

TE Verg Bescheid 2008/7/3 VKS-4455/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.07.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft „***“ bestehend aus 1. *** AG, ***, 2. *** AG, ***, 3. *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Sundström/Partner, Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Friedhofsabfallentsorgung der 46 Wiener Städtischen Friedhöfe, Zl. MA 43 – 1751/2007), durch die Friedhöfe Wien GmbH (vormals Stadt Wien – Magistrat der Stadt Wien – MA 43 – Städtische Friedhöfe) Werdertorgasse 6, 1010 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft „***“ bestehend aus 1. *** AG, ***, 2. *** AG, ***, 3. *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Sundström/Partner, Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Friedhofsabfallentsorgung der 46 Wiener Städtischen Friedhöfe, Zl. MA 43 – 1751 aus 2007), durch die Friedhöfe Wien GmbH (vormals Stadt Wien – Magistrat der Stadt Wien – MA 43 – Städtische Friedhöfe) Werdertorgasse 6, 1010 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 19.5.2008 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 3.6.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 31 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 69, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, 31, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 69, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 43 – Städtische Friedhöfe, seit 1.1.2008 Friedhöfe Wien GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen der 46 Städtischen Friedhöfe in Wien. Der geschätzte Auftragswert beträgt rund EUR 8.500.000,-- netto. Die Auftragsdauer ist mit 72 Monaten festgelegt. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist am 6.9.2007 zu GZ 2007/S 171-210750 ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach den Kriterien Preis (80 Punkte), Abfallbehandlung (10 Punkte) und umweltgerechte Fahrzeugausstattung (10 Punkte) erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.10.2007, 14.00 Uhr. Unter anderem hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft durch fristgerechte Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Vorauszuschicken ist, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Antragsgegnerin am 27.12.2007 ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Unternehmens bekanntgegeben hat. Diese Zuschlagsentscheidung wurde am 9.1.2008 von der Antragstellerin mit einem Antrag auf Nichtigerklärung bekämpft. Diesbezüglich war das

Nachprüfungsverfahren zu VKS – 274/08 beim angerufenen Senat anhängig. Mit Bescheid vom 11.3.2008 wurde die Zuschlagsentscheidung vom 27.12.2007 für nichtig erklärt.

In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgeführt. Mit Schreiben vom 19.5.2008, der Rechtsvertretung der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, deren Angebot auszuschneiden. Als Gründe für diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin im Wesentlichen ausgeführt, es sei eine nachträgliche Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft erfolgt, das Mitglied der ARGE „*** GesmbH“ verfüge nicht über eine ausreichende Befugnis, die von diesem Mitglied der ARGE betriebene Anlage habe nicht die dafür erforderliche Genehmigung und letztlich würde dieses Mitglied der ARGE nicht über ausreichende Kapazitäten verfügen, um den gegenständlichen Auftrag im Rahmen des bestehenden Anlagenkonsenses durchzuführen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.5.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin ihrer Ausscheidungsentscheidung zugrunde gelegten Gründe würden nicht vorliegen, es handle sich dabei „ausschließlich (um) Scheinbegründungen“. Es sei unzutreffend, dass eine nachträglich Änderung in der Zusammensetzung der ARGE durch einen Wechsel der Mitglieder der Bietergemeinschaft von der „***“ (im Folgenden kurz SL genannt) zur „*** GesmbH“ (im Folgenden kurz *** GesmbH genannt) erfolgt sei. Die Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft sei von der *** GesmbH abgegeben worden. Zu keinem Zeitpunkt – schon gar nicht wie von der Antragsgegnerin behauptet nach Angebotsabgabe – sei von SL eine rechtsgültige Erklärung abgegeben worden, wonach dieser eine andere als die *** GesmbH in der ARGE-Erklärung verpflichten wollte. Es sei auch von der Antragsgegnerin sowohl im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren als auch im Vergabeverfahren die *** GesmbH als Mitglied der Bietergemeinschaft von der Antragsgegnerin angesehen und behandelt worden. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.5.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin ihrer Ausscheidungsentscheidung zugrunde gelegten Gründe würden nicht vorliegen, es handle sich dabei „ausschließlich (um) Scheinbegründungen“. Es sei unzutreffend, dass eine nachträglich Änderung in der Zusammensetzung der ARGE durch einen Wechsel der Mitglieder der Bietergemeinschaft von der „***“ (im Folgenden kurz SL genannt) zur „*** GesmbH“ (im Folgenden kurz *** GesmbH genannt) erfolgt sei. Die Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft sei von der *** GesmbH abgegeben worden. Zu keinem Zeitpunkt – schon gar nicht wie von der Antragsgegnerin behauptet nach Angebotsabgabe – sei von SL eine rechtsgültige Erklärung abgegeben worden, wonach dieser eine andere als die *** GesmbH in der ARGE-Erklärung verpflichten wollte. Es sei auch von der Antragsgegnerin sowohl im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren als auch im Vergabeverfahren die *** GesmbH als Mitglied der Bietergemeinschaft von der Antragsgegnerin angesehen und behandelt worden.

Unzutreffend sei die Ansicht der Antragsgegnerin, die *** GesmbH wäre nicht ausreichend befugt, die ausschreibungsgegenständlichen, von ihr zu übernehmenden Leistungen zu erbringen. Die Antragstellerin habe für dieses Mitglied der ARGE die ausschreibungsgemäß geforderten Befugnisnachweise mit dem Angebot lückenlos erbracht. Die Antragstellerin sei somit nachweislich seit dem Zeitpunkt der Angebotslegung befugt, sämtliche ausschreibungsgegenständlichen und von der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin angebotenen Leistungen im Zusammenhang mit der Verwertung der ausschreibungsgegenständlichen Abfallfraktionen zu erbringen. In der Folge werden von der Antragstellerin die von ihr mit dem Angebot vorgelegten Befugnisnachweise für alle Mitglieder der ARGE angeführt. Hinsichtlich der *** GesmbH führt die Antragstellerin aus, dass diese Gesellschaft zum Zeitpunkt der Angebotslegung zu 95% in der Verfügung des selbstständigen vertretungsbefugten Gesellschafters ***, welcher selbst über sämtliche Gewerbeberechtigungen bezüglich den die *** GesmbH gemäß ARGE-Erklärung betreffenden Anteil verfüge, womit nachgewiesen sei, dass die *** GesmbH die ihr innerhalb der Antragstellerin zugewiesenen und gegenüber der Antragsgegnerin ausgewiesenen Aufgaben ausführen könne. Die Antragsgegnerin sei bei ihrer Entscheidung von einer rechtswidrigen Beurteilung der Eigentums-, Beherrschungs- und Verfügungsrechte ausgegangen und damit irrig zur Annahme einer mangelnden Befugnis der *** GesmbH gekommen.

Völlig unzutreffend sei die Annahme der Antragsgegnerin, dass die Anlage, die von der *** GesmbH zur Auftragsabwicklung verwendet werden soll, in der für die Abwicklung des Auftrages erforderlichen Art und Größe zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht genehmigt gewesen sei. Richtig wäre vielmehr, dass die Antragstellerin unter exakter Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen den zu erbringenden Nachweis, insbesondere die 50 %ige Mindestverwertungsquote zum Zeitpunkt der Angebotslegung, erfüllt. So sei die Kompostieranlage „***“ wasserrechtlich mit Bescheid vom *** bewilligt worden. In der Folgezeit sei die Anlage mehrfach überprüft worden und bei diesen Überprüfungen jeweils festgestellt worden, dass die Anlage „augenscheinlich ordnungsgemäß betrieben“ werde.

Soweit die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung damit begründet, es würden in der Anlage *** im Rahmen des genehmigten Konsenses unter Berücksichtigung von laufenden Aufträgen nicht ausreichend Kapazitäten zur Abarbeitung des gegenständlichen Auftrages zur Verfügung stehen, handle es sich um eine unzulässige Abweichung von den verbindlichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei ausschließlich ein Nachweis über die zwingend einzuhaltende Mindestverwertungsquote von 50 % der Masse der Abfälle zu erbringen gewesen. Eine Festlegung dahingehend, dass mit dem Angebot verfügbare Anlagenkapazitäten in den namhaft gemachten Behandlungs- bzw. Verwertungsanlagen nachzuweisen waren, seien von der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt worden. Ungeachtet dessen sei die *** GesmbH jederzeit in der Lage, über andere Anlagen, die von SL beherrscht werden, zu verfügen. Hierdurch könnten laufende Aufträge von der im Angebot angeführten Anlage jederzeit in andere Anlagen verschoben werden.

Bei Durchführung einer gesetzmäßigen Angebotsprüfung und -bewertung hätte die Antragsgegnerin von Anbeginn zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass das Angebot des zunächst für die Zuschlagsentscheidung vorgesehenen Unternehmens zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden und das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot für den Zuschlag auszuwählen ist. Durch die angefochtene Ausscheidungsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung einer gesetzmäßigen und den in den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestimmungen entsprechenden Angebotsprüfung und Bewertung, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres gesetz- und ausschreibungsgemäßen Angebotes, sowie letztlich in ihrem Recht auf eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Schaden von rund €

*** (Entgang des Deckungsbeitrages) erleiden, wozu noch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung kämen. Zudem würde ihr ein wichtiger Referenzauftrag verloren gehen

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 3.6.2008 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 6. Juni 2008 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge beantragt und in der Sache vorgebracht, im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens (nach Aufhebung der zunächst ergangenen Zuschlagsentscheidung vom 27.12.2007) habe die Antragsgegnerin zunächst die Prüfung des zunächst für die Zuschlagsentscheidung vorgesehenen Angebotes fortgesetzt. Diesbezüglich liege ein abschließendes Ergebnis noch nicht vor. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin erneut das Angebot der Antragstellerin einer Prüfung unterzogen. Dabei sei sie zum Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Bietergemeinschaft von der „SL ***“ rechtsgültig gefertigt worden sei. In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft werde mitgeteilt, dass 46 % der Leistungen von der *** GesmbH erbracht werden sollen. Die Führungsbestätigung des ANKÖ sei für die *** GesmbH vorgelegt worden. Zum Nachweis der Befugnis sei hingegen wieder auf einen Gewerbeschein von SL verwiesen worden. Diesbezüglich sei die Antragstellerin um Aufklärung ersucht worden. In der Nachreichung habe diese festgehalten, dass es sich beim Mitglied „***“ um die *** GesmbH handelt. Diese Mitteilung stelle eine nachträgliche Änderung in der Zusammensetzung der ARGE dar, die nach vergaberechtlichen Grundsätzen unzulässig sei. Nach der Fertigung des Angebotes sei dieses von dem ersten und zweiten Mitglied der Bietergemeinschaft sowie von der SL *** gelegt worden. Es sei zwar zutreffend, dass SL sowohl für die *** GesmbH als auch für sich als Einzelunternehmer mit der Geschäftsbezeichnung „SL ***“ zeichnen könne. Damit sei allerdings noch nicht gesagt, dass eine Fertigung mit der Geschäftsbezeichnung SL *** eine rechtsgültige Fertigung der *** GesmbH darstellt. Unrichtig sei der Standpunkt der

Antragstellerin, dass auf Grund der Personalunion bei SL der Einzelunternehmer SL mit der Geschäftsbezeichnung „SL ***“ (ipso iure) auch die „*** GesmbH“ vertritt. Damit liege keine rechtsgültige Fertigung für die *** GesmbH vor, zumal die Bietergemeinschaft – trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin – eine entsprechende Vollmacht der *** GesmbH für SL nicht vorgelegt habe.

