitliche wie auch eine themenmäßige Abstimmung der Vorgangsweise von BITBAU und BALSa zu erfolgen. So hat beispielsweise eine Versickerung der Dachwässer durch die BITBAU nur dort zu erfolgen, wo dies dem Sanierungsprojekt nicht entgegen steht (vgl. BALSa, G*** mündliche Verhandlung).

Das nachvollziehbar dargelegte Erfordernis einer funktionierenden wechselseitigen Koordination im Zuge der Umsetzung der beiden Einzelprojekte begründet auf nachvollziehbare Art und Weise die objektive Notwendigkeit der Vergabe beider Aufträge an ein und denselben Auftragnehmer.

Aus den dargelegten faktischen Gründen sind für die Zielerreichung jedoch nicht nur beide Verträge notwendig, sondern es erweist sich gleichzeitig als erforderlich, dass beide Vertragsabschlüsse mit demselben Vertragspartner erfolgen (vgl. Club Hotel Loutraki). Dementsprechend ist gegenständlich für beide zu vergebenden

Leistungssteile auch nur eine Zuschlagsentscheidung ergangen. Dass - in formaler Hinsicht - letztlich zwei Verträge abgeschlossen werden sollen (der Vertrag über die Sanierung der Altlast T5 mit der BALSa und der Vertrag über die Betriebserweiterung auf dem Betriebsgelände der BITBAU mit der BITBAU), siehe Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlagen, vermag daran nichts zu ändern. Die zu vergebenden Leistungen sind vergaberechtlicher Hinsicht als einheitliche Gesamtleistung zu betrachten. Der Hauptgegenstand liegt unzweifelhaft im öffentlichen Auftrag, sodass die Auftragsvergabe in ihrer Gesamtheit dem Vergaberecht unterliegt (vgl. EuGH Rs C-3/88 Kommission/Italien, Rn 19; Club Hotel Loutraki, Rn 48ff).

Die gegenteilige, abzulehnende Auffassung würde - da die Leistung infolge der ausgeschriebenen bestandsfest gewordenen Gesamtvergabe und des Ausschlusses von Teilangeboten nicht teilbar ist - dazu führen, dass der Beschaffungsvorgang zur Gänze dem Anwendungsbereich des BVergG entzogen wäre. Dies würde der Möglichkeit der Umgehung des BVergG breiten Raum bieten, da sich ein öffentlicher Auftraggeber diesfalls durch "Hereinnahme" eines privaten Unternehmers und durch (formalen) Abschluss eines gesonderten Vertrages durch diesen erfolgreich dem Geltungsbereich des BVergG entziehen könnte.

Schließlich sei erwähnt, dass sich die Tatsache, dass das Sanierungsprojekt im Vordergrund steht, auch in den von der vergebenden Stelle bekannt gegebenen Auftragswertanteilen der beiden Projekte widerspiegelt. Diese haben eine Indizwirkung und lassen einen Rückschluss auf die wirtschaftliche Bedeutung der beiden Verträge und damit auf das vorrangige Ziel der Auftragsvergabe, das in der Altlastsanierung besteht, zu (vgl. *Müller-Wrede/Kaelble* in *Müller-Wrede*, GWB-Vergaberecht § 99 Rz 160, die von einer Orientierungsfunktion der Wertanteile sprechen).

Der Antragsteller hat seinen Nachprüfungsantrag gegen die BALSa, gerichtet, die in der EU-weiten Ausschreibungsbekanntmachung ausschließlich als (öffentlicher) Auftraggeber bezeichnet wurde, sodass der Antragsteller auf diese Information vertrauen durfte. Ebenso ohne Relevanz ist es, dass der Antragsteller das

Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren bezeichnet hat. Seinem Gegenstand nach hat der Antragsteller das Vergabeverfahren jedenfalls zutreffend bezeichnet.

b) Zur Auftragsart:

Zur Frage, welche Vergabevorschriften anzuwenden sind, wenn ein Vertrag zugleich sowohl Elemente eines öffentlichen Dienstleistungs- als auch eines öffentlichen Bauauftrages enthält, entschied der EuGH in der Rs C-220/05 vom 18.1.2007 (Auroux), dass es auch dabei auf den Hauptgegenstand des Vertrages ankommt. In diesem Sinne hat das Bundesvergabeamt die Sanierung einer Deponie aufgrund überwiegender Dienstleistungselemente (Transport, Abfallbeseitigung bzw. - Verwertung) gegenüber den Bauleistungselementen (Aushub, Wiederherstellungsmaßnahmen etc.) als Dienstleistungsauftrag qualifiziert (BVA 12.7.2006, N/0040-BVA/06/2006-32; 12.7.2006, N/0041-BVA/07/2006-49=RPA 2007,18 (mit Anm. *Walther/R.Madl*). Gleiches hat im vorliegenden Fall einer Altlastsanierung zu gelten, in dem die Baumaßnahmen bloß Mittel zum Zweck bzw. die Bauleistungen zur Betriebserweiterung der BITBAU von nachrangiger Bedeutung sind. Das ausgeschriebene Vorhaben ist daher als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG anzusehen. (Vgl. im gegebenen Zusammenhang auch Anhang III, Kategorie 16 zum BVergG, wonach die Abfall- und Abwässerbeseitigung eine prioritäre Dienstleistung darstellt sowie die Regelung des § 9 Abs. 2 BVergG).

Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 19.836.971,20 exkl. USt., wovon Euro 1.465.000,- exkl. USt. auf die Herstellungskosten für die Betriebserweiterung entfallen (zur Kostenbeteiligung der BITBAU siehe oben).

Es handelt sich demnach um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt wird.

c) Zur Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG.

Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

a) Zu Spruchpunkt I:

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber vorgenommenen Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers war Gegenstand eines unter der GZ N/0104-BVA/14/2011 am 13.10.2011 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung des Antragstellerangebotes stellt im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, in dem die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt wird, eine Vorfrage dar. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers durch den Auftraggeber wurde vom Bundesvergabeamt nach Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens als rechtmäßig erkannt und der Antrag des Antragstellers auf Nichtigklärung des Ausscheidens seines Angebotes vom 30.9.2011 mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23.11.2011, GZ N/0104-BVA/14/2011-41, abgewiesen.

Die rechtliche Begründung des zitierten Bescheides zur Begründung der Abweisung des Nachprüfungsantrages des Antragstellers ("zu Spruchpunkt I") lautete wie folgt:

- Zum Ausscheiden des Angebotes mangels Vorlage eines Baustelleneinrichtungsplanes (Ausscheidenstatbestand der Unvollständigkeit des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG):

Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

1.10.1 Baustellenorganisationskonzept

Der Bieter hat seinem Angebot ein Baustellenorganisationskonzept, bestehend aus einem **Baustelleneinrichtungsplan** sowie einem generellen **Vorschlag** für den **Baustellenablauf**, insbesondere der Räumungslogistik, wie nachfolgend beschrieben beizulegen.

Das Baustellenorganisationskonzept ist in Form von Plänen, technischen Beschreibungen etc. auszuarbeiten und auf den vorgesehenen Zeitplan (siehe Pkt. 1.10.4) abzustimmen. Betreffend den Baustellenablauf hat das Konzept jedenfalls folgende Angaben zu enthalten:

- Baustellenablauf (Räumungsablauf bzw. -logistik, Vorgangsweise bei angeordneten Stillstandszeiten)
- Personaleinsatz
- Geräteeinsatz (betreffend Erkundung, Errichtung der GWRA und Brunnen, Räumung, Verwiegung, Wiederverfüllung)
- Sicherheitstechnik
- Maßnahmen zur Emissionsminderung und -begrenzung
- Räumung des kontaminierten Untergrundes inkl. Darstellung von Räumungsablauf bzw. -logistik
- Vorhalletagerung (Zwischenlagerungs- und Verfuhrkonzept des internen Baustellenverkehrs unter Berücksichtigung der Platzverhältnisse)
- Verladung
- Verwiegung
- Abtransport des Räumgutes
- Ein- und Ausgangskontrolle
- Baustellenüberwachung
- Baustellenbewachung

Vorausgeschickt wird, dass die Ausschreibung innerhalb der in § 321 BVergG normierten Frist nicht angefochten wurde und demnach in ihrer Gesamtheit, somit einschließlich der vorstehend wieder gegebenen Regelung des Pkt. 1.10.1 bestandsfest geworden ist (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078 uva). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind in der Folge an

die in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen gebunden, die die unabänderliche Grundlage für die Angebotsprüfung und -bewertung darstellen (vgl. BVA 23.9.2011, N/0067-BVA/09/2011-21 uva).

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). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese 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).

Schon aus dem unmissverständlichen Wortlaut der zu beurteilenden Ausschreibungsregelung geht eindeutig hervor, dass das vorzulegende Baustellenorganisationskonzept zwingend aus zwei Bestandteilen, nämlich einem Baustelleneinrichtungsplan einerseits und einem generellen Vorschlag für den Baustellenablauf andererseits, besteht (arg. "Der Bieter hat seinem Angebot ein Baustellenorganisationskonzept, bestehend aus einem Baustelleneinrichtungsplan sowie einem generellen Vorschlag für den Baustellenablauf ... beizulegen").

