

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

23.08.2017

Geschäftszahl

W139 2158106-2

Spruch

W139 2158106-2/30E

IN NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie MILLE als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH, Böhmerwaldstraße 14, 4020 Linz, vom 19.05.2017 betreffend das Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG, Los 8 (Raum Tirol)" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A) Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Entscheidung der Auftraggeberin vom 09.05.2017, der XXXX den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), für nichtig erklären" wird abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensengang:

Mit Schriftsatz vom 19.05.2017, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht in den Vergabeakt, auf Bestellung eines Sachverständigen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr mit Schreiben vom 09.05.2017 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung für das Los 8 (Raum Tirol). Das gegenständliche Vergabeverfahren werde als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung für fünf Jahre geführt. Gegenstand sei die Sammlung sowie die anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung des Restmülls im Netz der ASFINAG Service GmbH und der ASFINAG Alpenstraßen GmbH. Die Antragstellerin habe fristgerecht zu Los 1 (Raum Wien-pannonische Tiefebene), Los 5 (Raum Salzburg-Wels), Los 7 (Raum Hochsteiermark) und Los 9 (Raum Vorarlberg) sowie zum hier anfechtungsgegenständlichen Los 8 betreffend den Raum Tirol ausschreibungskonforme Angebote gelegt.

Die Antragstellerin habe ein ausgeprägtes Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss, da die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege. Sie erbringe die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen zudem seit Jahren auch für die Auftraggeberin und sei für diese auf Grundlage einer in der Vergangenheit abgeschlossenen Rahmenvereinbarung aktuell auch noch im

Raum Tirol tätig. Das Interesse an diesem Auftrag werde auch mit der Angebotslegung und der Einbringung des Nachprüfungsantrages evident. Der Antragstellerin drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes sowie ein finanzieller Schaden in Höhe des zu lukrierenden Deckungsbeitrages, der Kosten der Angebotserstellung, der Pauschalgebühren und der anwaltlichen Vertretung. Sie bezeichnete die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachte. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht eingebracht worden. Die erforderlichen Pauschalgebühren für den Nachprüfungs- und den Provisorialantrag seien vergaberechtskonform in entsprechender Höhe entrichtet worden.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führte die Antragstellerin zusammengefasst aus, dass es die Auftraggeberin unterlassen habe, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, zumal dieses einen im Verhältnis zu Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweise. Dies zeige ein Vergleich mit dem geschätzten Auftragswert und dem Gesamtpreis der Antragstellerin.

Der angebotene Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei betriebswirtschaftlich weder erklär- noch nachvollziehbar, da dieser zu berücksichtigende, anfallende Kosten nicht oder nicht korrekt erfasse. So verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Tirol über keine Umladestation bzw Zwischenlager und hätte sie sohin weitreichende Anfahrs- und Rückfahrtswege nach Süddeutschland einkalkulieren müssen. Sie habe weiters die spezielle Andienungssituation in Tirol nicht berücksichtigt oder falsch ermittelt. Überdies sei sie von falschen Annahmen ausgegangen. Laut der Auftraggeberin seien bei korrektem Verständnis insgesamt über fünf Jahre rund 6.600 Tonnen und nicht 13.200 Tonnen (bei beiden Varianten des Wahlrechtes der Auftraggeberin seien jeweils die insgesamt anfallenden Mengen angeführt worden) anzusetzen. Bei diesem falschen (von zu hohen Mengen ausgehenden) Verständnis verringere sich der kalkulierte Preis je Tonne und sohin der Einheitspreis naturgemäß beträchtlich, womit der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest erklärbar würde. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Personalaufwand nicht korrekt abgebildet. Weiters habe sie Kosten für Subunternehmer bzw Dritte im Hinblick auf die Auftragsdurchführung nicht einkalkuliert, da sie erst nach Angebotsöffnung nach Subunternehmern und Umladestationen/Zwischenlagern Ausschau gehalten habe. Sie habe es überdies verabsäumt, rechtzeitig die notwendige betriebsanlagenrechtliche Genehmigung für Umladestationen/Zwischenlager einzuholen bzw einzukalkulieren. Auch liege eine spekulative Preisgestaltung vor. Anlass für diese spekulativen Überlegungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei das Wahlrecht der Auftraggeberin, wonach diese (i) entweder die Anlieferung der gesammelten Abfälle an die Umladestation des jeweiligen Abfallwirtschaftsverbandes oder (ii) die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung der Abfälle beauftragen könne. Ungeachtet dessen seien gemäß den Ausschreibungsbedingungen beide Leistungen im Leistungsverzeichnis anzubieten. Der (andernfalls nicht kostendeckende) Angebotspreis werde so erklärlich, dass die Einheitspreise einer der beiden Varianten spekulativ niedrig angeboten worden seien, verbunden mit der Spekulation, dass ohnehin die mit den "passenden" Einheitspreisen versehene andere Variante von der Auftraggeberin gewählt werde. Aus den genannten Gründen sei der Gesamtpreis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar. Er sei vielmehr weit kostenunterdeckend. Es sei davon auszugehen, dass sich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um zumindest EUR 500.000,00, wenn nicht viel mehr, unter ihren tatsächlichen Kosten bewege.

Dass dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreis eine unzulässige, nicht plausible Preiszusammensetzung zugrunde liege, verdeutliche ein Vergleich mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreisen zu Los 5 (Raum Salzburg-Wels) und 9 (Raum Vorarlberg). Angesichts des in Tirol jedenfalls höher ausfallenden Transport- und Sammelaufwandes wären diese auch kalkulatorisch höher anzusetzen gewesen, und daher nicht wie vorliegend bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin günstiger als der Preis für Salzburg und Vorarlberg. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Behandlungs- und Verwertungspreise für die umweltgerechte Entsorgung der hier in Rede stehenden Abfälle in Deutschland (zumindest) gleich hoch seien, sodass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch in diesen Belangen über keinen für den Gesamtpreis maßgeblichen Spielraum hätte verfügen können.

Darüber hinaus handle es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein der Ausschreibung widersprechendes sowie unvollständiges Angebot. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe mit ihrem Angebot ein Begleitschreiben abgegeben, in dem von dieser augenscheinlich Vorbehalte und Bedingungen (auch) zum gegenständlichen Los 8 gesetzt worden seien. Die Auftraggeberin habe weiters bestandfest festgelegt, dass alle Kosten einzupreisen seien. Mangels kostendeckender Preise widerspreche das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dieser Vorgabe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe überdies (jedenfalls) zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung weder über einen oder mehrere Subunternehmer, noch über eine oder mehrere Zwischenlager/Umladestationen verfügt und weder Subunternehmer noch Umladestationen ordnungsgemäß namhaft gemacht. Insofern sei das Angebot unvollständig und im Widerspruch zur Anforderung, für eine ordnungsgemäße (reibungslose) Sammlung zu sorgen. Da die präsumtive

Zuschlagsempfängerin weder über Zwischenlager noch Umladestationen in Tirol verfüge und deren Standort in Süddeutschland liege, erfülle sie auch die in Punkt

3.2.3.7 der Leistungsbeschreibung festgelegte Bedingung nicht. Auch sei aufgrund der mangelnden Preisangemessenheit anzunehmen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin weitere verpflichtend anzubietende Leistungsteile (etwa die umweltgerechte Verwertung und Beseitigung der Abfälle) nicht angeboten habe.

Darüber hinaus mangle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit und Befugnis. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über eine - bestandsfest geforderte - Verwertungs- oder Beseitigungsanlage mit GLN-Nummer in Österreich. Dies treffe auch auf die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenkundig beabsichtigte Verbringung der gesammelten Abfälle zur Behandlung/Verwertung nach Deutschland zu, da diese über keine hierfür notwendige Notifizierung gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 sowie dem AWG 2002 verfüge. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine zwingend notwendigen Umladestationen/Zwischenlager und habe auch keinen notwendigen Subunternehmer namhaft gemacht. Schließlich wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin als ein in Deutschland ansässiges Unternehmen verpflichtet gewesen, für den Nachweis ihrer Befugnis vor Ablauf der Angebotsfrist zum 29.11.2016 einen Antrag auf Einleitung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahrens gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 zu stellen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die Abfallmengen und die Andienungssituation in Tirol gänzlich unzutreffend eruiert. Sollte das Bundesverwaltungsgericht hierin eine Widerrufsnotwendigkeit erblicken, werde dies auch als Rechtswidrigkeit geltend gemacht. Dass im Leistungsverzeichnis betreffend Los 8 der "voraussichtliche jährliche Bedarf" ausgewiesen werde, sei ganz offenkundig und für jedermann auffallend ein Versehen (weil dort augenscheinlich auf die voraussichtliche Menge für 5 Jahre verwiesen werde). Sollte dies jedoch in der Tat der Grund dafür sein, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - ohne ihr einen Sorgfaltsverstoß machen zu können - von zu niedrigen Einheitspreisen je Tonne ausgehe, so wäre ein Widerruf des Verfahrens erforderlich.

Vom Einlangen des gegenständlichen Nachprüfungsantrages wurden die Auftraggeberin und die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin am 19.05.2017 durch das Bundesverwaltungsgericht verständigt.

Am 23.05.2017 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Am 24.05.2017 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W139 2158106-1/3E eine einstweilige Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, im Vergabeverfahren "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" die Rahmenvereinbarung hinsichtlich des Loses 8 (Raum Tirol) abzuschließen.

Am 30.05.2017 erhob die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin begründete Einwendungen und stellte einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Erhebung von Einwendungen. Der Antrag wurde mit Beschluss vom 19.06.2017, W139 2158106-4/10E, abgewiesen.

Am 31.05.2017 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Nach Darstellung des Sachverhaltes führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin entgegen der Annahme der Antragstellerin eine umfangreiche vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und diese auch entsprechend dokumentiert habe. Die vertiefte Angebotsprüfung sei sachkundig auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen vorgenommen worden. Zunächst sei in einem ersten Schritt ein Preisspiegel über das konkrete Los erstellt worden, konkret eine Gegenüberstellung der Gesamtpreise. Zudem sei die Abweichung zu den Schätzkosten, die Abweichung zum Bestbieter und die Abweichung der Durchschnittswerte ohne Schätzkosten ermittelt worden. Zudem sei der Preisspiegel derart aufgebaut, dass er sich auf die einzelnen Einheitspreise bzw Positionspreise beziehe. Konkret seien die Positionspreise in Bezug zur Kostenschätzung und den eingelangten Angeboten gegenübergestellt worden. In einem nächsten Schritt sei die präsumtive Partnerin der Rahmenvereinbarung aufgefordert worden, für alle Positionen eine Detailkalkulation vorzulegen. In diesem Zusammenhang seien sehr umfangreiche schriftliche Aufklärungen von der präsumtiven Partnerin der Rahmenvereinbarung für die Positionen gefordert worden. Diese Aufklärungen seien sodann gesichtet, sachkundig analysiert und iSd Vorgaben des BVergG beurteilt, sowie im Vergabeakt dokumentiert worden.

Diese Angebotsprüfung habe ergeben, dass sämtliche Preise - sowohl der Gesamtpreis als auch die Positionspreise - der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, dass es keine Zweifel an der Preisangemessenheit und keine Hinweise für eine spekulative Preisgestaltung gebe. Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin verfüge über einen Standort in

unmittelbarer Nähe zur Staatsgrenze zwischen Deutschland und dem Bundesland Tirol. Sämtliche Transportkosten seien einkalkuliert worden. Auch habe die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin die Andienungssituation in Tirol entsprechende berücksichtigt. Sie verfolge allerdings ein anderes Logistikkonzept als die Antragstellerin. Sie müsse auf keine Subunternehmer Rücksicht nehmen und ein Zwischenlager sei nicht erforderlich. Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin könne nach erfolgter Sammlung die Abfälle direkt bei der Abladestelle eines Abfallwirtschaftsverbandes bzw bei Ihrem grenznahen Standort anliefern.

Im Übrigen habe die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin richtigerweise der Sammlung mit dem Hecklader eine 5 Jahresmenge von

6.200 t (Pos 1 oder 2, 3 oder 4 und 5 oder 6) bzw 400 t (Pos 7 oder 8) zugrunde gelegt. Weiters sei der Personalaufwand entsprechend kalkuliert worden. Auch sei der Stundensatz für die Sammelfahrzeuge sowie die An-/Abfahrtskosten für die Personalbereitstellung hinterfragt und plausibel aufgeklärt worden.

Die Notifizierungskosten für die grenzüberschreitende Abfallverbringung seien in der Kalkulation der präsumtiven Partnerin der Rahmenvereinbarung berücksichtigt worden.

Auch das Vorbringen der Antragstellerin, dass eine spekulative Preisgestaltung vorliege, gehe ins Leere. Klarstellend sei festzuhalten, dass es kein Wahlrecht für die Auftraggeberin gebe.

Zudem zeige die vertiefte Angebotsprüfung, dass neben den unterschiedlichen Logistikkonzepten das entscheidende Merkmal für den Preisunterschied zwischen den beiden Angeboten die angesetzten Abfallmengen seien. Der Kalkulation der Antragstellerin sei zu entnehmen, dass diese offensichtlich die von ihr gesammelten Mengen von 2015 angesetzt habe, während die präsumtive Partnerin ihrer Kalkulation die von der Auftraggeberin vorgegebene Menge (1.240 t) zugrunde gelegt habe. Wie von der Antragstellerin selbst vorgebracht, erhöhe sich der Verwertungspreis pro Tonne je niedriger die angenommene Menge sei.

Auch liege ein ausschreibungskonformes und vollständiges Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin vor. Das Begleitschreiben beinhalte weder Bedingungen noch Vorbehalte. Auch sei eine Anlieferung bei der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin durch die Auftraggeberin problemlos möglich. Eine Zwischenlagerung sei im Falle des Logistikkonzepts der präsumtiven Partnerin nicht notwendig. Für diese Art der Abwicklung sei keine AWG Genehmigung erforderlich.

Die Eignung der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin sei gegeben und sei nachgewiesen worden. Ausschreibungsunterlagen seien gesetzeskonform bzw richtlinienkonform auszulegen. IdS seien daher auch Verwertungs- und Beseitigungsanlagen geeignet, die mit dem im EDM-Portal geführten Anlagen vergleichbar seien. Die von der präsumtiven Partnerin der Rahmenvereinbarung angebotenen Anlagen würden jedenfalls dem österreichischen Standard entsprechen und seien daher gleichwertig. Weiters verfüge die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin über die Abfallsammler- und behandlererlaubnis. Bezüglich einer etwaigen Notifizierung sei in den Ausschreibungsunterlagen keine Regelung getroffen worden, zu welchem Zeitpunkt diese vorzuliegen habe. Demnach müsse der Nachweis nicht bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, sondern erst bei tatsächlicher Vertragsabwicklung. Dies decke sich auch mit den gesetzlichen Vorgaben bzw Bestimmungen des AWG, wonach die Notifizierung erst vor der tatsächlichen Verbringung vorzuliegen habe.

Zudem übersehe die Antragstellerin, dass es sich bei dem Gewerbe "Abfallsammlung" um ein freies Gewerbe handle. Ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren iSd Gewerbeordnung sei daher nicht erforderlich.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 09.06.2017 führte die Antragstellerin aus, dass die Stellungnahme der Auftraggeberin das Vorliegen eines Ausschreibungswiderspruches des Angebotes der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin infolge Fehlens eines für die Anlieferung von Abfällen notwendigen Standortes in Tirol bestätige. Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin ziehe keine Subunternehmer heran, habe keinen Subunternehmer namhaft gemacht und verfüge über kein Zwischenlager in Tirol. Punkt 3.2.3.7 des Teils D.3 (Leistungsbeschreibung) lege aber unmissverständlich fest, dass der Auftraggeber Abfälle beim Auftragnehmer anliefern oder anliefern lassen könne. Der Auftragnehmer müsse sohin über einen örtlich gebundenen Standort in Tirol verfügen, was auch durch Punkt 3.2.1.1. des Teils D.3 bestätigt werde. Diese Festlegung werde im Los getroffen, sodass feststehe dass die Anlieferung zu einem Standort im Land Tirol erfolge. Ein Standort außerhalb Tirols in Deutschland würde bedeuten, dass jede einzelne und noch so kleine Abfallanlieferung vorweg gemäß Verbringungsverordnung zu notifizieren wäre. Für jedermann sei ersichtlich, dass solchen oftmaligen und sehr kurzfristigen Anlieferungen kleiner Mengen gemäß Festlegung naturgemäß keine jeweils immens zeit- und sohin auch kostenaufwendigen Bewilligungsverfahren vorgeschaltet sein dürfen/können. Ein objektiver Erklärungsempfänger könne nur davon ausgehen, dass diese Festlegung betreffend Auftraggeberanlieferungen einen Anlieferstandort in Tirol voraussetze. Der Standort in Deutschland

erfülle sohin nicht die Anforderung an den Standort in Tirol. Sollte die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin gar keinen Standort namhaft gemacht bzw vorgesehen haben, dann erfülle sie die Ausschreibungsanforderung ebenso wenig, denn man wolle wohl nicht damit argumentieren, dass eine Übergabe vom Auftraggeber an den Auftragnehmer quasi unterwegs auf der Autobahn erfolge.

Darüber hinaus sei die Preisplausibilität des Angebotes der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht gegeben. Das Vorbringen der Auftraggeberin sei unverändert nicht nachvollziehbar. Da die präsuntive Partei über keine Zwischenlager (Umladestationen) im Inland bzw in Tirol verfüge, habe sie in der Leistungsvariante "Andienung" (Positionen 2, 4 und 6 des Leistungsverzeichnisses D.5) die jeweils gesammelten Abfälle unmittelbar nach Sammlung den jeweiligen Übergabestellen der Abfallverbände anzuliefern. Bereits in Ermangelung eines Standortes in Tirol müsse die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin von einem der drei möglichen grenznahen Standorte in Kempten, Mittenwald oder Murnau starten, weshalb sie schon aus diesem Grund erhebliche (Leerlauf)-Strecken zurückzuführen habe. Aufgrund der Andienungssituation in Tirol, wonach die Abfälle an drei verschiedene Abfallwirtschaftsverbände anzuliefern seien, habe die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin mit drei Sammelwägen von da weg ihre Streckenführung dreizuteilen, sodann die Abfälle an den jeweiligen Abfallverband anzuliefern und hernach wiederum zu einem der genannten Standorte in Deutschland (samt allfälliger Grenzkontrollen) zurückzufahren. Es würden daher etliche Fahrten mit geringer Auslastung und Leerfahrten anfallen. Mangels Kenntnis des genauen Standortes in Deutschland sei es nicht möglich, die dadurch entstehenden Selbstkosten konkret nachzuvollziehen. Die reinen Sammelkosten würden jedoch anhand einer überschlagsmäßigen Simulation bei über EUR 400,00 pro Tonne (Selbstkosten) und sohin wesentlich oberhalb des Einheitspreises der Antragstellerin liegen. Um die ausgeschriebene Leistungsvariante "Selbstbeseitigung" (Positionen 1, 3 und 5 des Leistungsverzeichnisses) nachvollziehen zu können, wäre die Kenntnis der von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin herangezogenen Behandlungsanlage erforderlichlich.