Die *** GesmbH, die nach Angaben in dem Angebot rund 46 % des Leistungsvolumens erbringen soll, sei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht ausreichend befugt gewesen, die ausgeschriebenen und von ihr zu übernehmenden Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. Eine derartige ausreichende Befugnis sei erst seit 25.3.2008, also nach Angebotseröffnung, gegeben. Die Verwirklichung dieses Ausscheidungstatbestandes der mangelnden Befugnis kann auch dadurch nicht beseitigt werden, dass die Antragstellerin darauf verweist, dass zwischen der *** GesmbH und der SL *** jederzeit sämtliche Befugnisse, Ressourcen und Kapazitäten umfassend zur Verfügung stünden. Es sei daher davon auszugehen, dass die *** GesmbH die Befugnis zum Sammeln und Sortieren von Alt- und Abfallstoffen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte nachweisen müssen, was nicht erfolgt sei. Dem Angebot liege auch keine Bestätigung der *** GesmbH bei, dass sie im Hinblick auf den Ersatz der Befugnis auf die SL *** zurückgreifen könne. Der in der Ausschreibungsunterlage enthaltene Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen sei auch von der ARGE nicht ausgefüllt, sondern vielmehr durchgestrichen worden. Da somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die zur Durchführung der erforderlichen Leistungen erforderliche Befugnis weder bei der *** GesmbH vorlag, noch durch Verweis auf ein befugtes Unternehmen substituiert wurde, sondern vielmehr die Nennung des Einzelunternehmers SL als Subunternehmer erst nachträglich im Angebotsprüfverfahren erfolgt sei, sei der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG verwirklicht. Die *** GesmbH, die nach Angaben in dem Angebot rund 46 % des Leistungsvolumens erbringen soll, sei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht ausreichend befugt gewesen, die ausgeschriebenen und von ihr zu übernehmenden Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. Eine derartige ausreichende Befugnis sei erst seit 25.3.2008, also nach Angebotseröffnung, gegeben. Die Verwirklichung dieses Ausscheidungstatbestandes der mangelnden Befugnis kann auch dadurch nicht beseitigt werden, dass die Antragstellerin darauf verweist, dass zwischen der *** GesmbH und der SL *** jederzeit sämtliche Befugnisse, Ressourcen und Kapazitäten umfassend zur Verfügung stünden. Es sei daher davon auszugehen, dass die *** GesmbH die Befugnis zum Sammeln und Sortieren von Alt- und Abfallstoffen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte nachweisen müssen, was nicht erfolgt sei. Dem Angebot liege auch keine Bestätigung der *** GesmbH bei, dass sie im Hinblick auf den Ersatz der Befugnis auf die SL *** zurückgreifen könne. Der in der Ausschreibungsunterlage enthaltene Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen sei auch von der ARGE nicht ausgefüllt, sondern vielmehr durchgestrichen worden. Da somit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die zur Durchführung der erforderlichen Leistungen erforderliche Befugnis weder bei der *** GesmbH vorlag, noch durch Verweis auf ein befugtes Unternehmen substituiert wurde, sondern vielmehr die Nennung des Einzelunternehmers SL als Subunternehmer erst nachträglich im Angebotsprüfverfahren erfolgt sei, sei der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG verwirklicht.

Letztlich könne das Angebot auch deshalb nicht berücksichtigt werden, weil die in Rede stehende Anlage, die von der *** GesmbH zur Auftragsabwicklung verwendet werden soll, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht in der für die Abwicklung des Auftrages erforderlichen Art und Größe genehmigt gewesen sei. Eine derartige ausreichende Genehmigung sei erst am 15.4.2008 erfolgt. Damit sei auch die erforderliche technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht gegeben.

Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot eine Verwertung von 99,58 Masseprozent angeboten. Sie habe damit in ihrem Angebot die in der Ausschreibungsunterlage geforderte Mindestquote von 50 % nahezu zu 100 % übererfüllt. Die von der ARGE für die Verwertung herangezogene Anlage habe im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nur über einen Konsens von 5.000 Tonnen verfügt. Insgesamt sollen jedoch 13.118 Tonnen biogener Abfälle verarbeitet werden. Im Hinblick auf den im Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegenden Konsens sei damit die Mussforderung in der Ausschreibung nicht erfüllt. Der Auftraggeber sei verpflichtet das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand der angebotenen Leistungsinhalte zu überprüfen. Wenn ein Angebot, die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen übererfüllt, hat der Auftraggeber die Richtigkeit und Erfüllbarkeit dieser Angaben zu prüfen. Wenn die Antragstellerin in ihrem Angebot also die Verwertung 99,58 Masseprozent oder 13.033 Tonnen anbietet, hat sie auch den Nachweis zu erbringen, dass dieses Volumen ausschreibungsgemäß in den angeführten Anlagen verwertet werden kann. Dies sei jedoch gegenständlich nicht der Fall.

Mit Schriftsatz vom 13. Juni 2008 hat die Antragstellerin unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin repliziert und unter anderem moniert, dass offenbar das Angebotsprüfungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei, insbesondere das Angebot jenes Unternehmens das preislich vor ihrem Angebot liegt und auf das zunächst die Zuschlagsentscheidung gelaute hat, bisher nicht ausgeschieden worden sei. Es liege die Vermutung nahe, dass die Antragsgegnerin nach Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin beabsichtige, zu Gunsten dieses Unternehmens abermals eine Zuschlagsentscheidung zu fassen.

Zur Frage der Fertigung des Angebotes bringt die Antragstellerin ergänzend vor, dass SL 95 %iger Gesellschafter und selbstständig vertretungsbefugte Gesellschafter der *** GesmbH sei, womit offenkundig wäre, „dass mit eigenhändiger Unterfertigung durch Herrn SL kraft der vorliegenden und der Antragsgegnerin bekannten Eigentums- und Beherrschungsverhältnisse die *** GesmbH zivilrechtlich verbindlich verpflichtet wurde“. Es liege somit eine rechtsgültige Fertigung für die *** GesmbH vor.

Aufgrund der Eigentums- und Beherrschungsverhältnisse sowie Personalunion von Alleineigentümer, 95 % - GmbH Gesellschafter und selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführung sei jedenfalls ein Rückgriff auf Ressourcen zwischen der *** GesmbH und Herrn SL als „SL ***“ jederzeit möglich „ohne dass es hierfür eigener Erklärungen oder Vollmachterteilungen bedürfte“. Die Beherrschungs- und Eigentumsverhältnisse liegen bereits der Angebotslegung zugrunde, eine Verpflichtung, bei Rückgriff auf beherrschte Unternehmen diese in der Subunternehmerliste einzutragen sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt. Auch die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei in jeder Beziehung gegeben, der Standpunkt der Antragsgegnerin bezüglich der angeblichen Nichterfüllung der Mindestverwertungsquote sei unrichtig. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei lediglich nachzuweisen gewesen, dass der Bieter in der Lage sei die Mindestverwertungsquote von 50 % durch die angebotene stoffliche Verwertung zu erfüllen. Diese Möglichkeit habe die Antragstellerin ausreichend nachgewiesen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Vorweg ist festzustellen, dass sowohl in der europaweiten Bekanntmachung als auch in den Ausschreibungsunterlagen als Auftraggeber der Magistrat der Stadt Wien – MA 43, Städtische Friedhöfe, Werdertorgasse 6, 1010 Wien, genannt werden. Das Vergabeverfahren wurde mit Bekanntmachung vom 6.9.2007 eingeleitet. Aufgrund einer Organisationsänderung wurde die Magistratsabteilung 43 mit 1.1.2008 als Friedhöfe Wien GmbH organisiert, die im Alleineigentum der Bestattung Wien GmbH und diese wiederum im Alleineigentum der Wiener Stadtwerke Holding AG steht. Alleinaktionär der Wiener Stadtwerke Holding AG ist die Stadt Wien. Aufgrund dieser Organisationsänderung ist das Unternehmen Friedhöfe Wien GmbH als Nachfolgerin der ausschreibenden Stelle MA 43 anzusehen, weshalb dieses Unternehmen nunmehr als Antragsgegnerin zu bezeichnen war.

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Entsorgung der Friedhofsabfälle der 46 Wiener städtischen Friedhöfe. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in drei Teilleistungen nach der geographischen Lage der städtischen Friedhöfe gegliedert, wobei Teilangebote zugelassen sind. Der Leistungszeitraum beträgt 72 Monate ab Auftragsvergabe. Der geschätzte Auftragswert beträgt rund € 8,5 Millionen und liegt jedenfalls im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach den Kriterien Preis (80 Punkte), Abfallbehandlung (10 Punkte) und umweltgerechte Fahrzeugausstattung (10 Punkte) erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.10.2007, 14 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch fristgerechte Legung eines Angebotes bezüglich aller drei Teile am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen. Nach den Bestimmungen im Angebotsdeckblatt (MDBD-SR 75, Seite 2) waren die Angebote unter Berücksichtigung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (Drucksorte VD 307) zu erstellen.

Von den für das Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen (Leistungsverzeichnis) sind hervorzuheben:

Glossar

Biogene Friedhofsabfälle (Sammeleinrichtungen beschriftet als: „Kompost“):

Die biogenen Friedhofsabfälle bestehen aus Pflanzenabfällen, Begräbniskränzen, Gestecken etc. Die biogenen Friedhofsabfälle sind gemäß Kompostverordnung (vgl. Kompostverordnung BGBl. II Nr. 292/2001 § 4 und Anlage 1, Tab. 1) nicht als Ausgangsmaterial zur Herstellung von Qualitätskompost geeignet. Das Material ist durch Blumentöpfe, Eisen- und Stahldraht und sonstigen Müll verunreinigt. Zusätzlich befinden sich Erde und Steine in den Sammeleinrichtungen. Die biogenen Friedhofsabfälle bestehen aus Pflanzenabfällen, Begräbniskränzen, Gestecken etc. Die biogenen Friedhofsabfälle sind gemäß Kompostverordnung vergleiche Kompostverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 292 aus 2001, Paragraph 4 und Anlage 1, Tab. 1) nicht als Ausgangsmaterial zur Herstellung von Qualitätskompost geeignet. Das Material ist durch Blumentöpfe, Eisen- und Stahldraht und sonstigen Müll verunreinigt. Zusätzlich befinden sich Erde und Steine in den Sammeleinrichtungen.

Erde (Sammeleinrichtungen beschriftet als: „Erde“):

Die Fraktion besteht hauptsächlich aus Grabaushubmaterial.

Nicht-biogene Friedhofsabfälle (Sammeleinrichtungen beschriftet als: „Kerzenbecher, Müll“):

Die getrennt gesammelten nicht-biogenen Friedhofsabfälle bestehen großteils aus Kerzen und Kerzenbechern, Verpackungen, Blumentöpfen etc.

1.2 Abfallbehandlung (auszugsweise)

Der Bieter hat anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50% der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) § 2 (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Er hat die für die Abfallbehandlung vorgesehenen Anlagen zu benennen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Der Bieter hat anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50% der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) Paragraph 2, (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Er hat die für die Abfallbehandlung vorgesehenen Anlagen zu benennen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen.

Der Bieter hat mit dem Anbot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen.

Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (wie Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden.

1.3 Zuschlagskriterien (auszugsweise)

Der Zuschlag wird dem technischen und wirtschaftlich günstigsten Angebot – also nach dem Bestbieterprinzip – gemäß den nachstehenden Kriterien erteilt, wobei sich die Reihung und die Gewichtung der Zuschlagskriterien aus der folgenden Tabelle ergibt:

1.3.2 Zuschlagskriterium „Abfallbehandlung“

Der Bieter erhält maximal 10 Punkte, wenn er garantiert, dass 100% der gesammelten „Erde“ und es gesammelten „Kompostes“ einer Verwertung gemäß AWG 2002 zugeführt werden. Für geringere Anteile der Verwertung werden die Punkte aliquot vergeben, wobei für 50% Verwertung gemäß AWG 2002 und 50% Beseitigung gemäß AWG 2002 (Mindestanforderung) 0 Punkte vergeben werden. Es wird auf zwei Kommastellen gerundet.

