

TE Verg Bescheid 2007/9/27 VKS-5639/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.09.2007

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 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs3

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs2 Z2

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs1 Z2

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §24 Abs7

BVergG 2006 §79

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §96 Abs2

BVergG 2006 §345

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 § 24 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der Bewerbergemeinschaft bestehend aus 1.) *** GmbH, ***, 2.) *** Baugesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Doralt, Seist, Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur „Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbrennung mit Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung“, Ausschreibungsnummer MA48/V4/4486/2007, durch die Stadt Wien, MA 48, Einsiedlergasse 2, 1050 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Ausschreibung der Antragsgegnerin betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur „Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbrennung mit Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung“, Ausschreibungsnummer MA 48/V4/4486/2007, wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 21.8.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24 Abs. 2 Z 2, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1 Z 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a. sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 24 Abs. 7, 79, 83, 90, 96 Abs. 2, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2 Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 3, 23, Absatz eins, 24, Absatz 2, Ziffer 2, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, Ziffer 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 24, Absatz 7, 79, 83, 90, 96, Absatz 2, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, MA 48 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Ablagerung der in den Wiener Abfallverbrennungsanlagen anfallenden Flugaschen durch rückholbare Verbringung in einer Untertage-Deponie. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist am 7.7.2007, Zl. 2007/S 129-158588 ordnungsgemäß erfolgt. Die Angebote sollen zu Festpreisen gelegt werden, als Leistungsbeginn ist der 1.1.2008 vorgesehen. Die Leistungen sollen auf unbestimmte Zeit vergeben werden, wobei der Auftraggeber bis 31.12.2012 auf die Kündigung des Vertrages verzichtet. Das Angebotsende war (nach Verlängerung durch die Antragsgegnerin) der 22.8.2007, 13:00 Uhr.

Mit ihrem am 14.8.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangten Schriftsatz bekämpft die

Antragstellerin die Ausschreibung primär mit dem Antrag, diese für nichtig zu erklären. Hilfsweise werden von der Antragstellerin einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen mit dem Ziele ihrer Nichtigerklärung angefochten. Weiters begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die Ausschreibung sei deshalb in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig, weil den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überbunden werden sollen. Damit verstoße die Antragsgegnerin gegen § 79 Abs. 3 BVerGG 2006. Vor allem die von der Antragsgegnerin verlangte Rückholbarkeit des Materials auf 15 Jahre sowie ein erhebliches Mengenrisiko würden eine sachgerechte Kalkulation verhindern, wozu komme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen nicht klar sei, ob das Angebot zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen kalkuliert werden solle. Aufgrund der Festlegungen des Entsorgungsvertrages handle es sich bei sämtlichen in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Mengen „lediglich um Richtwerte“ die „jederzeit – auch bei normalem Betrieb der Anlagen – über – oder unterschritten werden können“. Damit wäre das Mengenrisiko völlig dem künftigen Auftragnehmer aufgebürdet. Durch die erhebliche Schwankungsbreite sei es einem Bieter nicht möglich, zusätzliche Aufwendungen wie beispielsweise für Lagerplätze, Transportmittel, Arbeitskräfte udgl. zu kalkulieren. Neben dem Mengenrisiko werde den Bietern auch ein Qualitätsrisiko überbunden. Mit ihrem am 14.8.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangten Schriftsatz bekämpft die Antragstellerin die Ausschreibung primär mit dem Antrag, diese für nichtig zu erklären. Hilfsweise werden von der Antragstellerin einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen mit dem Ziele ihrer Nichtigerklärung angefochten. Weiters begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die Ausschreibung sei deshalb in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig, weil den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überbunden werden sollen. Damit verstoße die Antragsgegnerin gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVerGG 2006. Vor allem die von der Antragsgegnerin verlangte Rückholbarkeit des Materials auf 15 Jahre sowie ein erhebliches Mengenrisiko würden eine sachgerechte Kalkulation verhindern, wozu komme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen nicht klar sei, ob das Angebot zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen kalkuliert werden solle. Aufgrund der Festlegungen des Entsorgungsvertrages handle es sich bei sämtlichen in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Mengen „lediglich um Richtwerte“ die „jederzeit – auch bei normalem Betrieb der Anlagen – über – oder unterschritten werden können“. Damit wäre das Mengenrisiko völlig dem künftigen Auftragnehmer aufgebürdet. Durch die erhebliche Schwankungsbreite sei es einem Bieter nicht möglich, zusätzliche Aufwendungen wie beispielsweise für Lagerplätze, Transportmittel, Arbeitskräfte udgl. zu kalkulieren. Neben dem Mengenrisiko werde den Bietern auch ein Qualitätsrisiko überbunden.

Auf Grund der widersprüchlichen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen sei auch nicht klar, ob Angebote zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen zu kalkulieren seien. Soweit die Angebotspreise, wie einer Bestimmung im Entsorgungsvertrag entnommen werden könnte, als veränderlich angesehen werden, orientiere sich eine Preisleitung an dem von der Statistik Austria errechneten Verbraucherpreisindex 2000, der im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Transport- und Entsorgungsleistungen nur wenig repräsentativ sei. Auch die im Entsorgungsvertrag festgelegte Pönalregelung stelle eine gröbliche Benachteiligung des Auftragnehmers dar und sei daher sittenwidrig.

Der Antragsgegnerin sei auch ein gravierender Bekanntmachungsfehler unterlaufen. Sie hätte ein befristetes Vertragsverhältnis EU-weit bekannt gemacht, nach den Ausschreibungsbedingungen sei jedoch der Abschluss eines unbefristeten Vertrages vorgesehen.

Ebenfalls als rechtswidrig erweise sich die in der Ausschreibung vorgesehene „schrankenlose“ Möglichkeit zum Ersatz einer mangelnden eigenen Befugnis eines Bieters durch Namhaftmachung geeigneter Subunternehmer.

Letztlich wird von der Antragstellerin bemängelt, dass nach der Ausschreibung als Behandlungsmethode nur die bloße Ablagerung in einer Untertage-Deponie vorgesehen sei, nicht aber ein Bergversatz oder die Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderem Material, was eine wirtschaftlich wesentlich günstigere Form der Ablagerung nach sich ziehen würde. Der Ausschluss der Verfestigung sei sachlich nicht rechtfertigbar und auf Grund der bieter einschränkenden Wirkung diskriminierend.

Durch diese angeführten Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen sei die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Teilnahme an einem fairen Vergabeverfahren ohne Bevorzugung einzelner Bieter durch unsachlichen Ausschluss von technischen Alternativen, in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen, in ihrem Recht auf Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken, in ihrem

Recht auf eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung aller zu vergebenden Leistungen, in ihrem Recht auf Unterbleiben einer Vergabe an nicht befugte Bieter, in ihrem Recht auf Unterbleiben von über einzelne Punkte hinausgehenden Abweichungen von geeigneten Leitlinien, in ihrem Recht auf Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sowie in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf verletzt.

Die Antragstellerin sei an der Erlangung des Auftrages interessiert, leistungsfähig und befugt. Sollte das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen fortgeführt werden, würde dies zu einem beträchtlichen finanziellen Schaden der Antragstellerin führen. Sollten die Ausschreibungsbedingungen nicht abgeändert werden, bestehe für die Antragstellerin die Gefahr des Verlustes einer Chance auf Angebotsabgabe und Bewertung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sowie der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Damit drohe ihr auch insoweit der Eintritt eines Schadens an entgangenem Gewinn aus der Nichtdurchführung der ausgeschriebenen Leistungen von zumindest EUR 700.000,--, wozu noch die Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen sowie der Rechtsberatung von weiteren EUR 10.000,-- kämen. Letztlich würde die Antragstellerin einen für sie wichtigen Referenzauftrag verlieren. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren seien beigebracht worden.

Mit Schriftsatz vom 20.8.2007 hat sich die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geäußert, worauf die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 21.8.2007 geantwortet hat.

Der zur Sicherung ihrer Rechtsposition von der Antragstellerin beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 21.8.2007 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schreiben vom 20.8.2007 ist das auf Grund eines im Jahre 2003 abgeschlossenen Dienstleistungsauftrages mit der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen betraute Unternehmen als Teilnahmerechtigte in das Verfahren eingetreten. Sie bringt darin vor, dass durch die begehrte Nichtigerklärung der Ausschreibung sie in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen wäre. Die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung habe nicht nur Auswirkungen auf den weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens sondern gerade auch auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen und damit das Angebot der Bieter. Mit der angefochtenen Ausschreibung sei das Recht der Teilnahmerechtigten zur Angebotslegung eng verknüpft. Eine Beeinträchtigung der angefochtenen Ausschreibung bedeute somit eine Beeinträchtigung des Rechtes der Teilnahmerechtigten auf Angebotslegung.

Mit Schriftsatz vom 23.8.2007 hat schließlich die Antragsgegnerin inhaltlich zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung Stellung genommen und dessen Abweisung beantragt. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, in den Ausschreibungsunterlagen seien alle „wesentlichen Parameter der ausgeschriebenen Leistung“ erfasst. Wenn sich die Antragstellerin gegen zu große Spielräume in punkto Menge bzw. Beschaffenheit wende, übersehe sie, „dass dieser Freiraum in der Natur der ausgeschriebenen Leistung“ liege. Die Art der Behandlung der zu verbringenden Aschen könne von der Antragsgegnerin vorgegeben werden, die Begrenzung der Dauer der Rückhaltbarkeit der Aschen in 15 Jahren sei aus Rücksicht auf die Auftragnehmer erfolgt. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, die Ausschreibung würde klare Mengenangaben enthalten, der Vorwurf „angeblich unkalkulierbarer Mengen“ sei nicht berechtigt. Darauf, dass die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Mengen Richtwerte darstellen, sei mehrfach hingewiesen worden. Ein wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistungen bestehe eben darin „auf die unterschiedlich anfallenden Mengen flexibel reagieren zu können. Dies (sei) eine unabdingbare Anforderung an den Auftragnehmer“.

Die Preise seien veränderlich, durch einen Irrtum sei im Formblatt MDBD-SR 75 „ein falsches Kästchen angekreuzt“ worden. Im Hinblick auf die unbefristete Vertragsdauer sei für die Preisgleitung – spezielle Indizes für die Beseitigung von Abfällen würden nicht existieren – eben der Verbraucherpreisindex herangezogen worden. Die in der Ausschreibung vorgesehene Pönaleregulation sei sachgerecht und im Hinblick auf die Bedeutung der vertragsgegenständlichen Entsorgungsverpflichtung notwendig. Eine „schrannenlose Substitutionsmöglichkeit durch Subunternehmer“ sei den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Ein Bieter müsse selbst befugt sein, um die gegenständliche Leistung anzubieten. Der Einsatz von geeigneten Subunternehmen sei jedoch ebenfalls möglich.

Die Wahl der Behandlungsmethode müsse der Antragsgegnerin überlassen bleiben. Im Hinblick auf die vorgesehene Rückholbarkeit und den hohen Schadstoffgehalt der Flugaschen komme eben nur eine Lagerung in unterirdischen Stollen von Salzbergwerken in Frage.

Mit Schriftsatz vom 28.8.2007 hat die Teilnahmeberechtigte im Einzelnen ausgeführt, aus welchen Gründen sie die Argumentation der Antragstellerin nicht für stichhältig erachtet. Eine unzulässige Überwälzung eines „erheblichen Mengenrisikos“ wird von der Teilnahmeberechtigten schon deshalb nicht gesehen, weil nach dem Entsorgungsvertrag nach Einheitspreisen entsprechend den tatsächlich zur Entsorgung übernommenen Mengen abgerechnet werde. Im Hinblick auf die Ablagerung in einer Untertage-Deponie stelle auch die wechselnde Qualität der gefährlichen Abfälle kein unkalkulierbares Risiko dar. Die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe sei „gültig und nicht mit Sittenwidrigkeit bedroht“. Eine Weitergabe des gesamten Entsorgungsvertrages sei nach den Ausschreibungsunterlagen nicht möglich. Der Ausschluss von Behandlungsmethoden wie Bergversatz oder Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderem Material könne von der Auftraggeberin vorgegeben werden und entspreche im Übrigen § 19 Abs. 1 und Abs. 5 BVergG 2006. Mit Schriftsatz vom 28.8.2007 hat die Teilnahmeberechtigte im Einzelnen ausgeführt, aus welchen Gründen sie die Argumentation der Antragstellerin nicht für stichhältig erachtet. Eine unzulässige Überwälzung eines „erheblichen Mengenrisikos“ wird von der Teilnahmeberechtigten schon deshalb nicht gesehen, weil nach dem Entsorgungsvertrag nach Einheitspreisen entsprechend den tatsächlich zur Entsorgung übernommenen Mengen abgerechnet werde. Im Hinblick auf die Ablagerung in einer Untertage-Deponie stelle auch die wechselnde Qualität der gefährlichen Abfälle kein unkalkulierbares Risiko dar. Die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe sei „gültig und nicht mit Sittenwidrigkeit bedroht“. Eine Weitergabe des gesamten Entsorgungsvertrages sei nach den Ausschreibungsunterlagen nicht möglich. Der Ausschluss von Behandlungsmethoden wie Bergversatz oder Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderem Material könne von der Auftraggeberin vorgegeben werden und entspreche im Übrigen Paragraph 19, Absatz eins und Absatz 5, BVergG 2006.