Was den neben dem Baustelleneinrichtungsplan dem Angebot beizulegenden generellen Vorschlag für den Baustellenablauf betrifft, so werden die hiesu zu machenden Angaben, somit die an den Baustellenablaufsvorschlag zu stellenden Anforderungen, in der Ausschreibung im Einzelnen näher konkretisiert (vgl. "Betreffend den Baustellenablauf hat das Konzept jedenfalls folgende Angaben zu enthalten").

Die unabhängig und gesondert davon bestehende Verpflichtung zur Vorlage eines Baustelleneinrichtungsplanes bleibt hiervon jedoch unberührt.

Unter einem Baustelleneinrichtungsplan ist, wie in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend festgehalten wurde, eine zeichnerische Darstellung zu verstehen, in der die Lage aller für den Baustellenablauf benötigten Instrumente bzw. Baugeräte wie Container, Baubüro, Brückenwaage etc. darzustellen ist. (Vgl. <http://www.baubegriffe.com/B>, wonach unter einem Baustelleneinrichtungsplan eine planmäßige Darstellung zu verstehen ist, die alle Standorte von z.B. Zufahrtswegen, Bauhütten, Strom- und Wasserversorgungen, Kranstellplätzen und alle anderen zum Bauablauf nötigen Einrichtungen dieser Art beinhaltet). Dem Charakter der zeichnerischen Darstellung eines Baustelleneinrichtungsplanes entsprechend werden in Pkt. 1.10.1, 2. Absatz, der Ausschreibung, Pläne eigens genannt.

Der Baustellenablaufsvorschlag ist demgegenüber eine verbale Darstellung des Baustellenablaufes in seinen einzelnen Phasen (vgl. Antragstellervertreter: "Der Baustellenablaufplan regle, was, wann, wo im Bauablauf zu geschehen habe").

Bei beiden Begrifflichkeiten (Baustelleneinrichtungsplan, Baustellenablaufsvorschlag) handelt es sich um in einschlägigen Fachkreisen geläufige Begriffe.

Unter einem Baustelleneinrichtungsplan und unter einem Vorschlag über den Baustellenablauf ist demnach grundsätzlich Unterschiedliches zu verstehen, sodass deren Vorlage in der Ausschreibung jeweils gesondert verlangt wurde. Dies räumt schließlich der Antragsteller selbst ein, indem der Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gab, dass es sich beim

Baustelleneinrichtungsplan und beim Baustellenablaufsvorschlag um unterschiedliche Unterlagen handelt.

Einem redlichen fachkundigen Erklärungsempfänger musste iSd oben wiedergegebenen Auslegungsgrundsätze unter Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt (vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN-AG Wien Strom GmbH; VwGH 17.11.2004, Zl. 2002/04/0078), daher bewusst sein, dass mit dem Baustellenorganisationskonzept zweierlei, nämlich sowohl ein Baustelleneinrichtungsplan als auch ein Vorschlag für den Baustellenablauf vorzulegen seien und dass die Vorlage eines die vorgeschriebenen Anforderungen bzw. Bestandteile erfüllenden Baustellenablaufvorschlages von der unabhängig davon bestehenden Verpflichtung zur Beilage eines Baustelleneinrichtungsplanes nicht zu entbinden vermag. So hatten andere Bieter, etwa auch der präsumtive Zuschlagsempfänger, diesbezüglich offensichtlich kein Problem und schlossen ihren Angeboten den geforderten Baustelleneinrichtungsplan (als grafische Darstellung) an.

*Der Ausschreibungsregelung des Pkt. 1.10.1 ist eindeutig zu entnehmen, dass ein Baustelleneinrichtungsplan dem Angebot des Bieters anzuschließen ist und somit bereits zu diesem Zeitpunkt - und nicht erst vor Beginn der Bauarbeiten, wie der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vermeint - vorzulegen ist. Darüber hinaus folgt aus der zit. Regelung mit ebensolcher Deutlichkeit, dass der mit dem Angebot vorzulegende Baustelleneinrichtungsplan vom Bieter aus Eigenem zu erstellen ist. In seinen Ausschreibungsunterlagen gibt der Auftraggeber keinerlei Unterlage eines Baustelleneinrichtungsplanes vor, die, wie der Antragsteller, (J***), vorbringt, hierfür vom Bieter als "Gerüst" durch entsprechende (handschriftliche) Eintragungen bzw. durch Verwendung von Symbolen heranzuziehen wäre. Was die zeichnerische Darstellung der Baustelleneinrichtung in der gebotenen Form der Erstellung eines Baustelleneinrichtungsplanes betrifft, hat die Initiative allein vom Bieter auszugehen.*

Daran vermag auch die vom Antragsteller ins Treffen geführte Bestimmung des Pkt. 1.6.2 der Ausschreibungsregelungen nichts zu ändern, die lediglich eine Auflistung der inhaltlichen Mindestelemente der Baustelleneinrichtung enthält (arg." Die

Elemente der Baustelleneinrichtung...umfassen jedenfalls folgende Einrichtungsteile...").