1.5 Abfallmengen und Abfallzusammensetzung

1.5.1 Daten zu den Abfallmengen

Als ungefährender Richtwert für die Bestandteile am Gesamtabfall können die in der folgenden Tabelle angegebenen Werte dienen. Es ist zu beachten, dass der Anfall jahreszeitlichen Schwankungen unterworfen ist.

Die angegebenen Mengen sind aus dem Jahr 2006 und sind als Richtwerte zu verstehen.

Kompost Erde + Steine Nicht biogene.

	(m3/a)	Friedhofsabfälle (t/a)	
Teilleistung A	11.168	3.290	125
Teilleistung B	12.152	2.525	130
Teilleistung C	12.439	87	140
Gesamt	35.759	5.902	395

1.5.2 Abfallmengen (auszugsweise)

1. 1)Ziffer eins

Pro Jahr fallen rund 42.000 m³ Abfälle in den „Kompost“- und „Erde“boxen mit einer Masse von rund 13.000 t und rund 400 t „Kerzenbecher, Müll“ (vgl. Kap. 1.5.1) für die Gesamtleistung an. Diese Werte gelten als Richtwerte. Es ist zu beachten, dass der Anfall jahreszeitlichen Schwankungen unterworfen ist. Pro Jahr fallen rund 42.000 m³ Abfälle in den „Kompost“- und „Erde“boxen mit einer Masse von rund 13.000 t und rund 400 t „Kerzenbecher, Müll“ vergleiche Kap. 1.5.1) für die Gesamtleistung an. Diese Werte gelten als Richtwerte. Es ist zu beachten, dass der Anfall jahreszeitlichen Schwankungen unterworfen ist.

In den vergangenen Jahren wurden aus allen städtischen Friedhöfen insgesamt (Gesamtleistung) folgende Abfallmengen abtransportiert und behandelt:

Jahr	Boxeninhalt	
	Boxen für „Kompost“	Müll,
	und	Kerzenbecher
	Boxen für „Erde“	
2002	10.423 t	219 t
2003	13.426 t	141 t
2004	12.438 t	440 t
2005	12.913 t	470 t
2006	13.118 t	395 t

1.5.3 Daten zur Zusammensetzung der Abfälle

Die Boxeninhalte für Kränze und biogene Abfälle (Boxen bezeichnet mit „Kompost“) wiegen ca. 8.000 t, die sich wie folgt zusammensetzten: Etwa 80 Masse-% Kränze, Buketts u.ä mit überwiegend organisch-nativen Bestandteilen, rd. 18 Masse-% Steine und Erde, rd. 2 Masse-% sonstige Abfälle.

Als Richtwert für die Zusammensetzung der in den Behältern für nicht-biogene Friedhofsabfälle gesammelten Abfälle nach der Masse kann angegeben werden:

55% Kerzenbecher, 10 % Biogenes, 5-10 % Blumentöpfe, 10-15 % Verpackungen, rund 10-20 % sonstige Abfälle.

Der Auftraggeber garantiert für keine bestimmte Beschaffenheit der Abfälle.

1.6 Qualität der Abfälle

Der Auftraggeber garantiert keine bestimmte Zusammensetzung oder Beschaffenheit der Abfälle. Insbesondere wird die Einhaltung von bestimmten Qualitätskriterien an das Rohmaterial gemäß Kompostverordnung, Anlage 1 durch den Auftraggeber nicht garantiert.

Hinweis: Die biogenen Friedhofsabfälle sind gemäß Kompostverordnung, Anlage 1, Tab. 1, nicht als Ausgangsmaterial zu Herstellung von Qualitätskompost geeignet.

1.9 Behandlung der nicht-biogenen Friedhofsabfälle

(„Kerzenbecher, Müll“) (auszugsweise)

1. 1.Ziffer eins

Die Inhalte der 240-l-Sammelbehälter für nicht-biogene Friedhofsabfälle („Kerzenbecher, Müll“) müssen an eine

der folgenden Müllverbrennungsanlagen zu einem Entgelt von €/t 150,- und 7€/t AlsaG-Beitrag zuzüglich USt angeliefert werden:

- -Strichaufzählung
MVA Spittelau, Spittelauer Lände 45, 1090 Wien
- -Strichaufzählung
MVA Pfaffenau, Wildpretstraße, 1110 Wien (Inbetriebn. Ende 2008)
- -Strichaufzählung
MVA Flötzersteig, Flötzersteig 12, 1160 Wien

In der Beilage 13.08.1 zum Angebotsdeckblatt wird unter den Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. als Konkretisierung vorgegeben:

„Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen oder ähnlichen Abfällen im Umfang von zumindest 50% der Menge je Teilgebiet (Seite 2).“

Mit dem Angebot waren abzugeben im Falle der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft eine entsprechende Verpflichtungserklärung (Beilage 13.06), eine Angabe über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse (Beilage 13.07.1) gegebenenfalls ein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern sowie Erklärungen des Subunternehmers (Beilage 13.07.2 und 13.07.3) sowie die Nachweise der Befugnis (Beilage 13.08.1).

Mit ihrem Begleitschreiben vom 12.10.2007 hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot für alle drei Teilleistungen gelegt. Das Begleitschreiben ist von den drei Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft unterfertigt, wobei als drittes Mitglied der ARGE die „*** GmbH“ in Maschinschrift angeführt ist und sich bei dieser Bezeichnung eine Stampiglie findet mit „*** ..“.

Das Angebotsdeckblatt ist an der dafür vorgesehenen Stelle (Seite 5) von allen drei Mitgliedern der ARGE gefertigt, wobei für das Mitglied *** neben der Unterschrift des Fertigenden sich die Stampiglie findet „***..“. Unter dieser Stampiglie befindet sich die handschriftliche Ergänzung „***“.

Auf Seite 2 der Beilage 13.06 zum Angebotsdeckblatt, in dem der jeweilige Beteiligungsanteil der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft anzugeben war, ist in der dritten Spalte eingetragen „*** GmbH..“ mit einem Beteiligungsanteil von 46% und der Befugnis „Kompostieren“.

Sowohl der Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (Beilage 13.07.2) als auch die Erklärung des Subunternehmers (Beilage 13.07.3) sind nicht ausgefüllt, also ein Subunternehmen nicht genannt. Vielmehr sind die diesbezüglichen Spalten von den Angebotslegern durchgestrichen.

Als Nachweis der Befugnis wurden von den Mitgliedern der ARGE die sie betreffenden Auszüge aus den Gewerberegister bzw. Gewerbescheine vorgelegt. Hinsichtlich des Mitgliedes „***“ wurde ein Gewerbeschein lautend auf „***“ vorgelegt, wonach dieser befugt ist, nicht gefährliche biogene Abfälle zu sammeln und diese Abfälle durch Kompostierung zu behandeln. Die Gewerbeanmeldung ist am 28.2.2007 erfolgt. Weiters ist für dieses Mitglied der ARGE die Kopie eines Bescheides des Landeshauptmannes von Niederösterreich, datiert mit ***, vorgelegt worden, wonach Herrn SL die wasserrechtliche Bewilligung zur Erweiterung seiner mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom *** wasserrechtlich bewilligten Kompostanlage durch Errichtung von Dichtflächen für den Bereich der Heißrotte und dem Anlieferungsbereich im Ausmaß von 5.600m² und die Errichtung eines zusätzlichen Betonbeckens mit einem Fassungsvermögen von rund 300m³ erteilt wurde. Weiters hat dieses Mitglied der ARGE vorgelegt, die Kopie einer Verhandlungsschrift vom *** betreffend die Überprüfung der Kompostieranlage gemäß § 62 AWG 2002. Eingangs dieser Niederschrift wird festgehalten, dass „mit Bescheid vom ***, .. *** die wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb einer Kompostieranlage auf einer Dichtfläche von 5.500m² und einem Sickerwasserbecken von 1.000m³ für 1.000 t/a Bioabfälle und 500 t/a Gartenabfälle auf dem Grundstück Nr. ***, erteilt (wurde). Mit Bescheid vom ***, *** wurde die Erweiterung der gegenständlichen Kompostieranlage durch die Errichtung von Dichtflächen für den Bereich der Heißrotte und dem Anlieferungsbereich im Ausmaß von 5.600m², sowie die Errichtung eines zusätzlichen Betonbeckens mit einem Fassungsvermögen von rund 300m³ bewilligt. Durch die Erweiterung wurde die Verarbeitung von 3.500 t biogenen Rohmaterials und ca. 1.500 t Grünabfälle möglich“. Als Nachweis der Befugnis wurden von den Mitgliedern der ARGE die sie betreffenden Auszüge aus den Gewerberegister bzw. Gewerbescheine vorgelegt. Hinsichtlich des Mitgliedes „***“ wurde ein Gewerbeschein lautend auf „***“ vorgelegt, wonach dieser befugt ist, nicht gefährliche biogene Abfälle zu sammeln und diese Abfälle durch

Kompostierung zu behandeln. Die Gewerbeanmeldung ist am 28.2.2007 erfolgt. Weiters ist für dieses Mitglied der ARGE die Kopie eines Bescheides des Landeshauptmannes von Niederösterreich, datiert mit ***, vorgelegt worden, wonach Herrn SL die wasserrechtliche Bewilligung zur Erweiterung seiner mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom *** wasserrechtlich bewilligten Kompostanlage durch Errichtung von Dichtflächen für den Bereich der Heißrotte und dem Anlieferungsbereich im Ausmaß von 5.600m² und die Errichtung eines zusätzlichen Betonbeckens mit einem Fassungsvermögen von rund 300m³ erteilt wurde. Weiters hat dieses Mitglied der ARGE vorgelegt, die Kopie einer Verhandlungsschrift vom *** betreffend die Überprüfung der Kompostieranlage gemäß Paragraph 62, AWG 2002. Eingangs dieser Niederschrift wird festgehalten, dass „mit Bescheid vom ***, .. *** die wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb einer Kompostieranlage auf einer Dichtfläche von 5.500m² und einem Sickerwasserbecken von 1.000m³ für 1.000 t/a Bioabfälle und 500 t/a Gartenabfälle auf dem Grundstück Nr. ***, erteilt (wurde). Mit Bescheid vom ***, *** wurde die Erweiterung der gegenständlichen Kompostieranlage durch die Errichtung von Dichtflächen für den Bereich der Heißrotte und dem Anlieferungsbereich im Ausmaß von 5.600m², sowie die Errichtung eines zusätzlichen Betonbeckens mit einem Fassungsvermögen von rund 300m³ bewilligt. Durch die Erweiterung wurde die Verarbeitung von 3.500 t biogenen Rohmaterials und ca. 1.500 t Grünabfälle möglich“.

Aus dieser Niederschrift ergibt sich auch, dass SL als Anlagebetreiber am Tage der Errichtung der Niederschrift einen Antrag „um Erweiterung des Konsenses für die Annahme der Abfallschlüsselnummer 92120 gemäß ÖNORM S21100“ gestellt hat. Dazu hat der der Verhandlung beigezogene Amtsachverständige ausgeführt, dass „Bezug nehmend auf den am heutigen Tag gestellten Antrag des Betreibers, die zulässige Jahresinputmenge auf 20.000 t/a zu erweitern“ diesem Antrag aus fachlicher Sicht zugestimmt werden kann „da bereits in der Verhandlung vom *** 2007 vom ASV für Kompostieranlagen eine Anlagenkapazität von 16.500 t/a definiert wurde, jedoch in der gegenständlichen Anlage ein Teil des Inputmaterials, insbesondere die Gartenabfälle, gehäckselt, gesiebt und anschließend als Heizmaterials abtransportiert wird und somit nicht zur Kompostierung gelangt (Anmerkung: im Jahr 2006 wurden ca. 3.000 t Holzhackgut wieder aus der Anlage abtransportiert).“ Weiters wird in der Niederschrift festgehalten, dass „der Betreiber der Anlage .. jedoch aufgefordert (wird), anhand einer detaillierten Darstellung der Betriebsführung nachzuweisen, dass eine Verarbeitung der angenommenen Inputmenge dem Stand der Technik nicht entsprechend möglich ist“. Weitere Gewerbeberechtigungen, insbesondere auf eine „*** GesmbH“ lautende Gewerbeberechtigungen bzw. Befugnisse wurden mit dem Angebot nicht vorgelegt.