Mit Replik vom 29.8.2007 hat die Antragstellerin unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte auf die Ausführungen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten repliziert und abermals darauf hingewiesen, dass die Überbindung eines Mengenrisikos von mehr als 100 % nicht als „in Freiraum in der Natur der ausgeschriebenen Leistung“ gelegen, bewertet werden könne. Die Überbindung eines Mengenrisikos im Ausmaß von 20 % würde den Übungen des redlichen Verkehrs aber auch der ÖNORM B 2110 entsprechen. Das für die Beseitigung der doppelten Mengen andere Einheitspreise zu kalkulieren seien, als in Fällen, in welchen dies nicht der Fall sei, sei für jeden Kalkulanten und sachverständigen Auftraggeber offensichtlich. Ein Bieter würde auf Grund der Angaben der Antragsgegnerin etwa eine gewisse Anzahl von entsprechenden Transportfahrzeugen einkalkulieren. Steige aber die zu entsorgende Menge auf das Doppelte, müssten zusätzliche Ressourcen in kürzester Zeit beschafft werden, die dafür aufzuwendenden Kosten könnten mangels geeigneter Festlegung in der Ausschreibung aber nicht kalkuliert werden. Gleiches gelte für die Rückholbarkeit der Aschen. Nach den Ausschreibungsbedingungen verpflichtete sich der Auftragnehmer die Rückholbarkeit der Aschen über Verlangen der Antragsgegnerin auf 15 Jahre zu garantieren. Dies bedeute aber auch, dass der Auftragnehmer wissen müsse, wie viele Kapazitäten er frei zu halten haben. Dies umso mehr, als die Mengen der Rückholung nicht feststünden, weil sich die Antragsgegnerin auch das Recht vorbehalte, Aschen oder Teile davon früher zurückzufordern. Mengenangaben seien daher auch für die Kalkulation der Deponierung in Untertage-Deponien Voraussetzung.

Soweit die Antragsgegnerin die Ansicht vertrete, dass der von ihr in der Ausschreibung vorgesehene Betrag von EUR 200,- pro Tonne für die Rückholung der Aschen als angemessener Betrag zur Abgeltung der Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Rückgabe der Flugaschen entstehen, anzusehen sei, sei dies unzutreffend. Die Kalkulation einer Leistung, die unter Umständen erst in 15 Jahren anfalle, sei nicht möglich, ohne dass der Bieter diese unkalkulierbaren Leistungen durch eine spekulative Preisgestaltung mitberücksichtige. Der Auftragnehmer werde Eigentümer und Abfallbesitzer und habe diese Aschen über Wunsch des Auftraggebers allenfalls rückzuübereignen. Bis zu einer allfälligen Übergabe trage damit der Auftragnehmer die Gefahr für die Flugaschen, dürfe jedoch auf Grund des Umstandes, dass er für eine jederzeitige Rückübereignung Sorge zu tragen hat, mit den Flugaschen nicht wie ein Eigentümer verfahren. Welchen Einfluss die Schließung einer Untertage-Deponie auf die Kosten der

Wiederzugänglichmachung der herauszugebenden Flugaschen habe, sei im Leistungsvertrag nicht geregelt. Auch diesbezüglich sei eine Kalkulierbarkeit der Kosten, die auf Grund von allfälligen Deponieschließungen gar nicht absehbar sein könnten, nicht möglich. Die diesbezüglich vorgesehene Regelung im Leistungsvertrag sei sittenwidrig.

Die in der Ausschreibung enthaltenen Mengenangaben seien in jeder Hinsicht unklar, wie sich etwa aus Mengenangaben zwischen 1000 und 5000 Tonnen ergebe. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung handle es sich bei den angegebenen Mengen lediglich um Richtwerte, die auch bei Normalbetrieb der Anlagen jederzeit über- oder unterschritten werden können. Eine klare Ausschreibungsvorgabe liege damit nicht vor. Dass die übertragenen Mengenrisiken von mehreren 100 % für sich genommen eine spekulative Preisgestaltung voraussetzen und eine seriöse Kalkulation nicht ermöglichen, liege damit auf der Hand. Auch das Leistungsverzeichnis ermögliche es nicht, auf die unterschiedlichen Schwankungsbreiten einzugehen, da lediglich ein Einheitspreis je Ascheherkunft anzubieten sei und dieser Einheitspreis sämtliche Eventualitäten hinsichtlich Mengenschwankungen und Störfällen berücksichtigen müsse. Auch dies begründe die Unkalkulierbarkeit des übertragenen Mengenrisikos. Auch die Qualitätsschwankungen bei den zu entsorgenden Flugaschen stelle ein Risiko dar, das ausschließlich den Bieter treffe. Das Argument der Antragsgegnerin, der Bieter habe die Möglichkeit im Leistungsverzeichnis unterschiedliche Preise je Verbrennungsanlage anzugeben, treffe nicht zu, weil für die Entsorgung von Aschen aus den drei Müllverbrennungsanlagen nur ein einziger Preis anzubieten sei.

Die Festlegung, dass der Verbraucherpreisindex für die Berechnung der Gleitung heranzuziehen sei, sei sachlich nicht gerechtfertigt, da es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Transportleistungen handle. Dafür wäre der Transportindex heranzuziehen oder von der Auftraggeberin ein eigener Warenkorb festzulegen.

Die Ausschreibung sehe auch eine verschuldensunabhängige Pönaleregulierung vor, die dem Bieter eine Pönalepflicht auferlege, selbst dann, wenn er den Verzug nicht zu vertreten habe. Dies sei gröblich benachteiligend und sittenwidrig. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang vorbringe, eine verschuldensunabhängige Pönaleregulierung liege nicht vor, weil „die ÖNORM 2060 neben § 6 des Entsorgungsvertrages Vertragsgrundlage werden soll“ sei dies nicht richtig. Eine Bestimmung, wonach die ÖNORM 2060 Vertragsgrundlage werden solle, existiere „schlicht und einfach nicht“. Selbst wenn eine solche bestünde, komme die Regelung zum Tragen, dass die Vertragsbestimmungen ausschließlich dem Entsorgungsvertrag zu entnehmen seien. Abermals macht die Antragstellerin geltend, dass der Ausschluss der Verfestigung/Stabilisierung in der Ausschreibung weiterhin nicht nachvollziehbar sei. Die Ausschreibung sehe auch eine verschuldensunabhängige Pönaleregulierung vor, die dem Bieter eine Pönalepflicht auferlege, selbst dann, wenn er den Verzug nicht zu vertreten habe. Dies sei gröblich benachteiligend und sittenwidrig. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang vorbringe, eine verschuldensunabhängige Pönaleregulierung liege nicht vor, weil „die ÖNORM 2060 neben Paragraph 6, des Entsorgungsvertrages Vertragsgrundlage werden soll“ sei dies nicht richtig. Eine Bestimmung, wonach die ÖNORM 2060 Vertragsgrundlage werden solle, existiere „schlicht und einfach nicht“. Selbst wenn eine solche bestünde, komme die Regelung zum Tragen, dass die Vertragsbestimmungen ausschließlich dem Entsorgungsvertrag zu entnehmen seien. Abermals macht die Antragstellerin geltend, dass der Ausschluss der Verfestigung/Stabilisierung in der Ausschreibung weiterhin nicht nachvollziehbar sei.

Mit Stellungnahme vom 7.9.2007 hat die Antragsgegnerin zum ergänzenden Vorbringen der Antragstellerin Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftrag den Normalbetrieb betreffe und für den Störfall „auch eine Art Versicherungsleistung“ umfasse. Die Definition des Störfalls sei im Entsorgungsvertrag geregelt, andere Gründe zur Abweichung von den Mengen-Bandbreiten seien nicht vorgesehen. Die Schwankungsbreite bei den Mengen und die Regelung für den Störfall habe für den Bieter keine zusätzliche Kosten/Risiken zur Folge: „Für die ausgeschriebene Behandlungsart der Ablagerung in der Untertage-Deponie benötigte der Bieter auch keine zusätzlichen Einrichtungen (Maschinen, Geräte, Aggregate) zur Übernahme schwankender Mengen. Die Untertage-Deponien verfügen über eine zigfache Ablagerungskapazität und stehen daher im Störfall jederzeit zur Verfügung“. Es mache daher keinen Kostenunterschied (gerechnet auf den Einheitspreis), ob die Mengen des Normalbetriebes eingebracht werden oder zusätzliche Mengen im Störfall. De facto seien lediglich die Transportkapazitäten anzupassen bzw. zu erweitern. Weiterhin vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass die von ihr verlangte Gewährleistung der Rückholbarkeit der abgelagerten Aschen vertretbar sei, wenn sich auch die Rückgewinnung von Metallen aus Flugaschen derzeit noch als wirtschaftlich schwierig erweise.

Da die zeitgerechte Abholung der Flugaschen für die Antragsgegnerin unabdingbar sei (mangelnde eigene Lagerkapazitäten) müsse sie sich die Erbringung der Leistungen mittels Pönale absichern. Die Pönaleregulungen

kämen jedoch im Störfall nicht zur Anwendung, alle Pönalregelungen beziehen sich ausschließlich auf den Normalbetrieb. Unabhängig von der Dauer des Störfalls bestehe für den Auftragnehmer die Verpflichtung zur Übernahme der Flugaschen bis spätestens 14 Tage nach Ende des Störfalls. Sei der Auftragnehmer auch nach 14 Tagen nicht zur Leistung imstande/bereit, habe dies zwar den Vertragsrücktritt zur Folge, aber kein Pönale.

Zur Klarstellung der Vertragslaufzeit seien die Bieter informiert worden, dass ein Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen werde. Dieses Schreiben sei auch im Internet veröffentlicht worden.

Letztlich bringt die Antragsgegnerin vor, dass sie sich mit der Behandlung von Flugaschen aus der Abfallverbrennung intensiv auseinander gesetzt habe und die „Untertage-Deponie“ aus ökologischen Überlegungen (insbesondere Ressourcenschonung) gewählt habe. In diesem Zusammenhang verweist sie auf § 19 Abs. 5 sowie § 96 Abs. 4 BVergG 2006. Letztlich bringt die Antragsgegnerin vor, dass sie sich mit der Behandlung von Flugaschen aus der Abfallverbrennung intensiv auseinander gesetzt habe und die „Untertage-Deponie“ aus ökologischen Überlegungen (insbesondere Ressourcenschonung) gewählt habe. In diesem Zusammenhang verweist sie auf Paragraph 19, Absatz 5, sowie Paragraph 96, Absatz 4, BVergG 2006.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.9.2007 Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte zusammengefasst wiedergegeben.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen.

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Behandlung der in den Wiener Abfallverbrennungsanlagen anfallenden Flugaschen durch rückholbare Ablagerung in einer Untertage-Deponie. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Angebote sollen zu Festpreisen gelegt werden, als Leistungsbeginn ist der 1.1.2008 vorgesehen. Die Leistungen sollen auf unbestimmte Zeit vergeben werden, wobei der Auftraggeber bis 31.12.2012 auf die Kündigung des Vertrages verzichtet. Das Angebotsende war (nach Verlängerung durch die Antragsgegnerin) der 22.8.2007, 13.00 Uhr. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip) nach den Kriterien Preis, gewichtet mit 90 Punkten und umweltgerechter Transport, gewichtet mit 10 Punkten, vergeben werden.

Folgende Bestimmungen aus den Ausschreibungsunterlagen sowie aus dem Entsorgungsvertrag werden von der Antragstellerin mit ihrem Nichtigerklärungsantrag bekämpft:

Ausschreibungsunterlage:

1 GEGENSTAND DER AUSSCHREIBUNG

1.1 Gegenstand der Menge

Gegenstand der Ausschreibung ist die Ablagerung von Rückständen (Flugaschen) der Rauchgasreinigung (Schlüsselnummer gemäß ÖNORM S 2100:31309) mit der Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung. Die Flugaschen fallen bei der Verbrennung von Abfällen in Wien/Österreich in den Werken Simmering („Drehrohröfen-Flugasche“ und WSO4-Flugasche) sowie in den Müllverbrennungsanlagen Flötzersteig, Spittelau und Pfaffenuan. Die Menge beträgt etwa 6.000 Tonnen pro Jahr, im ersten Jahr etwa 13.000 t.