Auch aus der Bestimmung des Pkt. 1.6.1 der Ausschreibung ist entgegen der Auffassung des Antragstellers nichts Abweichendes zu gewinnen. Pkt. 1.6.1, 1. Satz der Ausschreibung lautet: "Rechtzeitig vor Beginn der Bauarbeiten ist basierend auf dem dem Angebot beigelegten generellen Vorschlag für ein Baustellenorganisationskonzept...eine Detailplanung zu den im Konzept angeführten Punkten zu erstellen". Wie der Rechtsvertreter der BALSa zutreffend anmerkte, folgt aus der Bezugnahme auf das dem Angebot beigelegte Baustellenorganisationskonzept, dass hievon beide Unterlagen (Baustelleneinrichtungsplan und Baustellenablaufsvorschlag) erfasst sind.

Letztlich dürfte dem Antragsteller ohnedies bewusst sein, dass nach Vorgabe der Ausschreibung ein Baustelleneinrichtungsplan gleichzeitig mit dem Angebot abzugeben war. Dies bringt J*** mit seiner Aussage, dass er sich offensichtlich zu stark auf den Baustellenablaufsvorschlag konzentriert habe, selbst zum Ausdruck. Zudem war schon vor dieser Äußerung des Antragstellers im Verlauf der mündlichen Verhandlung übereinstimmend festgehalten worden, dass laut Pkt. 1.10.1 der Ausschreibung zum Baustellenorganisationskonzept beiderlei (Baustelleneinrichtungsplan und Baustellenablaufsvorschlag) vorzulegen ist.

Ein Baustelleneinrichtungsplan war dem Angebot des Antragstellers entgegen dem Ausschreibungserfordernis nicht angeschlossen. Dem Angebot war - wie der Antragsteller gar nicht in Abrede stellte - lediglich ein 14-Seiten umfassender, in inhaltlicher Hinsicht der Auflistung der Anforderungen an den Baustellenablaufsvorschlag des Pkt. 1.10.1 der Ausschreibung folgender Baustellenablaufsvorschlag angeschlossen.

Die Regelung des § 126 Abs. 1 1. Satz BVergG lautet: Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot ... oder über die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 16.9.2011, mit welchem der Antragsteller in mehrfacher Hinsicht zur Nachreichung bzw. zu Präzisierungen aufgefordert wurde, erging im gegebenen Zusammenhang folgende Aufforderung:

Gem. Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen ist ein Baustellenorganisationskonzept mit definiertem Inhalt dem Angebot beizulegen. Es ist darzulegen, in welchen Unterlagen des vorgelegten Angebotes die geforderten Angaben enthalten sind. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang auf die Angaben betreffend "Räumung des kontaminierten Untergrundes" und "Vorhaltelagerung (Zwischenlagerungs- und Verfuhrkonzept des internen Baustellenverkehrs unter Berücksichtigung der Platzverhältnisse)" hingewiesen.

Die getroffene Formulierung ("in welchen Unterlagen des vorgelegten Angebotes die geforderten Angaben enthalten sind") wurde von der vergebenden Stelle plausibel damit begründet, dass von den Bietern Konzepte zur Projektentwicklung vorzulegen waren, die als solche keinem vom Auftraggeber vorgegebenen fixen Schema zu folgen hatten. Die von den einzelnen Bietern abgegebenen Angebotsunterlagen waren daher in optischer Hinsicht als auch ihrem Umfang nach unterschiedlich gestaltet. Im Hinblick darauf konnte von der vergebenden Stelle nicht vorweg ausgeschlossen werden, dass sich nicht irgendwo im Angebotsunterlagenkonvolut des Antragstellers - an unvermuteter Stelle - ein Baustelleneinrichtungsplan befinden hätte können.

Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf den in Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen definierten Inhalt des dem Angebot beizulegenden Baustellenorganisationskonzeptes, verbunden mit der Aufforderung zur Darlegung, in welchen Unterlagen des vorgelegten Angebotes die geforderten Angaben enthalten seien, hat die vergebende Stelle ihren Mängelbehebungsauftrag hinreichend konkretisiert (vgl. BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26; 22.12.2005, 11N-117/05-12; 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32 u.a.). Aufgrund der ergangenen Aufforderung musste dem Antragsteller - als sachverständigem Bieter - sohin klar sein, dass der bislang in seinem Angebot nicht enthaltene Baustelleneinrichtungsplan nachzureichen ist.