Nachdem mit Bescheid vom 11.3.2008, VKS – 274/08, die zunächst von der Antragsgegnerin getroffene Zuschlagsentscheidung vom 27.12.2007 über Antrag der Antragstellerin für nichtig erklärt worden war, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgeführt und ist in eine Prüfung des Angebotes der Antragstellerin eingetreten. Im Zuge dieser Prüfung wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9.4.2008 in zahlreichen Punkten um Aufklärung ersucht, wobei nur jene Punkte auszugsweise wiedergegeben werden, die für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung sind.

1. „1.Ziffer eins

Dem Angebot der Bietergemeinschaft kann ein Mitglied nicht eindeutig zugeordnet werden. Das Angebot ist für das Mitglied „****“ von einer „****“ rechtsgültig gefertigt. In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft wird hingegen mitgeteilt, dass 46 % der Leistungen von der „*** GmbH“ erbracht werden sollen. Die Führungsbestätigung des ANKÖ wurde für die „*** Ges.m.b.H.“ vorgelegt. Zum Nachweis der Befugnis wurde hingegen wieder auf einen Gewerbeschein für *** verwiesen. Wir ersuchen um Aufklärung, wer sich hinter der „****“ verbirgt und wie diese mit einer „*** GmbH“ bzw. „*** Ges.m.b.H.“ in Verbindung steht? Sollte mit der Unterschrift die „*** GmbH“ bzw. die „*** Ges.m.b.H.“ verpflichtet worden sein, ersuchen wir um Vorlage einer Kopie der Musterzeichnungserklärungen für diese Gesellschaft bzw. um Vorlage der entsprechenden Vollmachten.

1. 2.Ziffer 2

Wir ersuchen weiters um Vorlage sämtlicher – wie in der Ausschreibung gefordert (siehe Beilage 13.08.1) – Nachweise für das Mitglied „****“ der Bietergemeinschaft, sollte es sich beim Mitglied der Bietergemeinschaft nicht um die *** GmbH bzw. *** Ges.m.b.H. handeln. Sollte es sich beim Mitglied der Bietergemeinschaft um die *** GmbH bzw. *** Ges.m.b.H. handeln, ersuchen wir um Vorlage einer Kopie des aktuellen Gewerbescheines für die GmbH.

1. 3.Ziffer 3

Aus der für Herrn *** vorgelegten wasserrechtlichen Bewilligung (***) vom *** und der Verhandlungsschrift vom ***2007 ist zu entnehmen, dass um Erweiterung des Konsenses für einen jährlichen Abfallinput von 20.000 t/a angesucht wurde. Wir ersuchen um Aufklärung, ob diesem Ersuchen seitens der zuständigen Behörde entsprochen wurde und um Vorlage der entsprechenden Genehmigungen/Bescheide in Kopie.

1. 4.Ziffer 4

Aus der vorgelegten Verhandlungsniederschrift vom ***2007 ist weiters zu entnehmen, dass „***“ im Jahr 2006 ca. 8.000 t Bioabfälle, 7.600 t Gartenabfälle und ca.

3.300 t kommunalen Klärschlämme in seiner Anlage übernommen hat. Unter Berücksichtigung von ca. 3.000 t Holzhackgut, das wieder abtransportiert wurde, wurden 15.900 t in der Kompostieranlage behandelt (Anlagenkapazität damals 16.500 t/a). Wir ersuchen um Aufklärung, ob die Anlagenkapazität in der Zwischenzeit aufgestockt und diese Aufstockung auch behördlich genehmigt wurde.

1. 6.Ziffer 6

Weiters ersuchen wir um Bekanntgabe der Schlüsselnummern gemäß Abfallverzeichnisverordnung idgF für die von der Aufbereitungsanlage von „***“ zu übernehmenden sowie der aus der Aufbereitungsanlage abgeschiedenen Abfälle.

1. 7.Ziffer 7

Wir ersuchen um Übermittlung einer Kopie des Bescheides, aus dem die Genehmigung zum Betrieb einer Anlage zur Aufbereitung von Friedhofsabfällen vor einer Kompostierung hervorgeht.

1. 9.Ziffer 9

Die Bietergemeinschaft hat in ihrem Angebot ausgeführt, dass sie sich keiner Subunternehmer zur Leistungserbringung bedient. Nach dem im Angebot enthaltenen Verwertungsweg der Bietergemeinschaft wird aber auf andere Unternehmen zurückgegriffen."

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin zunächst mit Schreiben vom 15.4.2008 beantwortet, worin die Antragsgegnerin um Konkretisierung ihres Aufklärungsersuchens vom 9.4.2008 gebeten wurde.

Mit Schreiben vom 14.4.2008 hat die Antragsgegnerin diesem Ersuchen nicht stattgegeben.

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.4.2008 das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 9.4.2008 unter Anschluss zahlreicher Unterlagen beantwortet. Die Antworten zu den einzelnen, oben wiedergegebenen Fragen aus dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 9.4.2008 werden folgend auszugsweise wiedergegeben:

„Antwort zu 1

Au dem Begleitschreiben vom 12.10.2007 zum Angebot der Bietergemeinschaft „***“ geht hervor, dass die Bietergemeinschaft neben *** Aktiengesellschaft und *** AG als Mitglied die *** Ges.m.b.H. umfasst. Das gemäß Formblatt der Ausschreibungsunterlagen ausgefüllte Angebotsschreiben vom 15.10.2007 verweist auf die beigelegte ARGE-Erklärung, aus der wiederum als ARGE-Mitglied die *** Ges.m.b.H. hervorgeht.

Insoweit im Text jeweils auf die „*** GmbH“ Bezug genommen wird, handelt es sich hierbei bloß um eine Ungenauigkeit in Bezug auf den im Firmenwortlaut enthaltenen, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausweisenden Zusatz. Nach dem Firmenbuch ist die *** Ges.m.b.H. als einziges, einen Firmenbestandteil „***“ aufweisendes, Unternehmen, unter der FN ***, eingetragen. Die entsprechende Zuordnung ist sohin zweifelsfrei.

Die rechtsgültigen Unterfertigungen des Angebotsschreibens vom 15.10.2008 (gemäß Formblatt der Ausschreibungsunterlagen) sowie des Begleitschreibens zum Angebot vom 12.10.2008 wurden jeweils von ***, ***, geleistet. Alleiniger Eigentümer der Firma „***“ ist ***, der zugleich nach dem Firmenbuch, FN ***, selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der *** Ges.m.b.H. sowie 95 %-beherrschender Gesellschafter der *** Ges.m.b.H. ist. ***, geb. ***, vertritt sohin selbständig die *** Ges.m.b.H. als auch die „***“ in Personalunion und damit letztere zugleich auch die *** Ges.m.b.H., wenn eine entsprechende firmenbuchmäßige Fertigung – wie gegenständlich – durch *** besteht.

Wunschgemäß wird die Musterfirmazeichnung des selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführers ***, geb. ***, der *** Ges.m.b.H. vorgelegt (Beilage ./5), aus der unzweifelhaft hervorgeht, dass die Unterfertigungen durch Herrn *** erfolgt sind.

Antwort zu 2

Zunächst wird auf die bereits mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen betreffend *** und die *** Ges.m.b.H. insbesondere auf die ANKÖ-Führungsbestätigung für die *** Ges.m.b.H. verwiesen.

Der *** Ges.m.b.H. stehen auf Grund der oben dargelegten Eigentums- und Beherrschungsverhältnisse sämtliche Befugnisse, Ressourcen und Kapazitäten der „***“ jederzeit umfassend zur Verfügung. Entsprechend wurde im Angebot auch auf den entsprechenden Gewerbeschein (Gewerbeanmeldung 28.2.2002) für *** verwiesen und dieser Gewerbeschein dem Angebot beigelegt. Gleichermaßen ist Herr *** seit 1997 als gewerberechtl. Geschäftsführer der *** Ges.m.b.H. bestellt und werden zum Nachweis hierfür folgende Unterlagen vorgelegt.

- -Strichaufzählung
Auszug auf dem Gewerberegister, *** (Mähen, Vertikutieren, Düngen, Unkrautbekämpfen, Sandstreuen, Kompoststreuen, Gras und Laub saugen, Nachbesämen sowie diverse Erdarbeiten, Rodungs-, Mulcharbeiten- und Wurzelstockentfernungen)
- -Strichaufzählung
Auszug aus dem Gewerberegister, *** (Herstellung von Naturdünger)
- -Strichaufzählung
Auszug aus dem Gewerberegister, *** (Handelsgewerbe)

Der guten Ordnung halber werden nachstehende Unterlagen vorgelegt.

- -Strichaufzählung
Firmenbuchauszug *** Ges.m.b.H., FN ***, vom 13.4.2008
- -Strichaufzählung
Strafregisterbescheinigung des selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführers der *** Ges.m.b.H., ***, vom 17.4.2008
- -Strichaufzählung
ANKÖ-Führungsbestätigung für ***, Auszug 17.3.2008

Antwort zu 3:

Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) § 2 (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem Pkt. 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtl. Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (wie Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden. Demzufolge waren bereits mit Angebotslegung geeignete Anlagen zum Nachweis des Erfüllens der geforderten 50 Masse %-Quote konkret namhaft zu machen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Andere als die bereits in den Angebotsunterlagen bezeichneten Anlagen dürfen demnach, bei sonst unzulässiger Angebotsänderung, nicht genannt werden. Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) Paragraph 2, (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem Pkt. 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem

Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (wie Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden. Demzufolge waren bereits mit Angebotslegung geeignete Anlagen zum Nachweis des Erfüllens der geforderten 50 Masse %-Quote konkret namhaft zu machen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Andere als die bereits in den Angebotsunterlagen bezeichneten Anlagen dürfen demnach, bei sonst unzulässiger Angebotsänderung, nicht genannt werden.

Unsere Mandantin hat mit den Angebotsunterlagen sämtliche vorgesehene Verwertungs- und Behandlungsanlagen konkret in den Angebotsunterlagen namhaft gemacht und ihrem Entsorgungskonzept zu Grunde gelegt. Die erforderlichen Nachweise wurden demnach erbracht. Insbesondere wurde die Kompostierungsanlage des *** in der KG *** namhaft gemacht und wurden dafür die anlagenrechtlichen Bewilligungen mit dem Angebot vorgelegt.

Der Nachweis einer Erweiterung des Abfallkonsenses ist in den Ausschreibungsbedingungen vom AG nicht festgelegt worden.

Dessen ungeachtet wird wie folgt ausgeführt:

Aus dem in Frage 3 des Aufklärungsersuchens zitierten Bescheid vom *** geht ein Ansuchen auf Erweiterung des Abfallkonsenses, entgegen den Ausführungen im Aufklärungsersuchen, nicht hervor.