Dem Auftraggeber ist das Recht einzuräumen, binnen 15 Jahre die Herausgabe seiner abgelagerten Flugaschen zu fordern. Die spätere Metallrückgewinnung darf durch Vermengung, Vermischung, Verarbeitung oder sonstige Behandlung der Flugaschen nicht erheblich erschwert, verteuert oder faktisch unmöglich gemacht werden. In diesem Sinn müssen die allenfalls wieder herauszugebenden Flugaschen eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglichen, wie sie auch für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Flugaschen in unveränderter Form (vgl. Anlage ./4 bis ./6) erforderlich sind. Die Metallrückgewinnung selbst ist nicht Gegenstand dieser Ausschreibung. Die Manipulationskosten einer allenfalls geforderten Rücküberweisung trägt der Auftraggeber; maximal jedoch EUR 200,- pro Tonne (vgl. § 2.2 Abs. 6 Entsorgungsvertrag). Dem Auftraggeber ist das Recht einzuräumen, binnen 15 Jahre die Herausgabe seiner abgelagerten Flugaschen zu fordern. Die spätere Metallrückgewinnung darf durch Vermengung, Vermischung, Verarbeitung oder sonstige Behandlung der Flugaschen nicht erheblich erschwert, verteuert oder

faktisch unmöglich gemacht werden. In diesem Sinn müssen die allenfalls wieder herauszugebenden Flugaschen eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglichen, wie sie auch für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Flugaschen in unveränderter Form vergleiche Anlage ./4 bis ./6) erforderlich sind. Die Metallrückgewinnung selbst ist nicht Gegenstand dieser Ausschreibung. Die Manipulationskosten einer allenfalls geforderten Rückübereignung trägt der Auftraggeber; maximal jedoch EUR 200,- pro Tonne vergleiche Paragraph 2 Punkt 2, Absatz 6, Entsorgungsvertrag)

In diesem Sinn sind die Flugaschen in einer Untertagedeponie in einer Form abzulagern, die es dem Auftraggeber innerhalb von 15 Jahren ab Vertragsabschluss ermöglicht, diese abgelagerten Drehrohren-Flugaschen ohne erhebliche Erschwernisse herauszufordern. Sollte eine Untertagedeponie (teilweise) während dieser 15 Jahre bereits abgeschlossen werden, hat sich der Betreiber dieser Untertagedeponie unwiderruflich zu verpflichten, auf Anforderung des Auftraggebers den Zugang zu den vom Auftraggeber übernommenen Flugaschen binnen angemessener Frist auf eigene Kosten, ohne Ersatzanspruch gegenüber dem Auftraggeber herzustellen.

Behandlungsmethoden wie Bergversatz oder Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderem Material entsprechen nicht dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand der Ablagerung von Drehrohren-Flugaschen mit der Möglichkeit der Metallrückgewinnung. Die Metallrückgewinnung ist bei diesen Verfahren nicht oder nicht ohne erhebliche Zusatzaufwendungen möglich. Angebote, die derartige Methoden zum Gegenstand haben, sind als nicht „ausschreibungskonform“ auszuschneiden. Die angebotene Behandlungsmethode muss dem Angebot – bei sonstigem zwingenden Ausscheiden dieses Angebots – nachvollziehbar zu entnehmen sein. Eine Verbesserung des Angebots zur angebotenen Behandlungsart ist ausgeschlossen.

Das vertragsgegenständliche Aufkommen an abzulagernden Flugaschen beläuft sich auf eine jährliche Menge von etwa 6.000 t pro Jahr.

Im Jahr 2008 weicht das vertragsgegenständliche Aufkommen an abzulagernden Flugaschen jedoch von diesen geschätzten Durchschnittswerten erheblich ab: Im ersten Halbjahr beträgt die Menge etwa 10.000 t, im zweiten Halbjahr etwa 3.000 t (2.500 t bis 5.000 t).

Die oben genannten Mengen können jeweils über- oder unterschritten werden, sofern ab dem zweiten Jahr mindestens 5.000 t/Jahr und maximal 10.000 t/Jahr zu behandeln sind; dies unbeschadet des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß § 3 Abs. 4 Entsorgungsvertrag (Anlage ./1). Die oben genannten Mengen können jeweils über- oder unterschritten werden, sofern ab dem zweiten Jahr mindestens 5.000 t/Jahr und maximal 10.000 t/Jahr zu behandeln sind; dies unbeschadet des außerordentlichen Kündigungsrechts gemäß Paragraph 3, Absatz 4, Entsorgungsvertrag (Anlage ./1).

Der Bieter hat davon auszugehen, dass er im Zeitraum von 1.1.2008 bis 31.3.2008 die gesamte anfallende Menge an Flugaschen (rd. 6.000 t in diesem Zeitraum) aus den Verbrennungsanlagen MVA Flötzersteig, MVA Spittelau, DRO Simmering und WSO4 Simmering zur vertragsgegenständlichen Ablagerung in einer Untertagedeponie übernimmt. Ab 1.6.2008 (nach Inbetriebnahme und Vollbetrieb der neuen Behandlungsanlage für Verbrennungsrückstände der Stadt Wien) ist mit einer jährlichen Menge von etwa 6.000 t/a zu kalkulieren. Die wöchentlichen Mengen können bis zu 650 t betragen.

1.2 Ausführungszeit, -ort und Folgeauftrag

Ausgeschrieben ist diese Entsorgungsleistung (= Ablagerung und Transport) auf unbestimmte Zeit ab 1.1.2008. Der Auftraggeber verzichtet bis 31.12.2012 auf eine Kündigung des Vertrages.

Die Flugaschen sind vom Auftragnehmer in den Werken Simmering, Spittelau, Flötzersteig und Pfaffenau in Wien abzuholen/zu übernehmen. Mit der Übernahme geht das Risiko für die ordnungsgemäße Entsorgung auf den Auftragnehmer über. Die Behandlung erfolgt an den angebotenen Orten.

1.3 Qualität der Flugaschen

Die Qualität der zu entsorgenden Flugaschen ist den Anlagen ./4, ./5 und ./6 sowie den von der Fernwärme Wien GesmbH während der Angebotsfrist bereitgehaltenen Mustern zu entnehmen. Es obliegt den Bietern, Muster der Flugaschen direkt von der Fernwärme Wien GesmbH nach vorangehender telefonischer Terminvereinbarung persönlich abzuholen. Flugaschen des Werkes Pfaffenau fallen erst ab Ende 2008 an. Die Qualität ist vergleichbar mit jener der Werke „MVA Flötzersteig“ und „MVA Spittelau“ anzunehmen.

Hinsichtlich des Gehaltes an Dioxinen ist davon auszugehen, dass alle Flugaschen einen Gehalt von mehr als 100 ng/kg Trockensubstanz an PCDD/PCDF (als 2,3,7,8- TCDD-Äquivalent) haben.¹

2 AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

1 Hinweis für die Bieter: Gemäß § 17 (3) Abfallverbrennungsverordnung sind Verbrennungsrückstände mit einem Gehalt von mehr als 100ng/kg Trockensubstanz PCDD/PCDF (als 2,3,7,8-TCDD-Äquivalent) einer Beseitigung zuzuführen.¹ Hinweis für die Bieter: Gemäß Paragraph 17, (3) Abfallverbrennungsverordnung sind Verbrennungsrückstände mit einem Gehalt von mehr als 100ng/kg Trockensubstanz PCDD/PCDF (als 2,3,7,8-TCDD-Äquivalent) einer Beseitigung zuzuführen.

2.8 Alternativangebote und Abänderungsangebote

Alternativangebote sind auch ohne Hauptangebot zulässig, sofern sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

Alternativangebote sind als solche ausdrücklich zu kennzeichnen.

Mindestbedingungen:

Die spätere Metallrückgewinnung darf durch Vermengung, Vermischung, Verarbeitung oder sonstige Behandlung der Rückstände aus der Rauchgasreinigung nicht erheblich erschwert, verteuert oder faktisch unmöglich gemacht werden. In diesem Sinn müssen die allenfalls wieder herauszugebenden Rückstände aus der Rauchgasreinigung eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglichen, wie sie für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Rauchgasreinigungsrückständen in unveränderter Form (vgl. Anlage ./4 bis ./6) erforderlich sind. Die spätere Metallrückgewinnung darf durch Vermengung, Vermischung, Verarbeitung oder sonstige Behandlung der Rückstände aus der Rauchgasreinigung nicht erheblich erschwert, verteuert oder faktisch unmöglich gemacht werden. In diesem Sinn müssen die allenfalls wieder herauszugebenden Rückstände aus der Rauchgasreinigung eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglichen, wie sie für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Rauchgasreinigungsrückständen in unveränderter Form vergleiche Anlage ./4 bis ./6) erforderlich sind.

Im Falle einer Metallrückgewinnung bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der

Rauchgasrückstände muss das – um die Metalle gereinigte – Endprodukt den

Kriterien der Deponieverordnung (BGBl 1996/164) für die Ablagerung auf

Baurestmassendeponien genügen. Weiters sind zumindest folgende

Rückgewinnungsraten von Metallen zu überschreiten

Pb, Cd, Hg je 70%

Zn 20%

Cu 10%

Gleichwertig ist diese Alternative nur dann, wenn für den Auftraggeber keine Folge- bzw. Zusatzkosten entstehen, die nicht in den vom Auftraggeber zu zahlenden Preis (welcher Gegenstand der Bestbieterermittlung ist) einfließen. Hingewiesen wird auf das Erfordernis eines für diesen Fall erforderlichen Aufstufungsbescheides, für dessen Vorlage Punkt 3.4 der vorliegenden Bestimmungen sinngemäß gilt. Im Übrigen gelten alle sonstigen Mindestanforderungen auch für die Metallrückgewinnung zum Zeitpunkt der Übernahme der Rauchgasrückstände.

- -Strichaufzählung

Das Angebot hat jedenfalls auch die Ablagerung der Rückstände nach einer Metallrückgewinnung zu umfassen.

- -Strichaufzählung

Das Alternativangebot hat von der ausgeschriebenen Qualität der Rauchgasreinigungsrückstände (Flugasche-Stäube) auszugehen. Das Alternativangebot muss eine rechtlich zulässige und behördlich genehmigte Ablagerung der gegenständlichen Flugaschen gewährleisten. Die Einhaltung aller gemeinschaftsrechtlich und im Mitgliedstaat vorgeschriebenen Umweltvorschriften und -standards ist sicherzustellen.

- -Strichaufzählung

Rechtliche Alternativen sind ausgeschlossen.

- -Strichaufzählung

Der Betrieb der Abfallsverbrennungsanlagen darf durch das Alternativangebot in keinem größeren Umfang eingeschränkt werden, als dies im Hauptangebot vorgesehen ist.

- -Strichaufzählung

Die Übernahme der Flugaschen hat am vorgegebenen Übernahmeort, in den vorgegebenen Intervallen und zu den vorgegebenen Zeiten zu erfolgen.

- -Strichaufzählung

Es dürfen im Normalbetrieb keine Transportmittel eingesetzt werden, die höhere Emissionen verursachen als EURO-3 LKWs (z.B. EURO-1 oder EURO-2 LKW).

In diesem Sinn ist der Bergversatz und die Verfestigung mit Zement oder anderem Material auch keine zulässige Alternative und als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden.

Die Gleichwertigkeit der Alternativangebote ist in Bezug auf die genannten Zuschlagskriterien (Preis und ökologischer Transport), allfällige Folgekosten seitens des Auftraggebers oder des Betreibers der Abfallverbrennungsanlagen und vor allem in Bezug auf die Umweltgerechtigkeit der gewählten Ablagerung/Entsorgung nachzuweisen.

Die Struktur des Alternativangebots hat sich – soweit als möglich – an die durch das Leistungsverzeichnis vorgegebene Struktur anzupassen.

Abänderungsangebote sind nicht zugelassen.

2.9 Subunternehmer, verbundene Unternehmen, Berufung auf sonstige Dritte und Weitergabe des Auftrags

Die Weitergabe des gesamten Entsorgungsvertrages ist unzulässig.

Zulässig ist dagegen der Einsatz von Subunternehmern/verbundenen Unternehmen, sofern gegenüber dem Auftraggeber ausschließlich der Bieter als Vertragspartner auftritt, Ansprechpartner für alle Fragen im Zusammenhang mit dem Entsorgungsvertrag ist und in seinem Namen alle Erklärungen gegenüber dem Auftraggeber abgegeben werden. Soweit Subunternehmer eingebunden werden sollen, ist deren Leistungsfähigkeiten und Befugnis ebenfalls nachzuweisen. Der Nachweis der Zuverlässigkeit eines angebotenen Subunternehmers ist nur auf gesonderte Aufforderung, welche nur bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit ergeht, zu erbringen.

2.10 Vollständigkeit/Preiskalkulation

Für die angebotenen Kosten übernimmt der Bieter die Verpflichtung zur Vollständigkeit, d.h. die Kosten und Abgaben, die sich mit der angefragten Entsorgungsleistung zwangsläufig ergeben, sind mit einzukalkulieren, auch wenn sie im Angebot nicht ausdrücklich erwähnt sind.

Insbesondere sind sämtliche Personalkosten, Transportkosten, Behandlungs- und Deponierungskosten sowie Anlage- und Gerätekosten einzukalkulieren. Die im Leistungsverzeichnis auszureisenden Transportkosten, Deponierungs- und/oder Behandlungskosten sind wesentliche Preispositionen und können einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden. Bieter haben jedoch kein Recht auf eine solche vertiefte Angebotsprüfung. Ein Irrtum bei der Angebotskalkulation berechtigt nicht zum Rücktritt von Angebot bzw. Vertrag.