Weiters mangle es der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin an der im Hinblick auf die Anlieferung der Abfälle an einen oder mehrere im Vorhinein bestimmte Standorte erforderlichen betriebsanlagenrechtlichen Genehmigung gemäß der GewO 1994, selbst wenn eine bloß als Umladestation genutzte Liegenschaft nicht dem Genehmigungsregime des AWG 2002 unterliege. Angesichts dessen, dass die Auftraggeberin nicht ausdrücklich bestätige, dass die präsuntive Partei über die Genehmigung gemäß § 24a AWG zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw -öffnung verfügt habe, bleibe diese bestritten. Zum Punkt der Notifizierung führte die Antragstellerin aus, dass es zwar zutreffend sei, dass die Notifizierung (im privaten Bereich) grundsätzlich erst kurz vor der tatsächlichen Verbringung vorzulegen wäre. Allerdings gelte dies nicht im Vergabebereich und würden die im AWG 2002 respektive in der unmittelbar anwendbaren Verbringungsverordnung geregelten Verfahrensfristen auch zeigen, dass die Einholung der erforderlichen Notifizierung lange vor der eigentlichen Verbringung von Abfällen erfolgen müsse. Das Notifizierungsverfahren nehme eine Zeitspanne von mindestens 36 Tagen in Anspruch. In der Praxis sei mit zwei Monaten zu rechnen. Selbst unter Zugrundlegung der Argumentation der Auftraggeberin hätte die präsuntive Partnerin aufgrund des ausgeschriebenen Leistungsbeginns 01.07.2017 die Notifizierung Anfang Mai 2017 beantragen müssen, was sie ausschreibungswidrig nicht getan habe. Abgesehen davon seien die Voraussetzungen für die Notifizierung aufgrund der Andienungspflicht und des Widerspruchs zu Rechtsvorschriften des Versandstaates nicht gegeben. Zum einen sei die Notifizierung Teil der Eignung und der Verfügbarkeit des Unternehmens und hätte diese sohin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen. Zum anderen hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin aufgrund mangelnder Durchführbarkeit ausscheiden müssen.

Bestritten bleibe neben der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Angebotes auch, dass die von der Antragsgegnerin ins Treffen geführte Prüfung von sachkundigen Personen und auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen durchgeführt worden sei.

Im Übrigen liege ein zwingender Grund zum Widerruf insofern vor, als das zugrundeliegende Mengengerüst auf bloßen Mutmaßungen beruhe, die Leistungsvariante "Selbstbehandlung" aufgrund der Andienungspflicht absolut fiktiver Natur sei und ein Nichtabruf bereits fix sei, als die Ausschreibung unberücksichtigt lasse, dass eine Verbringung nach Deutschland unmöglich sei und die Selbstbehandlungsmengen nicht abgerufen werden, weshalb einer Preiskalkulation eine derart untaugliche Grundlage bereitgestellt werde, dass eine ordnungsgemäße Preisbewertung ausgeschlossen und eine Bestpreisermittlung anhand von vergleichbaren Angeboten unmöglich sei, was zur Widerrufsnotwendigkeit führe. Es bürde überdies unkalkulierbare Risiken auf und lade zur Spekulation ein. Mangels Möglichkeit der Verbringung ins Ausland habe die Auftraggeberin in Bezug auf ausländische Bieter überdies eine unmögliche, tatsächlich nicht durchführbare Leistung ausgeschrieben. Sie hätte die Notwendigkeit einer inländischen Behandlungsanlage vorsehen müssen.

Am 27.06.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt (Korrekturen allfälliger Rechtschreibfehler und grammatikalischer Fehler durch das BVwG):

"AG: Bezüglich des Punktes 1 der Replik (Anlieferung durch den AG) wird festgehalten, [dass] die Ausschreibungsunterlagen vorsehen, dass der AG die Abfälle anliefern bzw. anliefern lassen kann, die Ausschreibungsunterlage sieht aber nicht vor, dass dies zu einem konkreten Standort erfolgen muss, dies kann auch nicht aus Punkt

3.2.1.1 abgeleitet werden. Hier wird zwar von Standorten des Auftragnehmers gesprochen, hier geht es aber in erster Linie um den Fall, dass es sich tatsächlich um den Standort des AN handelt. Die eigentliche Anlieferung des Abfalls gem. Punkt 3.2.3.7 bleibt offen; selbst wenn man aus der Ausschreibungsunterlage ableiten möchte (was bestritten wird), dass aufgrund dieser Festlegung die präsumtive Partnerin einen Standort in Österreich zu haben hat, wird auf Punkt

3.2.1.5 des Teils D3 Leistungsbeschreibung verwiesen, in diesem Punkt wird "Standorte" in der Form näher definiert, dass auf eine Liste verwiesen wird und sind in dieser Liste als Standorte die Standorte der zu reinigenden Parkplätze bzw Autobahnmeistereien oder Rastplätze zu verstehen. Die Ausschreibung selbst sieht keinen konkreten Standort vor in Punkt 3.2.3.7. Im Übrigen wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Zum Punkt 2: AG verweist diesbezüglich auf das Konzept der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin.

VR: Welche Leistungsposition wäre für den Fall einer Anlieferung des Abfalls an den AN im Leistungsverzeichnis vorgesehen?

AG: Diese Leistung ist unter der Pos. 9 erfasst. Es geht hier um Kleinmengen und es bedarf hierfür keiner Umladestationen. Der angelieferte Abfall beinhaltet nur jene Kategorie von Abfall, die vom Auftragnehmer selbst zu entsorgen sein wird. Dies leitet sich aus der Ausschreibungsunterlage ab.

ASTV: Dies geht aus den Unterlagen nicht so deutlich hervor und wenn eine gesetzliche Andienungspflicht für Restmüll besteht, dann wäre dies wohl auch im Anlieferungsfall durch die Autobahnmeisterei einzuhalten. Der Auftraggeber hat auch vollkommen zutreffend gesagt, dass diese Mengen vom Bieter zu übernehmen sind. Es geht daher klar hervor, dass es hierfür einen Übergabeort geben muss. Es ist bei gehöriger Auslegung der Ausschreibungsunterlage auch evident, dass diese gerade nicht den Fall vermeint, dass die Autobahnmeisterei ihre jeweiligen Anlieferungen einfach auf einer Raststätte oder einem Parkplatz ablagert, sondern dass diese Übergabe an einem fixen Standort zu erfolgen hat. Die AG möchte heute argumentieren, dass sie über 5 Jahre hinweg insgesamt 400 Tonnen lt. Pos. 9 einfach auf einer Raststätte absetzt. Das haben die Ausschreibungsunterlagen sicherlich nicht gemeint. Es muss ein Bieter auch davon ausgehen, dass die AG ihre Mengen im Leistungsverzeichnis vorweg einschätzt, wie dies ihre rechtliche Verpflichtung ist. Kein Bieter kann davon ausgehen, dass die AG einfach 80 Tonnen pro Jahr auf irgendeiner Raststätte ablagert, denn dann hätte auch die Festlegung des Punktes 3.2.3.7 der Ausschreibungsunterlagen, der ausdrücklich vorsieht, dass die Autobahnmeisterei Abfälle anliefern, keinen Sinn. Irgendwo im Autobahnstraßennetz Abfälle ablagern mit dem heutigen Argumentationsversuch der Antragstellerin, der Auftragnehmer nimmt diese Abfälle sodann anlässlich einer seiner nächsten Touren einfach mit, könnte die AG auch ohne diese Festlegung.

Es handelt sich im Übrigen in der Regel um [eine] sehr kurzfristige Anlieferung, durchaus auch von sperrigen Materialien, bspw. nach Unfällen. Diese sperrigen Materialien wie z.B. Kotflügel, die der Autobahnmeisterei unterkommen, nimmt diese mit und verbringt sie sofort zu einem fixen Standort. Dies kommt nicht alltäglich, aber durchaus regelmäßig vor, in den kommenden 5 Jahren offensichtlich im Ausmaß von 400 Tonnen, Beweis für diese Abläufe Zeuge XXXX, Regionalleiter Tirol. Die AG gesteht jedenfalls zu, dass die präsumtive Partnerin keinen Standort in Tirol hat.

AG: Dem ist entgegenzuhalten, es wurde nicht vorgebracht, dass die präsumtive Partner keinen Standort in Tirol hat, aber aufgrund der Ausschreibungsunterlage wäre das vorhin geschilderte Vorgehen gedeckt, abgesehen davon, hat die Präsumtive in ihrem Angebot ein Hilfsunternehmen genannt, an dem eine Übergabe an dem genannten Ort möglich wäre. Es findet sich im Vergabeakt.

ASTV: Wenn die AG nunmehr mit einem Unternehmen argumentiert, welches die präsumtive Partnerin zur Rahmenvereinbarung ganz offenbar im Zuge ihrer Auftragsdurchführung einzusetzen beabsichtigt, so ist der AG zu entgegen, dass es sich hierbei um einen Subunternehmer handelt, für den die präsumtive Partnerin mit Angebotsabgabe eine entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben gehabt hätte. Das ist ein nicht verbesserungsfähiger Mangel des Angebotes. Im Übrigen hat die AG in ihrer Stellungnahme auf Seite 6, ganz oben, selbst sehr wohl zugestanden, dass die präsumtive Partnerin über einen Standort in unmittelbarer Nähe zur Staatsgrenze verfügt und das bedeutet eben gerade nicht in Österreich. Außerdem hat sie auf Seite 9 unter Punkt 3.4.1 Abs 2 auf eine Anlage verwiesen, die dem österr. Standard gleichwertig sei. Trotz der vorgenommenen Schwärzung kann daraus geschlossen werden, dass es sich um eine nicht in Österreich gelegene Anlage handelt, sonst müsste sie [nicht] mit dem österr. Standard vergleichbar sein.

AG: Wie im Vergabeakt festgehalten, wurde der Zeitpunkt des Vorliegens der Notifizierung in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt, die Notifizierung für die Verbringung ins Ausland muss erst im Zuge der Vertragsabwicklung beigebracht werden und deckt sich auch mit den gesetzlichen Vorgaben, zumal ein anderes Vorgehen die Bieter mit zusätzlichen Kosten belasten würde, zumal natürlich erst bei Zuschlagserteilung die Einholung der Notifizierung schlagend wird. Aufgrund unserer Erfahrungswerte ist davon auszugehen, dass dieser Notifizierung von Behördenseite nichts entgegensteht, zumal alle Grundvoraussetzungen vorliegen (z.B. ist die angebotene Anlage technisch in der Lage). Und uns ist aus fachkundiger Sicht kein Fall bekannt, in dem eine Notifizierung abgelehnt wurde.

ASTV: Ich teile die Einschätzung der AG nicht, dass die Notifizierung erst im Zuge der Zuschlagserteilung einzuholen wäre. Es mag dahingestellt bleiben, ob dies bei einem anderen Geschäftsmodell denkbar wäre, jedoch geht dies keinesfalls ausgehend vom Geschäftsmodell der präsumtiven Partnerin zur Rahmenvereinbarung. Diese hat ja keinen eigenen Standort in Tirol, was bedeutet, dass sie in der Leistungsvariante Selbstbehandlung den gesammelten Abfall sofort nach Deutschland verbringen muss. Das kann sie aber nicht, denn nach der Rechtsansicht der AG hätte sie das Notifizierungsverfahren erst mit Zuschlagserteilung einleiten müssen, so habe ich das jedenfalls verstanden. Auftragsbeginn wäre der 01.07.2017 und aus diesem weiteren Grund hätte das Notifizierungsverfahren längst eingeleitet werden müssen. Es ist auch nicht zutreffend, dass der Notifizierung kein Hindernis entgegenstehen würde. Denn das Abfallwirtschaftskonzept (Verordnung Landesgesetzblatt Nr. 45/1993 in der Fassung Nr. 17/2016, Beilage E [zum Schriftsatz vom 09.06.2017]) erlaubt unter Artikel II, Abs 2 die Verbringung von Restmüll zur Behandlung nach Deutschland ausdrücklich nur für Abfälle eingeschränkt auf den Bezirk Reutte. In allen anderen Einzugsgebieten anfallender Restmüll darf ausnahmslos nicht nach D zur Behandlung gebracht werden, was sich aus § 5 des Abfallwirtschaftsgesetzes in Verbindung mit § 4 ergibt. Eine derartige Maßnahme, d.h. die zwingenden Festlegung bestimmter Anlagen für Restmüll gründet gemäß dem EuGH zulässigerweise auf Art 16 der Abfallrahmenrichtlinie (EUGH-Entscheidung Sillamäe C-292/12, Rz 57). Mitgliedsstaaten und Selbstverwaltungseinheiten wie Tirol dürfen derartige Maßnahmen basierend auf dem Grundsatz der Entsorgungsautarkie und dem Prinzip der Nähe festlegen. Eine derartige Festlegung hat das Land Tirol getroffen, wie sich aus § 5 Tiroler Abfallwirtschaftsgesetz ergibt. Das Angebot der präsumtiven Partnerin muss naturgemäß den gesetzlichen, d.h. abfallrechtlichen Anforderungen, gerecht werden. Es widerspricht somit der Ausschreibung bzw. ist mangelhaft. Da Restmüll nur, wenn es Restmüll des Bezirks Reutte ist, nach Deutschland gebracht werden darf, kann auch eine Notifizierung nicht genehmigt werden. Denn gem. der EG-Verbringungsverordnung ist unter Art 11 Abs 1a festgelegt, dass derartige Maßnahmen im Rahmen des Notifizierungsverfahrens mit zu berücksichtigen sind. Zum Beweis dafür, dass die präsumtive Partnerin über keinen Standort in Ö verfügt, wird die Auflistung der berechtigten Standorte aus dem EDM-Portal vorgelegt. Aus diesem Grund ergibt sich, dass die präsumtive Partnerin nur Standorte in Deutschland registrieren hat lassen. Es wüsste die AG bei Abruf aus der Rahmenvereinbarung daher nicht, ob die präsumtive Partnerin die Fallvariante Selbstbehandlung überhaupt ausführen dürfte bzw. könnte, jedenfalls nicht per 01.07.2017. Das Geschäftsmodell bedingt somit die Notifizierung bis zum Ablauf der Angebotsfrist, welche ca 50 Tage ausgemacht hat, weshalb dies auch möglich gewesen wäre. Im schlimmsten Fall hätte die präsumtive Partnerin aus Gründen der Gleichberechtigung eine Verlängerung der Angebotsfrist beantragen müssen, zumal noch viel Zeit bis zum Auftragsbeginn gewesen wäre.

AG: Gem. Punkt 3.2.1.1. der Leistungsbeschreibung wurde sowohl die Schlüsselnummer 91101 als auch 91201 ausgeschrieben. Eine Verbringung der Schlüsselnummer 91201 ist aufgrund der gesetzlichen Regelungen ins Ausland möglich. Abgesehen davon, entspricht das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungen bezügl. der Schlüsselnummer 91101 auch den Ausschreibungsunterlagen, dies insbesondere deshalb, dass für den Fall der nicht zulässigen Verbringung diese direkt an den Abfallwirtschaftsverband gebracht werden können.

VR: Wie hoch ist der Anteil der den Schlüsselnummern zugeordneten Abfälle?

AG: Der Abfallbesitz ist deklarationspflichtig und es obliegt dem Abfallbesitzer den Abfall zuzuordnen. Eine eindeutige Zuordnung ist nicht möglich, aber der Anteil der Schlüsselnummer 91201 überwiegt. Wenn man der Sicht der Antragstellerin folgen möchte, dann gehört der Müll dem Land Tirol und wäre zu 100% anzudienen und eine Notifizierung [wäre] hinfällig.

ASTV: Wenn ich 2 Leistungsvarianten wie gegenständlich, nämlich die Andienung und die Selbstverwertung habe und diese beiden Varianten als gleichwertig gegenüberstelle, so haben die Bieter selbstverständlich auch die Leistungsfähigkeit und Eignung für beide Varianten zu erfüllen. Die AG hat hier zugestanden, dass dies bei der Leistungsvariante Selbstbehandlung Schlüsselnummer 91101 wenn möglich, nicht der Fall sein wird, dies ist in der Ausschreibung jedoch nicht abgebildet, denn diese erfordert, dass die Bieter beide Varianten durchführen können.

Dass das Bild, welches die Ausschreibung zugrunde legt, von der tatsächlichen rechtlichen Situation gravierend abweicht, ist jedoch ein derart massiver Mangel der Ausschreibung, der eine ordnungsgemäße Bewertung und Vergleichbarkeit der Angebote ausschließt. Denn ausgeschrieben wurden pro Jahr zweimal 1.240 Tonnen. Tatsächlich abgerufen wird aber max. eine Menge von insg. 900, d.h. nicht einmal die Hälfte. Die Massenkalkulation für die Selbstbehandlungsvariante weicht massivst von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Die Bestandskraft verleiht diesem Mangel daher erst seine Wirkung und hindert die Notwendigkeit eines Widerrufs nicht.

AG: Die Ausschreibungsunterlage sieht vor, dass entweder anzudienen ist oder zu verwerten ist. Einem sachkundigen Bieter war aufgrund der Struktur der Ausschreibung insbesondere der Beilage "Anfallstellen ASG Los 8" klar, wie viel Tonnen Müll tatsächlich anfallen werden. Eine Kalkulation war daher jedenfalls möglich. Zudem übersieht die AST, dass in den ständigen Vorbemerkungen zum LV (Leistungsverzeichnis) festgelegt wird, dass der Bieter verpflichtet ist, für den Fall erkennbarer wesentlicher Abweichungen zwischen Leistungsziel und Ausschreibungsunterlage diesen Mangel beim Auftraggeber zu rügen. Unterlässt er diese Rüge, ist davon auszugehen, dass der Bieter die Erreichung des Leistungsziels umfassend kalkuliert hat. Bei der AST handelt es sich um einen langjährigen Partner der AG, die AST hätte daher bereits im Zuge der Angebotsfrist diesen Mangel aus ihrer Sicht rügen müssen (unterschiedlicher Anfall der Abfallmenge). Bereits eine Unterlassung dieser Rüge sieht das BVwG als Ausscheidungsgrund an (W131 2137381-2 /37E).

VR: Welche jährlichen Mengen haben Sie Ihrer Kalkulation im Los 8 zugrunde gelegt?