Dass die vergebende Stelle den Antragsteller daneben beispielhaft auf einzelne inhaltliche Aspekte des Baustellenablaufsvorschlages angesprochen und zur Angabe aufgefordert hat, wo im Angebot sich diese Angaben befinden würden, ergibt keine abweichende Sichtweise. Wie schon der ausdrückliche Hinweis auf den in Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen definierten Inhalt des Baustellenorganisationskonzeptes, hätte gerade die Formulierung ("insbesondere...") den Antragsteller zur Überlegung darüber veranlassen müssen, ob er dem Verbesserungsauftrag tatsächlich voll umfänglich nachgekommen ist. Die beispielhafte Nennung eines bzw. mehrerer Aspekte durch Gebrauch des Wortes "insbesondere" hat es nach allgemeinem Sprachgebrauch wesensgemäß an sich, dass daneben noch mindestens ein weiterer Aspekt von Bedeutung ist.

Zumal der Antragsteller seine Nachreichung im Wesentlichen auf bereits vorgelegte Unterlagen bzw. auf bereits gemachte Angaben zu beschränken beabsichtigte, hätte er sich umso mehr nicht auf die vermeintliche Vollständigkeit seiner vorgelegten Unterlagen verlassen dürfen, ohne beim Auftraggeber zumindest rückzufragen.

Einem fachkundigen Bieter musste unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennbar sein, dass in der Ausschreibung beide Unterlagen, nämlich Baustelleneinrichtungsplan wie auch Baustellenablaufsvorschlag, in gleicher Weise zum Inhalt des vorzulegenden Baustellenorganisationskonzeptes erklärt werden. Im Hinblick darauf brauchte die vergebende Stelle den Antragsteller nicht ausdrücklich zur Vorlage des fehlenden Baustelleneinrichtungsplanes auffordern, sondern durfte sich mit dem Hinweis auf den in Pkt. 1.10.1 der Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich definierten Inhalt des Baustellenorganisationskonzeptes begnügen.

Am Rande sei erwähnt, dass die vergebende Stelle angesichts des gänzlichen Fehlens eines Baustelleneinrichtungsplanes dem Antragsteller auch keinen Auftrag zur "Präzisierung" zu erteilen hatte bzw. erteilen konnte, da etwas gar nicht Vorhandenes naturgemäß keiner Präzisierung zugänglich ist.

Da die Aufforderung zur Verbesserung sohin ausreichend präzise formuliert war, hatte die vergebende Stelle den Antragsteller auch nicht nochmals zur Vervollständigung seines Baustellenorganisationskonzeptes aufzufordern, wie dieser nunmehr vermeint. Mit seinem Verweis auf das - von einer Ergänzung abgesehen - bereits vorgelegte Baustellenorganisationskonzept mit seinem Schreiben vom 21.9.2011, hat der Antragsteller seine Verbesserungsmöglichkeit konsumiert. Eine wiederholte Aufforderung durch die vergebende Stelle - und damit die Einräumung der Möglichkeit eines weiteren Verbesserungsversuches - wäre angesichts des Gleichbehandlungsgebotes der Bieter nicht statthaft gewesen und ist zu Recht unterblieben (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0235).

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung ua. unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuscheiden.

Da das Angebot des Antragstellers auch nach erfolgtem Verbesserungsversuch ein unvollständiges Angebot geblieben ist und damit im Ergebnis ein ausschreibungswidriges Angebot darstellt, wurde dieses zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. (Vgl. auch Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlagen, wonach u.a. das Baustellenorganisationskonzept gemäß Pkt. 1.10.1 einen integrierten Bestandteil des Angebotsschreibens bildet und das Fehlen - gegebenenfalls nach Durchführung eines Verbesserungsverfahrens gemäß § 126 BVergG - das Ausscheiden dieses Angebotes zur Folge hat).

- Zum Ausscheiden des Angebotes in Folge mangelhafter Unternehmensreferenzen, fehlender Nachweis der technischen Projektleitung (Ausscheidenstatbestand der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG):

Laut Ausschreibung waren 14 Unternehmensreferenzen aus 8 unterschiedlichen Kategorien nachzuweisen.

Gemäß Pkt. 3.5. (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit), Unter Pkt. 3.5.1 (Unternehmensreferenzen), Seite 73, letzter Absatz, der Ausschreibungsunterlagen finden Referenzen nur dann Berücksichtigung, wenn der Bieter die technische Projektleitung (z.B. technische Geschäftsführung, sonstiger Ausführungsverantwortlicher) innegehabt hat.

Die Angaben betreffend die Referenzen sind unter Verwendung des Formblattes 3 zu machen. (Vgl. Pkt 3.5.1, 1. Satz: Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind folgende Angaben über entsprechende Referenzprojekte unter Verwendung des Formblattes 3 dem Angebot anzuschließen oder bei Aufforderung vorzulegen sind. Vgl. ebenso Pkt 3.5.1 letzter Satz: Die Angaben sind unter Verwendung des Formblattes 3 vorzulegen).