Allfällige Transportleistungen zwischen verschiedenen Behandlungsanlagen sind in den Transportpreisen zu berücksichtigen.

Die Preise für die Endbehandlung der abgeführten Abfälle sind als Preis je Tonne übernommener Abfälle anzugeben.

Allfällige Abgaben, die zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist bereits bestehen oder im Entwurf der interessierten Öffentlichkeit bereits bekanntgemacht wurden (z.B. Erhöhung der LKW-Maut und der Mineralölsteuer, Novelle Deponie-VO) gehen zu Lasten des Bieters.

4 ABLAGERUNGS- UND TRANSPORTMETHODE

Es obliegt dem Bieter, eine ausschreibungskonforme Ablagerungs- und eine geeignete Transportmethode für die Flugaschen anzubieten. Voraussetzung ist, dass die angebotenen Methoden den geltenden Vorschriften entsprechen und vor allem die Herausgabe der angelieferten Rauchgasreinigungsrückstände an den Auftraggeber und eine spätere Metallrückgewinnung aus den abgelagerten Rauchgasrückständen ohne übermäßigen Aufwand ermöglicht. Weiters hat der Bieter darzulegen, wie die Vorhaltung der erforderlichen Kapazitäten zum Abtransport kurzfristig erhöhter Mengen erfolgt.

Die Bieter haben ein Ablagerungs- und Transportkonzept (vgl. auch Anlage ./3) für die gegenständlichen Rückstände aus den Verbrennungsanlagen für gefährliche Abfälle vorzulegen, das jedenfalls folgende Aspekte unter Differenzierung der einzelnen Behandlungsschritte und unter Darlegung der Mengenströme beinhalten muss: Die Bieter haben ein Ablagerungs- und Transportkonzept vergleiche auch Anlage ./3) für die gegenständlichen Rückstände aus den Verbrennungsanlagen für gefährliche Abfälle vorzulegen, das jedenfalls folgende Aspekte unter Differenzierung der einzelnen Behandlungsschritte und unter Darlegung der Mengenströme beinhalten muss:

- -Strichaufzählung
Transportwege, und
- -Strichaufzählung
Wo/wie werden Abfälle abgelagert und
- -Strichaufzählung
wie können die abgelagerten Abfälle wieder herausgegeben werden?

Und zwar sowohl für die Variante Transport und Ablagerung von 650 Tonnen/Woche und 29.500 Tonnen/Jahr (Störfall) als auch 143 Tonnen/Woche und 6.000 Tonnen/Jahr (Normalbetrieb) und 560 Tonnen/Woche und 13.000 Tonnen/Jahr (Jahr 2008).

In diesem Zusammenhang ist dem Leistungsverzeichnis und dem Angebot ein Ablagerungs- und Transportkonzept anzuschließen und zum Gegenstand des verbindlichen Angebots zu machen.

4.1 Transport

Der Bieter hat anzuführen, welche Fahrzeuge für die Durchführung des Auftrages vorgesehen sind (Bestehende oder Ankauf von Fahrzeugen); sämtliche Daten sind zu dokumentieren. Dabei sind auch die Transporte zwischen verschiedenen Behandlungsschritten bzw. zwischen verschiedenen Behandlungsanlagen bzw. auch Lagern dazustellen.

Bieter haben die gewichteten Tonnenkilometer unter Angabe der verschiedenen Transportmittel entsprechend dem Formblatt „Transportwege“ (Anlage ./3) auszufüllen, verbindlich anzubieten und zum Inhalt seines Ablagerungs- und Transportkonzepts zu machen. Dabei ist von folgenden Mengen je Verbrennungsanlage auszugehen (Normalbetrieb):

Werk	Menge pro Jahr		Menge im Zeitraum
	Ab 1.6.2008	1.1.2008 bis	
		31.12.2012	
	[t/a]	[t]	
Simmering Drehrohröfen		2.000	10.000
Simmering WSO 4		3.000	19.500
Flötzersteig	500		3.750
Spittelau	500		3.750
Gesamt	6.000		37.000

Der Einsatz von Transportmittel mit höheren Schadstoffemissionen, als nach der Norm für EURO-3 LKW zugelassen sind, ist im Normalbetrieb ausgeschlossen (z.B. Emissionen von EURO-1- oder EURO-2-LKW). Ein Angebot, dass den Einsatz solcher Transportmittel vorsieht, wird zwingend ausgeschieden.

Je nachdem, welches Transportmittel gewählt wird, ist der Faktor Null (Eisenbahn oder Schiff), der Faktor 0,8 (LKW entsprechend Euro-5) der Faktor 1,0 (LKW entsprechend Euro-4) oder der Faktor 1,3 (LKW entsprechend Euro-3) anzusetzen. Im Formblatt „Transportwege“ (Anlage ./3) ist der Ort kurz zu bezeichnen, bei dem es zu einer Änderung der Transportart oder der Änderung in den Mengen kommt. Die Angaben in der Tabelle über die gewichteten Tonnenkilometer haben dem übrigen Ablagerungs- und Transportkonzept zu entsprechen und dürfen dazu nicht widersprüchlich sein. Soweit zusätzliche Transportschritte erforderlich sind, ist das Formblatt um entsprechende Zeilen zu ergänzen.

4.2 Ablagerung

Der Bieter hat anzugeben, wo die abgeführten Abfälle abgelagert werden sollen und wie der Zugang zu den und wie der Zugang zu den/ und die Herausgabe der abgelagerten Rauchgasrückstände/n in Zukunft möglich sein soll. Darzulegen ist, dass die Ablagerung der Flugaschen deren Metallrückgewinnung nicht erheblich erschwert; d.h. die Herausgabe an den Auftraggeber auch in Zukunft ermöglicht, damit dieser die Metallrückgewinnung bei den gegenständlichen Flugaschen veranlassen kann. In diesem Sinn ist im Ablagerungs- und Transportkonzept zu beschreiben:

- -Strichaufzählung
Details zu Ort und Form der Ablagerung,
- -Strichaufzählung
Gegebenenfalls die Art der Behälter, in denen die Flugaschen aufbewahrt werden, und
- -Strichaufzählung
Die Methode der Registrierung und Identifikation der vom Auftraggeber übernommenen Flugaschen.

Zudem sind auch etwaige Zwischenlager und Umladestationen anzugeben.

Aus dem Entsorgungsvertrag:

§ 1 Paragraph eins

Begriffe

1. 1) Ziffer eins

Es gelten die Begriffsdefinitionen des österreichischen Abfallwirtschaftsgesetzes (BGBl I 102/2002 idgF BGBl I 16/2007; kurz AWG 2002). Es gelten die Begriffsdefinitionen des österreichischen Abfallwirtschaftsgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, 102 aus 2002, idgF Bundesgesetzblatt Teil eins, 16 aus 2007;; kurz AWG 2002).

2. 7) Ziffer 7

„Normalbetrieb“ ist der plangemäße Betrieb der Anlagen des Auftraggebers (Abfall-Verbrennungsanlagen und Behandlungsanlage für Verbrennungsrückstände). Im „Normalbetrieb“ fallen pro Woche durchschnittlich 385 t (bis 30. Juni 2008) bzw. 115 t (ab 1. Juli 2008) an Flugaschen an.

3. 8) Ziffer 8

„Störfall“ ist ein Zustand mit unvorhergesehenen Stillständen von Anlagen des Auftraggebers. Im „Störfall“ fallen wöchentlich bis zu 650 t an Flugaschen an.

4. 7) Ziffer 7

„Auftragssumme“ ist die pro Kalenderjahr zur Abrechnung gelangende Bruttoauftragssumme einschließlich aller Abgaben. Im ersten Jahr liegt der Ermittlung eine Menge von 13.000 t zugrunde. Ab dem zweiten Jahr wird der Ermittlung eine Menge von 6.000 Tonnen pro Jahr Flugasche zugrunde gelegt.

§ 2 Paragraph 2

Auftragsgegenstand

2.1 Rechtliche Ausgangslage

Gemäß § 16 Abs. 1 AWG ist das obertägige Ablagern ohne vorangehende Behandlung und Ausstufung gemäß Festsetzungsverordnung für gefährliche Abfälle, BGBl. Nr. II 227/97 i.d.g.F. nicht zulässig. Für die Flugaschen ergibt sich daher die Notwendigkeit einer untertägigen Ablagerung. Gemäß Paragraph 16, Absatz eins, AWG ist das obertägige Ablagern ohne vorangehende Behandlung und Ausstufung gemäß Festsetzungsverordnung für gefährliche Abfälle, BGBl. Nr. römisch zwei 227/97 i.d.g.F. nicht zulässig. Für die Flugaschen ergibt sich daher die Notwendigkeit einer untertägigen Ablagerung.

2.2 Allgemeiner Leistungsgegenstand (Ablagerung von Flugaschen aus der Abfallverbrennung mit der Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung)

(1) Auftragsgegenstand ist die Übernahme von Flugaschen aus den Abfallverbrennungsanlagen Flötzersteig, Spittelau und Pfaffenau sowie den Drehrohröfen (DRO) und dem Wirbelschichtofen (WSO4) – Simmeringer Haide und deren Ablagerung mit der Möglichkeit der jederzeitigen Herausgabe innerhalb von 15 Jahren (Ablagerung in einer Untertagedeponie). Im Auftragsgegenstand sind die Abholung der Abfälle und die Beistellung der Transportbehältnisse

inkludiert. Der Auftragnehmer berücksichtigt insbesondere die in den Anlagen ./9, ./10 und ./11 aufgezählten Bescheidaufgaben und die in den Anlagen ./7 und ./ 8 aufgezählten Aufgaben in Bezug auf die Verladung der Flugaschen.

Die Qualität der vertragsgegenständlichen Flugaschen bestimmt sich nach den Anlagen ./4, 5 und 6 sowie den von der FWW beigestellten Muster/Proben.

Die oben genannten Abfälle sind in Übereinstimmung mit den einschlägigen Rechtsvorschriften fachgerecht zu übernehmen, zu transportieren und in der angebotenen Untertagedeponie oder einer angebotenen gleichwertigen Ablagerungsform/art/ort abzulagern (vgl. Anlage ./2 samt deren Beilage ./1 Ablagerungs- und Transportkonzept). Im Auftragsgegenstand enthalten ist die Beibringung sämtlicher für die Erfüllung der Leistung erforderlichen Genehmigungen und die Verantwortung für die Einhaltung aller für die Übernahme, den Transport und die Ablagerung zur Verwendung kommenden Rechtsvorschriften (z.B. Transportgenehmigungen nach ADR, RID, GGBG, COTIF, Notifizierungen, Anlagengenehmigungen usw., soweit erforderlich). Darüber hinaus sind alle Leistungen und Genehmigungen enthalten, auf die das Angebot direkt oder indirekt Bezug nimmt, oder von denen man in Fachkreisen ausgeht. Die oben genannten Abfälle sind in Übereinstimmung mit den einschlägigen Rechtsvorschriften fachgerecht zu übernehmen, zu transportieren und in der angebotenen Untertagedeponie oder einer angebotenen gleichwertigen Ablagerungsform/art/ort abzulagern vergleiche Anlage ./2 samt deren Beilage ./1 Ablagerungs- und Transportkonzept). Im Auftragsgegenstand enthalten ist die Beibringung sämtlicher für die Erfüllung der Leistung erforderlichen Genehmigungen und die Verantwortung für die Einhaltung aller für die Übernahme, den Transport und die Ablagerung zur Verwendung kommenden Rechtsvorschriften (z.B. Transportgenehmigungen nach ADR, RID, GGBG, COTIF, Notifizierungen, Anlagengenehmigungen usw., soweit erforderlich). Darüber hinaus sind alle Leistungen und Genehmigungen enthalten, auf die das Angebot direkt oder indirekt Bezug nimmt, oder von denen man in Fachkreisen ausgeht.

(2) Der Auftragnehmer ist in jedem Fall – das heißt im Normalfall ebenso wie im Störfall – zur unverzüglichen Übernahme der Flugaschen verpflichtet. Bei Ausfall eines Entsorgungsweges hat der Auftragnehmer Sorge für rechtlich zulässige Alternativen zu tragen. Dies gilt auch, wenn der angebotene Entsorgungsweg aufgrund einer Änderung von Rechtsvorschriften nicht mehr zur Verfügung steht. Allfällige dadurch entstehende Mehrkosten hat der Auftragnehmer zu tragen.

(3) Die vom Auftraggeber übernommenen Flugaschen sind in einer Form zu lagern, dass sie jederzeit innerhalb der auf den Vertragsabschluss folgenden 15 Jahre ohne besondere Mühe und Erschwernis identifiziert und rück übereignet werden können. Die Details der Art und Weise der Ablagerung der Flugaschen sind dem Ablagerungs- und Transportkonzept (vgl. Beilage ./1 zur Anlage ./2) zu entnehmen. (3) Die vom Auftraggeber übernommenen Flugaschen sind in einer Form zu lagern, dass sie jederzeit innerhalb der auf den Vertragsabschluss folgenden 15 Jahre ohne besondere Mühe und Erschwernis identifiziert und rück übereignet werden können. Die Details der Art und Weise der Ablagerung der Flugaschen sind dem Ablagerungs- und Transportkonzept vergleiche Beilage ./1 zur Anlage ./2) zu entnehmen.