XXXX: Wir sind davon ausgegangen, auf der einen Seite gibt es die Gesamtleistung mit Abfallübernahme und die Alternative ohne Übernahme. Insgesamt von jährlich 1.240 Tonnen.

ASTV: Es ist im Vergabeakt aktenkundig, wir sind von unseren Erfahrungswerten ausgegangen und diese sind relativ konstant bei 930 Tonnen. Diese Menge wurde für beide Varianten jährlich angenommen. Es hat sich die Frage, ob man 2mal dieselbe Menge für die beiden Varianten zugrunde legen darf, erst im Zuge der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gestellt, dies ist eine Rechtsfrage, die auch der RV aufgeworfen hat. Es [ist] liegt daher kein rügepflichtiger Umstand vor. Die sonstige Diskrepanz kann mit allenfalls erwarteten künftigen Abfallsteigerungen angenommen werden. Für den Fall, dass die präsumtive Partnerin diese Menge allenfalls 2mal zugrunde gelegt hat, war der günstige Preis erklärbar. Da dies jedoch offenbar nicht der Fall gewesen ist, stellt sich umso mehr die Frage der Preisplausibilität.

[...]

ASTV: Verfügen Sie über einen eigenen Standort in Tirol?

Z: Ja, im Internet ist XXXX Österreich zu finden.

ASTV: Haben Sie diesen Standort Ihrem Angebot zugrunde gelegt?

Z: Dazu möchte ich keine Auskunft geben.

ASTV: Wenn ich Ihnen vorhalte, dass auf der Homepage die Standorte der XXXX abgerufen werden können und sich diese alle im Ausland befinden, bleiben Sie dann bei Ihrer Antwort?

Z: Es gibt internationale Standorte, die über das Internet zu finden sind.

ASTV: Werden diese Standorte außerhalb von D bei Ihren Sammeltouren bezüglich der gegenständlichen Ausschreibung eingesetzt?

Z: Ich möchte dazu nichts sagen.

ASTV: Haben Sie für die Verbringung von diesen ausgeschriebenen Abfällen bereits beim Bundesministerium einen Notifizierungsantrag gestellt?

Z: Dazu möchte ich nichts sagen.

Z wird um 14:01 aus dem Zeugenstand entlassen.

Zum Aspekt der Anlieferung von Abfällen durch Autobahnmeistereien gibt Herr XXXX nachstehende Auskunft:

ASTV: Um welche Abfälle handelt es sich, die die ASFINAG direkt bei der ASt anliefert?

XXXX: Meistens Abfälle von Schäden von Raststätten, Gewerbeabfälle, Schäden entlang der Autobahnstrecke.

ASTV: Wohin werden diese Abfälle dann gebracht?

XXXX: Diese werden direkt bei unseren Standorten angeliefert.

ASTV: Werden diese Anlieferungen langfristig angekündigt?

XXXX: Nein, diese erfolgen kurzfristig.

AG: Mit welcher Schlüsselnummer werden diese Aufträge übergeben?

XXXX: Dies sind meist Abfälle der Schlüsselnummer 91206.

AG: Diese Abfälle sind nicht von der Ausschreibung erfasst.

L2: Was ist dann die Rechtsgrundlage für diese Anlieferung?

AG: Das sind Kleinmengen, die direkt vergeben werden.

ASTV: Das ist aus der Ausschreibung so nicht herauszulesen, da es sich um die Sammlung von Restmüll handelt, die ausgeschrieben ist, ungeachtet der Schlüsselnummer.

AG: Die Antragstellerin übersieht, dass in Punkt 3.2.1.1. der Leistungsbeschreibung D.3 die Schlüsselnummern konkret angeführt werden.

ASTV: Dies bezieht sich auf den Abfall der übergeben wird, die Ausschreibung jedoch bezieht sich [...] auf den gesamten Restmüll, der im gesamten Netz anfällt, wie sich aus der gesamten Ausschreibung ergibt und auch aus Punkt 3.1.1.

AG: Sie haben mit 933 Tonnen kalkuliert, dies ist aus Sicht der AG ein Ausschreibungswiderspruch.

ASTV: Ich sehe keinen Ausschreibungswiderspruch, das basiert auf den Ist-Werten und wurde der internen Kalkulation zugrunde gelegt. Angeboten wurde selbstverständlich die ausgeschriebene Menge. Der ASFINAG sind auch Rechnungen gelegt worden, die Ist-Menge war der ASFINAG aufgrund der gelegten Rechnungen bekannt. Die ASFINAG geht von einer Abfallsteigerung aus, der AG obliegt es, eine ungefähre Schätzung vorzunehmen.

VR: Was versteht der AG unter dieser Bestimmung (Anlieferung an den AN); was wird da genau vorgenommen?

AG: In dem Fall war angedacht, dass der Autobahnmeister diese Sammlungen durchführt und mit dem Entsorgungsbetrieb vereinbart, wann und wo er anliefern kann und an welchen Punkten oder Standorten.

VR: Was haben Sie unter dem "Standort" verstanden?

AG: Das sind die in der Beilagenliste "Anfallstellen" bezeichneten Standorte. Das sind Standorte, die der AN anzufahren hat. Der Autobahnmeister fährt die Strecke ab, findet Abfall und Abfall, der an der Strecke liegt, wird dann nach Übereinkunft mit dem Auftragnehmer diesem übergeben. Die in Punkt 3.2.1.1 genannten Standorte des Auftragnehmers betreffen den Übergang des Eigentums von den Abfällen. In 3.2.3.7 wird dies offen gehalten.

ASTV: Die Sammeltouren sind wie festgelegt zwei- bis dreimal wöchentlich, daher müsste diese zufälligerweise dem AN beim Sammeln "erwischen". Dies setzt notwendigerweise einen fixen Standort der AN voraus.

VR: Wann geht das Eigentum der Abfälle bei Anlieferung durch den Auftraggeber z.B. an einen Rastplatz wie in der Liste über?

AG: Dies geht im Falle mit der physischen Übergabe an den AG über.

ASTV: In diesem Zusammenhang ist auch das Vermischungsverbot zu berücksichtigen, wonach unterschiedliche Abfälle nicht vermengt werden dürfen.

AG: Das Vermischungsverbot gem. AWG untersagt es, Abfälle zu vermischen, die z.B. zu einer Reduktion von Grenzwerten führen.

ASTV verweist auf § 15 AWG.

AG: Die Position der Anlieferung ist so zu verstehen, dass der Müll an der Strecke gesammelt und dann den Entsorgern vor Ort übergeben wird. Es kann auch bei den genannten Hilfsunternehmen angeliefert werden oder beim AN, das muss kein Standpunkt in Tirol sein, das gibt Punkt 3.2.3.7 nicht her, es ist beim AN anzuliefern.

ASTV: Die Anfallstellen sind nicht mit dem Auftragnehmer besetzt und daher auch nicht als Stellen oder Standorte des Auftragnehmers zu verstehen, bei denen angeliefert werden kann.

VR: Sie führen aus, es bedürfe aufgrund der Andienungssituation und der verkehrstechnischen Gegebenheiten eines oder mehrerer Subunternehmer, was meinen Sie da genau, welche Leistungen müsste dieser Subunternehmer erbringen?

ASTV: Entweder er stellt einen Standort zur Verfügung, von welchem aus einerseits LKW starten können oder bei denen auch Abfälle angeliefert werden können oder der Subunternehmer sammelt selber aufgeteilt, letzteres ist kein Erfordernis. Wir sehen 3 Standorte als erforderlich an, um eine zweckgemäße Abfallsammlung zu gewährleisten. Aufgrund der AWV in Tirol West, Tirol Ost und Tirol Mitte. Jedem Verband darf nur der Abfall seines Bereiches angedient werden, was eine strikte Abfalltrennung bedingt, aus diesem Grund sind 3 Stationen erforderlich, das ergibt sich aus dem Abfallwirtschaftskonzept. Die Standorte werden auch als Zwischenlager genutzt.

VR: Wer hat die Preisprüfung vorgenommen?

AG: Die Preisprüfung wurde durch Dipl.-Wirtschaftsingenieur Heimo Berghold durchgeführt."

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde Herr XXXX, technischer Leiter bei der präsidentlichen Rahmenvereinbarungspartnerin, als Zeuge einvernommen. Er bestätigte die im Rahmen der Beantwortung der Aufklärungsersuchen gegenüber der Auftraggeberin getätigten Angaben und Erklärungen zur Vorgangsweise im Falle der Abfallverbringung, zur Logistik und zu den zugrundeliegenden kalkulatorischen Annahmen, etwa die den Detailkalkulationen zugrunde gelegten Fahrstrecken und Fahrzeiten. Demnach sei im Fall der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Anlieferung zu den Umladestationen" die Inanspruchnahme von Zwischenlagern nicht erforderlich und gemäß Punkt 3.2.3.2 der Leistungsbeschreibung auch nicht zulässig, da eine direkte Anlieferung an die Umladestation des jeweiligen Abfallwirtschaftsverbandes gefordert sei. Als Startpunkt der jeweiligen Touren diene ein Fahrzeugabstellplatz im Großraum Innsbruck. Um die Abfallmengen dem jeweiligen Gebiet (seiner Herkunft) zuzuordnen, werde eine Verwiegetechnik eingesetzt. Auch im Falle der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN" diene der betreffende Fahrzeugabstellplatz als Ausgangspunkt. Der Übernahmeort (Umschlagpunkt) sei in diesem Fall der Standort XXXX, wo die Abfälle in größere Transporteinheiten verladen und von dort zur Behandlungsanlage XXXX verbracht würden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, schrieb im Oktober 2016 die gegenständliche Leistung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" in neun Losen in einem

offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer (je Los) für eine fünfjährige Laufzeit aus (CPV-Code: 90511300-5). Der geschätzte Auftragswert beträgt gesamt (für alle neun Lose) EUR 20.858.160,00 ohne USt; für das Los 8 (Raum Tirol) EUR 8.093.500,-- ohne USt. Begründet wurde die Auftragswertschätzung damit, dass die Schätzkosten auf Basis der Erfahrung der letzten Ausschreibung sehr vorsichtig angesetzt wurden (Niederschrift über die Angebotsprüfung).

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen:

1.1.10. Subunternehmer

Der Bieter hat hinsichtlich aller Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Vertretungsbefugte Organe des Bieters/Bietergemeinschaft sind nicht als Subunternehmer zu nennen.

Es sind die ausführenden Subunternehmer im Angebot zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen.

Für diese Subunternehmer ist folgender Nachweis vorzulegen:

- Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers")

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften.

- Abgabe einer Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber (Formblatt "Solidarhaftung des Subunternehmers"). [...]

1.1.15 Erstellung der Preise

Die Preise sind entsprechend der in den Vertragsbestimmungen der Leistungsbeschreibung Kapitel bzw. Position "Festpreise/veränderliche Preise" bzw. dem Leistungsverzeichnis festgelegten Bestimmungen zu erstellen.

Bei der Kalkulation der Positionspreise ist zu berücksichtigen, dass im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbaren Kosten enthalten sein müssen. [...]

1.1.21 Eignungskriterien

Offenes Verfahren

Zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt und zur Angebotsabgabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt.

Es reicht vorerst aus, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft erklärt, dass er/sie das Vorliegen der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungsanforderungen bestätigt (Erklärung des Bieters) und seine/ihre Befugnisse in der "Eigenerklärung des Bieters" anführt.

Auf Verlangen des AG sind die geforderten Eignungsnachweise jedoch unverzüglich, spätestens binnen 7 Tagen vorzulegen. Von jenen Bieter, die für den Zuschlag in Frage kommen, wird der AG den Nachweis der Eignung jedenfalls verlangen.

Das Alter der geforderten Nachweise darf 1 Jahr nicht überschreiten. Stichtag ist der Angebotsabgabetermin. Für den Nachweis der Eignung ist die Vorlage einer Kopie ausreichend. Über ausdrückliches Verlangen des Auftraggebers ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass die mögliche Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Dafür sind vom Bieter der beim ANKÖ gelistete Firmencode und die Firmenbuchnummer bekannt zu geben. Die "Eigenerklärung des Bieters" ist jedenfalls auszufüllen, auch wenn die Nachweise über den ANKÖ erbracht werden.

Sollten im ANKÖ die vom AG geforderten Nachweise nicht vollständig verfügbar sein bzw. die Inhalte dieser Nachweise nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, so hat der Bieter die fehlenden bzw. unvollständigen Nachweise dem AG (nach Aufforderung) zu übermitteln.

Bei Bietergemeinschaften oder bei Einsatz von Subunternehmern sind die Formblätter je Unternehmen zu vervielfältigen und von jedem Unternehmen auszufüllen.

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG werden vom AG verlangt:

1.1.21.1 Nachweis der Befugnis

Der Bieter muss nachweisen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Berechtigung besitzt. Bei Bietergemeinschaften / Arbeitsgemeinschaften hat jedes Mitglied der Bietergemeinschaft / Arbeitsgemeinschaft die Eignung gemäß § 70 Abs. 6 BVergG für den diesem Mitglied konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.

Dieser Nachweis ist vom Bieter (jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft) zu führen durch die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

Ausländische Unternehmen mit Sitz im EU-/EWR-Raum werden darauf hingewiesen, dass eine Anzeige bzw. die Ausstellung eines Anerkennungs- bzw Gleichhaltungsbescheides gemäß den Vorgaben der GewO erforderlich sein kann. Eine solche Anzeige bzw ein solcher Antrag ist vor Ablauf der Angebotsfrist einzureichen, die fristgerechte Beantragung bzw Anzeige ist nach Aufforderung durch den AG nachzuweisen.

Ausländische Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c ff GewO durchführen müssen, haben den Antrag vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen und die fristgerechte Beantragung nach Aufforderung durch den AG nachzuweisen. Ein allfällig erforderlicher Anerkennungs- und Gleichhaltungsbescheid ist umgehend der vergebenden Stelle vorzulegen.

Nicht-österreichische Unternehmen haben den Auftraggeber über Folgendes zu informieren:

1. Register, in dem er/sie eingetragen ist, sowie die Eintragsnummer oder gleichwertige, der Identifikation dienende Angaben aus diesem Register
2. Berufskammern oder vergleichbare Organisationen, denen der/die Dienstleister/in angehört
3. Berufsbezeichnung oder seinen/ihren Befähigungsnachweis [...]

D.1.2. Besondere Ausschreibungsbestimmungen:

1.2.2 Eignungskriterien

[...]

1.2.2.2 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss seine technische Leistungsfähigkeit durch Erfüllung nachfolgend definierter Anforderungen nachweisen.

Die Nachweise sind in jedem Los für den Bieter, alle Teilnehmer einer Bietergemeinschaft und/oder die Subunternehmer vorzulegen, der die Sammlung durchführt. Im Folgenden wird der Durchführende der Sammlung "Bieter" genannt. [...]

Verwertungs- oder Beseitigungsanlagen

Der Bieter hat anzugeben, auf welche Verwertungs- oder Beseitigungsanlagen die ausgeschriebenen Abfälle verbracht werden. (Anmerkung: Zwischenlager zählen nicht zu den Verwertungs- und Beseitigungsanlagen). Die Anlage muss über die Berechtigung zur Behandlung der ausgeschriebenen Abfälle verfügen.

Im Dokument "Anhang Anlagenverzeichnis Restmüll" sind in den Tabellen der jeweiligen Lose die Behandlungsanlage einzutragen. In der Spalte "Anlagenbezeichnung und Adresse" ist der Firmenwortlaut und die Adresse, wie sie im EDM-Portal angeführt ist, anzugeben. Unter GLN die richtige GLN gem. EDM der Anlage anzuführen, auf der die Abfälle behandelt werden sollen. Als Ansprechpartner ist eine zu rechtlich bindenden Auskünften befugte Person der angeführten Anlagen und in der Spalte "Kontakt Daten" zumindest die Telefonnummer der Kontaktperson der Behandlungsanlage. [...]

Zertifizierungen

Der Bieter hat nachzuweisen, dass er zumindest über eine ISO 9001 oder ISO 14001 Zertifizierung verfügt.

Der Bieter hat nachzuweisen, dass er über eine Entsorgungsfachbetrieb (EFB) Zertifizierung verfügt. Dieser Nachweis ist für Subunternehmer, die nur die Sammeldienstleistung durchführen und keine Abfälle übernehmen, nicht erforderlich.

Der Nachweis über die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe gültigen ISO und EFB Zertifizierung ist mittels Kopie des Zertifikates nachzuweisen. [...]

D.3. Leistungsbeschreibung

3.1.1. Leistungsumfang und Leistungsziel

Die Zielsetzung der ausgeschriebenen Dienstleistung besteht in der Sammlung und anschließenden umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung des Restmülls im Netz der ASFINAG Service GmbH und der ASFINAG Alpenstraßen GmbH.

Mit dieser Ausschreibung soll eine ordnungsgemäße Sammlung des Restmülls auf den Parkplätzen und Autobahnmeistereien sichergestellt werden. Besonderes Augenmerk wird auf ein ordentliches Erscheinungsbild der ASFINAG-Anlagen in der Öffentlichkeit gelegt.

3.2. Aufgabenbeschreibung

3.2.1. Allgemeines

3.2.1.1. Die Sammlung wird in 9 Losen ausgeschrieben. In ASFINAG Service GmbH werden die Losgrenzen mit den Grenzen der Autobahnmeistereien bestimmt.

In der ASFINAG Alpenstraßen GmbH decken sich mit den Grenzen der Los mit den Grenzen der Bundesländer Tirol und Vorarlberg.

Die Abfälle werden dem AN mit der Schlüsselnummer 91101 Siedlungsabfälle und ähnliche Gewerbeabfälle oder der Schlüsselnummer 91201 Verpackungsmaterial und Kartonagen gem. ÖN S 2100 übergeben. Mit der Entleerung der Behälter bzw. mit dem Verladen von Abfällen, geht das Eigentum an den vertragsgegenständlichen Abfällen gemäß Teil D.4.2.5 auf den AN über. Gleiches gilt für Abfälle, die bei den Standorten des AN angeliefert werden. [...]

3.2.1.5. Die angegebenen Massen, Stückzahlen, Stunden, Intervalle etc. im Leistungsverzeichnis D.5 sind unverbindliche Schätzungen und Hochrechnungen aus den Listen "Anfallstellen SG Los X" und Anfallstellen ASG Los X" auf die gesamte Vertragslaufzeit. Sie dient ausschließlich als Kalkulationsgrundlage." Änderungen der Mengen,

z. B: durch Schließung oder Neueröffnung von Parkplätzen, begründen keine Änderung der Einheitspreise.