Ein Antrag, den jährlichen Abfallinput mit 20.000 t/a festzustellen, wurde anlässlich der abfallrechtlichen Überprüfungsverhandlung (§ 62 AWG 2002) am ***2007 gestellt. In vorgenannter Verhandlung wurde bereits vom ASV für Deponietechnik und Gewässerschutz die Zustimmung erteilt und diese niederschriftlich festgehalten wie folgt: „Bezugnehmend auf den am heutigen Tag gestellten Antrag des Betreibers, die zulässige Jahresinputmenge auf 20.000 t/a zu erweitern, kann aus fachlicher Sicht zugestimmt werden, da bereits in der Verhandlung vom *** 2005 vom ASV für Kompostieranlagen eine Anlagenkapazität von 16.500 t/a definiert wurde, jedoch in der gegenständlichen Anlage ein Teil des Inputmaterials, insbesondere die Gartenabfälle, gehäckselt, gesiebt und anschließend als Heizmaterial abtransportiert wird und somit nicht zur Kompostierung gelangt. (Anmerkung: Im Jahr 2006 wurden ca. 3.000 t Holzhackgut wieder aus der Anlage abtransportiert.)“ Ein Antrag, den jährlichen Abfallinput mit 20.000 t/a festzustellen, wurde anlässlich der abfallrechtlichen Überprüfungsverhandlung (Paragraph 62, AWG 2002) am ***2007 gestellt. In vorgenannter Verhandlung wurde bereits vom ASV für Deponietechnik und Gewässerschutz die Zustimmung erteilt und diese niederschriftlich festgehalten wie folgt: „Bezugnehmend auf den am heutigen Tag gestellten Antrag des Betreibers, die zulässige Jahresinputmenge auf 20.000 t/a zu erweitern, kann aus fachlicher Sicht zugestimmt werden, da bereits in der Verhandlung vom *** 2005 vom ASV für Kompostieranlagen eine Anlagenkapazität von 16.500 t/a definiert wurde, jedoch in der gegenständlichen Anlage ein Teil des Inputmaterials, insbesondere die Gartenabfälle, gehäckselt, gesiebt und anschließend als Heizmaterial abtransportiert wird und somit nicht zur Kompostierung gelangt. (Anmerkung: Im Jahr 2006 wurden ca. 3.000 t Holzhackgut wieder aus der Anlage abtransportiert.)“

Gleichermaßen wurde der konsens- und ordnungsgemäße Betrieb der gesamten Anlage von der zuständigen Behörde anlässlich der behördlichen Überprüfungsverhandlung gem § 62 AWG 2002 am ***2007 festgestellt wie folgt: „Bei der Begehung konnten keine Mängel erkannt werden. Die Anlage wird augenscheinlich ordnungsgemäß betrieben“. (Niederschrift vom ***2007. ***). Gleichermaßen wurde der konsens- und ordnungsgemäße Betrieb der gesamten Anlage von der zuständigen Behörde anlässlich der behördlichen Überprüfungsverhandlung gem Paragraph 62, AWG 2002 am ***2007 festgestellt wie folgt: „Bei der Begehung konnten keine Mängel erkannt werden. Die Anlage wird augenscheinlich ordnungsgemäß betrieben“. (Niederschrift vom ***2007. ***).

Mit Bescheid vom ***2008, *** (***), wurde dem Ersuchen auf Feststellung eines Abfallinput von 20.000 t pro Jahr, dem bereits anlässlich der abfallrechtlichen Überprüfungsverhandlung gem. § 62 AWG 2002 am ***2007 die Zustimmung erteilt wurde, seitens der zuständigen Behörde entsprochen. Der entsprechende Bescheid wird beiliegend vorgelegt (ohne Seiten 4 bis 7, deren Ausführungen die gegenständlichen ausgeschriebenen Leistungsteile nicht, sondern weitere Geschäftsbereiche des Unternehmens betreffend und demnach als Betriebsgeheimnisse nicht offen zu legen sind). Mit Bescheid vom ***2008, *** (***), wurde dem Ersuchen auf Feststellung eines Abfallinput von 20.000 t pro Jahr, dem bereits anlässlich der abfallrechtlichen Überprüfungsverhandlung gem. Paragraph 62, AWG 2002 am ***2007 die Zustimmung erteilt wurde, seitens der zuständigen Behörde entsprochen. Der entsprechende

Bescheid wird beiliegend vorgelegt (ohne Seiten 4 bis 7, deren Ausführungen die gegenständlichen ausgeschriebenen Leistungsteile nicht, sondern weitere Geschäftsbereiche des Unternehmens betreffend und demnach als Betriebsgeheimnisse nicht offen zu legen sind).

Im gegenständlichen Bescheid vom ***2008 ist ausdrücklich festgehalten: „Die Behandlung ist dem Verwertungsverfahren R3 Verwertung – Rückgewinnung organischer Stoffe, die nicht als Lösemittel verwendet werden (einschließlich der Kompostierung und sonstiger biologischer Unbehandlungsverfahren [Anm: richtig „Umwandlungsverfahren“]) gemäß Anhang 2 des AWG 2002 zuzurechnen. Der quantitative Abfallkonsens der Kompostierungsanlage wird mit einer Jahresinputmenge von 20.000 t/a begrenzt.“ (Spruchpunkt „B) Abfallkonsens“, Seite 2 letzter Absatz und Seite 2 erster Absatz des gegenständlichen Bescheides).

Antwort zu 4:

Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) § 2 (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (wie Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden. Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) Paragraph 2, (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (wie Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden.

Demzufolge waren bereits mit Angebotslegung geeignete Anlagen zum Nachweis des Erfüllens der geforderten 50 Masse %-Quote konkret namhaft zu machen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Andere als die bereits in den Angebotsunterlagen bezeichneten Anlagen dürfen demnach, bei sonst unzulässiger Angebotsänderung, nicht genannt werden.

Unsere Mandantin hat mit den Angebotsunterlagen sämtliche vorgesehenen Verwertungs- und Behandlungsanlagen konkret in den Angebotsunterlagen namhaft gemacht und ihrem Entsorgungskonzept zu Grunde gelegt. Die erforderlichen Nachweise wurden demnach erbracht.

Der Nachweis einer bestimmten Anlagenkapazität oder aber der Aufstockung derselben auf eine bestimmte Höhe zum Zeitpunkt der Angebotslegung ist in den Ausschreibungsbedingungen vom AG nicht festgelegt worden.

Dessen ungeachtet wird wie folgt ausgeführt:

Zur Frage, ob die Anlagenkapazität in der Zwischenzeit aufgestockt und diese Aufstockung auch behördlich genehmigt wurde, wird auf die Beantwortung oben (Pkt 3, zu Frage 3) verwiesen.

Antwort zu 6:

Gem. Pkt. 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) § 2 (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen

Friedhöfe in Wien", mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Gem. Pkt. 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien" hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) Paragraph 2, (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien", mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen.

Demzufolge waren bereits mit Angebotslegung geeignete Anlagen zum Nachweis des Erfüllens der geforderten 50 Masse %-Quote konkret namhaft zu machen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Andere als die bereits in den Angebotsunterlagen bezeichneten Anlagen dürfen demnach, bei sonst unzulässiger Angebotsänderung, nicht genannt werden.

Unsere Mandantin hat mit den Angebotsunterlagen sämtliche vorgesehenen Verwertungs- und Behandlungsanlagen konkret in den Angebotsunterlagen namhaft gemacht und ihrem Entsorgungskonzept zu Grunde gelegt. Die erforderlichen Nachweise wurden demnach erbracht.

Betreffend die von der Kompostierungsanlage „***" (Aufbereitungsanlage zur stofflichen Verwertung) zu übernehmenden Abfälle ist im Hinblick auf die ausschreibungsgegenständlichen Friedhofsabfälle festzuhalten, dass diese in der Anlage „***" unter der Schlüsselnummer 91702 übernommen werden (vgl beiliegendes detailliertes Fließschema; Beilage ./11). In diesem Zusammenhang wird die ÖNORM S 2100, Ausgabe vom 1.3.1990, die dem Bescheid vom ***1996, GZ ***, zu Grunde liegt, der guten Ordnung halber übermittelt (Beilage ./12). Die Erde wird als Bodenaushub unter der aus dem beiliegenden detaillierten Fließschema (Beilage ./11) ersichtlichen Schlüsselnummer übernommen. Betreffend die von der Kompostierungsanlage „***" (Aufbereitungsanlage zur stofflichen Verwertung) zu übernehmenden Abfälle ist im Hinblick auf die ausschreibungsgegenständlichen Friedhofsabfälle festzuhalten, dass diese in der Anlage „***" unter der Schlüsselnummer 91702 übernommen werden vergleiche beiliegendes detailliertes Fließschema; Beilage ./11). In diesem Zusammenhang wird die ÖNORM S 2100, Ausgabe vom 1.3.1990, die dem Bescheid vom ***1996, GZ ***, zu Grunde liegt, der guten Ordnung halber übermittelt (Beilage ./12). Die Erde wird als Bodenaushub unter der aus dem beiliegenden detaillierten Fließschema (Beilage ./11) ersichtlichen Schlüsselnummer übernommen.

Entsprechend dem vorliegenden anlagenrechtlichen Konsens werden die Friedhofsabfälle in der Kompostierungsanlage „***" aufbereitet, konditioniert und kompostiert, wobei diesbezüglich auch auf die Ausführungen oben (Pkt 5.d zu Frage 5.4) verwiesen wird.

Die in der Kompostierungsanlage durchgeführte stoffliche Verwertung der Friedhofsabfälle dient der Herstellung von Kompostprodukten gem. Kompost-VO, BGBl II 2001/292, die keine Abfälle im Sinn des AWG 2002 darstellen, sondern auf Grund der stofflichen Verwertung durch Kompostierung gem. Kompost-VO die Abfalleigenschaft verloren und Produktstatus haben. Die Erde wird gleichermaßen, wie bereits dargestellt, nach entsprechender Bearbeitung für die Wiederverwendung bereitgestellt. Die in der Kompostierungsanlage durchgeführte stoffliche Verwertung der Friedhofsabfälle dient der Herstellung von Kompostprodukten gem. Kompost-VO, BGBl römisch zwei 2001/292, die keine Abfälle im Sinn des AWG 2002 darstellen, sondern auf Grund der stofflichen Verwertung durch Kompostierung gem. Kompost-VO die Abfalleigenschaft verloren und Produktstatus haben. Die Erde wird gleichermaßen, wie bereits dargestellt, nach entsprechender Bearbeitung für die Wiederverwendung bereitgestellt.

Die im Rahmen des stofflichen Verwertungsprozesses in der Kompostierungsanlage anfallenden (mengenmäßig geringen) Reste (= aus der Aufbereitungsanlage abgeschiedene Abfälle) sind den aus dem beiliegenden Fließschema ersichtlichen Schlüsselnummern zuzuordnen.

Antwort zu 7:

Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien" hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung

im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) § 2 (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“ hat der Bieter anzugeben, welche Behandlung der abgeführten Abfälle er vorsieht und welcher Behandlungsanlage(n) er sich bedienen wird. Der Bieter muss zumindest 50 % der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 (AWG 2002) Paragraph 2, (5) zuführen und hat darüber einen Nachweis zu erbringen. Weiters ist die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben und glaubhaft zu machen. Weiters hat der Bieter, gem. Pkt 1.2 Abfallbehandlung des Leistungsverzeichnisses „Sammlung und Behandlung von Abfällen der Städtischen Friedhöfe in Wien“, mit dem Angebot für alle Anlagen, an denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen.

Demzufolge waren bereits mit Angebotslegung geeignete Anlagen zum Nachweis des Erfüllens der geforderten 50 Masse %-Quote konkret namhaft zu machen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Andere als die bereits in den Angebotsunterlagen bezeichneten Anlagen dürfen demnach, bei sonst unzulässiger Angebotsänderung, nicht genannt werden.

Unsere Mandantin hat mit den Angebotsunterlagen sämtliche vorgesehenen Verwertungs- und Behandlungsanlagen konkret in den Angebotsunterlagen namhaft gemacht und ihrem Entsorgungskonzept zu Grunde gelegt. Die erforderlichen Nachweise wurden demnach erbracht.