(4) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber binnen sechs Monaten auf dessen Aufforderung mit der Rückübereignung entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers zu beginnen. Der Auftraggeber kann die Rückübereignung innerhalb der auf den Vertragsabschluss folgenden 15 Jahre fordern. Die Gesamtmenge der rück zu übereignenden Flugaschen, die Menge der Teillieferungen und die Zeiten, zu denen die Teilmengen jeweils zu übergeben sind, bestimmt der Auftraggeber. Der Auftraggeber hat diese Details der Rückübereignung nach Maßgabe der Möglichkeiten des Auftraggebers festzulegen. Diese Flugaschen sind in einer Form rück zu übereignen, die eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglicht, wie sie für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Flugaschen in unveränderter Form und Qualität (vgl. Anlage ./4, ./5 ./6 sowie ./11) erforderlich sind. (4) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber binnen sechs Monaten auf dessen Aufforderung mit der Rückübereignung entsprechend den Vorgaben des Auftraggebers zu beginnen. Der Auftraggeber kann die Rückübereignung innerhalb der auf den Vertragsabschluss folgenden 15 Jahre fordern. Die Gesamtmenge der rück zu übereignenden Flugaschen, die Menge der Teillieferungen und die Zeiten, zu denen die Teilmengen jeweils zu übergeben sind, bestimmt der Auftraggeber. Der Auftraggeber hat diese Details der Rückübereignung nach Maßgabe der Möglichkeiten des Auftraggebers festzulegen. Diese Flugaschen sind in einer Form rück zu übereignen, die eine Metallrückgewinnung mit Mitteln ermöglicht, wie sie für eine Metallrückgewinnung bei den übergebenen Flugaschen in unveränderter Form und Qualität vergleiche Anlage ./4, ./5

./6 sowie ./11) erforderlich sind.

(5) Eigentum/Risiko/Gefahr/Nutzen an den zunächst abgelagerten Flugaschen gehen mit deren physischer Rückübereignung an den Auftraggeber bzw. an eine von diesem bestimmte Person über; dies unbeschadet des Übergangs von Eigentum/Risiko/Gefahr/Nutzen nach § 2 Punkt 2.5. Die physische Rückübereignung hat obertägig am Werksgelände der Untertagedeponie in einer Form zu erfolgen, die einen Weitertransport der Flugaschen ohne erhebliche Zusatzaufwendungen ermöglicht.(5) Eigentum/Risiko/Gefahr/Nutzen an den zunächst abgelagerten Flugaschen gehen mit deren physischer Rückübereignung an den Auftraggeber bzw. an eine von diesem bestimmte Person über; dies unbeschadet des Übergangs von Eigentum/Risiko/Gefahr/Nutzen nach Paragraph 2, Punkt 2.5. Die physische Rückübereignung hat obertägig am Werksgelände der Untertagedeponie in einer Form zu erfolgen, die einen Weitertransport der Flugaschen ohne erhebliche Zusatzaufwendungen ermöglicht.

(6) Die Kosten, die dem Auftragnehmer nachweislich für Rückübereignung entstehen, sind vom Auftraggeber binnen 1 Monat nach Rückübereignung und Rechnungslegung zu ersetzen. Maximal werden jedoch EURO 200,- (EURO zweihundert) je rückübereigneter Tonne Flugaschen ersetzt. Dieser Betrag ist entsprechend § 7 Abs. 6 wertgesichert. Sollte dagegen während der 15 Jahre nach Vertragsabschluss die (Untertage)Deponie (teilweise) geschlossen werden, trägt ausschließlich der Auftragnehmer die Kosten für die Wiederzugänglichmachung der herauszugebenden Flugaschen, wenn der Auftraggeber von seiner Herausgabeoption Gebrauch macht.(6) Die Kosten, die dem Auftragnehmer nachweislich für Rückübereignung entstehen, sind vom Auftraggeber binnen 1 Monat nach Rückübereignung und Rechnungslegung zu ersetzen. Maximal werden jedoch EURO 200,- (EURO zweihundert) je rückübereigneter Tonne Flugaschen ersetzt. Dieser Betrag ist entsprechend Paragraph 7, Absatz 6, wertgesichert. Sollte dagegen während der 15 Jahre nach Vertragsabschluss die (Untertage)Deponie (teilweise) geschlossen werden, trägt ausschließlich der Auftragnehmer die Kosten für die Wiederzugänglichmachung der herauszugebenden Flugaschen, wenn der Auftraggeber von seiner Herausgabeoption Gebrauch macht.

2.3 Mengen Drehrohröfen-Flugaschen (DRO)

(1) Aus den Drehrohröfen (DRO) im Werk Simmering fallen jährlich zumindest 1.500 t und maximal 2.500 t an. Die wöchentliche Menge beträgt durchschnittlich ca. 38 t (wöchentliche Schwankungsbreite +/- 100%).

2.4 Mengen Rostfeuerungs- und Wirbelschicht-Flugaschen (MVA+WSO4)

(1) Aus den Abfallverbrennungsanlagen Flötzersteig und Spittelau sowie Wirbelschichtöfen 4 im Werk Simmering fallen im Zeitraum 1. Jänner 2008 bis 30. Juni 2008 9.000 t Flugaschen (+/- 2.000 t) an. Die wöchentliche Menge beträgt durchschnittlich ca. 350 t (wöchentliche Schwankungsbreite +/- 100%).

(2) Ab 1. Juli 2008 fallen in den Abfallverbrennungsanlagen Flötzersteig, Spittelau und Pfaffenau sowie dem Wirbelschichtofen 4 im Werk Simmering im Normalfall zumindest 3.000 t/Jahr und maximal 8.000 t/Jahr Flugaschen an. Die wöchentlichen Mengen betragen durchschnittlich ca. 77 t (wöchentliche Schwankungsbreite +/- 100%).

2.5 Abholung der Flugaschen

(1) Die Flugaschen sind von einer der vier Abfallverbrennungsanlagen WSO4 im Werk Simmeringer Haide, MVA Flötzersteig, MVA Spittelau oder MVA Pfaffenau abzuholen.

(2) Die jeweils vom Auftragnehmer anzufahrende(n) Anlage(n) und die voraussichtlich abzuholenden Mengen werden dem Auftragnehmer in einem Wochenplan, jeweils spätestens eine Woche im Voraus mitgeteilt. Bei den abzuholenden Mengen wird vom Auftraggeber auf eine möglichst hohe Auslastung der Silo-LKW des Auftragnehmers Bedacht genommen.

(3) Im Falle des Ausfalles von Abfallverbrennungsanlagen des Auftraggebers bzw. der FWW oder der Behandlungsanlage für Verbrennungsrückstände des Auftraggebers (=jeweils ein „Störfall“) kann die wöchentlich zu übernehmende Menge bis zu 650 t betragen. Der Auftragnehmer hat im Störfall innerhalb von vier Werktagen ab Mitteilung des Auftraggebers entsprechende Kapazitäten bereitzustellen, um bis zu 650 t pro Woche zu übernehmen. Der Störfall kann eine unbestimmte, auch mehrere Monate umfassende Zeit andauern. Während des Störfalls hat der Auftragnehmer sämtliche in den vier Abfallverbrennungsanlagen Wiens, und zwar in den Drehrohröfen und im WSO4 des Werks Simmeringer Haide, in der MVA Flötzersteig, in der MVA Spittelau und in der MVA Pfaffenau anfallenden Flugaschen zur vertragskonformen Entsorgung (vgl. Pkt 2.2; Ablagern in einer Untertagedeponie) zu übernehmen.(3) Im Falle des Ausfalles von Abfallverbrennungsanlagen des Auftraggebers bzw. der FWW oder der Behandlungsanlage

für Verbrennungsrückstände des Auftraggebers (=jeweils ein „Störfall“) kann die wöchentlich zu übernehmende Menge bis zu 650 t betragen. Der Auftragnehmer hat im Störfall innerhalb von vier Werktagen ab Mitteilung des Auftraggebers entsprechende Kapazitäten bereitzustellen, um bis zu 650 t pro Woche zu übernehmen. Der Störfall kann eine unbestimmte, auch mehrere Monate umfassende Zeit andauern. Während des Störfalls hat der Auftragnehmer sämtliche in den vier Abfallverbrennungsanlagen Wiens, und zwar in den Drehrohröfen und im WSO4 des Werks Simmeringer Haide, in der MVA Flötzersteig, in der MVA Spittelau und in der MVA Pfaffenau anfallenden Flugaschen zur vertragskonformen Entsorgung (vergleiche Pkt 2.2; Ablagern in einer Untertagedeponie) zu übernehmen.

(4) Bei sämtlichen angegebenen Mengen handelt es sich lediglich um Richtwerte, die betriebstechnische Abnormitäten wie Revisionen, Stillstände, Teillastbetrieb und die Beschädigung von Anlagenteilen durch höhere Gewalt oder die Einstellung des Betriebes durch Gesetz, behördliche oder gerichtliche Anordnung nicht berücksichtigen. Die angegebenen Mengen können jederzeit – auch bei Normalbetrieb der Anlagen – über oder unterschritten werden. Geplante Revisionen der Anlagen werden dem Auftragnehmer rechtzeitig bekannt gegeben.

2.6 Beschaffenheit

Die typische Beschaffenheit der gegenständlichen Abfälle sind den Anlagen ./4, ./5, ./6 und ./11 zu entnehmen. Die Flugaschen verfügen durchwegs über Gehalte an PCDD/PCDF (2,3,7,8-Toxizitäts-Äquivalent) von mehr als 100 mg/kg Trockensubstanz.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Angaben zur Beschaffenheit Erfahrungswerte aus der Vergangenheit darstellen. Der Auftraggeber übernimmt keine wie immer geartete Haftung für die tatsächliche Beschaffenheit.

(2) Der Auftragnehmer war eingeladen und aufgefordert, eine Bemusterung der Flugaschen durchzuführen und konnte sich somit von der Beschaffenheit der Flugaschen selbst ein Bild machen.

2.7 Ort der Übergabe der Flugaschen / Gefahr /Eigentumsübergang /Gefahrenübergang

(1) Im Normalbetrieb bestimmt der Auftraggeber die Anlage(n) in Wien, von der die Flugaschen abzuholen sind. Die Bekanntgabe erfolgt zumindest 4 Werktage im Voraus. Sofern nichts Gegenteiliges bestimmt wird, sind die aus den Drehrohröfen stammenden Flugaschen im Werk Simmeringer Haide zu übernehmen.

(5) Im Störfall sind Flugaschen aus den Abfallverbrennungsanlagen und dem WSO4 in folgenden Intervallen von Abfallverbrennungsanlagen Wien abzuholen:

(a) Die Abholung der Flugaschen direkt von den Abfallverbrennungsanlagen hat aus den Werken Flötzersteig und Spittelau zwei Mal wöchentlich (jeweils Dienstag und Donnerstag zu erfolgen, im Falle von Feiertagen am jeweils folgenden Werktag) in der voraussichtlich anfallenden Menge von ca. 70 t bzw. ca. 100 t pro Woche zu erfolgen.

(b) Aus der Abfallverbrennungsanlage Pfaffenau sind Flugaschen ebenfalls zwei Mal wöchentlich in der voraussichtlich anfallenden Menge von ca. 100 t pro Woche abzuholen.

(c) Wirbelschichtofen-Flugasche aus dem Werk Simmeringer Haide ist täglich abzutransportieren, wobei mit Transportspitzen am Montag und Dienstag sowie nach Feiertagen gerechnet werden muss. Die voraussichtliche wöchentliche Anfallsmenge beträgt ca. 200 t.

(d) Die aus den Drehrohröfen stammenden Flugaschen sind im Werk Simmeringer Haide zu übernehmen.

Die Beladedauer im Werk Flötzersteig beträgt pro Tonne ca. 3 Minuten, in den Werken Simmeringer Haide, Spittelau und Pfaffenau ca. 1 Minute pro Tonne.

(3) Die Flugaschen werden von der FWW im Auftrag und im Namen des Auftraggebers bei der jeweiligen Abfallverbrennungsanlage Wiens, und zwar Drehrohröfen bzw. WSO4 beim Werk Simmeringer Haide, MVA Flötzersteig, MVA Spittelau und MVA Pfaffenau übergeben. Die Übergabe erfolgt bei den jeweiligen Abfülleinrichtungen/Verladestationen, wie sie für den Auftragnehmer während der Angebotsfrist einsehbar waren.

(4) Die Flugaschen gehen ab Übergabe in das Eigentum des Auftragnehmers über. Ab Übergabe trägt der Auftragnehmer Kosten und Gefahr im Zusammenhang mit den Flugaschen; dies auch bei Heranziehung von Subunternehmern.

Sollte die Notwendigkeit des Flugasche-Abtransports am Samstag gegeben sein, so hat der Auftragnehmer – unabhängig davon ob ihn daran ein Verschulden trifft – für die Erteilung von Fahrgenehmigungen selbst zu sorgen.