In den Listen "Anfallstellen SG Los X" und Anfallstellen ASG Los X" ist in der Spalte "Standorte" der Name der Anfallstelle, über welche Richtungsfahrbahn die Anfallstelle erreichbar ist und an welchem Autobahnkilometer der in Spalte "Strecke" genannten Autobahn die Anfallstelle liegt, angeführt. Sind in der Spalte "Abfallmenge" keine Mengen eingetragen, können für 2015 keine Angaben gemacht werden. Es ist aber zu erwarten, dass Restmüll zu entsorgen sein wird.

Alle Positionen im LV D.5 müssen mit Preisen ausgefüllt werden, die sich mit einer eventuell geforderten nachvollziehbaren Detailkalkulation belegen lassen.

3.2.3 Abfallsammlung Los 8 Tirol

3.2.3.1. Die Angaben zum Bedarf (Menge) in Teil D.5 beziehen sich auf den voraussichtlichen jährlichen Bedarf während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung. Zu Kalkulationszwecken kann der Bieter davon ausgehen, dass der AG während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung jährlich zumindest die Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN oder die Abfallsammlung inklusive Entleerung und Anlieferung zu den Umladestationen abrufen wird. Jedenfalls abgerufen wird die Behälter und Containerausstattung sowie die zusätzlichen Dienstleistungen (Greifer, Zusatzentleerungen usw.).

Hinsichtlich der Positionen "Abfallsammlung ... Übernahme AN" bzw

"Abfallsammlung ... angelieferte Umladestation..." ist festzuhalten,

dass der AG alternativ jeweils nur eine dieser beiden Positionen beauftragen wird (siehe dazu auch Punkt 3.2.3.1 unten) ;

3.2.3.2. Abfälle sind vom AN zu sammeln und entweder direkt an die Umladestation des jeweiligen Abfallwirtschaftsverbandes anzuliefern oder durch den AN in weiterer Folge umweltgerecht zu verwerten oder beseitigen. Im Leistungsverzeichnis D.5 sind hierfür zwei gesonderte Positionen vorgesehen und vom Bieter anzubieten. Abhängig von der konkreten Situation im jeweiligen Gebiet, hat der AG das Recht, entweder die eine oder die andere Position zu beauftragen.

Die angegebenen Entleerintervalle in der Liste "Anfallstellen ASG Los 8" für die Entsorgung des Restmülls am Streckennetz (Rast-, Parkplätze etc.) stellen die derzeitige Situation dar. Touren können auch auf einen Samstag festgelegt werden. Ist dieser Samstag ein Feiertag, hat die Entleerung am Freitag zu erfolgen. Die Häufigkeit der Abholungen pro Woche und die wöchentlichen Tourtermine können, in Abstimmung mit den jeweiligen Autobahnmeistern, einvernehmlich an die tatsächlichen Gegebenheiten bei Bedarf angepasst werden. Die Maßnahmen sind vom AN zu protokollieren und an den Projektleiter des AG zu übermitteln. Für den Fall, dass der Tag der abgestimmten Entleerung auf einen Feiertag fällt, hat diese am darauffolgenden Werktag (Dienstag bis Samstag) zu erfolgen. [...]

3.2.3.7. Der AG kann Abfälle beim AN anliefern oder anliefern lassen. Bei betriebsfremden Personen darf der AN nur Abfälle übernehmen, wenn dieser eine entsprechende Bestätigung der zuständigen Autobahnmeisterei vorweisen kann. Im Zweifelsfall ist mit der Autobahnmeisterei Rücksprache zu halten. Die Mengen sind auf geeichten Waagen zu wiegen. Der Wiegeschein und die Bestätigung, bei Anlieferung durch Dritte, ist der Rechnung beizulegen. [...]

D.4. Vertragsbestimmungen

4.1.3 Vertretung der Vertragspartner

[...] Der AN hat die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung notwendigen Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen selbst einzuholen und deren Gültigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen. Bei Inanspruchnahme des Auftraggebers ist der AN zur Schad- und Klagloshaltung verpflichtet.

[...]

4.1.8 Leistung

[...] Im Vertrag nicht ausdrücklich angeführte Leistungen sind dessen ungeachtet Vertragsgegenstand, soweit diese Leistungen zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt erforderlich sind. [...]

Die Anzahl der in der Liste "Anfallstellen SG Los 8" angeführten wöchentlichen Entleerungen beträgt bei sechs Park- und Rastplätzen entlang der A13 vier Entleerungen und bei den übrigen 45 Park- und Rastplätzen entlang der A12 und der 13 zwei bzw drei Entleerungen.

Das Leistungsverzeichnis D.5. lautet auszugsweise wie folgt:

PosNr	Positionsname	Menge	Einheit	Einheitspreis	Positionspreis
1	Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 1100 1 Übernahme AN	4800	t		€0,00
2	Abfallsammlung inkl. Entleerung 1100 1 Unladestation AWW	4800	t		€0,00
3	Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 240 1 Übernahme AN	700	t		€0,00
4	Abfallsammlung inkl. Entleerung 240 1 Unladestation AWW	700	t		€0,00
5	Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 110 1 Übernahme AN	700	t		€0,00
6	Abfallsammlung inkl. Entleerung 1101 Unladestation AWW	700	t		€0,00
7	Restmüllentsorgung inkl. Entleerung inkl. Entl. Container Übernahme AN	400	t		€0,00
8	Abfallsammlung inkl. Entleerung inkl. Entl. Container Unladestation AWW	400	t		€0,00
9	Restmüllentsorgung, angeliefert bzw. lose	400	t		€0,00
10	Monatsmiete 1100 1 Behälter Kunststoff, gern. D.3 - 3.2.4	12000	Stk		€0,00
11	Monatsmiete 2401 Behälter Kunststoff, gern. D.3 - 3.2.4	500	Stk		€0,00
12	Monatsmiete 11001 Behälter Metall, gern. D.3 - 3.2.4	2000	Stk		€0,00
13	Monatsmiete 240 1 Behälter Metall Brandschutz, gern. D.3 - 3.2.4	200	Stk		€0,00
14	Einbau der Scherwerkkräftschlösser bei Beauftragung 1100 1 Behälter, gern. D.3 - 3.2.4	100	Stk		€0,00
15	Nachtäglicher Einbau der Scherwerkkräftschlösser 1100 1 Behälter, gern. D.3 - 3.2.4	100	Stk		€0,00
16	Monatsmiete 11001 Behälter Metall Brandschutz, gern. D.3 - 3.2.4	120	Stk		€0,00
17	Monatsmiete 2401 Behälter Metall Brandschutz, gern. D.3 - 3.2.4	780	Stk		€0,00
18	Monatsmiete Container (Abrollcontainer) mit Deckel, gern. D.3 - 3.2.4	300	Stk		€0,00
19	Monatsmiete Container (Absetzcontainer, Umleercontainer) mit Deckel, gern. D.3 - 3.2.4	60	Stk		€0,00
20	Monatsmiete Container (Absetzcontainer, Umleercontainer) ohne Deckel, gern. D.3 - 3.2.4	60	Stk		€0,00
21	Tausch verunreinigter Behälter (1100 1,240 1), gern. D.3 - 3.2.5.1	100	Stk		€0,00
22	Anfahrtpauschale Behälterreinigung Waschfahrzeug, gern. D.3 - 3.2.5.3	10	Stk		€0,00
23	Reinigung 1100 1 Behälter, gern. D.3 - 3.2.5.2	2000	Stk		€0,00
24	Reinigung 240 1 Behälter, gern. D.3 - 3.2.5.2	900	Stk		€0,00
25	Anfahrtpauschale LKW mit Greifer oder Pressmüllfahrzeug, gern. D.3 - 3.2.3.11	50	Stk		€0,00
26	Verladung LWK mit Greifer, samt Bedienung, gern. D.3 - 3.2.3.11	150	Std		€0,00
27	Pressmüllfahrzeug mit Fahrer und Beifahrer, gern. D.3 - 3.2.3.11	150	Std		€0,00
28	Aufschlag Zusatztour, gern. D.3 - 3.2.3.10	800	t		€0,00

29	Personalfbereitstellung für Müllsammlung, gern. D.3 - 3.2.6	300	Std		€0,00
	Summe	€0,00			

Die Antragstellerin sowie die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin haben neben zwei weiteren Bietern fristgerecht für das verfahrensgegenständliche Los 8 ein Angebot gelegt; die Antragstellerin zu einem Gesamtpreis von EUR 5.947.845,--, die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin zu einem Gesamtpreis von EUR 4.927.450,20. Die Angebotsöffnung fand am 29.11.2016 statt.

Im Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin wird kein Subunternehmer namhaft gemacht. Im "Anhang Anlagenverzeichnis Restmüll" wird die in Deutschland gelegene Behandlungsanlage der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin in XXXX bezeichnet. Weiters wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass im Auftragsfall eine Notifizierung entsprechend beantragt wird. Im Fall der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN" werden die gesammelten Abfälle am Umschlagplatz in XXXX umgeschlagen und zur weiteren Verwertung bzw Beseitigung zur Behandlungsanlage nach XXXX transportiert. Im Fall der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Anlieferung zu den Umladestationen" werden die gesammelten Abfälle ohne Umschlagen bzw Zwischenlagerung bei den jeweiligen Abfallwirtschaftsverbänden angeliefert. Eine Lagerung der Abfälle in einem Zwischenlager erfolgt nur im Fall der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN" zwecks allenfalls notwendig werdender vorläufiger Lagerung der Abfälle für die Dauer eines Notifizierungsverfahrens. Die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin hat im Rahmen der Aufklärung Unternehmen in Österreich bezeichnet, bei welchen eine Zwischenlagerung der Abfälle vorgenommen werden kann. Es wurden Bestätigungen über vor Ablauf der Angebotsfrist getroffene Vereinbarungen zwischen der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und den betreffenden Unternehmen vorgelegt. Als Ausgangspunkt für die Sammlungstouren dient ein LKW-Abstellplatz an der A12 in XXXX bei Innsbruck. Eine diesbezügliche Bestätigung des Unternehmens, welches der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin die Abstellfläche während des ausgeschriebenen Leistungszeitraumes zur Verfügung stellt, über eine vor Ablauf der Angebotsfrist getroffene Vereinbarung wurde im Zuge des Aufklärungsgespräches vom 06.03.2017 vorgelegt. Eine Anlieferung von Abfällen im Sinne des Punktes

3.2.3.7. der Leistungsbeschreibung ist bei der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin bei dem genannten LKW-Abstellplatz im Großraum Innsbruck vorgesehen. Eine Verwiegetechnik ermöglicht die Zuordnung der eingesammelten Abfälle zu den jeweiligen Abfallwirtschaftsverbänden.

Die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin legte deren Eintragung in das Handelsregister des Amtsgerichtes Bayreuth vor. Sie verfügt über ein Zertifikat als Entsorgungsfachbetrieb für die abfallwirtschaftlichen Tätigkeiten Sammeln, Befördern, Lagern, Behandeln, Beseitigen, Verwerten, Handeln und Makeln. Der Standort XXXX (Umschlagplatz) ist hinsichtlich aller Abfälle nach der (deutschen) Abfallverzeichnisverordnung für das Sammeln und Befördern zertifiziert; der Standort XXXX (Behandlungsanlage) ist darüber hinaus auch zum Behandeln von Abfällen zertifiziert, dies jedenfalls auch für die hier betroffenen Abfallarten der Schlüsselnummern 91101 (Siedlungsabfälle und ähnliche Gewerbeabfälle) und 91201 (Verpackungsmaterial und Kartonagen). Die am Standort XXXX befindliche Abfallbehandlungsanlage verfügt über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem deutschen Bundes-Immissionsschutzgesetz. Seitens des Landeshauptmanns für Oberösterreich wurde der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin über deren Ersuchen vom 27.10.2016 mit Schreiben vom 24.01.2017 mitgeteilt, dass eine Erlaubnis des Landeshauptmannes gemäß §24a AWG 2002 nicht erforderlich ist und die XXXX berechtigt ist, in Österreich die Sammlung näher bezeichneter Abfälle, darunter auch jene der Schlüsselnummern 91101 und 91201 durchzuführen.

Der Kalkulation der Kosten der Sammlung wurde von der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin zugrunde gelegt, dass die Sammlung im Durchschnitt an drei Tagen pro Woche an den betreffenden Abschnitten der A12 und A13 erfolgt. Weiters wurden die Entfernungen der verfahrensgegenständlichen Teilabschnitte von dem genannten Ausgangspunkt im Großraum Innsbruck und wieder zu diesem zurück zugrunde gelegt. Der kalkulierte Stundensatz für das Fahrzeug umfasst die Fahrzeugkosten sowie die Personalkosten. Der kalkulierte Personalaufwand entspricht jenem der dritten Bieterin sowie den Schätzkosten. Der angesetzte Lohn liegt über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn. Die Fahrzeugkalkulation beinhaltet Fixkosten sowie variable Kosten, darunter auch die Mautkosten. Darüber hinaus werden Gemeinkosten und ein Zuschlag für Wagnis und Gewinn angesetzt.

Zu den Kosten der Abfallsammlung (von der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin als "Logistikkosten" bezeichnet) treten im Falle der "Selbstbehandlung" der Abfälle die Kosten der Verwertung hinzu (von der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin als "Restmüllentsorgung" bezeichnet). Dieser Kostenanteil liegt über jenem der Antragstellerin.

Dem Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin liegt ein Begleitschreiben bei. Dieses enthält keine Vorbehalte oder Bedingungen zum gegenständlichen Los 8.

Neben der formalen Prüfung der Angebote und der Eignungsprüfung hat die Auftraggeberin im Hinblick auf die Prüfung der Angemessenheit der Preise folgende Prüfungsschritte gesetzt:

Die Auftraggeberin hat einen Preisspiegel erstellt, welcher eine Gegenüberstellung der Gesamtpreise und der einzelnen Einheits- und Positionspreise bezüglich der Kostenschätzung und der eingelangten Angebote, eine Darstellung der Abweichung der Preise der eingelangten Angebote zur Kostenschätzung sowie eine Darstellung des Mittelwertes der Angebotspreise ohne Kostenschätzung (Mittelwert des Gesamtpreises: EUR 4.217.334,53), der Abweichung des Mittelwertes von der Kostenschätzung bzw der Abweichung des Gesamtpreises und der Einheitspreise des Billigstbieters (dh der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin) von der Kostenschätzung beinhaltet. In der Folge hat die Auftraggeberin vier Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin und fünf Aufklärungsersuchen an die präsumentive Rahmenvereinbarungspartnerin gerichtet, zur Vorlage der Detailkalkulation für sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgefordert und am 06.03.2017 mit der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin und am 27.03.2017 mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch geführt.

Die Niederschrift über die Prüfung der Angebote lautet auszugsweise wie folgt:

"4.2. Bieter Nr. 2: XXXX

[...]

Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung

Pos. 1 Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 1100 I Übernahme AN

Pos. 2 Abfallsammlung inkl. Entleerung 11001 U[m]ladestation AWV

Pos. 3 Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 240 I Übernahme AN

Pos. 4 Abfallsammlung inkl. Entleerung 240 I U[m]ladestation AWV

Pos. 5 Restmüllentsorgung inkl. Entleerung 110 I Übernahme AN

Pos. 6 Abfallsammlung inkl. Entleerung 110 1 U[m]ladestation AWV

Die Positionen 1 bis 6 wurden vom Bieter in einer Kalkulation für die Logistikkosten zusammengefasst. Der daraus resultierende Kalkulationspreis wurde für den Positionen 2, 4 und 6, bei denen keine Abfallübernahme durch den Bieter erfolgt, direkt das Leistungsverzeichnis übernommen.

Bei den Positionen 1, 3 und 5 wurde noch der Preis aus der Kalkulation Verwertung aufgeschlagen, da bei diesen Positionen der gesammelte Abfall vom Bieter übernommen wird.

Die in den beiden Kalkulationen angegebenen Mengen und Kosten sind nachvollziehbar. Es sind auch alle zur Preiskalkulation erforderlichen Berechnungsgrundlagen angeführt.

Die in der Kalkulation Logistik angegebenen Entfernungen wurden mit Google Maps überprüft und nachvollzogen.

Als Ausgangspunkt zur Durchführung der Dienstleistung wurde ein LKW-Abstellplatz an der A12 in XXXX bei Innsbruck genannt. Dazu wurde in den nach dem Aufklärungsgespräch vorgelegten Unterlagen eine Bestätigung des [...] vorgelegt. [...]

Gemäß dem Anschreiben aus der 4. Aufklärung sind die Mautkosten in der Kalkulation der mautpflichtigen Fahrzeuge in der jeweiligen Fahrzeugkategorie enthalten.

Die Dauer der Entleerung der Behälter wurde im Aufklärungsgespräch vom 06.03.2017 [...] nachvollziehbar erklärt.

Antwort des Bieters:

Diese Entleerungszeit beruht auf Erfahrungswerten. [...]

Der Stundensatz des Sammelfahrzeuges wurde im Aufklärungsgespräch vom 06.03.2017 mit der Frage 1.1b "Wie setzt sich der Stundensatz des [...] zusammen?" nachvollziehbar erklärt. [...]

[...] Um die korrekten Ansatz nachzuvollziehen, wurde die Personalkostenkalkulation für Österreich überprüft.

Der Angegebene Stundensatz wurde mit dem Kollektivvertrag des Güterbeförderungsgewerbes 2017 verglichen. Der kalkulatorische Ansatz liegt über dem kollektivvertraglichen Stundensatz der relevanten Beschäftigungsgruppen 1 und 2.

[...] Nach Auskunft der Personalabteilung der ASFINAG entsprechen die angesetzten Nebenkosten den österreichischen Vorgaben (Siehe Anhang "PV-Werte 2017"). Geringfügige Abweichungen sind mit der schwierigen Überführung in ein Kalkulationsblatt nach der deutschen gesetzlichen Grundlage erklärbar.

Alle weiteren Ansätze in der Personalkalkulation unterliegen dem kalkulatorischen Risiko des Bieters. [...]

Die Berechnung des Stundensatzes für den [... Anm: das Entleerfahrzeug] ist nachvollziehbar.

Der angesetzte Verbrauch [...] entspricht der Erfahrung des Preisprüfers. [...]

Die Verwertungskosten setzen sich neben den Zuschlägen aus Umladekosten, den Transportkosten zur Verwertungsanlage XXXX und den Verwertungskosten in der Anlage XXXX zusammen.

Die Umschlagkosten sind auf Basis der Erfahrung des Prüfers nachvollziehbar. [...]

[...], dass die angegebenen Kosten über den entsprechenden Marktpreisen in Österreich liegen.

Pos. 7 Restmüllentsorgung inkl. Entleerung inkl. Entl. Container Übernahme AN

Pos. 8 Abfallsammlung inkl. Entleerung inkl. Entl. Container U[m]ladestation AWV

Die Positionen 7 und 8 wurden vom Bieter in einer Kalkulation für die Logistikkosten zusammengefasst. Der daraus resultierende Kalkulationspreis wurde für den Positionen 8, bei denen keine Abfallübernahme durch den Bieter erfolgt, direkt das Leistungsverzeichnis übernommen.