Im Formblatt 3, überschrieben mit "Eignungskriterium Unternehmensreferenzen gem. Punkt 3.5.1 der Ausschreibungsunterlagen", sind unter Pkt. 1) Allgemeine Informationen, unter der Rubrik "Verantwortliche Mitarbeiter" der Projektleiter, dessen Stellvertreter, der Bauleiter, dessen Stellvertreter und weitere Mitarbeiter inkl. deren Funktion anzugeben.

Der Antragsteller hat, wie er selbst zugesteht, bei mehreren Referenzprojekten im Formblatt 3 das Textfeld "Verantwortliche Mitarbeiter" nicht bzw. nur zum Teil ausgefüllt. Der vergebenden Stelle war daher keine Schlussfolgerung möglich, ob bzw. dass das Unternehmen des Antragstellers bei diesen Referenzprojekten die Projektleitung innegehabt hat. Für die vergebende Stelle lag somit eine aufklärungsbedürftige Unklarheit vor. Mit Schreiben vom 16.9.2011 forderte die vergebende Stelle den Antragsteller in der Folge zur Aufklärung auf, woraus sich aus seinem Angebot die Nachweise der technischen Projektleitung ergeben würden:

Seitens des Bieters ist darzulegen, wo in den vorgelegten Unterlagen betreffend Unternehmensreferenzen die gemäß Pkt. 3.5.1 der Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise hinsichtlich der "technischen Projektleitung" zu entnehmen sind. Falls eine Nachreichung von Unterlagen entsprechend den Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, sind diese unter Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzulegen.

(Zur gewählten Formulierung "...wo in den vorgelegten Unterlagen ...die gemäß... geforderten Nachweise hinsichtlich der 'technischen Projektleitung' zu entnehmen sind", siehe obige Ausführungen zum Baustellenorganisationskonzept).

Zunächst ist festzuhalten, dass in der Ausschreibung, wie bereits erwähnt, an zweifacher Stelle normiert wird, dass die Angaben über die Unternehmensreferenzprojekte unter Verwendung des Formblattes 3 zu machen sind. Der Antragsteller bediente sich jedoch nicht des Formblattes 3, indem er die entsprechenden Rubriken des Formblattes 3 gar nicht bzw. nur lückenhaft ausfüllte. In seinem Verbesserungsschreiben vom 21.9.2011 teilte der Antragsteller der vergebenden Stelle Folgendes mit:

- Ad 10) Der Nachweis der Referenzen der "technischen Projektleitung" ist in unserem Angebot im Ordner 3, Beilage 17, Seite 1-4 zu finden. Eine Kopie davon mit Markierungen, welche die Referenzen für die "technische Projektleitung" nachweisen, haben wir ergänzend beigelegt.*

Der Antragsteller verwies hiermit auf eine bereits seinem Angebot angeschlossene, als "Zuschlagsrelevante Informationen" übertitelte Tabelle, in der die Unternehmensreferenzen aufgelistet sind und zu einzelnen Referenzprojekten auch ein Projektleiter, ein Bauleiter und ein Bohrmeister genannt werden.

Auf Grund der Aufforderung der vergebenden Stelle, im Falle des Erfordernisses der Nachreichung von Unterlagen diese unter Kennzeichnung und Markierung der relevanten Textpassagen vorzulegen, legte der Antragsteller dieselbe Tabelle abermals vor und kennzeichnete bzw. markierte darin drei der angegebenen Referenzprojekte samt dem jeweils dazugehörigen Projektleiter mit orange farbenem Textmarker. Erklärend fügte der Antragsteller seinem Schreiben vom 21.9.2011 bei, dass er eine Kopie davon mit Markierungen, welche die Referenzen für die technische Projektleitung nachweisen, ergänzend beigelegt habe (siehe den oben wieder gegebenen Wortlaut).

Auch die Auslegung von Bietererklärungen hat - als zivilrechtliche Willenserklärungen - anhand der oben wiedergegebenen Auslegungsgrundsätze des objektiven Erklärungswertes zu erfolgen, sodass sich die Bedeutung der Erklärung weder danach richtet, was dem Willen des erklärenden Bieters entspricht, noch danach, wie dies der Erklärungsempfänger (Auftraggeber) verstanden hat, sondern alleine danach, wie die Erklärung des Bieters unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 uva., VwGH 25.1.2011, 2006/04/0200).