Die gegenständliche Kompostierungsanlage wurde mit wasserrechtlicher Bewilligung vom ***1996, GZ ***, für die Verwertung (Kompostierung) ua von Friedhofsabfällen behördliche genehmigt. Seit Inkrafttreten des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002-AWG 2002, BGBl I 2002/102, gilt die wasserrechtliche Genehmigung, gem § 77 Abs 2 AWG 2002, ex lege als abfallrechtliche Genehmigung iSd § 37 AWG 2002. Eine Genehmigung nach § 37 AWG 2002 ersetzt, gem. § 38 Abs 1 zweiter Satz AWG 2002, ex lege die nach bundesrechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen oder Nicht-Untersagungen. Die gegenständliche Kompostierungsanlage wurde mit wasserrechtlicher Bewilligung vom ***1996, GZ ***, für die Verwertung (Kompostierung) ua von Friedhofsabfällen behördliche genehmigt. Seit Inkrafttreten des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002-AWG 2002, BGBl römisch eins 2002/102, gilt die wasserrechtliche Genehmigung, gem Paragraph 77, Absatz 2, AWG 2002, ex lege als abfallrechtliche Genehmigung iSd Paragraph 37, AWG 2002. Eine Genehmigung nach Paragraph 37, AWG 2002 ersetzt, gem. Paragraph 38, Absatz eins, zweiter Satz AWG 2002, ex lege die nach bundesrechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen oder Nicht-Untersagungen.

Die Aufbereitung von Komposten hat nach dem Stand der Technik iSd ÖNORM S 2205 „Technische Anforderungen an Kompostieranlagen zur Bearbeitung biogener Abfälle sowie entsprechend den Vorgaben der Kompost-Verordnung zu erfolgen. Der Stand der Technik für Kompostieranlagen schreibt eine Aufbereitung des Kompostausgangsmaterials (Abfälle) vor dem Rotteprozess ausdrücklich vor (wesentliche Funktionen: Zerkleinerung und Aussortierung von Störstoffen, Mischung und Homogenisierung, Beigabe von Hilfs- und Zuschlagsstoffen [Erden udgl], Siebung).

Die Aussortierung und Konditionierung der Friedhofsabfälle erfolgt entsprechend dem vorliegenden anlagenrechtlichen Konsens im Wesentlichen durch Vorzerkleinerung, Grobsiebung, Feinsiebung, Windsichtung, Metall- und Steinabscheidung. Durch die konsensgemäße Einhaltung des dargelegten Betriebsablaufes zur Aussortierung und Konditionierung nach dem Stand der Technik ist die Einhaltung sämtlicher Vorgaben und Auflagen des vorliegenden anlagenrechtlichen Konsens sichergestellt.

Am ***2007 wurde von der für das AWG 2002 zuständigen Anlagenbehörde eine behördliche Überprüfungsverhandlung gem § 62 AWG 2002 durchgeführt. Bei einer solchen Überprüfung hat die Behörde die erforderlichen, nach dem Stand der Technik geeigneten Maßnahmen vorzuschreiben. Die vorgenannte behördliche Überprüfung am ***2007 (vgl die mit dem Angebot vorgelegte Niederschrift ***) hat ergeben, dass die Anlage ordnungsgemäß betrieben wird und keine Mängel festgestellt werden konnten. Somit steht gleichermaßen fest, dass die gegenständliche Kompostierungsanlage (Aufbereitung, Konditionierung, Kompostierung) nach sämtlichen einzuhaltenden gesetzlichen und technischen Vorschriften entsprechend dem Stand der Technik konsensgemäß

betrieben wurde und wird. Dies wird gleichermaßen durch den Bescheid vom ***2008, *** (***), mit dem der Abfallinput mit 20.000 to pro Jahr gem § 37 AWG 2002 festgelegt wurde, bestätigt. Am ***2007 wurde von der für das AWG 2002 zuständigen Anlagenbehörde eine behördliche Überprüfungsverhandlung gem Paragraph 62, AWG 2002 durchgeführt. Bei einer solchen Überprüfung hat die Behörde die erforderlichen, nach dem Stand der Technik geeigneten Maßnahmen vorzuschreiben. Die vorgenannte behördliche Überprüfung am ***2007 vergleiche die mit dem Angebot vorgelegte Niederschrift (***) hat ergeben, dass die Anlage ordnungsgemäß betrieben wird und keine Mängel festgestellt werden konnten. Somit steht gleichermaßen fest, dass die gegenständliche Kompostierungsanlage (Aufbereitung, Konditionierung, Kompostierung) nach sämtlichen einzuhaltenden gesetzlichen und technischen Vorschriften entsprechend dem Stand der Technik konsensgemäß betrieben wurde und wird. Dies wird gleichermaßen durch den Bescheid vom ***2008, *** (***), mit dem der Abfallinput mit 20.000 to pro Jahr gem Paragraph 37, AWG 2002 festgelegt wurde, bestätigt.

Antwort zu 9:

Die Bietergemeinschaft hat in ihrem Angebot ausgeführt, dass sie sich keiner Subunternehmer zur Leistungserbringung bedient. Nach dem im Angebot enthaltenen Verwertungsweg der Bietergemeinschaft wird aber auf andere Unternehmen zurückgegriffen."

Mit Schreiben vom 19.5.2008 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin ihre Absicht mitgeteilt, deren Angebot zur Gänze auszuschneiden. Darin werden folgende Gründe angeführt:

1. „1.Ziffer eins

Das Angebot der Bietergemeinschaft wurde von einer „****“ rechtsgültig gefertigt. In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft wird hingegen mitgeteilt, dass 46 % der Leistungen von der „*** GmbH“ erbracht werden sollen. Die Führungsbestätigung des ANKÖ wurde für die „*** Ges.m.b.H.“ vorgelegt. Zum Nachweis der Befugnis wurde hingegen auf einen Gewerbeschein für *** verwiesen. In der Nachreichung wurde von Ihnen festgehalten, dass es sich beim ARGE-Mitglied „****“ um die *** Ges.m.b.H. handelt.

Diese Mitteilung stellt eine nachträglich Änderung in der Zusammensetzung der ARGE dar, die nach vergaberechtlichen Grundsätzen der Bietergleichbehandlung und Transparenz unzulässig ist. Das Angebot der ARGE kann daher schon allein aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden, zumal sich der Haftungsstock der Auftraggeberin durch den Wechsel vom Einzelunternehmen in die GmbH massiv verkürzt.

1. 2.Ziffer 2

Selbst wenn dieser Wechsel nach Angebotsabgabe innerhalb der ARGE vergaberechtlich zulässig wäre, wäre für Ihre Klientin nichts gewonnen. Gemäß § 69 Zif. 1 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters in einem offenen Vergabeverfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen. Die *** Ges.m.b.H., die laut Angaben der ARGE, rund 46% des Leistungsvolumens erbringen soll, war zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht ausreichend befugt, die ausgeschriebenen und von ihr zu übernehmenden Leistungen zu erbringen. Die im Namen unserer Mandantin durchgeführte ANKÖ-Abfrage hat ergeben, dass die *** GmbH erst seit dem 25.3.2008 über die Befugnis zum Sammeln und Sortieren von Alt- und Abfallstoffen verfügt. Die diesbezüglichen Nachreichungen Ihrer Klientin waren daher unvollständig und damit irreführend. Selbst wenn dieser Wechsel nach Angebotsabgabe innerhalb der ARGE vergaberechtlich zulässig wäre, wäre für Ihre Klientin nichts gewonnen. Gemäß Paragraph 69, Zif. 1 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters in einem offenen Vergabeverfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen. Die *** Ges.m.b.H., die laut Angaben der ARGE, rund 46% des Leistungsvolumens erbringen soll, war zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht ausreichend befugt, die ausgeschriebenen und von ihr zu übernehmenden Leistungen zu erbringen. Die im Namen unserer Mandantin durchgeführte ANKÖ-Abfrage hat ergeben, dass die *** GmbH erst seit dem 25.3.2008 über die Befugnis zum Sammeln und Sortieren von Alt- und Abfallstoffen verfügt. Die diesbezüglichen Nachreichungen Ihrer Klientin waren daher unvollständig und damit irreführend.

An der Verwirklichung dieses Ausscheidenstatbestandes der mangelnden Befugnis vermag auch Ihr Vorbringen, dass zwischen der *** Ges.m.b.H. und der „****“ jederzeit sämtliche Befugnisse, Ressourcen und Kapazitäten umfassend zur Verfügung stünden, nichts zu ändern. Im Gegensatz zur Leistungsfähigkeit (siehe § 76 BVergG) kann die Befugnis nach eindeutiger und herrschender Rechtssprechung nicht durch bloßen Verweis substituiert werden. Bei einer

Gewerbeberechtigung handelt es sich um ein persönliches Recht, über das der Gewerbeausübende selbst verfügen muss. Die *** Ges.m.b.H. war daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht berechtigt das genannte Gewerbe auszuüben. Abgesehen davon liegt dem Angebot und auch der Nachreichung keine Bestätigung der *** Ges.m.b.H. vor, dass sie auf die Ressourcen der „***“ zugreifen kann. An der Verwirklichung dieses Ausscheidenstatbestandes der mangelnden Befugnis vermag auch Ihr Vorbringen, dass zwischen der *** Ges.m.b.H. und der „***“ jederzeit sämtliche Befugnisse, Ressourcen und Kapazitäten umfassend zur Verfügung stünden, nichts zu ändern. Im Gegensatz zur Leistungsfähigkeit (siehe Paragraph 76, BVergG) kann die Befugnis nach eindeutiger und herrschender Rechtssprechung nicht durch bloßen Verweis substituiert werden. Bei einer Gewerbeberechtigung handelt es sich um ein persönliches Recht, über das der Gewerbeausübende selbst verfügen muss. Die *** Ges.m.b.H. war daher zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht berechtigt das genannte Gewerbe auszuüben. Abgesehen davon liegt dem Angebot und auch der Nachreichung keine Bestätigung der *** Ges.m.b.H. vor, dass sie auf die Ressourcen der „***“ zugreifen kann.

1. 3.Ziffer 3

Weiters kann das Angebot deshalb nicht berücksichtigt werden, weil die in Rede stehende Anlage, die von der *** Ges.m.b.H. zur Auftragsabwicklung verwendet werden soll, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht in der für die Abwicklung des Auftrags erforderlichen Art und Größe genehmigt war. Wie sich aus den Nachreichungen ergibt, hat der Landeshauptmann von Niederösterreich die Änderung in der Kompostieranlage *** unter Vorschreibung nicht näher bekannter Auflagen erst am 15.4.2008 genehmigt (Zl. RU 4-KA-63/005/2008). Bei dieser Genehmigung handelt es sich um einen konstitutiven Bescheid, sodass das Recht zur Umsetzung der mit dem Bescheid genehmigten Änderungen der Kompostieranlage dem Anlageninhaber erst mit Rechtskraft des Bescheides zukommt. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe war die Anlage jedenfalls nicht in der erforderlichen Form genehmigt.

1. 4.Ziffer 4

Aus der für Herrn *** im Angebot vorgelegten wasserrechtlichen Bewilligung (*** vom ***1996 und der Verhandlungsschrift vom ***2007 ist weiters zu entnehmen, dass um Erweiterung des Konsenses auf einen jährlichen Abfallinput von insgesamt 20.000t/a angesucht wurde. Aus der vorgelegten Verhandlungsschrift vom ***2007 ist weiters zu entnehmen, dass „***“ im Jahr 2006 ca. 8.000 t Bioabfälle, 7.600 t Gartenabfälle und ca.