Bei der Positionen 7 wurde noch der Preis aus der Kalkulation "Verwertung" aufgeschlagen, da bei dieser Positionen der gesammelte Abfall vom Bieter übernommen wird.

Die in den beiden Kalkulationen angegebenen Mengen und Kosten sind nachvollziehbar. Es sind auch alle zur Preiskalkulation erforderlichen Berechnungsgrundlagen angeführt.

Als Ausgangspunkt zur Durchführung der Dienstleistung wurde ein LKW-Abstellplatz an der A12 in [...] bei Innsbruck genannt. Dazu wurde in den nach dem Aufklärungsgespräch vorgelegten Unterlagen eine Bestätigung des [...] vorgelegt. [...]

Der Stundensatz für das Entleerfahrzeug setzt sich aus den kalkulierten Kosten für [...] Fahrzeug und den Personalstundensatz zusammen. [...]

Die Berechnung des Stundensatzes für den [... Anm: das Entleerfahrzeug] ist nachvollziehbar. [...]

Die Personalkosten wurden bereits beim Hecklader behandelt.

Pos 9. Restmüllentsorgung, angeliefert bzw. lose

Die Verwertungskosten wurden bereits behandelt. [...]

Pos. 29 Personalbereitstellung für Müllsammlung, gern. D.3 - 3.2.6

Siehe Kalkulation für Personalkosten.

[...]

4.3 Bieter Nr. 3: XXXX

[...]

Als kalkulatorische Menge wurden nicht die Ausschreibungsmengen herangezogen.

Dazu wurde Aufklärungsgespräch vom 27.03.2017 vom Bieter folgendes vorgebracht: Warum wurde als Kalkulationsmenge von 933t ausgegangen?

"Erfahrungsmenge aus dem Zeitraum 1.11.2015 bis 31.10.2016" [...]"

Mit als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bezeichnetem Schreiben vom 09.05.2017 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, den Zuschlag für das Los 8 der XXXX, zu einem Gesamtpreis von EUR 4.927.450,20 erteilen zu wollen.

Am 19.05.2017 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 30.05.2017 erhob die präsumentive Rahmenvereinbarungspartnerin begründete Einwendungen und stellte unter einem einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Erhebung von Einwendungen. Der Antrag wurde mit Beschluss vom 19.06.2017, W139 2158106-4/10E, abgewiesen.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung (betreffend das verfahrensgegenständliche Los 8) abgeschlossen bzw ein Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

II.2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den eingangs (unter II.1.) angeführten Beweismitteln. Hinsichtlich der Entscheidungserheblichkeit des Sachverhaltes war zu berücksichtigen, dass die Prüfung der Preisgestaltung als bloße Plausibilitätsprüfung ausgestaltet ist (ua VwGH 15.11.2004, 2004/04/0032).

Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Die Feststellungen finden Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Der in der mündlichen Verhandlung einvernommene Zeuge XXXX vermittelte einen glaubwürdigen Eindruck. Seine Aussagen zeigen keine maßgeblichen Widersprüche auf, sie stehen vielmehr in Einklang mit den Antworten auf die Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin. Insofern zeichnen sie ein stimmiges und nachvollziehbares Bild des von der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin ihrer Kalkulation zugrunde gelegten Logistikkonzeptes und der diesem zugrunde gelegten Annahmen.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht das Angebot der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin betreffend Feststellungen zur Abwicklung der gegenständlichen Dienstleistung sowie zur Angebotskalkulation trifft bzw Schwärzungen vornimmt, erfolgt dies in Abwägung der Notwendigkeit, ein faires Verfahren zu gewährleisten einerseits und des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen andererseits (EuGH 14.02.2008, C-450/06, Varec, Rn 51; VwGH 22.05.2012, 2009/04/0187; VwGH 09.04.2013, 2011/04/0207). Nach dem Modell des EuGH kann das Gericht in alle Informationen einsehen und dann entscheiden, welche Tatsachen es geschwärzt oder ungeschwärzt in seinen Akt nimmt und damit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zugänglich macht (SA GA Eleanor Sharpston 25.10.2007, C-450/06, Varec, Rn 51). Ins Detail gehende Informationen über die Angebotskalkulation der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin werden daher vorliegend jedenfalls nicht offengelegt und war insofern auch keine Akteneinsicht zu gewähren.

II.3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs 3 oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin hat ihre begründeten Einwendungen nicht rechtzeitig erhoben und damit ihre Parteistellung nicht gewahrt (§ 324 Abs 3 BVergG).

Zu A)

II.3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (ASFINAG). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG um einen Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

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

Mit Schriftsatz vom 19.05.2017 stellte die Antragstellerin den unter Spruchpunkt A) wiedergegebenen Nachprüfungsantrag. Dieser genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt vorliegend nicht vor. Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1, 5 und 6 BVergG iVm § 1 und 2 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die der Antragstellerin mit Schreiben vom 09.05.2017 mitgeteilte Entscheidung, den Zuschlag für das Los 8 der XXXX, zu einem Gesamtpreis von EUR 4.927.450,20 erteilen zu wollen. Dabei handelt es sich es sich allerdings nicht - wie von der Auftraggeberin fälschlicherweise bezeichnet - um eine Zuschlagsentscheidung, sondern um die in diesem Verfahrensabschnitt gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung (betreffend Los 8) abgeschlossen werden soll (§ 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG).

Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich. Selbst bei Annahme des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes gemäß § 129 Abs 1 Z 3 bzw 7 BVergG, da die Antragstellerin ihrer Kalkulation andere - nämlich geringere - als die von der Auftraggeberin ausgeschriebenen jährlichen Abfallmengen zugrunde gelegt hat, kommt der Antragstellerin Antragslegitimation zu, weil nur zwei Bieter im Vergabeverfahren verblieben sind, sie sich auf "ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der jeweils anderen berufen" kann (EuGH 04.07.2013, C-100/12, Fastweb, Rn 33; zB BVwG 22.12.2016, W187 2134620-2/53E) und sie bei Zutreffen der gegen die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin behaupteten Ausscheidensgründe ihre Chance auf Erteilung des Auftrages zumindest durch eine Neuausschreibung durchsetzen kann (EuGH 05.04.2016, C-689/13, PFE, Rn 25 und 30; VwGH 18.05.2016, Ro 2014/04/0054).

II.3.2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 09.05.2017 die auf die XXXX lautende "Zuschlagsentscheidung" betreffend das verfahrensgegenständliche Los 8 mitgeteilt. Dagegen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag.

3.2.1. Anzuwendendes Recht

3.2.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG) lauten auszugsweise:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. ...

20. Kriterien:

a) ...

c) Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

d) Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, oder

bb) ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

33a. Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

50. ...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

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

...

Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

§ 20. (1) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

(6) ...

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

8. ...

vorliegen.

Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) ...

(5) Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

(6)...

Nachweis der Befugnis

§ 71. (1) Der Auftraggeber hat als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen Befugnis gemäß § 70 Abs. 1 Z 1, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen, festzulegen:

1. nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Unternehmers eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang VII genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung, oder
2. im Falle eines Dienstleistungsauftrages die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

(2) ...

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

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

(2) ...

(6) ...

(7) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen;
2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;
3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;

4. bei Dienstleistungen komplexer Art oder bei Dienstleistungen, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle betrifft die technische Leistungsfähigkeit und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;
5. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Erbringung der Dienstleistungen verantwortlichen Personen;
6. bei Dienstleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will;
7. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;
8. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
9. eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt;
10. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

(8)...

Grundsätze der Ausschreibung

§ 78. (1) ...

(3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

(9) ...

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. ...

2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

...

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten

Allgemeine Bestimmungen

§ 122. Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder
3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind;
2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(6) ...

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, 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. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen.

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) ...

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.

Niederschrift über die Prüfung

§ 128. (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

(3) ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. ...

2. Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

...

11. Angebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist

- a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
- b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,
- c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder
- d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,

vorliegt.

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

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

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

(2) ...

3.2.1.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994) lauten auszugsweise:

2. Einteilung der Gewerbe

§ 5. (1) Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.

(2) Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1, die nicht als reglementierte Gewerbe (§ 94) oder Teilgewerbe (§ 31) ausdrücklich angeführt sind, sind freie Gewerbe. Unbeschadet allfälliger Ausübungsvorschriften ist für diese kein Befähigungsnachweis zu erbringen.

Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§ 32. (1) ...

(5) Das Sammeln und Behandeln von Abfällen, soweit es nicht durch Abs. 1 Z 7 gedeckt wird, ist - unabhängig davon, ob für die Ausübung dieser Tätigkeit gemäß dem AWG 2002 zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen sind - ein freies Gewerbe.

(6) .

Vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit

§ 373a. (1) Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befügt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, dürfen diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Die Erbringung des allenfalls vorgeschriebenen Befähigungsnachweises ist nicht erforderlich,

1. wenn die gewerbliche Tätigkeit im Niederlassungsmitgliedstaat reglementiert ist oder eine reglementierte Ausbildung im Sinne des Art. 3 lit. e der Richtlinie 2005/36/EG vorliegt oder

2. wenn die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert ist, der Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit aber mindestens ein Jahr während der vorhergehenden zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit zu verbieten, wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Erbringung der Dienstleistung nicht erfüllt sind oder wenn einer der im § 87 Abs. 1 angeführten Entziehungsgründe oder der im § 85 Z 2 angeführte Endigungsgrund oder der Entziehungsgrund des § 135 Abs. 5 auf den Dienstleistungserbringer zutrifft. Wurde eine vorgeschriebene Meldung nach diesem Bundesgesetz nicht erstattet oder gegen die Informationspflichten gemäß Abs. 8 verstoßen, kann der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Ausübung für eine dem Grunde des Verbotes angemessene Dauer untersagen. Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen dieses Absatzes sind gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 zu bestrafen.

(2) ...

(4) Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein im § 94 angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand, so hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Diese Anzeige ist einmal jährlich zu erneuern, wenn der Dienstleister beabsichtigt, während des betreffenden Jahres vorübergehend oder gelegentlich Dienstleistungen zu erbringen. Der Erstanzeige und einer weiteren jährlichen Anzeige bei wesentlichen Änderungen sind folgende Dokumente anzuschließen:

1. ...

(8) ...

3.2.1.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) lauten auszugsweise:

Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Abfälle im Sinne dieses Bundesgesetzes sind bewegliche Sachen,

1. deren sich der Besitzer entledigen will oder entledigt hat oder

2. deren Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall erforderlich ist, um die öffentlichen Interessen (§ 1 Abs. 3) nicht zu beeinträchtigen.

(2) ...

(4) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

1. ...

2. "Siedlungsabfälle" Abfälle aus privaten Haushalten und andere Abfälle, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder Zusammensetzung den Abfällen aus privaten Haushalten ähnlich sind; bei der Zuordnung ist das Europäische Abfallverzeichnis im Sinne des Art. 7 der Richtlinie 2008/98/EG über Abfälle, ABl. Nr. L 312 vom 22. 11. 2008 S 3 berichtigt durch ABl. Nr. L 127 vom 26. 5. 2009 S 24, zu berücksichtigen. Gemischte Siedlungsabfälle im Sinne des Europäischen Abfallverzeichnisses gelten auch dann weiterhin als gemischte Siedlungsabfälle, wenn sie einem Behandlungsverfahren unterzogen worden sind, das ihre Eigenschaften nicht wesentlich verändert hat.

3. "gefährliche Abfälle" jene Abfälle, die gemäß einer Verordnung nach § 4 als gefährlich festgelegt sind.

5. ...

(5) Im Sinne dieses Bundesgesetzes

1. ist "Abfallbehandlung" jedes Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren, einschließlich der Vorbereitung vor der Verwertung oder Beseitigung.

2. ist "stoffliche Verwertung" die ökologisch zweckmäßige Behandlung von Abfällen zur Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Ausgangsmaterials mit dem Hauptzweck, die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe unmittelbar für die Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten zu verwenden, ausgenommen die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe werden einer thermischen Verwertung zugeführt.

3. ...

5. ist "Verwertung" jedes Verfahren, als deren Hauptergebnis Abfälle innerhalb der Anlage oder in der Wirtschaft in umweltgerechter Weise einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem

a) sie andere Materialien ersetzen, die ansonsten zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären, oder

b) - im Falle der Vorbereitung zur Wiederverwendung - die Abfälle so vorbereitet werden, dass sie diese Funktion erfüllen.

Als Verwertung gilt die Vorbereitung zur Wiederverwendung, das Recycling und jede sonstige Verwertung (zB die energetische Verwertung, die Aufbereitung von Materialien, die für die Verwendung als Brennstoff bestimmt sind, oder die Verfüllung) einschließlich der Vorbehandlung vor diesen Maßnahmen. Anhang 2 Teil 1 enthält eine nicht erschöpfende Liste von Verwertungsverfahren.

6. ...

8. ist "Beseitigung" jedes Verfahren, das keine zulässige Verwertung ist, auch wenn das Verfahren zur Nebenfolge hat, dass Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden. Anhang 2 Teil 2 enthält eine nicht erschöpfende Liste von Beseitigungsverfahren.

9. ist "Sammlung" das Einsammeln von Abfällen durch Abholung, Entgegennahme oder rechtliches Verfügen über die Abholung oder Entgegennahme durch einen beauftragten Dritten. Die Sammlung schließt die vorläufige Sortierung und vorläufige Lagerung der Abfälle zum Zwecke des Transports zu einer Behandlungsanlage ein.

(6) Im Sinne dieses Bundesgesetzes

1. ist "Abfallbesitzer"

a) der Abfallerzeuger oder

b) jede Person, welche die Abfälle innehat;

2. ist "Abfallerzeuger"

a) jede Person, durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen (Abfallersterzeuger), oder

b) jede Person, die Vorbehandlungen, Mischungen oder andere Arten der Behandlung vornimmt, die eine Veränderung der Natur oder der Zusammensetzung dieser Abfälle bewirken;

3. ist "Abfallsammler" jede Person, die von Dritten erzeugte Abfälle selbst oder durch andere

a) abholt,

b) entgegennimmt oder

c) über deren Abholung oder Entgegennahme rechtlich verfügt;

4. ist "Abfallbehandler" jede Person, die Abfälle verwertet oder beseitigt;

6. ...

(7) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

1. "Behandlungsanlagen" ortsfeste oder mobile Einrichtungen, in denen Abfälle behandelt werden, einschließlich der damit unmittelbar verbundenen, in einem technischen Zusammenhang stehenden Anlagenteile;

4. ...

(9) ...

Erlaubnis für die Sammlung und Behandlung von Abfällen

§ 24a. (1) Wer Abfälle sammelt oder behandelt bedarf einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann. Das Anbieten des Sammelns oder des Behandelns von Abfällen gegenüber einem größeren Kreis von Personen ist der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit gleichzuhalten. Der Antrag kann, sofern dieser Teilbereich in einem Register gemäß § 22 Abs. 1 eingerichtet ist, über dieses Register erfolgen.

(2) Der Erlaubnispflicht unterliegen nicht:

1. ...

3. Inhaber einer gleichwertigen Erlaubnis eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Staates, der Mitglied des EWR-Abkommens ist. Die Erlaubnis ist dem Landeshauptmann gemäß Abs. 4 vor Aufnahme der Tätigkeit vorzulegen;

8. ...

(4) ...

Bestimmungen für die Erlaubnis für die Sammlung oder Behandlung von Abfällen

§ 25a. (1) ...

(2) Die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn:

1. die Art der Sammlung oder Behandlung den §§ 15, 16 sowie 23 Abs. 1 und 2 und den Zielen und Grundsätze (§ 1 Abs. 1 und 2) entspricht sowie den öffentlichen Interessen (§ 1 Abs. 3) nicht widerspricht,

2. die Art der Sammlung oder Behandlung für die jeweiligen Abfälle geeignet ist,

3. die Lagerung der Abfälle in einer geeigneten genehmigten Anlage sichergestellt ist; jedenfalls hat ein Abfallsammler über ein geeignetes genehmigtes Zwischenlager zu verfügen, ein Abfallbehandler gefährlicher Abfälle eine geeignete genehmigte Behandlungsanlage zu betreiben; dies gilt nicht für einen Abfallbehandler, der zulässigerweise vor Ort Sanierungen, wie Asbestsanierungen, Bodenluftabsaugungen oder eine Grundwasserreinigung, durchführt; erforderlichenfalls kann die Behörde verlangen, dass ein Abfallbehandler nicht gefährlicher Abfälle über eine geeignete genehmigte Behandlungsanlage verfügt,

4. die Verlässlichkeit in Bezug auf die auszuübende Tätigkeit gegeben ist,

5. die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Sammlung oder Behandlung der Abfälle, für welche die Erlaubnis beantragt wird, nachgewiesen sind.

(7) ...

3.2.1.4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Tiroler Abfallwirtschaftsgesetzes lauten auszugsweise:

§ 4

Ziele und Grundsätze

(1) Diesem Gesetz liegt folgende Hierarchie zugrunde:

- a) Abfallvermeidung,
- b) Vorbereitung zur Wiederverwendung,
- c) Recycling,
- d) sonstige Verwertung, beispielsweise energetische Verwertung,
- e) Beseitigung.

(2) ...

(7) Für Abfälle, die in Behandlungsanlagen beseitigt werden, sind die Entsorgungsautarkie und die Beseitigung in einer der am nächsten gelegenen geeigneten Anlagen anzustreben. Dies gilt auch für Behandlungsanlagen zur Verwertung von Rest- und Sperrmüll, der von privaten Haushalten gesammelt worden ist, auch wenn dabei Abfälle anderer Erzeuger eingesammelt werden.

§ 5

Abfallwirtschaftskonzept

(1) Die Landesregierung hat für das ganze Land ein Raumordnungsprogramm nach § 7 des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2016, LGBl. Nr. 101/2016, in der jeweils geltenden Fassung zu erlassen, in dem die zur Verwirklichung der Ziele und Grundsätze für die Abfallwirtschaft nach § 4 erforderlichen Maßnahmen festzulegen sind. Soweit einzelne Maßnahmen für das ganze Land oder für Teile des Landes vordringlich sind, können vorläufig nur jene Teile des Abfallwirtschaftskonzeptes erlassen werden, die diese Maßnahmen enthalten.

(2) Das Abfallwirtschaftskonzept hat unionsrechtliche Verpflichtungen Österreichs sowie abfallwirtschaftliche Maßnahmen des Bundes zu berücksichtigen.

(3) ...