§ 3 Paragraph 3

Vertragsdauer

- (1) Der Entsorgungsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.
- (2) Der Vertrag tritt mit der Zuschlagserteilung in Kraft. Die vertraglichen Hauptpflichten (insbesondere Entsorgungs- und Entgeltleistungspflichten) beginnen mit 1.1.2008.
- (3) Auftraggeber und Auftragnehmer haben jeweils ab 1. Jänner 2012 das Recht den gegenständlichen Entsorgungsvertrag unter der Einhaltung einer Kündigungsfrist von neun Monaten zum Ende jeden Kalenderjahres zu kündigen.

§ 6 Paragraph 6

Verzug, Pönale

- (1) Der Auftragnehmer ist in Verzug, wenn er die Flugasche nicht zumindest zu 95% an dem jeweils mit dem zuständigen Betriebsleiter der jeweiligen Anlage vereinbarten Tag entsorgt hat oder sich zum Abschluss einer solchen diesem Vertrag entsprechenden Vereinbarung mit dem jeweiligen Betriebsleiter zu Unrecht weigert und dadurch die Entsorgung der Flugaschen gemäß 2.7.4 gefährdet wird. Der Auftragnehmer befindet sich im Störfall nicht in Verzug, wenn er den Auftraggeber binnen 12 Stunden ab Bekanntgabe des Störfalls begründet davon in Kenntnis setzt, dass er die bekannt gegebenen Mengen nicht in den nächsten Werktagen übernehmen kann und er sich zur Übernahme der im Störfall anfallenden Flugaschen spätestens binnen 14 Tage verpflichtet.
 - (2) Für den Fall, dass der Auftragnehmer im Normalfall (dh. Nicht im Störfall) mehr als einen Tag in Verzug ist, hat er ein Pönale von 0,2% der Auftragssumme zu zahlen. Für einen jeden weiteren Tag, an dem der Auftraggeber in Verzug ist, hat er ein weiteres Pönale von 0,1%/Tag zu zahlen.
 - (3) Ist der Auftragnehmer mehr als 14 Tage ohne Unterbrechung in Verzug, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Vertrag mit sofortiger Wirkung zurückzutreten. Der Verzug ist nur dann ununterbrochen, wenn der Auftragnehmer zwischenzeitlich die bis zur Unterbrechung angefallenen Flugaschen zur Gänze (99%) entsorgt hat. Darüber hinaus ist der Auftraggeber auch zum Vertragsrücktritt mit sofortiger Wirkung berechtigt, wenn der Auftragnehmer im Durchschnitt mehr als 30 Tage/Kalenderjahr mit der Entsorgung der Flugaschen in Verzug ist.
 - (4) Unbeschadet eines allfälligen Vertragsrücktritts und zusätzlich zu dem genannten Pönale hat der Auftragnehmer die Kosten der Ersatzvornahme dem Auftraggeber binnen 14 Tagen ab deren Vorschreibung zu ersetzen. Der Auftraggeber ist zur Einleitung von Ersatzvornahmen auf Kosten des Auftragnehmers berechtigt, wenn sich der Auftragnehmer mehr als 1 Tag in Verzug befindet.
 - (5) Der Auftragnehmer garantiert für den Normalbetrieb den Einsatz der von ihm im Formblatt Entsorgungswege angebotenen (vgl Anlage ./2) Transportmittel. Für den Fall, dass diese garantierten Transportmittel – aus welchen Gründen auch immer – nicht eingesetzt werden, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber folgende Pönalen binnen 14 Tagen ab Vorschreibung zu zahlen:
 - (5) Der Auftragnehmer garantiert für den Normalbetrieb den Einsatz der von ihm im Formblatt Entsorgungswege angebotenen vergleiche Anlage ./2) Transportmittel. Für den Fall, dass diese garantierten Transportmittel – aus welchen Gründen auch immer – nicht eingesetzt werden, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber folgende Pönalen binnen 14 Tagen ab Vorschreibung zu zahlen:
- -Strichaufzählung
EUR 0,01 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 3 erbringt, anstatt dem angebotenen Transport mit Eisenbahn/Schiff;
 - -Strichaufzählung
EUR 0,007 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 4 erbringt, anstatt dem angebotenen Transport mit Eisenbahn/Schiff;
 - -Strichaufzählung
EUR 0,006 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 5 erbringt, anstatt dem angebotenen Transport mit Eisenbahn/Schiff;
 - -Strichaufzählung
EUR 0,003 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 3 erbringt, anstatt dem

angebotenen LKW der Kategorie EURO 4;

- -Strichaufzählung

EUR 0,004 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 3 erbringt, anstatt dem angebotenen LKW der Kategorie EURO 5;

- -Strichaufzählung

EUR 0,001 je Tonnenkilometer, den der Auftraggeber mit einem LKW der Kategorie EURO 4 erbringt, anstatt dem angebotenen LKW der Kategorie EURO 5; und

- -Strichaufzählung

EUR 1,-- (einem EURO) je Tonnenkilometer, den er mit einem nach der zugrunde liegenden Ausschreibung unzulässigen Fahrzeug (zB LKW der Kategorie 2) erbringt.

Wird der Einsatz eines unrichtigen Fahrzeugs nachgewiesen, gilt die vom Auftragnehmer zu widerlegende Vermutung, dass mit diesem Fahrzeug die Flugasche im nach der Zulassung dieses Fahrzeug höchstzulässigen Gewicht die gesamte Strecke vom Übergabeort der Flugasche in Wien bis zum angebotenen Ablagerungsort mit diesem Fahrzeug transportiert wurde.

(6) Der Auftragnehmer hat ein Pönale in Höhe von 0,1% der Auftragssumme für jeden Tag zu zahlen, den er einen gemäß § 4 (6) geforderten Antrag /Anträge verspätet stellt.(6) Der Auftragnehmer hat ein Pönale in Höhe von 0,1% der Auftragssumme für jeden Tag zu zahlen, den er einen gemäß Paragraph 4, (6) geforderten Antrag /Anträge verspätet stellt.

(7) Der Auftragnehmer hat ein Pönale in Höhe von 0,3% der Auftragssumme für jede behandelte Tonne Flugaschen zu zahlen, für die der Nachweis nicht erbracht wurde (vgl Pkt 2.7 Abs. 3), dass die aus ihr gewonnenen – um die Metalle bereinigten – Reststoffe nicht den Kriterien der Deponieverordnung (BGBl. 1996/164 idFBGBl I 49/2004) für die Ablagerung auf Baurestmassendeponien entsprochen hat.(7) Der Auftragnehmer hat ein Pönale in Höhe von 0,3% der Auftragssumme für jede behandelte Tonne Flugaschen zu zahlen, für die der Nachweis nicht erbracht wurde vergleiche Pkt 2.7 Absatz 3,, dass die aus ihr gewonnenen – um die Metalle bereinigten – Reststoffe nicht den Kriterien der Deponieverordnung (BGBl. 1996/164 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 49 aus 2004,) für die Ablagerung auf Baurestmassendeponien entsprochen hat.

(8) Der Auftragnehmer hat maximal ein Pönale in Höhe von 20 % der Gesamtauftragssumme zu zahlen. Das richterliche Mäßigungsrecht ist ausgeschlossen. Der Ersatz des über das jeweils verhängte Pönale hinausgehenden Schadenersatzes ist durch das Pönale nicht ausgeschlossen.

(9) Die Pönale fällt unabhängig von einem Verschulden des Auftragnehmers an, sofern nicht der Auftraggeber oder die FWW die Leistungserbringung behindern oder sonst den Pönale rechtfertigenden Umstand zu vertreten haben. Die Pönale fällt auch unabhängig von einem Schaden/Nachteil des Auftraggebers an.

§ 7Paragraph 7

Entgelt

(6) Die Vertragspreise (Angebotspreise) gelten als veränderlich. Die angebotenen Preise erhöhen oder vermindern sich in demselben Ausmaß, in dem sich der von der Statistik Austria berechnete Verbraucherpreisindex 2000 oder in an seine Stelle tretender Index gegenüber jener Indexzahl erhöht oder vermindert, die für den Monat Juli 2007 verlautbart wurde. Änderungen der Indexzahl unter 2% bleiben außer Betracht. Basiszahl ist für die Indexzahl für den Monat Juli 2007. Bei jedem Überschreiten des 2%igen-Anpassungsspielraums nach oben oder unten wird die Indexzahl, die zur Wertanpassung geführt hat, zur jeweils neuen Basiszahl und bildet die Grundlage für die Berechnung des neuen 2%igen-Anpassungsspielraums zu bilden hat.

Sollte der Verbraucherpreisindex 2000 nicht mehr verlautbart werden, so ist der dem weggefallenen Wertmesser nach dessen Funktion und nach der Absicht der Parteien am ehesten entsprechende Wertmesser heranzuziehen.

Preisanpassungen aufgrund der Veränderungen des Verbraucherpreisindex sind abhängig von steigenden oder fallenden Indizes sind vom Auftragnehmer/Auftraggeber unverzüglich, spätestens jedoch binnen 6 Monaten, ab Überschreitung der vereinbarten 2%-Schwelle zu stellen.

Darüber hinaus erfolgt eine Preisanpassung in dem Ausmaß, in dem eine auf die Behandlung der Flugaschen / Abfälle gezielt abstellende Abgabe verändert, eingeführt oder abgeschafft wird (zB der Altlastenbeitrag geändert wird).

Im Angebotsdeckblatt MDBD-SR 75 ist unter Preisart eingesetzt das Wort „Festpreise“ und unter Erstellung der Preise „Preisangebotsverfahren“.

Weiters bildet das unter Anlage 2 angeführte Leistungsverzeichnis einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibungsbedingungen.

Die in der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung, in der Ausschreibungsunterlage sowie im Entsorgungsvertrag, an verschiedenen Stellen angeführten Mengen für den Leistungszeitraum 1.1.2008 bis 31.12.2012 weichen erheblich voneinander ab. In der Bekanntmachung wird eine Gesamtmenge von 31.000 bis 47.000 Tonnen, in der Ausschreibungsunterlage eine Gesamtmenge von 30.000 bis 169.000 Tonnen, im Leistungsverzeichnis von 37.000 Tonnen und im Entsorgungsvertrag von 36.920 bis 169.000 Tonnen angegeben.

Aufgrund einer Anfrage des Unternehmens „*** GmbH“ hat die Antragsgegnerin mit zwei Schreiben je vom 23.7.2007 die Ausschreibungsunterlagen berichtigt. Diese zwei Schreiben haben folgenden Wortlaut:

„MA 48/V 4/4486/2007-Berichtigung Ausschreibungsunterlagen des Vergabeverfahrens Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung – sonstige Frage

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zunächst dürfen wir auf die durch das Inkrafttreten der Abfallverbringungsverordnung 1013/2006, ABl. 2006 L 190/1, erforderlich Berichtigung unserer Ausschreibungsunterlagen hinweisen. Damit erübrigen sich auch alle Hinweise und Anfragen zum Umfang des Notifizierungsverfahrens (Beilage./1).Zunächst dürfen wir auf die durch das Inkrafttreten der Abfallverbringungsverordnung 1013 aus 2006,, Amtsblatt 2006 L 190/1, erforderlich Berichtigung unserer Ausschreibungsunterlagen hinweisen. Damit erübrigen sich auch alle Hinweise und Anfragen zum Umfang des Notifizierungsverfahrens (Beilage./1).

Die Stadt Wien hat aus ökologischen Überlegungen (Ressourcen-Ökonomie – Metallrückgewinnung) sich bereits bei der letzten Ausschreibung vor vier Jahren über die Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbringung dafür entschlossen, die spätere Metallrückgewinnung zu ermöglichen. Dieses Verfahren wurde – nach mehreren Anfechtungen – letztlich auch vom Vergabekontrollsenat der Stadt Wien bestätigt. Mit der gegenständlichen Ausschreibung setzt die Stadt Wien ihre Umweltstrategie fort und sichert dadurch die Rückgewinnung der in den zu entsorgenden Aschen enthaltenen Metalle. Der Metallgehalt der zu entsorgenden Drehrohröfen-Flugaschen ist derart beschaffen, dass eine Beseitigung unter Tage unter Abschluss der Biosphäre erforderlich ist. Ein Bergversatz ist bei den ausgeschriebenen Flugaschen nach der Abfall-Verbrennungs-VO ausgeschlossen. Auch für die aus den übrigen Müllverbrennungsanlagen anfallenden Flugaschen ist die Untertagedeponierung aus Umweltüberlegungen zu bevorzugen, was auch Ergebnis der von der Stadt Wien durchgeführten strategischen Umweltprüfungsprozesses (SUP-Prozess) war. Die Stadt Wien stellt durch die vorgegebene Untertagedeponie mit der Möglichkeit der Metallrückgewinnung sicher, dass aus den Flugaschen in Zukunft die werthaltigen Metalle rückgewonnen werden können und dadurch ein Beitrag zur Ressourcen-Schonung geleistet wird. Wir dürfen in diesem Zusammenhang auch auf § 19 Abs. 5 BVergG 2006 verweisen, der ausdrücklich fordert, dass auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist.Die Stadt Wien hat aus ökologischen Überlegungen (Ressourcen-Ökonomie – Metallrückgewinnung) sich bereits bei der letzten Ausschreibung vor vier Jahren über die Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbringung dafür entschlossen, die spätere Metallrückgewinnung zu ermöglichen. Dieses Verfahren wurde – nach mehreren Anfechtungen – letztlich auch vom Vergabekontrollsenat der Stadt Wien bestätigt. Mit der gegenständlichen Ausschreibung setzt die Stadt Wien ihre Umweltstrategie fort und sichert dadurch die Rückgewinnung der in den zu entsorgenden Aschen enthaltenen Metalle. Der Metallgehalt der zu entsorgenden Drehrohröfen-Flugaschen ist derart beschaffen, dass eine Beseitigung unter Tage unter Abschluss der Biosphäre erforderlich ist. Ein Bergversatz ist bei den ausgeschriebenen Flugaschen nach der Abfall-Verbrennungs-VO ausgeschlossen. Auch für die aus den übrigen Müllverbrennungsanlagen anfallenden Flugaschen ist die Untertagedeponierung aus Umweltüberlegungen zu bevorzugen, was auch Ergebnis der von der Stadt Wien durchgeführten strategischen Umweltprüfungsprozesses (SUP-Prozess) war. Die Stadt Wien stellt durch die vorgegebene Untertagedeponie mit der Möglichkeit der Metallrückgewinnung sicher, dass aus den Flugaschen in Zukunft die werthaltigen Metalle rückgewonnen werden können und dadurch ein Beitrag zur Ressourcen-Schonung geleistet wird. Wir dürfen in diesem Zusammenhang auch auf Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006 verweisen, der ausdrücklich fordert, dass auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist.