3.300 t kommunale Klärschlämme in seiner Anlage übernommen hat. Unter Berücksichtigung von ca. 3.000 t Holzhackgut, das wieder abtransportiert wurde, wurden 15.900 t in der Kompostieranlage behandelt (Anlagenkapazität damals 16.500 t/a). Das Volumen der gegenständlichen Ausschreibung beträgt für sich allein rund

13.118 t, die im „Kompost- und Erdwerk ***“ weiterverarbeitet werden müssen. Damit zeigt sich, dass die Anlage auch im genehmigten Konsens nicht in der Lage ist, den gegenständlichen Auftrag abzuarbeiten, da die Anlage mit laufenden Aufträgen beinahe vollständig ausgelastet ist und über nicht ausreichende verfügbare Kapazitäten verfügt. Die Verfügbarkeit weiterer Kapazitäten hätte bereits im Angebot nachgewiesen werden müssen. Das Angebot der ARGE ist daher auch mangels technischer Leistungsfähigkeit der *** Ges.m.b.H. bzw. der „***“ auszuschneiden, da beide Unternehmen auf ein und dieselbe Anlage zugreifen.“

Diese Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 3.7.2008 hat die Antragstellerin die Kopie einer Verhandlungsschrift des Landeshauptmannes von NÖ als Abfallrechtsbehörde vom ***2005 mit dem Vorbringen vorgelegt, daraus würde sich ergeben, dass im Zeitpunkt der Angebotslegung ein entsprechender Konsens aufgrund der wasserrechtlichen Bewilligung vom ***1996 bestanden hätte, in dem jedoch hinsichtlich des jährlichen Abfallinputs keine Obergrenze festgelegt worden sei. Eine solche Beschränkung sei erst mit dem Bescheid vom ***2008 behördlich verfügt worden.

In der Verhandlungsschrift vom ***2005 ist als Betreiber Herr *** angeführt und unter anderem festgehalten, „dass die Anlage augenscheinlich konsensgemäß besteht und betrieben wird“. Der Amtsachverständige hat, wie sich gleichfalls aus dieser Niederschrift ergibt, (Seite 3) unter anderem ausgeführt, dass „für die Anlage aus fachlicher Sicht ein Maximalkonsens von 16.500 t pro Jahr Inputmaterial (inkl. Strukturmaterial) festzulegen“ ist. In der mündlichen Verhandlung wurde vom Geschäftsführer der *** GesmbH vorgebracht (Seite 5), dass ein Bescheid über einen Input von 16.500 Tonnen im Jahr 2005 nicht ergangen ist. Erst im Zuge der Verhandlung vom ***2007 habe er den Antrag gestellt, den Konsens von 16.500 Tonnen auf 20.000 Tonnen zu erhöhen, was mit Bescheid vom ***2008 erfolgt sei.

Zusammenfassend ist zur Frage der Befugnis des Mitgliedes der ARGE „***“ festzustellen, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (15.10.2007) die *** GmbH nicht über die Befugnis zum Sammeln von nicht gefährlichen biogenen Abfällen und Behandlung dieser Abfälle durch Kompostierung verfügte, sondern dies erst seit ***2008 der Fall ist. Hingegen verfügte im Zeitpunkt der Angebotseröffnung der Einzelunternehmer SL über die mit Bescheid vom ***1993 erteilte wasserrechtliche Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb einer Kompostieranlage in der Marktgemeinde ***. Mit Bescheid vom ***1996 wurde die wasserrechtliche Bewilligung erweitert (Bescheid des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, Zl. ***). In beiden Bescheiden wurde „***“ als Anlagenbetreiber bezeichnet. Schließlich wurde dem Einzelunternehmer SL mit Bescheid des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung vom ***2008, ***, die abfallrechtliche Genehmigung zur Änderung der bestehenden Kompostieranlage durch die Errichtung und den Betrieb einer Eigenbedarfstankstelle am Standort Grundstücknummer ***, erteilt. Unter Punkt B des Spruches wurde der quantitative Abfallkonsens der Kompostieranlage (über Antrag des SL) mit einer Jahresinputmenge von 20.000 t festgelegt. Dieser Bescheid erliegt in den Vergabeakten, wobei die Kopie jedoch nicht vollständig ist.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 19.5.2008 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 29.5.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten, insbesondere auf die zahlreichen, von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden. Danach war zunächst als erwiesen anzunehmen, dass Mitglied der Bietergemeinschaft die „*** Ges.m.b.H.“ und nicht der Einzelunternehmer *** ist. Unstrittig ist, dass SL das Angebot als Mitglied der ARGE gefertigt hat, wobei er die „*** GmbH“, deren Geschäftsführer und 95%iger Gesellschafter er ist, verpflichten wollte und nicht sich selbst als Einzelunternehmer. Die Verwendung der Stampiglie „***.“ dürfte irrtümlich erfolgt sein. Das Verfahren hat eindeutig ergeben, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (15.10.2007) das Mitglied der ARGE *** GmbH nicht über die erforderlichen Befugnisse und Genehmigungen verfügt hat, wie sich dies nicht zuletzt auch aus dem Antwortschreiben der Antragstellerin vom 22.4.2008 zur Beantwortung der Frage 2 ergibt. Darin führt die Antragstellerin aus, dass sie ohnedies „auf den entsprechenden Gewerbeschein (Gewerbeanmeldung 28.2.2002) für *** verwiesen und diesen Gewerbeschein dem Angebot beigelegt“ habe. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass die *** GmbH erst seit ***2008 über die Befugnis zum Sammeln von nichtgefährlichen biogenen Abfällen und Behandlung dieser Abfälle durch Kompostierung verfügt. In diesem Zusammenhang konnte der Argumentation der Antragstellerin, wonach die zuständige Behörde im Zuge der im Jahre 1996 bzw. 2007 durchgeführten Verhandlungen in den Verhandlungsschriften jeweils festgehalten habe, dass die „Anlage ordnungsgemäß betrieben werde“, nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass diese Verhandlungsschriften jeweils die Kompostieranlage des Einzelunternehmers SL als deren Betreiber betroffen haben, ergibt sich zumindest aus der Verhandlungsschrift vom ***2005 dass „für die Anlage .. bis dato kein Jahreskonsens festgelegt“ wurde. Es trifft zwar zu, dass von den beigezogenen Amtsachverständigen ein Maximalkonsens von 16.500 t/a Inputmaterial bzw. 20.000 t/a für vertretbar gehalten wurden. Diese Anmerkungen mögen jedoch nicht einen für den Betrieb der Anlage erforderlichen Bescheid zu ersetzen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten steht fest, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot weder Subunternehmer genannt hat, noch auf verbundene Unternehmen verwiesen hat, deren sie sich zur Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen bedienen will.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellobereich zum Abschluss eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen der 46 Städtischen Friedhöfe in Wien. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (80 Punkte), Abfallbehandlung (10 Punkte) und umweltgerechte Fahrzeugausstattung (10 Punkte) erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2006 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellobereich zum Abschluss eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Sammlung und Behandlung von Friedhofsabfällen der 46 Städtischen Friedhöfe in Wien. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (80 Punkte), Abfallbehandlung

(10 Punkte) und umweltgerechte Fahrzeugausstattung (10 Punkte) erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2006 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 19.5.2008 zugekommen. Ihr am 29.5.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 19.5.2008 zugekommen. Ihr am 29.5.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Das Angebot der Antragstellerin wurde von drei Mitgliedern unterzeichnet, wobei beim ARGE-Partner *** der Stempel „*** ..“ mit Unterschrift und händischer Beifügung „***“ aufscheint. Im Begleitschreiben zum Angebot scheint zusätzlich in Maschinschrift unter der Stampiglie „***“ die Bezeichnung „*** GmbH“ auf. In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft wird der ARGE-Partner als „*** GmbH“ bezeichnet. Die dem Angebot beigelegte ANKÖ-Führungsbestätigung ist auf die „*** Ges.m.b.H.“

ausgestellt. Bereits im Verfahren zu VKS – 274/08 wurde die *** Ges.m.b.H. als Mitglied der ARGE angesehen, zumal die Antragsgegnerin erst im gegenständlichen Verfahren den Standpunkt vertreten hat, dass Angebot sei nicht ordnungsgemäß von einem vertretungsbefugten Organ der „*** Ges.m.b.H.“ gezeichnet.

Im ANKÖ scheinen zwei Unternehmen auf: die „*** Ges.m.b.H.“ und der Einzelunternehmer „***“. Eine „***“ existiert laut ANKÖ und nach dem Firmenbuch nicht. Der Antragsgegnerin ist zuzugestehen, dass fraglich war, ob tatsächlich die *** GmbH Mitglied der ARGE ist oder der Einzelunternehmer SL. Zutreffend hat sie diesbezüglich die Antragstellerin um Aufklärung ersucht, die Identität des ARGE-Mitgliedes klar zu stellen. Bei der gegebenen Sachlage ist die Beifügung der Stampiglie „*** ..“ bei der Unterschrift des unstrittig als Geschäftsführer der *** GmbH vertretungsbefugten SL als aufklärungsbedürftiger Mangel zu erkennen, zumal ein Unternehmen „***“ nicht existiert. Im Zuge dieser Aufklärung hat die Antragstellerin schlüssig und nachvollziehbar nachgewiesen, dass sowohl das Begleitschreiben zum Angebot wie auch das Angebot selbst vom alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer der SL

GmbH gefertigt wurde, womit ausschließlich die GmbH und nicht der Einzelunternehmer SL als Mitglied der ARGE verpflichtet wurde. Da sohin ein behebbbarer Mangel vorlag, und dieser entsprechend aufgeklärt wurde, liegt diesbezüglich ein Ausscheidungsgrund nicht vor.

In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft wird der ARGE-Partner als „*** GmbH“ mit einem Beteiligungsanteil von 46% angeführt, wobei die Teilleistung Kompostieren durch diesen ARGE-Partner ausgeführt werden soll. Das Verfahren hat ergeben, dass die Befugnis zum Sammeln von nicht gefährlichen biogenen Abfällen und Behandeln dieser Abfälle durch Kompostierung für die *** GmbH erst seit ***2008 besteht. Die Ausführungen und Feststellungen in den Niederschriften anlässlich der Anlagenüberprüfungen, insbesondere die Feststellungen der dabei anwesenden Amtsachverständigen, vermögen einen Bescheid nicht zu ersetzen. Der Einzelunternehmer SL verfügt über die erforderliche Berechtigung jedoch seit ***2002.

Gemäß § 69 BVergG 2006 muss die Befugnis beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (15.10.2007) vorliegen. Da Mitglied der ARGE nicht der Einzelunternehmer SL sondern die *** GmbH ist, hat dieser ARGE-Partner zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die notwendige Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Tätigkeiten verfügt. Die Ansicht der Antragstellerin, dass ein Rückgriff auf die Ressourcen des Einzelunternehmers SL jederzeit aufgrund der gegebenen Beherrschungsverhältnisse möglich ist und in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung der Ausweisung von Subunternehmerleistungen enthalten sei, trifft nicht zu. Der Ausschreibung lagen die Beilagen 13.07.02 – Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen und die Beilage 13.07.03 – Erklärung des Subunternehmers bei. Das Angebot enthält auch diese beiden Beilagen, diese wurden jedoch von der Antragstellerin gestrichen. Das Einzelunternehmen SL, das über die erforderlichen Befugnisse im Zeitpunkt der Angebotseröffnung verfügte, hätte als Subunternehmer ungeachtet des Umstandes bekannt gegeben werden müssen, dass SL alleinvertretungsbefugter Gesellschafter der *** GmbH ist und 95% der Anteile an dieser Gesellschaft hält. In der Ausschreibung war ausdrücklich festgelegt, dass Subunternehmer bekannt zu geben sind. In Punkt 1.1 der allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien (VD 307), die ein zwingender Teil der Ausschreibungsunterlagen waren, ist festgelegt, dass die für die Auftragsabwicklung vorgesehenen verbundenen Unternehmen, soweit nicht anders geregelt, wie Subunternehmer behandelt werden. Selbst wenn man die Ansicht der Antragstellerin betreffend die Beherrschungsverhältnisse teilt, wäre das Einzelunternehmen des SL als verbundenes Unternehmen wie ein Subunternehmer zu nennen gewesen, insbesondere der Nachweis zu erbringen gewesen, dass die *** GmbH uneingeschränkt über die Ressourcen des Einzelunternehmers verfügt. Ergänzend zu den allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien wird in Punkt