(4) Im Abfallwirtschaftskonzept sind unter Berücksichtigung der geographischen Gegebenheiten des Landes jedenfalls festzulegen:

a) ...

b) die erforderlichen öffentlichen Behandlungsanlagen zur geordneten Behandlung oder Verbringung des im Land anfallenden Restmülls und Sperrmülls sowie die Standortbereiche und die Einzugsbereiche dieser öffentlichen Behandlungsanlagen unter Bedachtnahme auf die Art und Menge der anfallenden Abfälle sowie auf die verkehrstechnischen Verhältnisse,

c) die erforderlichen Grundflächen für die Errichtung der nach lit. b festgelegten öffentlichen Behandlungsanlagen unter Bedachtnahme auf die geologischen, die hydrogeologischen, die topographischen, die klimatischen und die sonstigen umweltrelevanten Verhältnisse.

3.2.1.4.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Tiroler Abfallwirtschaftskonzeptes lauten auszugsweise:

§ 4

Einzugsbereiche

In Tirol werden folgende Einzugsbereiche für Restmüll und Sperrmüll festgelegt:

a) Einzugsbereich 1 (Reutte): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet sämtlicher Gemeinden des Bezirkes Reutte;

b) Einzugsbereich 2 (West): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet sämtlicher Gemeinden der Bezirke Imst und Landeck;

c) Einzugsbereich 3 (Innsbruck): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet der Stadt Innsbruck;

d) Einzugsbereich 4 (Mitte): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet sämtlicher Gemeinden der Bezirke Innsbruck-Land und Schwaz;

e) Einzugsbereich 5 (Ost): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet sämtlicher Gemeinden der Bezirke Kitzbühel und Kufstein;

f) Einzugsbereich 6 (Lienz): Dieser Einzugsbereich umfasst das Gebiet sämtlicher Gemeinden des Bezirkes Lienz.

§ 5

Standorte für öffentliche Behandlungsanlagen

Als Standorte für Anlagen zur geordneten Behandlung oder Verbringung des im Land anfallenden Restmülls und Sperrmülls werden festgelegt:

a) im Einzugsbereich 1 die Gste. Nr. 809, 810, 811 und 818, GB 86031 Reutte;

b) im Einzugsbereich 2 das Gst. Nr. 1255, GB 80107 Roppen;

c) in den Einzugsbereichen 3 und 4 die Gste. Nr. 612/1, 614/2, 625, 626, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 706/1, 706/3, 707, 754/1, 754/5, 754/6 und 756, alle GB 81134 Vill;

d) im Einzugsbereich 5

1. das Gst. Nr. 513/3, GB 83008 Kufstein, für die Gemeinden des Bezirkes Kufstein und

2. das Gst. Nr. 493, GB 82001 Brixen im Thale, für die Gemeinden des Bezirkes Kitzbühel;

e) im Einzugsbereich 6 das Gst. Nr. 763/4, GB 85017 Lavant.

3.2.1.5. Die maßgeblichen Bestimmungen des (deutschen) Gesetzes zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (KrWG) lauten auszugsweise:

§ 53 Sammler, Beförderer, Händler und Makler von Abfällen

(1) Sammler, Beförderer, Händler und Makler von Abfällen haben die Tätigkeit ihres Betriebes vor Aufnahme der Tätigkeit der zuständigen Behörde anzuzeigen, es sei denn, der Betrieb verfügt über eine Erlaubnis nach § 54 Absatz 1. Die zuständige Behörde bestätigt dem Anzeigenden unverzüglich schriftlich den Eingang der Anzeige. Zuständig ist die Behörde des Landes, in dem der Anzeigende seinen Hauptsitz hat.

(6) ...

§ 54 Sammler, Beförderer, Händler und Makler von gefährlichen Abfällen

(1) Sammler, Beförderer, Händler und Makler von gefährlichen Abfällen bedürfen der Erlaubnis. Die zuständige Behörde hat die Erlaubnis zu erteilen, wenn

1. keine Tatsachen bekannt sind, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Inhabers oder der für die Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes verantwortlichen Personen ergeben, sowie

2. der Inhaber, soweit er für die Leitung des Betriebes verantwortlich ist, die für die Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes verantwortlichen Personen und das sonstige Personal über die für ihre Tätigkeit notwendige Fach- und Sachkunde verfügen.

Zuständig ist die Behörde des Landes, in dem der Antragsteller seinen Hauptsitz hat. Die Erlaubnis nach Satz 1 gilt für die Bundesrepublik Deutschland.

(2) ...

(3) Von der Erlaubnispflicht nach Absatz 1 Satz 1 ausgenommen sind

1. öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sowie

2. Entsorgungsfachbetriebe im Sinne von § 56, soweit sie für die erlaubnispflichtige Tätigkeit zertifiziert sind.

(7) ...

3.2.2. Vorbemerkungen

Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde. Deren Bestimmungen haben sohin Bestandskraft erlangt und sind Folge dessen nach ständiger Rechtsprechung selbst dann unveränderliche Grundlage für die Prüfung und Bewertung der Angebote, wenn diese unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten (ua VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135; zum Vorbringen des gebotenen Widerrufs siehe unter Punkt 3.2.7.). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen gebunden. Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (ua VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072). Ein nachträgliches Abgehen von den Bestimmungen der Ausschreibung ist im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr möglich (vgl EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse; EuGH 06.11.2014, Rs C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA gegen CEM Ambiente SpA). Alle Bieter müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (Latzenhofer in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 53 zu § 321). Dem Bundesverwaltungsgericht ist es daher auch verwehrt, allfällige Rechtswidrigkeiten der bestandsfesten Ausschreibung aufzugreifen (grundlegend VwGH 15.09.2004, 2004/04/0054; weiters VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029; VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0234; VwGH 07.11.2005, 2003/04/0135).

Die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (stRspr, zB VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 01.07.2010, 2006/04/0139, mwN). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen

(stRSpr, zB VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter (stRSpr, zB VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066).

3.2.3. Zum Vorbringen der mangelnden Eignung der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin bzw der mangelnden Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG dürfen Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer vergeben werden. Im offenen Verfahren muss die Eignung gemäß § 69 Z 1 BVergG im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorhanden sein und darf auch in weiterer Folge nicht verloren gehen. Eignungskriterien sind vom Auftraggeber festgelegte unternehmensbezogene Mindestanforderungen (§ 2 Z 20 lit c BVergG) an den Bewerber oder Bieter, mit denen die finanzielle und wirtschaftliche bzw technische Leistungsfähigkeit, die Befugnis und die Zuverlässigkeit überprüft werden.

Die Bieter bzw Bewerber können den Nachweis ihrer Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch andere als die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen substituieren, sofern die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise aus gerechtfertigten Gründen nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft aufweisen wie die verlangten Nachweise, was vom Bewerber bzw Bieter auf Aufforderung nachzuweisen ist (§ 70 Abs 5 BVergG).

Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Gemäß § 129 Abs 1 Z 11 BVergG sind Angebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw des Ablaufes der gemäß § 112 Abs 3 gesetzten Nachfrist a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung, b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind, c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt, auszuschneiden.

3.2.3.1. Die Antragstellerin brachte vor, dass es der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin an der technischen Leistungsfähigkeit mangle, da sie nicht über eine - nach Ansicht der Antragstellerin in Punkt 1.2.2.2 der Besonderen Ausschreibungsbestimmungen bestandsfest geforderte - Verwertungs- oder Beseitigungsanlage mit GLN-Nummer in Österreich verfüge.

Die Beurteilung, ob die Ausschreibung zwingend die Verwertung oder Beseitigung der Abfälle in einer in Österreich befindlichen Behandlungsanlage vorgibt, erfordert die Auslegung der maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber durchzuführen. Demnach dürfen Auftraggeber keine Bedingungen stellen, die potenzielle Bieter in anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt benachteiligen. Ein Erfordernis, dass Unternehmen, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen möchten, im selben Mitgliedstaat oder in derselben Region wie der Auftraggeber niedergelassen sein müssen, kann beispielsweise eine derartige Benachteiligung darstellen.

Wie sich aus der besonderen abfallwirtschaftsrechtlichen Situation in Tirol ergibt, ist der Anteil der Abfälle, welche für eine "Selbstbehandlung" und damit für eine allfällige Verbringung ins Ausland in Frage kommen würden, relativ gering. Eine Verbringung ist aber nach Durchführung eines Notifizierungsverfahrens nicht jedenfalls von vorneherein auszuschließen und im Falle von Abfällen der "Grünen Abfallliste" auch ohne Notifizierung und Zustimmung der Behörde grundsätzlich möglich (siehe auch unten Punkt 3.2.7.). Die Forderung einer Behandlung ausschließlich in einer österreichischen Behandlungsanlage begegnet sohin den oben geäußerten Bedenken.

Betreffend die konkrete Festlegung unter Punkt 1.2.2.2 der Besonderen Ausschreibungsbestimmungen ist der Antragstellerin zwar dahingehend zuzustimmen, dass der Verweis auf die aus dem EDM-Portal hervorgehenden Daten einen Bezug zu in Österreich tätigen Abfallsammlern und -behandlern herstellt, welche im EDM-Portal registriert werden. Nach Ansicht des erkennenden Senates kann die betreffende Festlegung allerdings nicht zweifelsfrei dahingehend verstanden werden, dass die ausschreibungsgegenständliche Verwertung oder Beseitigung der Abfälle ausschließlich in einer in Österreich befindlichen Verwertungs- oder Beseitigungsanlage zu erfolgen hat.

Maßgeblicher und vorrangiger Regelungsinhalt und -zweck dieser die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit festlegenden Bestimmung ist vielmehr, dass die namhaft gemachte Verwertungs- oder Behandlungsanlage einerseits über die erforderliche Genehmigung verfügt (Mindestanforderung) und andererseits eindeutig identifiziert werden kann, sodass eine Behandlung der Abfälle in exakt dieser genehmigten und vom Auftragnehmer benannten Anlage sichergestellt ist. Einer derartigen eindeutigen Identifikation von juristischen Personen und physischen Lokationen dient die sogenannte "Global Location Number" (GLN). Im Übrigen ist der betreffenden Festlegung allerdings keine Vorgabe mit welchen Unterlagen der Nachweis der erforderlichen "Berechtigung zur Behandlung der ausgeschriebenen Abfälle" zu führen ist und demnach auch keine Einschränkung auf eine Nachweisführung ausschließlich durch eine Bewilligung der Behandlungsanlage nach österreichischem Recht zu entnehmen.

Allein aus der Bezugnahme auf das EDM-Portal im Hinblick auf die Anlagenbezeichnung und Adresse der Anlage lässt sich daher nach Ansicht des erkennenden Senates die Forderung nach der Behandlung der Abfälle in einer in Österreich befindlichen Anlage nicht gründen. Im Zweifel ist folglich vergaberechts- und gemeinschaftsrechtskonform keine Verpflichtung zur Behandlung der Abfälle in einer Behandlungsanlage in Österreich anzunehmen. Entscheidend ist vielmehr, dass für die betreffende vom Bieter bezeichnete und eindeutig bestimmbare Anlage zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine Genehmigung vorliegt, welche die vertragsgemäße Verwertung oder Beseitigung der Abfälle sicherzustellen vermag.

Die von der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin bezeichnete Anlage verfügt über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem deutschen Bundes-Immissionsschutzgesetz. Sie ist als Entsorgungsfachbetrieb für das Behandeln der ausschreibungsgegenständlichen Abfälle zertifiziert. Insofern bestehen keine Zweifel daran, dass die betreffende Anlage die Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 1.2.2.2 der Besonderen Ausschreibungsbestimmungen erfüllt.

3.2.3.2. Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin mangels Notifizierung der zu verbringenden Abfälle nicht geeignet wäre und außerstande wäre, die Leistung überhaupt durchzuführen. Die notwendige Notifizierung hätte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung jedenfalls beantragt sein müssen. Ihr Angebot wäre sohin mangels Eignung (gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG) sowie gemäß § 129 Abs 1 Z 11 BVergG auszuschneiden gewesen. Überdies hätte es aus diesem Grund auch gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschlossen werden müssen (siehe dazu auch unten Punkt 3.2.6.9).

Vorab ist festzuhalten, dass ein Auftraggeber bei der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich über einen relativ weiten Spielraum verfügt. So ist der Auftraggeber bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes grundsätzlich frei, soweit er das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs beachtet (Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1187). Bei der Festlegung von Eignungskriterien (im Sinne von Mindestanforderungen) ist der Auftraggeber zwar durch die grundsätzlich taxative Aufzählung jener Nachweise, aufgrund derer die Eignung zu prüfen ist, beschränkt. Die Mindestanforderungen können daher auch nur soweit festgelegt werden, als ihr Vorliegen mit den gesetzlich vorgesehenen Nachweisen beurteilbar ist. Die Entscheidung darüber, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, bleibt hingegen dem Auftraggeber überlassen (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1211f).

Vorauszuschicken ist, dass von der gegenständlichen Sammlung - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - ausschließlich Abfälle der Schlüsselnummer 91101 (Siedlungsabfälle und ähnliche Gewerbeabfälle) sowie der Schlüsselnummer 91201 (Verpackungsmaterial und Kartonagen) gemäß ÖN S 2100 erfasst sind (Punkt 3.2.1.1 der Leistungsbeschreibung). "Abhängig von der konkreten Situation im jeweiligen Gebiet" hat die Auftraggeberin bezüglich des hier verfahrensgegenständlichen Loses 8 (Tirol) entweder die Sammlung und Anlieferung der Abfälle an die Umladestation des jeweiligen Abfallwirtschaftsverbandes oder die Sammlung und anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung der Abfälle durch den Auftragnehmer selbst ausgeschrieben (Punkt 3.2.3 der Leistungsbeschreibung). Angesichts der nach dem Tiroler Abfallwirtschaftskonzept bestehenden Andienungspflicht an die betreffenden Abfallwirtschaftsverbände ist die Variante der Behandlung durch den Auftragnehmer selbst (derzeit) von untergeordneter Bedeutung.

Für den dennoch denkbaren Abruf dieser Leistungsvariante und für die diesfalls, sofern es sich nicht um Abfälle der "Grünen Abfallliste" handelt, bei Verbringung der Abfälle ins Ausland notwendig werdende Notifizierung hat die Auftraggeberin allerdings in den hier maßgeblichen Ausschreibungsunterlagen weder im Rahmen der von ihr getroffenen Festlegungen zu den Eignungskriterien noch im Rahmen der konkreten Aufgabenbeschreibung und der Anforderungen an den Ablauf der Leistungserbringung eine entsprechende Festlegung getroffen (siehe BVA 14.07.2006, N-127/01-73, zu einer Festlegung des Vorliegens einer gültigen Exportgenehmigung spätestens bis zum Tag der Angebotsabgabe im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit;

BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39, zu einer Festlegung des Vorliegens einer gültigen Exportgenehmigung für die im Rahmen des Entsorgungskonzeptes zu bezeichnenden Anlagen). Dass die Auftraggeberin von einem Vorliegen einer Genehmigung zur Verbringung der verfahrensgegenständlichen Abfälle bzw zumindest von der Einleitung des Notifizierungsverfahrens bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung - durchaus bewusst - abgesehen hat, ist in einem Umkehrschluss auch aus Punkt 4.1.3 der Vertragsbestimmungen herzuleiten. Danach hat der Auftragnehmer die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung notwendigen Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen selbst einzuholen und deren Gültigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen und ist bei Inanspruchnahme des Auftraggebers zur Schad- und Klagloshaltung desselben verpflichtet. Dieser Bestimmung bedürfte es nicht, wenn das Vorliegen der betreffenden Bewilligung zur Verbringung der Abfälle oder eine sichere Prognose über den tatsächlichen Erhalt der Genehmigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gefordert wäre. Angesichts dessen ist auch die Beantwortung der Frage, ob eine Abfallverbringung tatsächlich genehmigt werden würde, ohne Relevanz (siehe auch unten Punkt 3.2.7.).

Wenn demnach auf Basis der gegenständlichen Ausschreibung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch kein Nachweis über eine gültige Notifizierung oder über die Einleitung eines Notifizierungsverfahrens vorliegt, so fehlt es dem betreffenden Bieter weder an der Eignung noch stellt sich das Angebot als mangelhaft oder der Ausschreibung widersprechend dar. Die Ausscheidensgründe des § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG werden nicht verwirklicht. Abgesehen davon kann auch der Tatbestand des § 129 Abs 1 Z 11 BVergG schon bereits deshalb nicht erfüllt sein, da dieser auf die Sanktionierung der fehlenden Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in Österreich, welche einer behördlichen Entscheidung bedarf, gerichtet ist und damit vom vorliegenden Fall zu unterscheidende Konstellationen betrifft (siehe EBRV 327 BlgNR XXIV. GP 12).

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung, mit der XXXX die Rahmenvereinbarung abschließen zu wollen, ohnehin davon ausgehen durfte, dass diese über die für die Verbringung jener gegebenenfalls nicht andienungspflichtigen Abfälle notwendige Notifizierung verfügen wird. So war der Zeitplan der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin grundsätzlich danach ausgerichtet, umgehend nach Abschluss der Rahmenvereinbarung, das Verfahren der Notifizierung einzuleiten, um über diese beginnend mit 01.07.2017 verfügen zu können. Dies hätte auch der ursprüngliche Zeitplan der Auftraggeberin, nämlich wesentlich früher bereits im Februar 2017 die Rahmenvereinbarung abzuschließen, jedenfalls zugelassen.

3.2.3.3. Die Antragstellerin brachte überdies vor, die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin sei auch insofern technisch nicht leistungsfähig, als sie die Leistung ohne Inanspruchnahme eines Zwischenlagers bzw einer Umladestation durchzuführen beabsichtige.

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass nach dem Logistikkonzept der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin die Anlieferung der Abfälle an die Abfallwirtschaftsverbände ohne Lagerung in einem Zwischenlager erfolgen wird, wobei als Ausgangs- und Endpunkt der Sammeltouren ein Abstellplatz im Großraum Innsbruck zur Verfügung steht. Eine Anlieferung an die Abfallwirtschaftsverbände erfolgt in der Regel aus den Sammeltouren heraus. Im Fall der alternativ ausgeschriebenen Sammlung und Verwertung bzw Beseitigung der Abfälle durch den Auftragnehmer werden die Abfälle an einem grenznahen Standort der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin umgeschlagen und von dort unmittelbar zur Behandlungsanlage transportiert.