Es bestehen keine Widersprüche zwischen der EU-Bekanntmachung und der Ausschreibungsunterlage. Hinzuweisen ist darauf, dass das EU-Bekanntmachungsformular nicht die Eingabe eines Vertrags auf unbestimmte Zeit zulässt, sondern nur die Angabe der Mindestlaufzeit. Bekanntgemacht wurde sohin die fünfjährige Mindestlaufzeit (ergibt sich aus Kündigungsverzicht und Kündigungsfrist), die der gegenständliche Entsorgungsvertrag hat (1.1.2008 bis 31.12.2012).

Die Qualität der zu entsorgenden Asche ergibt sich aus den Beilagen zu den Ausschreibungsunterlagen und den – auf Anfrage – erhältlichen Mustern von der Fernwärme Wien GmbH. Die Asche der MVA Spittelau, MVA Flötzersteig, (nicht aber Drehrohröfen) abweichen. Der Input der Abfälle ist – qualitätsmäßig betrachtet – der gleiche.

Das Mengengerüst sieht klare Mindest- und Maximalmengen vor. Kalkulierbar, das heißt letztlich auch „einklagbar“ sind die Mindestmengen. Der Begriff „Störfall“ ist in § 1 Abs. 8 Entsorgungsvertrag klar definiert. Begriffsimmanent ist, dass diese Menge nicht kalkulierbar ist und der Auftragnehmer zu einer relativ spontanen Hilfestellung im Notfall/bei unvorhergesehenen Ereignissen ersucht wird. Das Mengengerüst sieht klare Mindest- und Maximalmengen vor. Kalkulierbar, das heißt letztlich auch „einklagbar“ sind die Mindestmengen. Der Begriff „Störfall“ ist in Paragraph eins, Absatz 8, Entsorgungsvertrag klar definiert. Begriffsimmanent ist, dass diese Menge nicht kalkulierbar ist und der Auftragnehmer zu einer relativ spontanen Hilfestellung im Notfall/bei unvorhergesehenen Ereignissen ersucht wird.

Weitere Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen zu jenen in Beilage ./1 sind nicht erforderlich. Wir erwarten die Angebotsabgabe – wie ausgeschrieben – am 22.8.2007, 13:00 Uhr.

Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbrennung mit der Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung – Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen

Während des im Betreff angeführten Vergabeverfahrens ist die Verordnung Nr. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verbringung von Abfällen in Kraft getreten und die Verordnung über die Abfallverbringungsverordnung Nr 259/1993 außer Kraft getreten. Nach der nunmehr in Kraft getretenen Verordnung 1013/2006 hat die Notifikation der Erzeuger der Rückstände der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbringung vorzunehmen (im gegenständlichen Fall Fernwärme Wien GmbH) und nicht die mit der Abfallverbringung beauftragte Person. Im Hinblick auf die geänderte Rechtslage entfallen sohin folgende Ausschreibungsbedingungen (vgl Ausschreibungsunterlagen MA 48/V 4/4486/2007): Während des im Betreff angeführten Vergabeverfahrens ist die Verordnung Nr. 1013 aus 2006, des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verbringung von Abfällen in Kraft getreten und die Verordnung über die Abfallverbringungsverordnung Nr 259 aus 1993, außer Kraft getreten. Nach der nunmehr in Kraft getretenen Verordnung 1013 aus 2006, hat die Notifikation der Erzeuger der Rückstände der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbringung vorzunehmen (im gegenständlichen Fall Fernwärme Wien GmbH) und nicht die mit der Abfallverbringung beauftragte Person. Im Hinblick auf die geänderte Rechtslage entfallen sohin folgende Ausschreibungsbedingungen vergleiche Ausschreibungsunterlagen MA 48/V 4/4486/2007):

- -Strichaufzählung
Erfordernis der Genehmigungen für die Verbringung des gefährlichen Abfalls in das Ausland (Punkt 3.1, Seite 11).
- -Strichaufzählung
Nachweis der Genehmigung der Verbringung der Abfälle ins Ausland gem. Abfallverbringungsverordnung 93/259/EWG bzw. eine diesbezügliche Notifikation (vgl. Punkt 3.2, Seite 13, 1. Abs). Nachweis der Genehmigung der Verbringung der Abfälle ins Ausland gem. Abfallverbringungsverordnung 93/259/EWG bzw. eine diesbezügliche Notifikation vergleiche Punkt 3.2, Seite 13, 1. Abs).

Im Hinblick darauf, dass die Abfallverbringung erst nach Feststellung des Auftragnehmers seitens der Fernwärme Wien GmbH beantragt werden kann (Voraussetzung für einen Antrag ist ein Vertrag zwischen Erzeuger und Verbringer), wird der Auftrag unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass die angebotene Abfallverbringung in das Ausland innerhalb von sechs Monaten ab Auftragserteilung behördlich genehmigt ist. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber und die Fernwärme Wien GmbH bei dieser Notifikation nach der Abfallverbringungsverordnung 1013/2006 bestmöglich zu unterstützen, insbesondere alle erforderlichen Unterlagen und Gutachten vorzulegen und – soweit dies nach der Abfallverbringungsverordnung 3013/2006 zulässig ist – im Namen und im Auftrag der Fernwärme Wien GmbH die Abfallverbringung zu notifizieren und dieses Verfahren selbständig und auf eigene Kosten zu betreiben. Im Hinblick darauf, dass die Abfallverbringung erst nach Feststellung des Auftragnehmers seitens der Fernwärme Wien GmbH

beantragt werden kann (Voraussetzung für einen Antrag ist ein Vertrag zwischen Erzeuger und Verbringer), wird der Auftrag unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass die angebotene Abfallverbringung in das Ausland innerhalb von sechs Monaten ab Auftragserteilung behördlich genehmigt ist. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber und die Fernwärme Wien GmbH bei dieser Notifikation nach der Abfallverbringungsverordnung 1013 aus 2006, bestmöglich zu unterstützen, insbesondere alle erforderlichen Unterlagen und Gutachten vorzulegen und – soweit dies nach der Abfallverbringungsverordnung 3013 aus 2006, zulässig ist – im Namen und im Auftrag der Fernwärme Wien GmbH die Abfallverbringung zu notifizieren und dieses Verfahren selbständig und auf eigene Kosten zu betreiben.

Die Stadt Wien/MA 48 und die Fernwärme Wien GmbH haben kein Entgelt für diese Notifikation zu entrichten bzw. auch nicht die damit verbundenen Kosten zu tragen; und zwar auch dann nicht, wenn die Genehmigung nicht innerhalb von 6 Monaten erteilt wird. Die Kosten dieses Verfahrens zur Notifikation nach der Abfallverbringungsverordnung sind mit den angebotenen Preisen abgedeckt. Die Stadt Wien/MA 48 bzw. Fernwärme Wien GmbH haben keine Kosten, auch keine Barauslagen oder sonstige Abgaben dem Auftraggeber zu ersetzen. Der Auftragnehmer hält die Stadt Wien, MA 48 und Fernwärme Wien GmbH für alle sich aus der Abfallverbringung entstehenden Schäden und Nachteile schad- und klaglos.

Darin hat die Antragsgegnerin auch das Ende der Angebotsfrist mit 22.8.2007 neu festgelegt und klargestellt, dass ein zeitlich unbefristeter Entsorgungsvertrag abgeschlossen werden soll.

Diese Berichtigungen wurden von der Antragsgegnerin ins Internet gestellt, eine der Kundmachung der Ausschreibung entsprechende Bekanntmachung ist jedoch nicht erfolgt (Vorbringen der Antragsgegnerin in der Verhandlung vom 27.9.2007, Protokoll Seite 3).

Die gegenständlichen Leistungen wurden von der Antragsgegnerin bereits einmal, nämlich 2003 in ähnlicher Weise mit ähnlichen Bedingungen ausgeschrieben. Damals hat auf Grund dieser Ausschreibung die Teilnahmeberechtigte den Auftrag erhalten, der nunmehr mit Ende des Jahres 2007 abläuft.

Das Ende der Angebotsfrist war der 22.8.2007, 13.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung ist am 14.8.2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 25 Abs. 1 WVRG 2007) ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 22.8.2007, 13.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung ist am 14.8.2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007) ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der wiedergegebenen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen. Die Berechnungen der Gesamtmengen durch den Senat lassen sich aus den von der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen jeweils angegebenen Jahres- und Wochenmengen ableiten. Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin war als erwiesen anzunehmen, dass nach den Ausführungen in den Ausschreibungsunterlagen an keiner Stelle ausdrücklich festgehalten ist, dass die von der Antragsgegnerin jeweils geschätzte untere Menge der anfallenden Aschen eine garantierte Jahresmindestmenge darstellt. Auf Grund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens steht nun fest, dass entgegen der Bekanntmachung ein unbefristeter Leistungsvertrag abgeschlossen werden soll, welcher Fehler mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.7.2007 berichtigt wurde. Das Nachprüfungsverfahren hat aber auch ergeben, dass weder dieser Umstand noch die Änderung der Ausschreibungsunterlagen von der Antragsgegnerin entsprechend veröffentlicht worden sind, sondern lediglich auf der Homepage der Antragsgegnerin gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen erschienen sind (Protokoll Seite 2, 3).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 6 BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die

Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 28 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 28, 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da das Ende der Angebotsfrist (nach Abänderung durch die Antragsgegnerin) auf den 22.8.2007 gefallen ist, ist der am 14.8.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007. Da das Ende der Angebotsfrist (nach Abänderung durch die Antragsgegnerin) auf den 22.8.2007 gefallen ist, ist der am 14.8.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Nach den Ausschreibungsbestimmungen soll ein unbefristeter Rahmenvertrag zur Verbringung und Ablagerung von Rückständen der Rauchgasreinigung aus der Abfallverbrennung mit der Möglichkeit einer späteren Metallrückgewinnung abgeschlossen werden. Durch einen Rahmenvertrag wird der Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, die im Vertragszeitraum anfallenden Leistungen abzurufen und hat der Unternehmer laut Ausschreibung auch den Anspruch auf Erbringung dieser Leistungen zu den im Vertrag festgehaltenen Bedingungen. In mehrfacher Hinsicht hält die Antragstellerin die Kalkulation eines erfolversprechenden Angebotes nicht für möglich, weil nach den Ausschreibungsbedingungen in mehrfacher Weise nicht kalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältzt werden sollen.