Unter Zugrundelegung dieser Auslegungsmaxime konnte und musste die vergebende Stelle im Sinne ihrer gezielten Frage nach den Nachweisen hinsichtlich der "technischen Projektleitung", verbunden mit der Aufforderung zur Markierung der relevanten Textpassagen in allfälligen nachgereichten Unterlagen, daher davon ausgehen, dass es sich bei den vom Antragsteller in der identen, nochmals vorgelegten Tabelle gekennzeichneten drei Referenzprojekten, um jene Projekte handelt, bei denen der Antragsteller die technische Projektleitung inne hatte. Dies hatte die vergebende Stelle zweifelsfrei zu schließen, zumal der Antragsteller beifügend dezidiert erklärt hatte, dass die vorgenommenen Markierungen die Referenzen für die technische Projektleitung nachweisen würden. Umgekehrt durfte und musste die vergebende Stelle annehmen, dass der Antragsteller bei allen anderen nicht markierten Referenzprojekten nicht die technische Projektleitung inne hatte. Für eine abweichende Deutungsmöglichkeit verbleibt angesichts des ausdrücklichen Wortlautes der vom Antragsteller abgegebenen Erklärung kein Raum.

Im Hinblick darauf ist der nunmehrige nachträgliche Umdeutungsversuch des Antragstellers, wonach die Markierung im Verbesserungsschreiben nur jene Referenzprojekte hervorheben würde, bei welchen der im gegenständlichen Verfahren vom Antragsteller einzusetzende Projektleiter die technische Projektleitung innegehabt habe (siehe Schriftsatz vom 11.11.2011), ohne Bedeutung. Abgesehen davon ist im Verbesserungsschreiben vom 21.9.2011 von einem Projektleiter für das verfahrensgegenständliche Projekt keine Rede.

Daraus folgt, dass der geforderte Nachweis der technischen Projektleitung nicht für sämtliche der 14 anzugebenden Unternehmensreferenzen, sondern nur für drei Referenzprojekte erbracht wurde. Da Unternehmensreferenzen laut den Ausschreibungsbedingungen jedoch nur dann zu berücksichtigen sind, wenn der Bieter die technische Projektleitung inne hatte, konnten diese Referenzen von der vergebenden Stelle folgerichtig nicht berücksichtigt werden.

Die Auffassung des Antragstellers, dass es ausreichend sein solle, einen Projektleiter entweder im Formblatt 3 oder im Formblatt 7 zur Ausschreibung anzugeben, sodass die Angabe eines Projektleiters im Formblatt 7 die Angabe eines Projektleiters im Formblatt 3 zur Ausschreibung ersetzen würde, ist verfehlt. Dieser Einwand geht schon deshalb ins Leere, da das Formblatt 3 und das Formblatt 7 zur Ausschreibung einen jeweils unterschiedlichen Regelungsinhalt haben und demgemäß jeweils unterschiedliche Angaben verlangt werden. Im Formblatt 3, übertitelt mit "Formblatt 3, Eignungskriterium Unternehmensreferenzen gem. Pkt. 3.5.1 der Ausschreibungsunterlagen" werden die Merkmale zu den Unternehmensreferenzen, somit die zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters und damit die zur Beurteilung der Eignung erforderlichen Angaben abgefragt. Insbesondere ist auch der jeweilige Projektleiter des Unternehmensreferenzprojektes anzugeben.

Im Formblatt 7, übertitelt mit "Formblatt 7, Zuschlagskriterium-Kategorie A, Referenzprojekt(e) Projektleiter des für das Projekt zugesagten Personals "Projektleiter" gem. Pkt. 3.6.2.1 der Ausschreibungsunterlagen" werden demgegenüber Angaben zu den Referenzprojekten des für das verfahrensgegenständliche Projekt in Aussicht genommenen Projektleiters, somit Angaben zur Bewertung eines Zuschlagskriteriums verlangt (Zuschlagskriterium "Technische Qualität", Referenzprojekte Projektleiter, Bauleiter und Bohrmeister).

Eignungskriterien und Zuschlagskriterien stellen von einander zu unterscheidende Kriterien dar. Dies dürfte wohl auch dem Antragsteller bewusst sein, indem er sich in seinem Verbesserungsschreiben vom 21.9.2011 hinsichtlich der Unternehmensreferenzen nicht auf seine Angaben zum Zuschlagskriterium im

Formblatt 7 beruft, sondern dieses Vorbringen nunmehr erstmalig im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstattet.

Die Person des für das gegenständliche Projekt konkret in Aussicht genommenen Projektleiters lässt keinen Schluss darauf zu, dass gleichzeitig damit das Unternehmen, das nunmehr diesen Projektleiter einzusetzen beabsichtigt, in der Vergangenheit bei einem bestimmten Projekt die Projektleitung inne hatte. Zwischen der Funktion eines Projektleiters bei einem künftigen Projekt und der Projektleitereigenschaft eines Unternehmens bei einem anderen, in der Vergangenheit liegenden, Projekt kann grundsätzlich keine Verbindung hergestellt werden.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Das Angebot des Antragstellers wurde daher auch im Hinblick auf mangelnde technische Leistungsfähigkeit zu Recht ausgeschieden.