Punkt 4.1.8 der Vertragsbestimmungen sieht vor, dass im Vertrag nicht ausdrücklich angeführte Leistungen dessen ungeachtet Vertragsgegenstand sind, soweit diese Leistungen zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt erforderlich sind. Im Hinblick auf die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung der "Abfallsammlung ... angeliefert Umladestation" ist unter Punkt 3.2.3.2. der Leistungsbeschreibung geregelt, dass die Abfälle direkt an die Umladestationen des Abfallwirtschaftsverbandes anzuliefern sind. Selbst wenn daraus nicht sogar eine Pflicht zur unmittelbaren, dh ohne Zwischenlagerung vorzunehmenden Anlieferung an die Abfallwirtschaftsverbände abzuleiten ist, so ist eine solche Vorgangsweise der direkten Anlieferung an die Abfallwirtschaftsverbände offenbar möglich und daher jedenfalls zulässig (siehe auch unten Punkt 3.2.6.3.). Eine Zwischenlagerung bzw ein Umschlagen der Abfälle (Anm: letzteres erfolgt ja bei den Umladestationen der Abfallwirtschaftsverbände) ist demnach gerade nicht unbedingt erforderlich und infolgedessen auch nicht zwingend vom Leistungsgegenstand erfasst. Dies gilt auch für die

ausgeschriebene Leistung der "Abfallsammlung ... Übernahme AN". Es

bleibt grundsätzlich dem Bieter überlassen, wie er die hier ausgeschriebenen Leistungen erbringt, solange deren vertragsgemäße und damit umweltgerechte Erbringung gewährleistet ist. Ist demnach auch im Falle der vom Auftragnehmer selbst vorzunehmenden Entsorgung der Abfälle eine direkte Anlieferung an die Behandlungs- bzw Verwertungsanlage möglich, so ist eine Zwischenlagerung nicht geboten und daher auch nicht zwingender Gegenstand der hier ausgeschriebenen Leistung. Abgesehen davon hat es die Antragstellerin unterlassen,

substantiiert darzulegen, weshalb eine Leistungserbringung ohne Inanspruchnahme eines Zwischenlagers bzw einer Umladestation vorliegend nicht möglich sein sollte.

3.2.3.4. Weiters brachte die Antragstellerin vor, es mangle der präsidentiven Rahmenvereinbarungspartnerin an der notwendigen Erlaubnis gemäß § 24a AWG 2002.

Gemäß § 24a Abs 1 AWG 2002 bedarf derjenige, der Abfälle sammelt oder behandelt einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann. Gemäß § 24a Abs 2 Z 3 AWG 2002 unterliegen Inhaber einer gleichwertigen Erlaubnis eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Staates, der Mitglied des EWR-Abkommens ist, nicht der Erlaubnispflicht. Die Erlaubnis ist dem örtlich zuständigen Landeshauptmann vor Aufnahme der Tätigkeit vorzulegen. Gemäß § 53 Abs 1 KrWG haben Sammler, Beförderer, Händler und Makler von (nicht gefährlichen) Abfällen die Tätigkeit ihres Betriebs vor Aufnahme der Tätigkeit anzuzeigen. Gemäß § 54 Abs 1 KrWG ist für das Sammeln, Befördern, Handeln und Makeln von gefährlichen Abfällen eine behördliche Erlaubnis erforderlich. Von der Erlaubnispflicht ausgenommen sind Entsorgungsfachbetriebe im Sinne von § 56 KrWG, soweit sie für die erlaubnispflichtige Tätigkeit zertifiziert sind.

Die präsidentive Rahmenvereinbarungspartnerin ist als Entsorgungsfachbetrieb gemäß § 56 KrWG für die Tätigkeiten Sammeln, Befördern, Lagern, Behandeln, Beseitigen und Verwerten sowie Handeln und Makeln zertifiziert. Die nach deutschem Recht jedenfalls vor Ablauf der Angebotsfrist bestehende Erlaubnis der präsidentiven Rahmenvereinbarungspartnerin zum Sammeln von Abfällen wurde seitens des Landeshauptmanns für Oberösterreich nach Ersuchen vom 27.10.2017 als gleichwertig mit jener gemäß § 24a Abs 2 Z 3 AWG 2002 qualifiziert. Die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin unterliegt damit aufgrund der festgestellten Gleichwertigkeit nicht der Erlaubnispflicht gemäß § 24a AWG 2002 (Scheichl/Zauner/Berl, AWG 2002 [2015] § 24a Rz 13). Die Erlaubnis zum Sammeln von Abfällen war daher bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben.

3.2.3.5. Die Antragstellerin brachte vor, dass die präsidentive Rahmenvereinbarungspartnerin für den Nachweis ihrer Befugnis vor Ablauf der Angebotsfrist einen Antrag auf Einleitung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahrens gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 hätte stellen müssen. Da ein solcher Nachweis über die rechtzeitige Antragstellung nicht erbracht worden sei, sei das Angebot der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin gemäß § 129 Abs 1 Z 11 BVergG auszuschneiden.

Die präsidentive Rahmenvereinbarungspartnerin hat ihren Sitz in Deutschland und beabsichtigt, in Österreich Abfälle zu sammeln. Das Sammeln von Abfällen stellt ebenso wie das Behandeln von Abfällen gemäß § 32 Abs 5 GewO 1994 ein freies Gewerbe dar, wobei abfallrechtliche Regelungen davon unbenommen sind. Für diese Tätigkeit ist sohin kein Befähigungsnachweis nach der Gewerbeordnung beizubringen (§ 5 Abs 2 GewO 1994) und es wäre demzufolge schon aus diesem Grund kein Verfahren nach den §§ 373c und 373d GewO 1994 erforderlich.

Abgesehen davon verwirklicht die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin den Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 11 BVergG insofern nicht, als diese Regelung über das Ausscheiden eines Angebotes im Falle der Unzulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung einer Dienstleistung an das Vorliegen einer behördlichen Entscheidung anknüpft. Für das freie Gewerbe des Sammelns von Abfällen entfällt jedoch eine Verpflichtung, eine Anzeige nach § 373a Abs 4 GewO 1994 zu erstatten, da diese nur bei der Erbringung von Leistungen notwendig ist, die reglementierten Gewerben vorbehalten sind (VwGH 09.09.2015, Ro 2014/04/0007; BVwG 22.12.2016, W187 2134620-2/53E; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1611).

Im Übrigen ist die präsidentive Rahmenvereinbarungspartnerin nach deutschem Recht dazu berechtigt, die gegenständlichen Abfälle zu sammeln. Dass diese Erlaubnis des Abfallsammelns mit jener Erlaubnis gemäß § 24a AWG gleichwertig ist, wurde bereits oben dargelegt. Die Ausübung der Tätigkeit in Österreich ist sohin zulässig, zumal sie in Deutschland befugt ausgeübt wird (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1242).

3.2.4. Zum Vorbringen der unterlassenen vertieften Angebotsprüfung, der vertieften Angebotsprüfung durch nicht sachkundige Personen bzw auf Grundlage nicht ausreichend detaillierter Unterlagen

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen erfolgen. Folge dessen ist die Angemessenheit der Preise gemäß § 123 Abs 2 Z 4 BVergG im Zuge der Angebotsprüfung entsprechend den Vorgaben des § 125 BVergG zu prüfen. Die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung liegt nicht im Ermessen des Auftraggebers. Angebote sind einer solchen zu unterziehen, wenn sie (1) einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, (2)

zu hohe oder niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen enthalten oder (3) nach der Angemessenheitsprüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Dabei hat der Auftraggeber dem Gebot der kontradiktorischen Angebotsprüfung zu entsprechen (BVA 01.10.2004, 06N-84/04-22 unter Verweis auf EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, Lombardini und Mantovani; VwGH 29.03.2006, 2003/04/0181; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1582ff). Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG genannten Kriterien maßgeblich sind (Küchli in Schwartz, BVergG 20062 § 125, Rz 18; Eilmannsberger/Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 19 Rz 53). Dabei handelt es sich um eine Plausibilitätsprüfung, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (ua VwGH 15.09.2004, 2004/04/0032). Dies erfordert eine inhaltlich begründete, auf betriebswirtschaftlichen Fakten aufbauende Erklärung (Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 125 Rz 38). Ein Ausscheiden eines Angebotes hat demnach dann zu erfolgen, wenn sich bei dieser Prüfung die Kalkulation des Angebots als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar ("nicht plausibel") erweist (VfGH 22.09.2003, B1211/01). Die Überprüfung der Preise setzt bei der (scheinbaren) Unangemessenheit eines Preises an. Hinterfragt werden muss, ob der angebotene Preis mit der der Ausschreibung zugrundeliegenden Leistung in einem adäquaten Verhältnis steht. Bei der Prüfung, ob ein Unterpriß vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln kostendeckend kalkuliert hat (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1581). Hierbei sind sämtliche individuellen Gegebenheiten zu berücksichtigen (siehe etwa BVA 30.04.2010, N/0019-BVA/04/2010-24; BVA 16.01.2004, 14N-97/03-58; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 129 Rz 32).

Entsprechend dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot einer zwingend durchzuführenden kontradiktorischen Überprüfung der Angebotspreise muss im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], Rz 1582, 1590 unter Verweis auf die Rsp des EuGH). Die anschließende Prüfung der Preise hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen (§ 125 Abs 5 BVergG). Schließlich ist gemäß § 128 Abs 1 BVergG über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Diese Norm soll im Sinne des Transparenzgebotes die Nachvollziehbarkeit jener Entscheidungen, denen das Ergebnis der Angebotsprüfung zugrunde liegt, also insbesondere der Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufsentscheidungen, gewährleisten (BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57; Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015], 1542).

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der Gesamtpriß des Angebotes der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin rund 40% unter der Kostenermittlung der Auftraggeberin, 12% unter dem Gesamtpriß der zweitgereihten Antragstellerin und 15% unter dem Mittelwert der Angebotspreise liegt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote, ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpriß vorliegen kann (etwa VwGH 22.05.2012, 2009/94/0187). Unter den aufgezeigten Umständen ist die Auftraggeberin folglich aufgrund der Preisdifferenz zu ihrer Kostenschätzung zu Recht davon ausgegangen, eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen zu müssen.

Seitens der Antragstellerin wird allerdings in Zweifel gezogen, dass die Auftraggeberin eine derartige Preisprüfung tatsächlich ordnungsgemäß durchgeführt hat.

Wie den Sachverhaltsfeststellungen zu entnehmen ist, hat die Auftraggeberin zunächst einen Preisspiegel erstellt. In der Folge hat sie die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin ebenso wie die Antragstellerin um Übermittlung ihrer Detailkalkulationen für sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses ersucht, vier Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin und fünf Aufklärungsersuchen an die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin gerichtet und überdies am 06.03.2017 mit der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin und am 27.03.2017 mit der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch geführt. Die Beantwortungen durch die Bieter und allfällige Beilagen sowie die Detailkalkulationen beider Bieter für sämtliche Positionen sind Bestandteil der vorgelegten Verfahrensunterlagen. Die Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von Herrn Dipl.-Wirtschaftsingenieur Heimo Berghold durchgeführt worden. Die einzelnen Prüfungsschritte, Antworten der Bieter und Schlussfolgerungen des Angebotsprüfers sind in der Niederschrift über die Angebotsprüfung dokumentiert.

Nach Ansicht des erkennenden Senates erweist sich der Vorwurf der Antragstellerin, die Auftraggeberin hätte eine dem BVergG entsprechende vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen, als unberechtigt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der vertieften Angebotsprüfung um eine Plausibilitätsprüfung handelt, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen werden muss. Die Auftraggeberin hat insofern die Detailkalkulationen und diesbezüglich allenfalls notwendige Aufklärung verlangt und ihre Prüfungsschritte auch entsprechend dokumentiert. Weitergehende Unterlagen vorliegen und Nachforschungen waren nicht erforderlich. Auf Basis der der Auftraggeberin vorliegenden Unterlagen und bezugnehmenden Informationen durch die Bieter war es grundsätzlich möglich, die Angemessenheit der Preise zu überprüfen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass in den Detailkalkulationen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die bei der Kalkulation jeweils berücksichtigten Kostenbestandteile transparent aufgeschlüsselt sind.

Überdies war der für die Preisprüfung zuständige Mitarbeiter der Auftraggeberin, Herr Heimo Berghold, aufgrund seiner Erfahrung, etwa auch mit der derzeit beauftragten Restmüllsammlung, und seiner Ausbildung zum Diplomwirtschaftsingenieur als fachlich qualifiziert anzusehen. Abgesehen davon wurde etwa zur Beurteilung der Höhe der Lohnnebenkosten überdies die Auskunft der Personalabteilung der ASFINAG eingeholt.

3.2.5. Zum Vorbringen der mangelnden Preisangemessenheit

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG hat die Vergabekontrolle nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist, sondern hat auch - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen (VwGH 17.09.2014, 2012/04/0016 mwN). Nach ständiger Rechtsprechung ist es aber nicht die Aufgabe der Vergabekontrolle, allfällige Angebotsprüfungsschritte nachzuholen und Bieter zur Aufklärung aufzufordern. Die Erklärung der Preise muss im Vergabeverfahren und nicht im Nachprüfungsverfahren erfolgen (VwGH 28.09.2011, 2007/04/0102; VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011).

Die Auftraggeberin hat von der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin zum einen die Vorlage der Detailkalkulationen der einzelnen Leistungspositionen und eine verbindliche schriftliche Aufklärung verlangt sowie zum anderen ein mündliches Aufklärungsgespräch geführt. Die in der Kalkulation für die "Logistikkosten" (Sammlung und Anlieferung an die Umladestationen der Abfallwirtschaftsverbände) angesetzten Entfernungen für die Sammeltouren (drei Abschnitte auf den Autobahnen A12 und A13) entsprechen der Realität und berücksichtigen auch die Anlieferung an die Abfallwirtschaftsverbände. Die Annahme, dass die Sammlung in der Regel an drei Tagen pro Woche vorgenommen wird, steht in Einklang mit der in der Beilage "Anfallstellen ASG Los 8" angeführten Anzahl der wöchentlichen Entleerungen. Der Zeitaufwand für die Dauer der Entleerung beruht nachvollziehbar auf Erfahrungswerten. Der Stundensatz des Sammelfahrzeuges beinhaltet den Personalaufwand sowie den Stundensatz des zum Einsatz kommenden Fahrzeuges. Der angesetzte Lohn liegt über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn. Die Fahrzeugkalkulation beinhaltet Fixkosten sowie variable Kosten, darunter auch die Mautkosten. Darüber hinaus werden Gemeinkosten und ein Zuschlag für Wagnis und Gewinn angesetzt, wodurch auch die Kosten des Abstellplatzes sowie allfälliger Behördenverfahren - so auch eines Notifizierungsverfahrens - Berücksichtigung finden. Angesichts des Umstandes, dass die Sammeltouren ihren Ausgang von einem Abstellplatz im Großraum Innsbruck nehmen und eine Zwischenlagerung der Abfälle - wie oben bereits dargestellt wurde - grundsätzlich nicht erfolgt, sondern aus den Sammeltouren heraus eine direkte Anlieferung an die Abfallwirtschaftsverbände ("Abfallsammlung ... angeliefert Umladestation") oder an den grenznah in Deutschland gelegenen Umschlagplatz der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin

("Abfallsammlung ... Übernahme AN") vorgenommen wird, sowie aufgrund

des Umstandes, dass die Antragstellerin ihre Kalkulation nicht auf Grundlage der von der Auftraggeberin zugrunde gelegten Mengenannahmen sondern auf Grundlage ihrer Erfahrung der zu sammelnden Mengen aus dem Zeitraum 01.11.2015 bis 31.10.2016 vornahm, sind die Logistikkosten der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin plausibel und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. So hat die Antragstellerin selbst festgehalten, dass sich bei einem von zu hohen Mengen ausgehenden Verständnis der kalkulierten Preis je Tonne und sohin der Einheitspreis naturgemäß beträchtlich verringere. Gerade dieser unterschiedliche Ansatz betreffend die zu sammelnden bzw zu sammelnden und zu entsorgenden Abfallmengen erklärt demnach auch die Preisdifferenz bei den Kosten der Sammlung ("Logistikkosten" gemäß Detailkalkulation der präsumentiven Rahmenvereinbarungspartnerin). Eine Unterbrechung der Sammlungs- und Transportfahrten ist zufolge des Verwiegens bei Einfahrt in und Ausfahrt aus dem betreffenden Einzugsbereich nach dem Tiroler Abfallwirtschaftskonzept nicht erforderlich.

Als nicht zutreffend hat sich auch die Annahme der Antragstellerin, die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin hätte ihrer Kalkulation die Mengen beider ausgeschriebenen Varianten insgesamt zugrunde gelegt, herausgestellt.

Betreffend die zu den Logistikkosten hinzutretenden Kosten der Abfallbehandlung (Verwertung oder Beseitigung durch den Auftragnehmer; "Restmüllentsorgung" gemäß Detailkalkulation der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin) genügt nach Ansicht des erkennenden Senates der Hinweis darauf, dass die für die Behandlung der Abfälle durch den Auftragnehmer selbst zu den Kosten der Sammlung hinzutretenden Kosten der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin über jenen der Antragstellerin liegen und dass diese insofern das in Deutschland bestehende Kostenniveau für die umweltgerechte Entsorgung widerspiegeln sowie die Entfernung zur betreffenden Anlage in Deutschland, die Kosten eines Notifizierungsverfahrens und einer allfällig vorübergehend notwendigen Zwischenlagerung berücksichtigen.

Zum Vorwurf der spekulativen Preisgestaltung ist darauf hinzuweisen, dass jene Variante des Leistungsabrufs ("Abfallsammlung ... Übernahme AN"), welche aufgrund der Andienungssituation in Tirol derzeit nur in geringem Umfang abgerufen werden wird, seitens der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin gerade nicht spekulativ niedrig angeboten wurde.

Zusammenfassend ergibt die inhaltliche Prüfung sohin, dass die von der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin angebotenen Preise alle notwendigen Kostenanteile berücksichtigen, plausibel sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

3.2.6. Zum Vorbringen des Vorliegens eines mangelhaften bzw ausschreibungswidrigen Angebotes

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden.

Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Widerspruch aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen zu messen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Überdies hält der Verwaltungsgerichtshof in mittlerweile ständiger Rechtsprechung fest, dass vor dem Hintergrund des § 108 Abs 2 BVergG die Annahme, ein Bieter wolle ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen, nur dann gerechtfertigt ist, wenn er dies - klar - zum Ausdruck bringt (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde (ua VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087; VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030; VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Im Erkenntnis vom 25.03.2010, 2005/04/0144, präziserte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, unbehebbar wäre. Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert. Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und der Vergabekontrolle kann es auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeuten, wenn "nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten" (wiederum VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; BVwG 24.07.2014, W138 2008591-1/45E; BVwG 05.06.2014, W138 2007599-1/15E).

3.2.6.1. Die Antragstellerin brachte vor, dem Angebot der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin liege ein Vorbehalte und Bedingungen beinhaltendes Begleitschreiben bei. Tatsächlich liegt dem Angebot ein Begleitschreiben bei, welches aber weder Vorbehalte noch Bedingungen zu den Ausschreibungsunterlagen beinhaltet und auch sonst in keinem Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung steht.