Gemäß Paragraph 69, BVergG 2006 muss die Befugnis beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (15.10.2007) vorliegen. Da Mitglied der ARGE nicht der Einzelunternehmer SL sondern die *** GmbH ist, hat dieser ARGE-Partner zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die notwendige Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Tätigkeiten verfügt. Die Ansicht der Antragstellerin, dass ein Rückgriff auf die Ressourcen des Einzelunternehmers SL jederzeit aufgrund der gegebenen Beherrschungsverhältnisse möglich ist und in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung der Ausweisung von Subunternehmerleistungen enthalten sei, trifft nicht zu. Der Ausschreibung lagen die Beilagen 13.07.02 – Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen und die Beilage 13.07.03 – Erklärung des Subunternehmers bei. Das Angebot enthält auch diese beiden Beilagen, diese wurden jedoch von der Antragstellerin gestrichen. Das Einzelunternehmen SL, das über die erforderlichen Befugnisse im Zeitpunkt der Angebotseröffnung verfügte, hätte als Subunternehmer ungeachtet des Umstandes bekannt gegeben werden müssen, dass SL alleinvertretungsbefugter Gesellschafter der *** GmbH ist und 95% der Anteile an dieser Gesellschaft hält. In der Ausschreibung war ausdrücklich festgelegt, dass Subunternehmer bekannt zu geben sind. In Punkt 1.1 der allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien (VD 307), die ein zwingender Teil der Ausschreibungsunterlagen waren, ist festgelegt, dass die für die Auftragsabwicklung vorgesehenen verbundenen Unternehmen, soweit nicht anders geregelt, wie Subunternehmer behandelt werden. Selbst wenn man die Ansicht der Antragstellerin betreffend die Beherrschungsverhältnisse teilt, wäre das Einzelunternehmen des SL als verbundenes Unternehmen wie ein Subunternehmer zu nennen gewesen, insbesondere der Nachweis zu erbringen gewesen, dass die *** GmbH uneingeschränkt über die Ressourcen des Einzelunternehmers verfügt. Ergänzend zu den allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien wird in Punkt

3.1.5 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass der Bieter sämtliche Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben hat. Dies wäre durch Eintragung in die genannten Beilagen 13.07.02 und 13.07.03 vorzunehmen gewesen, wobei in diesen Beilagen ein

Kästchen anzukreuzen ist, dass die Befugnis durch einen Subunternehmer substituiert wird. Da die Antragstellerin mangels eigener Befugnis des Mitgliedes ***. GmbH weder einen Subunternehmer genannt hat, noch nachgewiesen hat, auf die Ressourcen verbundener Unternehmen zurückgreifen zu können, hat die Antragsgegnerin zutreffend den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 angenommen. 3.1.5 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass der Bieter sämtliche Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben hat. Dies wäre durch Eintragung in die genannten Beilagen 13.07.02 und 13.07.03 vorzunehmen gewesen, wobei in diesen Beilagen ein Kästchen anzukreuzen ist, dass die Befugnis durch einen Subunternehmer substituiert wird. Da die Antragstellerin mangels eigener Befugnis des Mitgliedes ***. GmbH weder einen Subunternehmer genannt hat, noch nachgewiesen hat, auf die Ressourcen verbundener Unternehmen zurückgreifen zu können, hat die Antragsgegnerin zutreffend den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 angenommen.

Die Ausschreibung umfasst ca. 13.000 t biogene Friedhofsabfälle. Sie unterteilen sich in 5.000 t Erde und 8.000 t Kompost. Dabei handelt es sich um Pflanzenabfälle, Begräbniskränze, Gestecke etc.. Sie sind gemäß Kompostverordnung nicht als Ausgangsmaterial zur Herstellung von Qualitätskompost geeignet. Das Material ist durch Blumentöpfe, Eisen- und Stahldraht sowie sonstigen Müll verunreinigt. Zusätzlich befinden sich Erde und Steine in den Sammeleinrichtungen.

Nach den Ausschreibungsbedingungen muss der Bieter zumindest 50% der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des § 2 Abs. 5 AWG 2007 zuführen und hat darüber Nachweise zu bringen. Er hat die für die Abfallbehandlung vorgesehenen Anlagen zu benennen und die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben sowie glaubhaft zu machen. Der Bieter hat mit dem Angebot für alle Anlagen, in denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden. Nach den Ausschreibungsbedingungen muss der Bieter zumindest 50% der Masse der Abfälle einer Verwertung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 5, AWG 2007 zuführen und hat darüber Nachweise zu bringen. Er hat die für die Abfallbehandlung vorgesehenen Anlagen zu benennen und die vorgesehene Art der Verwertung zu beschreiben sowie glaubhaft zu machen. Der Bieter hat mit dem Angebot für alle Anlagen, in denen eine Behandlung der Abfälle vorgesehen ist, die entsprechenden gewerberechtlichen und abfallrechtlichen Genehmigungsbescheide vorzulegen. Das Angebot hat Angaben zu enthalten, welche Abfälle in welchem Ausmaß welcher Beseitigungsanlage (Deponien oder Müllverbrennungsanlagen) zugeführt werden.

Dem Angebot liegt ein Bescheid vom ***1996, lautend auf „***“ über die wasserrechtliche Bewilligung für die Erweiterung der mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom ***1993 wasserrechtlich bewilligten Kompostanlage *** bei. Danach dürfen Friedhofsabfälle nur nach entsprechender Aussortierung und Konditionierung kompostiert werden. Mit dem angesprochenen Bescheid wurde die Verarbeitung von 3.500 t biogenen Rohmaterials und ca. 1.500 t Grünabfällen genehmigt. Im Punkt B des Bescheides werden jene vorsortierten Materialien aufgezählt, die kompostiert werden dürfen. Unter der Schlüsselnummer 917 werden die Grünabfälle erwähnt. Die Friedhofsabfälle zählen zu diesen Grünabfällen. Gemäß diesem Bescheid durften somit lediglich 1.500 t Friedhofsabfälle kompostiert werden. Dazu verweist die Antragstellerin darauf, dass in der Verhandlung vom ***2005 vom Amtssachverständigen für Kompostieranlagen eine Anlagenkapazität von 16.500 t/Jahr definiert wurde. Ein Bescheid, dass diese Kapazität auch tatsächlich genehmigt wurde, ist im Verfahren nicht vorgelegt worden. Im Rahmen einer weiteren Verhandlung am ***2007, die der Überprüfung der Kompostieranlage gemäß § 62 AWG 2007 gedient hat, hat der Anlagenbetreiber SL den Antrag gestellt, den jährlichen Abfallinput mit 20.000 t/Jahr festzustellen. Darin hat der Anlageninhaber auch zugesagt, die geforderte Anlagenbeschreibung bis 31.12.2007 der Behörde vorzulegen. Abgesehen davon, dass sowohl die wasserrechtliche Bewilligung des Jahres 1996 als auch beide Verhandlungsschriften als Betreiber der Anlage SL anführen und nicht die *** GmbH, steht damit fest, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, zu dem gemäß § 69 BVergG 2006 spätestens die Leistungsfähigkeit gegeben sein musste, kein Bescheid für die Kompostierung in einem für die Erfüllung der Leistung ausreichenden Umfang gegeben war. Erst mit Bescheid vom ***2008 lag die Genehmigung der Erweiterung der Anlage auf eine Abfallinputmenge von 20.000 t/Jahr vor. Dass die Anlage bereits vor diesem Bescheid auf eine größere Kompostierkapazität ausgelegt war, ist vergaberechtlich unerheblich, da die Erweiterung der einzubringenden Abfallmenge erst mit bescheidmäßiger Zuerkennung vom ***2008 ausgeübt werden durfte. Dem Angebot liegt ein Bescheid vom ***1996, lautend auf „***“

über die wasserrechtliche Bewilligung für die Erweiterung der mit Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom ***1993 wasserrechtlich bewilligten Kompostanlage *** bei. Danach dürfen Friedhofsabfälle nur nach entsprechender Aussortierung und Konditionierung kompostiert werden. Mit dem angesprochenen Bescheid wurde die Verarbeitung von 3.500 t biogenen Rohmaterials und ca. 1.500 t Grünabfällen genehmigt. Im Punkt B des Bescheides werden jene vorsortierten Materialien aufgezählt, die kompostiert werden dürfen. Unter der Schlüsselnummer 917 werden die Grünabfälle erwähnt. Die Friedhofsabfälle zählen zu diesen Grünabfällen. Gemäß diesem Bescheid durften somit lediglich 1.500 t Friedhofsabfälle kompostiert werden. Dazu verweist die Antragstellerin darauf, dass in der Verhandlung vom ***2005 vom Amt sachverständigen für Kompostieranlagen eine Anlagenkapazität von 16.500 t/Jahr definiert wurde. Ein Bescheid, dass diese Kapazität auch tatsächlich genehmigt wurde, ist im Verfahren nicht vorgelegt worden. Im Rahmen einer weiteren Verhandlung am ***2007, die der Überprüfung der Kompostieranlage gemäß Paragraph 62, AWG 2007 gedient hat, hat der Anlagenbetreiber SL den Antrag gestellt, den jährlichen Abfallinput mit 20.000 t/Jahr festzustellen. Darin hat der Anlageninhaber auch zugesagt, die geforderte Anlagenbeschreibung bis 31.12.2007 der Behörde vorzulegen. Abgesehen davon, dass sowohl die wasserrechtliche Bewilligung des Jahres 1996 als auch beide Verhandlungsschriften als Betreiber der Anlage SL anführen und nicht die *** GmbH, steht damit fest, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, zu dem gemäß Paragraph 69, BVerG 2006 spätestens die Leistungsfähigkeit gegeben sein musste, kein Bescheid für die Kompostierung in einem für die Erfüllung der Leistung ausreichenden Umfang gegeben war. Erst mit Bescheid vom ***2008 lag die Genehmigung der Erweiterung der Anlage auf eine Abfallinputmenge von 20.000 t/Jahr vor. Dass die Anlage bereits vor diesem Bescheid auf eine größere Kompostierkapazität ausgelegt war, ist vergaberechtlich unerheblich, da die Erweiterung der einzubringenden Abfallmenge erst mit bescheidmäßiger Zuerkennung vom ***2008 ausgeübt werden durfte.

Wenn daher die Antragsgegnerin aus diesen Gründen das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden hat, steht dies im Einklang mit der Bestimmung des § 129 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006. Wenn daher die Antragsgegnerin aus diesen Gründen das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden hat, steht dies im Einklang mit der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006.

Die Ansicht der Antragsgegnerin, dass die Anlagenkapazität von 16.500 t/Jahr durch andere, bereits bestehende Aufträge nahezu ausgeschöpft ist und der gegenständliche Auftrag somit nicht erfüllt werden könnte, ist nicht stichhältig. Diesbezüglich erweist sich die Erklärung der Antragstellerin, sie könnte, um den gegenständlichen Auftrag durchzuführen, andere bereits vorhandene Aufträge abziehen und auf andere zur Verfügung stehende Anlagen aufteilen, als nachvollziehbar. Dennoch erweist sich im Ergebnis auch dieser Ausscheidungsgrund als berechtigt, weil die Anlage zwar tatsächlich auf diese Kapazität ausgelegt ist, jedoch eine diesbezüglich behördliche Genehmigung in diesem Umfang nicht bestand. Tatsächlich war im Zeitpunkt der Angebotseröffnung lediglich die Kompostierung von Friedhofsabfällen bis 1.500 Tonnen genehmigt. Der Ausscheidungsgrund der mangelnden Kapazität liegt somit nicht in der mit der Ausscheidungsentscheidung mitgeteilten Begründung, sondern in der mangelnden Leistungsfähigkeit der Anlage auf Grund des zu geringen Genehmigungsumfanges (1.500 Tonnen) im Zeitpunkt der Angebotseröffnung.

Aus diesen Gründen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung – wie aus dem Spruche ersichtlich – nicht stattzugeben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 3.6.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 3.6.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Keine nachträgliche Änderung in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft; Behebbarer Mangel; Leistungsfähigkeit; Nachweis der Befugnis bei offenem Verfahren muss im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Zuletzt aktualisiert am

04.02.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at