- Zum Ausscheiden des Angebotes infolge des Anbietens eines unzureichenden Entsorgungskonzeptes für Teerrückstände (Ausscheidenstatbestand der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes gemäß § 127 Abs. 1 Z 7 BVergG):

Pkt. 1.6.13 der Ausschreibungsunterlagen normiert ein Verbot biologischer Behandlungsmethoden (Ex-situ).

Pkt.1.10.3 (Entsorgungskonzept), der Ausschreibungsunterlagen lautet:

Vom Bieter ist ein Entsorgungskonzept zu erstellen und mit dem Angebot vorzulegen, das den jeweiligen Entsorgungspfad beschreibt, welcher sämtliche erforderlichen Vorbehandlungsschritte...bis hin zur endgültigen ordnungsgemäßen Behandlung ...enthält. [...]. Als ordnungsgemäße endgültige Behandlung ist der

vollständige Abschluss der Behandlung...zu verstehen. Eine Vorbehandlung stellt für sich alleine keinesfalls die ausschreibungsgemäß geforderte endgültige Behandlung dar [...]. Der Nachweis der ordnungsgemäßen endgültigen Behandlung der ausschreibungsgegenständlichen Abfälle im Sinne dieser Ausschreibung ist dann gegeben, wenn die gemäß Vertrag geforderte anlagenseitige Verwiegung bzw. Übernahme nachgewiesen wird [...].

Wie sich oben aus 1. Sachverhalt, ergibt, hat der Antragsteller in seinem Angebot entgegen Pkt. 1.10.3 der Ausschreibungsunterlagen eine Abfallbehandlungsanlage in St. Pantaleon (C***), angegeben, in der nur eine mechanische Vorbehandlung, nicht aber eine endgültige Behandlung der Abfälle mit der Schlüsselnummer 54913 erfolgt:

So erklärte der Antragsteller mit der seinem Verbesserungsschreiben vom 21.9.2011 der vergebenden Stelle nachgereichten Bestätigung der C*** ausdrücklich, dass die Bodenbehandlungsanlage in St. Pantaleon nur für die mechanische Vorbehandlung iSd Ausschreibung vorgesehen ist und eine endgültige Behandlung der Abfälle mit der Schlüsselnummer SN 54913 auf mikrobiologischem Weg nicht stattfindet. Weiters, dass die Rückstände aus der C*** Abfallbehandlungsanlage zur thermischen Behandlungsanlage nach Arnoldstein - somit zu einer weiteren Behandlungsanlage - gebracht werden.

Nunmehr soll hingegen plötzlich - entgegen seiner vorherigen dezidierten Aussage vom 21.9.2011 - die endgültige Behandlung der Abfälle iSd Ausschreibung doch bereits in der Anlage in St. Pantaleon erfolgen (siehe Schriftsatz vom 11.11.2011).

Da sich der Antragsteller in Beantwortung des Auskunftersuchens der vergebenden Stelle vom 21.9.9.2011 auch bezüglich des Entsorgungskonzeptes für Teer und Teerrückstände ausdrücklich und unmissverständlich erklärt hat, kann seiner Erklärung auch in dieser Hinsicht nachträglich keine abweichende Bedeutung verliehen werden.

Das Angebot wurde somit auch in diesem Punkt zu Recht infolge Ausschreibungswidrigkeit ausgeschieden.

Abgesehen davon brachte der Antragsteller mit seiner "nachgereichten" Anlage (Arnoldstein) gegenüber seinem Angebot, in welchem die Anlage St. Pantaleon namhaft gemacht wurde, eine zweite Abfallbehandlungsanlage ins Spiel. Die nachträgliche Angabe einer weiteren Abfallbehandlungsanlage stellt eine im offenen Verfahren unzulässige nachträgliche Angebotsänderung dar (§ 104 Abs. 2 BVergG).

Die vom Antragstellervertreter beantragte Bestellung eines Sachverständigen zur Klärung der Frage, inwieweit die Ausschreibungsunterlagen den Bieter zum Aufzeigen des Abfallbehandlungsweges in seinem Entsorgungskonzept verhalten würden, konnte als nicht entscheidungsrelevant unterbleiben.

Wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam somit für eine Zuschlagserteilung von vornherein nicht in Betracht. Somit konnte dem Antragsteller aus seinem – zu Recht erfolgten Ausscheiden – aber auch kein Schaden erwachsen.

Mangelt es einem Angebot aber bereits an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hiezu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der VwGH bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSd § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039 ua; ebenso BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; BVA 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78, N/0100-BVA/09/2008-18 uva).

Da somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG fehlt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

b) 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).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen.

Wien, am 23. November 2011

Die Vorsitzende des Senates 14

Mag. Ilse Lesniak