3.2.6.2. Zum Vorbringen der mangelnden Kostendeckung ist auf die Ausführungen zu Punkt 3.2.5. zu verweisen, wonach sich keine Hinweise darauf gefunden haben, dass die angebotenen Preise nicht kostendeckend wären.

3.2.6.3. Wie bereits mehrfach aufgezeigt wurde, beabsichtigt die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin die Abfallsammlung der Abfälle ohne den Einsatz von Subunternehmern bzw (soweit die Variante Andienung an die Abfallwirtschaftsverbände betroffen ist) ohne Heranziehung von Umladestationen und Zwischenlagern durchzuführen. Die Antragstellerin erachtet darin eine Unvollständigkeit des Angebotes bzw einen Widerspruch zur Anforderung, für eine ordnungsgemäße (reibungslöse) Sammlung zu sorgen.

Gemäß Punkt 3.1.1 der Leistungsbeschreibung besteht die Zielsetzung der ausgeschriebenen Dienstleistung in der Sammlung und anschließenden umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung des Restmülls. Es soll eine ordnungsgemäße Sammlung des Restmülls auf den Parkplätzen und Autobahnmeistereien sichergestellt werden. Besonderes Augenmerk wird auf ein ordentliches Erscheinungsbild der ASFINAG-Anlagen in der Öffentlichkeit gelegt.

Inwiefern diese Forderung nach einer ordnungsgemäßen Sammlung und umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung der Abfälle durch die von der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin beabsichtigte Vorgangsweise bei der Sammlung und Anlieferung der Abfälle an die Abfallwirtschaftsverbände nicht gewährleistet sein soll, und weshalb aufgrund der Festlegungen der Ausschreibung die Heranziehung von Subunternehmern bzw Umladestationen und Zwischenlagern zwingend geboten sein soll, ist den betreffenden Ausführungen der Antragstellerin nicht substantiiert zu entnehmen. Eine zwingende Heranziehung von Subunternehmern bzw Umladestationen und Zwischenlagern lässt sich nach Ansicht des erkennenden Senates weder aus der Vorgabe in Punkt 3.1.1 der Leistungsbeschreibung noch aus einer sonstigen Ausschreibungsfestlegung ableiten.

Eine ordnungsgemäße Sammlung und umweltgerechte Entsorgung der Abfälle soll insbesondere durch die Festlegung der Mindestanforderungen an die Eignung garantiert werden. Die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin verfügt, wie oben unter Punkt 3.2.4. dargelegt wurde, über die zur Erbringung der gegenständlichen Leistung erforderliche Eignung. Die ihr nach deutschem Recht zukommende Erlaubnis zum Sammeln von Abfällen ist mit jener nach § 24a AWG erforderlichen Erlaubnis gleichwertig. Insofern ist auch gewährleistet, dass der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin grundsätzlich "jederzeit und im ausreichendem Ausmaß" Zwischenlager zur Verfügung stehen, welche sie nötigenfalls in Anspruch nehmen kann (EBRV 1005 BlgNR XXIV. GP 26; siehe auch LVwG Salzburg, 19.05.2015, LVwG-2/75/6-2015). Daraus ist aber nach Ansicht des erkennenden Senates nicht abzuleiten, dass eine Zwischenlagerung jedenfalls vor der Anlieferung an einen Abfallwirtschaftsverband oder an die betreffende Verwertungs- oder Beseitigungsanlage tatsächlich erfolgen muss. Die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin konnte auch angesichts der Ausschreibungsfestlegung in Punkt 3.2.3.2 der Leistungsbeschreibung, wonach Abfälle vom Auftragnehmer zu sammeln und entweder direkt an die Umladestation des jeweiligen Abfallwirtschaftsverbandes anzuliefern oder durch den Auftragnehmer in weiterer Folge umweltgerecht zu verwerten oder beseitigen sind, davon ausgehen, dass eine direkte Anlieferung an den jeweiligen Abfallwirtschaftsverband möglich ist und insofern ein aufwendiges und kostspieliges Umschlagen bzw Zwischenlagern vermeidbar ist (siehe bereits oben die Ausführungen zu Punkt 3.2.3.3.).

Aufgrund dieser Überlegungen handelt es sich beim Angebot der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin weder um ein unvollständiges noch um ein ausschreibungswidriges Angebot.

3.2.6.4. Soweit die Antragstellerin weiters vorbringt, die präsuntive Rahmenvereinbarungspartnerin habe ausschreibungswidrig die von ihr gegebenenfalls herangezogenen Zwischenlager sowie jenen Unternehmer, bei welchem eine Übergabe des Abfalls im Falle einer Anlieferung durch die Auftraggeberin möglich sei, nicht als Subunternehmer namhaft gemacht, gelangt der erkennende Senat zu der Ansicht, dass es sich dabei nicht um Subunternehmer, sondern um "bloße" Hilfsunternehmer handelt, welche im Angebot nicht namhaft gemacht werden mussten.

Gemäß § 2 Z 33a BVergG ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt, ein Subunternehmer. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

Hauptmerkmal der Abgrenzung zwischen einem Sub- und einem Hilfsunternehmer ist, dass ein Hilfsunternehmer selbst keine Teile der zu vergebenden Leistung erbringt. Versetzt hingegen ein Unternehmen, den Auftragnehmer lediglich in die Lage, den Auftrag zu erbringen, ohne selbst Teile der ausgeschriebenen Leistung zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor. Die Materialien nennen dazu beispielsweise Wartungsarbeiten an Maschinen des Auftragnehmers oder die Vermietung von Maschinen bzw Geräten an den Auftragnehmer. Bei der Frage, ob bereits ein Teil der ausgeschriebenen Leistung erbracht oder lediglich eine

Hilfsfunktion ausgeübt wird, ist immer auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerGG 2006, § 2 Z 33a Rz 18f; EBRV 776 BlgNR XXV. GP 2). Ob ein Unternehmen in die Auftragsabwicklung einbezogen ist bzw ob die Leistung zum Leistungsgegenstand zählt, kann zB danach beurteilt werden, ob die Leistung in der Leistungsbeschreibung konkret beschrieben ist (dann: Subunternehmer) oder nicht (dann: Hilfsunternehmer) oder ob es sich um eine "vom Auftragnehmer geschuldete Leistung" handelt (Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1372).

Wie bereits oben unter Punkt 3.2.3.3. und 3.2.6.3. dargelegt wurde, ist auf Grundlage der Festlegungen der Ausschreibung im Allgemeinen und der Leistungsbeschreibung im Besonderen eine Zwischenlagerung der Abfälle nicht eine zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt erforderliche Leistung und daher auch nicht zwingend erforderlicher Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen. Leistungsgegenstand bildet zum einen die Sammlung und anschließende Anlieferung des Restmülls an die jeweiligen Abfallwirtschaftsverbände und zum anderen die Sammlung und anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung des Restmülls. Wie aufgezeigt erfordert das Sammeln von Abfällen nicht in jedem Fall eine Zwischenlagerung. Es muss bloß die Möglichkeit einer Zwischenlagerung sichergestellt sein. Damit kann die gegenständliche Leistung auch ohne Zwischenlagerung erbracht werden. Wird diese dennoch aufgrund des zusehends enger werdenden Zeitrahmens kurzfristig für die Dauer eines Notifizierungsverfahrens notwendig, so gelangt der erkennende Senat zu der Ansicht, dass es sich bloß um eine Tätigkeit in Hilfsfunktion handelt, zumal diese zum einen nicht Gegenstand der zu vergebenden Leistung ist und zumal diese Zwischenlagerung es zum anderen dem Auftragnehmer bloß ermöglicht, einen Leistungsteil des Auftrages, konkret die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung der Abfälle, erst erbringen zu können. Die von der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin erst im Rahmen der Aufklärungsbeantwortung genannten Unternehmer, welche ihr für eine Zwischenlagerung zur Verfügung stehen, mussten folglich als Hilfsunternehmer nicht bereits im Angebot benannt werden.

Ebenso verhält es sich mit jenem Unternehmer, welcher der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin die Möglichkeit zur Nutzung einer Abstellfläche für die Fahrzeuge der präsuntiven Rahmenvereinbarungspartnerin und zur Anlieferung von Abfällen während des Zeitraums der verfahrensgegenständlichen Leistungserbringung einräumt. Mit der Anmietung der Abstellfläche kommt es zu keiner Übertragung von Teilen der ausgeschriebenen Leistung (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerGG 2006, § 2 Z 33a Rz 19). Der betreffende Unternehmer ist als "bloßer" Hilfsunternehmer zu qualifizieren und war im Angebot nicht zwingend bekannt zu geben.

3.2.6.8. Nach Ansicht der Antragstellerin steht das Angebot der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin auch insofern in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung, als diese über keinen örtlich gebundenen Standort in Tirol verfüge. Ein solcher sei allerdings aufgrund der nach Punkt 3.2.3.7 der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Anlieferung von Abfällen beim Auftragnehmer erforderlich, was auch durch Punkt 3.2.1.1 der Leistungsbeschreibung bestätigt werde.

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass eine von einem Auftraggeber aufgestellte Bedingung, wonach in Österreich oder einem bestimmten Bundesland in Österreich die Begründung einer Niederlassung gefordert wird, im Lichte der unionsrechtlichen Grundfreiheiten grundsätzlich erheblichen Bedenken begegnet; wiewohl eine derartige Festlegung bestandskräftig werden könnte (siehe auch oben Punkt 3.2.3.1.).

Die hier zu beurteilenden Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen betreffen zum einen die konkrete Aufgabenbeschreibung im Falle der Anlieferung bzw des Anlieferlassens durch die Auftraggeberin und zum anderen die Frage des Eigentumsüberganges. Ausdrücklich wird unter Punkt 3.2.3.7 der Leistungsbeschreibung bloß auf das Anliefern "beim AN" (Auftragnehmer) abgestellt. Eine Konkretisierung des Anlieferungsortes, bei welchem ein Anliefern beim und Übernehmen der Abfälle durch den Auftragnehmer vorgenommen werden kann, sowie der Modalitäten betreffend den Ablauf der Anlieferung beim Auftragnehmer erfolgt an dieser Stelle nicht. Dagegen ist unter Punkt 3.2.3.1 und 3.2.3.2 der Leistungsbeschreibung ausdrücklich die direkte Anlieferung an die Umladestationen der Abfallwirtschaftsverbände festgelegt.

Nach Ansicht des erkennenden Senates kann folglich die Anlieferung, sofern eine vertragsgemäße Leistungserbringung gewährleistet wird, auch am Standort eines Hilfs- oder Subunternehmers erfolgen, welcher insofern dem Auftragnehmer zuzurechnen ist. Folgte man der Argumentation der Antragstellerin, wäre etwa die Anlieferung bei einem Subunternehmer nicht zulässig, handelt es sich dabei doch (ebenso) nicht um einen Standort des Auftragnehmers.

Aus der in Rede stehenden Festlegung lässt sich sohin ebenso wenig wie aus den sonstigen Ausschreibungsbestimmungen die Verpflichtung herleiten, einen Standort in Österreich begründen zu müssen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Rahmenvereinbarungspartnerin steht insofern nicht in Widerspruch zur Ausschreibung.

3.2.6.9. Wie bereits unter Punkt 3.2.3.2. aufgezeigt wurde, brachte die Antragstellerin auch vor, dass das Angebot der Antragstellerin mangels rechtzeitiger Notifizierung gemäß § 129 Abs 2 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Da die Auftraggeberin keine Festlegungen betreffend die Notifizierung im Falle einer Verbringung von Abfällen aus Österreich getroffen hat, war das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin auch insofern nicht mit einem Mangel oder Ausschreibungswiderspruch behaftet.

3.2.7. Zum Vorbringen des gebotenen Widerrufs

Gemäß § 139 Abs 1 Z 2 BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Es ist zwischen Konstellationen zu unterscheiden, die den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten, und Situationen, die diesen lediglich zum Widerruf berechtigen. Ein zwingender Widerrufsgrund ist dann gegeben, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Nach den Materialien zum BVergG handelt es sich bei diesen den Widerruf verpflichtend nach sich ziehenden Gründen um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der Auftraggeber allerdings nichts wusste. Exemplarisch wird etwa eine nachträglich zur Kenntnis gelangende Budgetkürzung angeführt (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). In der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise das Fehlen jeglicher Zuschlagskriterien bei bestandsfester Festlegung des Bestbieterprinzips (VwGH 01.10.2008, 2004/04/0237), die Festsetzung rechtswidriger Zuschlagskriterien (BVA 20.07.2007, 04N-1/05-28), ein nicht hinreichend bestimmter Leistungsumfang (BVA 08.12.2003, N-19/01-44), das Fehlen einer neutralen Leistungsbeschreibung (BVA 17.06.1994, N-2/94-11), eine falsche Verfahrenswahl (BVA 24.02.2003, 06N-05/03-13) sowie das Vorliegen fehlerhafter Massangaben in einer Vielzahl von Positionen (BVA 03.02.2003, 12N-58/02-38) als zwingende Widerrufsgründe gewertet. Bei den genannten Fällen handelt es sich somit grundsätzlich um Fehler bei der Ausgestaltung der Ausschreibung (siehe auch BVA 07.12.2012, N/0098-BVA/07/2012-26).

Soweit die Antragstellerin in den Umständen, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin die Andienungssituation verkannt und die Abfallmengen unzutreffend eruiert habe, und darin, dass die Kalkulationsgrundlagen auf bloßen Mutmaßungen der Auftraggeberin ohne Berücksichtigung der Andienungspflicht beruhen würden, einen Widerrufsgrund erblickt, ist in Erinnerung zu rufen, dass den Gegenstand des Vergabeverfahrens der Abschluss einer Rahmenvereinbarung bildet. Die Rahmenvereinbarung wird angesichts der mangelnden Abnahmeverpflichtung von einer gewissen Flexibilität charakterisiert, sodass der Abruf nicht notwendigerweise mit den ausgeschriebenen Mengen übereinstimmen muss und dies auch tatsächlich nicht wird. Dennoch haben Auftraggeber nach herrschender Rechtsprechung und Lehre auch bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für eine Rahmenvereinbarung das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen (ua BVwG 03.12.2015, W139 2115379-2/39E; BVwG 05.02.2014, W123 2000167-1/33E). Leistungsbeschreibung und Leistungsumfang sind so zu konkretisieren, dass die Preisgestaltung für den Bieter kein unkalkulierbares Risiko birgt (Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1062).

Vorliegend hat die Auftraggeberin einerseits die voraussichtlich jährlich abzurufenden Mengen differenziert nach dem Fassungsvermögen der Sammelbehälter konkret festgelegt und andererseits angesichts der speziellen Andienungssituation in Tirol ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie alternativ abhängig von der konkreten Situation im jeweiligen Gebiet jeweils nur eine der beiden Leistungsvarianten, nämlich die Sammlung und bloße Andienung an die Abfallwirtschaftsverbände auf der einen Seite oder die Sammlung und "Selbstbehandlung" durch den Auftragnehmer auf der anderen Seite beauftragen wird. Die Auftraggeberin hat sohin bei Festlegung des Mengengerüsts entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Andienungspflicht keinesfalls ignoriert sondern angesichts dieser Situation in Tirol im Los 8 abweichende Festlegungen getroffen. Den Bietern musste sohin unmissverständlich klar sein, dass es zum einen nicht zum parallelen Abruf beider Leistungsvarianten in allen Positionen kommen wird und zum anderen angesichts des Tiroler Abfallwirtschaftskonzeptes der Abruf der Leistungsvariante "Selbstbehandlung" ("Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN") im Verhältnis zur Leistungsvariante "Sammlung und Andienung" ("Abfallsammlung inklusive Entleerung und Anlieferung zu den Umladestationen") deutlich in den Hintergrund tritt. Diese Annahmen sowie die von der Auftraggeberin vorgegebenen Mengen hat die in Aussicht genommene Rahmenvereinbarungspartnerin auch zutreffend ihrer Kalkulation zugrunde gelegt. Angesichts dieses den Bietern bekannten abfallwirtschaftsrechtlichen Rahmens kann der erkennende Senat auch keine im gegenständlichen Mengengerüst liegende Einladung zur Spekulation erblicken. Die im Mengengerüst vorgegebenen Mengen waren gegenüber den Bietern gleichermaßen transparent und demnach als Grundlage für die Kalkulation heranzuziehen, um

insofern die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Nach Ansicht des erkennenden Senates sind demnach die Kalkulierbarkeit der Leistung auf Basis des vorliegenden Mengengerüsts und der Leistungsbeschreibung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken sowie die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt. Ein Grund für einen zwingenden Widerruf der Ausschreibung ist nicht ersichtlich.

Auch mit dem Vorbringen, die Leistung sei für ausländische Bieter aufgrund der angenommenen Unmöglichkeit einer Verbringung der Abfälle ins Ausland tatsächlich nicht durchführbar, vermag die Antragstellerin keine Widerrufsnotwendigkeit darzulegen. Soweit eine Andienungspflicht gegenüber den für das jeweilige Gebiet zuständigen Abfallwirtschaftsverband besteht, kommt eine Verbringung der Abfälle unbestritten nicht in Frage. Diese spezielle Andienungssituation hat die Auftraggeberin, wie mehrfach aufgezeigt wurde, auch entsprechend bei der Gestaltung der Ausschreibung berücksichtigt. Soweit keine Andienungspflicht bestehen sollte, hängt eine Bewilligung der Verbringung der Abfälle aus Österreich, sofern es sich hierbei nicht ohnehin um nicht notifizierungspflichtige Abfälle der "Grünen Abfallliste" handeln sollte, von der jeweiligen Prüfung im Einzelfall ab und erscheint insofern nicht jedenfalls von vorneherein ausgeschlossen (EBRV 1005 B1gNR XXIV. GP 29). Im Übrigen hat die Auftraggeberin für den Fall, dass eine Ausfuhr der Abfälle tatsächlich nicht bewilligt werden würde, insofern "vorgesehen", als der Auftragnehmer die Auftraggeberin bei Inanspruchnahme schad- und klaglos zu halten hat (Punkt 4.1.3 der Vertragsbestimmungen; siehe auch oben Punkte 3.2.3.1. und 3.2.3.2.).

3.2.8. Zusammenfassung

Zusammenfassend gelangt der erkennende Senat nach den obigen Ausführungen zu der Ansicht, dass die von der Antragstellerin monierten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung, mit der XXXX die gegenständliche Rahmenvereinbarung betreffend das Los 8 (Tirol) abschließen zu wollen, nicht vorliegen. Der Nachprüfungsantrag war daher spruchgemäß abzuweisen.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

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

Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter II.2. und II.3. dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass dadurch, dass im gegenständlichen Fall im Wesentlichen die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen und die Plausibilität des konkreten Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Gegenstand der Entscheidung sind, eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung des vorliegenden Verfahrens nicht gegeben ist.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2017:W139.2158106.2.00