Der Systematik im Nachprüfungsantrag folgend, werden die einzelnen Problemkreise auf Grund der getroffenen Feststellungen wie folgt beurteilt:

Zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf Grund der Überbindung nicht kalkulierbarer Risiken:

Hier wirft die Antragstellerin der Antragsgegnerin einen Verstoß gegen § 79 Abs. 3 BVergG 2006 vor, weil den jeweiligen Bietern die Risikoeinschätzung hinsichtlich Menge und Qualität der abzulagernden Aschen überlassen ist. Dazu komme, dass der Antragsgegnerin das jederzeitige Recht zur Rückholung der Aschen innerhalb von 15 Jahren einzuräumen ist, ohne anzugeben, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt und in welchen Mengen innerhalb der 15 Jahre die Rückholung erfolgen soll. An Kostenvergütung einer Rückholung werden einem Auftragnehmer lediglich EUR 200,-- pro Tonne zugestanden. Auf Grund dieser Angaben sei es einem Bieter nicht möglich, die nötigen Ablagerungskapazitäten und die sich daraus errechnenden Kosten zu kalkulieren. Auch hinsichtlich der Kosten, die

einem Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Rückübertragung der Aschen an die Antragsgegnerin anfallen, sei eine Kalkulierbarkeit nicht gegeben. Diese beiden Umstände müssten zu spekulativen Angeboten führen, was wiederum eine Vergleichbarkeit der Angebot unmöglich mache. Hier wirft die Antragstellerin der Antragsgegnerin einen Verstoß gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 vor, weil den jeweiligen Bietern die Risikoeinschätzung hinsichtlich Menge und Qualität der abzulagernden Aschen überlassen ist. Dazu komme, dass der Antragsgegnerin das jederzeitige Recht zur Rückholung der Aschen innerhalb von 15 Jahren einzuräumen ist, ohne anzugeben, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt und in welchen Mengen innerhalb der 15 Jahre die Rückholung erfolgen soll. An Kostenvergütung einer Rückholung werden einem Auftragnehmer lediglich EUR 200,- pro Tonne zugestanden. Auf Grund dieser Angaben sei es einem Bieter nicht möglich, die nötigen Ablagerungskapazitäten und die sich daraus errechnenden Kosten zu kalkulieren. Auch hinsichtlich der Kosten, die einem Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Rückübertragung der Aschen an die Antragsgegnerin anfallen, sei eine Kalkulierbarkeit nicht gegeben. Diese beiden Umstände müssten zu spekulativen Angeboten führen, was wiederum eine Vergleichbarkeit der Angebot unmöglich mache.

Die vorgesehene Vertragskonstellation betreffend der Rückholmöglichkeit hält die Antragstellerin überhaupt für sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB, weil sich die Antragsgegnerin zwar die jederzeitige Rückholung der Flugaschen offen lässt, aber innerhalb dieser Zeit keinerlei Gefahren oder Risiken für die Flugasche übernehmen will. Die Flugaschen gingen vielmehr in das uneingeschränkte Eigentum des Auftragnehmers über. Weiters kritisiert die Antragstellerin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen unklar wäre, ob das Angebot zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen zu kalkulieren sei. Auch der von der Antragsgegnerin vorgesehene Verbraucherpreisindex im Zusammenhang mit den Transport- und Entsorgungsleistungen wäre nicht repräsentativ. Soweit in der Ausschreibung eine Pönaleregulierung vorgesehen sei, sei diese ebenfalls sittenwidrig, weil sie zum einen von der ÖNORM A2060 abweiche und zum anderen eine Haftung des Auftragnehmers ohne dessen Verschulden vorsehe. Die vorgesehene Vertragskonstellation betreffend der Rückholmöglichkeit hält die Antragstellerin überhaupt für sittenwidrig im Sinne des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, weil sich die Antragsgegnerin zwar die jederzeitige Rückholung der Flugaschen offen lässt, aber innerhalb dieser Zeit keinerlei Gefahren oder Risiken für die Flugasche übernehmen will. Die Flugaschen gingen vielmehr in das uneingeschränkte Eigentum des Auftragnehmers über. Weiters kritisiert die Antragstellerin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen unklar wäre, ob das Angebot zu Festpreisen oder zu veränderlichen Preisen zu kalkulieren sei. Auch der von der Antragsgegnerin vorgesehene Verbraucherpreisindex im Zusammenhang mit den Transport- und Entsorgungsleistungen wäre nicht repräsentativ. Soweit in der Ausschreibung eine Pönaleregulierung vorgesehen sei, sei diese ebenfalls sittenwidrig, weil sie zum einen von der ÖNORM A2060 abweiche und zum anderen eine Haftung des Auftragnehmers ohne dessen Verschulden vorsehe.

Die Antragsgegnerin vertritt zum Problem des Mengenrisikos den Standpunkt, dass die von ihr angegebenen Jahres- und Wochenmengen zwar eine Schwankungsbreite aufweisen, was jedoch in der Natur der Sache läge. Lediglich für den Störfall seien die Mengen als Richtwerte zu betrachten, weil es nur bei diesem zur Über- oder Unterschreitung kommen könne. Daraus würden sich jedoch für den Bieter keine zusätzlichen Kosten oder Risiken ableiten, da der Bieter keine zusätzlichen Einrichtungen zur Übernahme schwankender Mengen benötige und die Untertagedeponien über eine zigfache Ablagerungskapazität verfügen würden. Für den Störfall habe der Auftragnehmer auch eine entsprechende Transportlösung anzubieten, wobei er in der Wahl der Transportmittel frei sei.

Zur Rückholbarkeit führt die Antragsgegnerin aus, dass damit die Rückgewinnung von Metall aus Abfällen zur Schonung der natürlichen Ressourcen (ein bereits seit Jahren zentrales Ziel der Wiener Abfallwirtschaft) verfolgt werde. Zum Zeitpunkt stehe hierfür jedoch noch keine wirtschaftliche Vorgangsweise zur Verfügung. Daher habe sich die Antragsgegnerin die Option einer späteren Rückgewinnung von Metallen aus den Flugaschen vorbehalten, was letztlich auch der Bestimmung des § 79 Abs. 2 BVergG 2006 entsprechen würde. Mit dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Kostenersatz von EUR 200,- je Tonne, der überdies wertgesichert sei, könne das Auslangen gefunden werden, weil der Auftragnehmer nur verpflichtet sei, die eingelagerten Aschen wieder an die Oberfläche zu befördern. Alle weiteren Aufwendungen für die Rückübertragung würden durch den Auftraggeber erbracht. Zur Rückholbarkeit führt die Antragsgegnerin aus, dass damit die Rückgewinnung von Metall aus Abfällen zur Schonung der natürlichen Ressourcen (ein bereits seit Jahren zentrales Ziel der Wiener Abfallwirtschaft) verfolgt werde. Zum Zeitpunkt stehe hierfür jedoch noch keine wirtschaftliche Vorgangsweise zur Verfügung. Daher habe sich die Antragsgegnerin die Option einer späteren Rückgewinnung von Metallen aus den Flugaschen vorbehalten, was letztlich auch der

Bestimmung des Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 entsprechen würde. Mit dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Kostenersatz von EUR 200,-- je Tonne, der überdies wertgesichert sei, könne das Auslangen gefunden werden, weil der Auftragnehmer nur verpflichtet sei, die eingelagerten Aschen wieder an die Oberfläche zu befördern. Alle weiteren Aufwendungen für die Rückübereignung würden durch den Auftraggeber erbracht.

Die von der Auftraggeberin vorgeschriebene Behandlungsmethode durch Ablagerung der Aschen in einer Untertagedeponie würden auch dem Problem der Qualitätsschwankungen Rechnung tragen. Diese Behandlungsmethode sei gegenüber allfälliger Qualitätsänderungen unempfindlich. Die Vorgabe eines Festpreises sei nicht beabsichtigt gewesen, diesbezüglich handle es sich um einen Fehler in der Ausschreibung der berichtet wurde. Da dies branchenüblich sei, sei die Preisleitung an den Verbraucherpreisindex gebunden worden. Eine Bindung an den Transportkostenindex würde es erforderlich machen, zwischen Bahn- und Straßentransport zu unterscheiden. Zu den bekämpften Festlegungen über die Pönalebestimmung vertritt die Antragsgegnerin die Ansicht, dass im Hinblick darauf, dass die Flugaschen regelmäßig und pünktlich von den Abfallverbrennungsanlagen abgeholt werden müssen, die vorgesehene Regelung gerechtfertigt sei.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ist dazu festzustellen, dass nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen derart zu konzipieren hat, dass jeder Bieter sein Angebot ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken erstellen kann und die Vergleichbarkeit der Angebote untereinander sichergestellt ist. Zutreffend verweist die Antragstellerin hier auf das Problem des Mengenrisikos, da die Antragsgegnerin zwar in der Ausschreibung konkrete Mengen im Leistungsverzeichnis vorgegeben, gleichzeitig aber im vorgesehene Leistungsvertrag enorme Schwankungen je Zeiteinheit festgelegt hat. Diese Schwankungsbreiten führen für sich bereits zu einer erheblichen Risikoübertragung hinsichtlich der erforderlichen bzw. zu kalkulierenden Transportkapazität, sowie der erforderlichen und jedenfalls kostenrelevanten Lagerungskapazität. Hinsichtlich der Transportkapazität ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Abtransport der Aschen nur mit Spezialsilofahrzeugen erfolgen kann, wobei pro Transportfahrzeug maximal 20 Tonnen geladen werden können (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Dies bedeutet, dass jeder Bieter seine Transportkapazitäten entsprechend den jeweils innerhalb kürzerer Zeiträume abzuholenden Aschenmengen zu kalkulieren hat und entsprechende Vorhaltekosten bzw. Investitionskosten in das Gerät erforderlich sind. Dazu kommt, dass es sich beim Transport dieser Aschen um Gefahrguttransporte handelt, die wiederum speziell ausgebildete Lenker erforderlich machen. Die Ausschreibungsunterlagen sind hinsichtlich der darin enthaltenen Mengenangaben jedenfalls in sich nicht schlüssig. Die Angaben in der Bekanntmachung, der „Ausschreibungsunterlage“, dem Leistungsverzeichnis und dem Entsorgungsvertrag stimmen weitgehend nicht überein, ohne dass in den Ausschreibungsbedingungen irgendwo enthalten wäre, welche Mengen der Kalkulation zugrunde zu legen sind bzw. mit welchen garantierten Mindestmengen ein Bieter rechnen kann. Vergleicht man die Angaben in den einzelnen Teilen der Ausschreibungsunterlagen, so ergeben sich hier unter der Annahme einer Vertragsdauer von fünf Jahren nach den einzelnen Abschnitten der Ausschreibung deutliche Mengenunterschiede. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ist dazu festzustellen, dass nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen derart zu konzipieren hat, dass jeder Bieter sein Angebot ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken erstellen kann und die Vergleichbarkeit der Angebote untereinander sichergestellt ist. Zutreffend verweist die Antragstellerin hier auf das Problem des Mengenrisikos, da die Antragsgegnerin zwar in der Ausschreibung konkrete Mengen im Leistungsverzeichnis vorgegeben, gleichzeitig aber im vorgesehene Leistungsvertrag enorme Schwankungen je Zeiteinheit festgelegt hat. Diese Schwankungsbreiten führen für sich bereits zu einer erheblichen Risikoübertragung hinsichtlich der erforderlichen bzw. zu kalkulierenden Transportkapazität, sowie der erforderlichen und jedenfalls kostenrelevanten Lagerungskapazität. Hinsichtlich der Transportkapazität ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Abtransport der Aschen nur mit Spezialsilofahrzeugen erfolgen kann, wobei pro Transportfahrzeug maximal 20 Tonnen geladen werden können (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Dies bedeutet, dass jeder Bieter seine Transportkapazitäten entsprechend den jeweils innerhalb kürzerer Zeiträume abzuholenden Aschenmengen zu kalkulieren hat und entsprechende Vorhaltekosten bzw. Investitionskosten in das Gerät erforderlich sind. Dazu kommt, dass es sich beim Transport dieser Aschen um Gefahrguttransporte handelt, die wiederum speziell ausgebildete Lenker erforderlich machen. Die Ausschreibungsunterlagen sind hinsichtlich der darin enthaltenen Mengenangaben jedenfalls in sich nicht schlüssig. Die Angaben in der Bekanntmachung, der „Ausschreibungsunterlage“, dem Leistungsverzeichnis und dem Entsorgungsvertrag stimmen weitgehend nicht überein, ohne dass in den Ausschreibungsbedingungen irgendwo enthalten wäre, welche Mengen der Kalkulation zugrunde zu legen sind bzw. mit welchen garantierten Mindestmengen

ein Bieter rechnen kann. Vergleicht man die Angaben in den einzelnen Teilen der Ausschreibungsunterlagen, so ergeben sich hier unter der Annahme einer Vertragsdauer von fünf Jahren nach den einzelnen Abschnitten der Ausschreibung deutliche Mengenunterschiede.

Aus der Bekanntmachung lässt sich eine Menge von 31.000 bis 47.000 Tonnen errechnen. Aus den Angaben in der Ausschreibungsunterlage errechnet sich die anfallende Aschenmenge zwischen 30.000 Tonnen und 169.000 Tonnen (Angaben jeweils in Tonnen; Seite 1 37.000; Seite 2 1. Absatz 30.000; Seite 2 2. und 3. Absatz:

32.500 bis 55.000; Seite 2 4. Absatz: 36.000; Seite 2 4. Absatz letzter Satz: 169.000;

Seite 13 Variante 1: 141.500 bis 169.000, Variante 2: 30.000 bis 37.180, Variante 3:

65.000 bis 145.600; Seite 14: 37.000). Aus dem Leistungsverzeichnis ergibt sich für fünf Jahre eine zu entsorgende Menge von 37.000 Tonnen. Dementgegen sieht der Entsorgungsvertrag für fünf Jahre folgende Mengen vor (jeweils in Tonnen): Seite 3 Punkt 7: 36.920; Seite 3 Punkt 8: 169.000; Seite 3 Punkt 7 (richtig 9) 37.000; Seite 8:

122.200. In der Anlage 3 zum Entsorgungsvertrag wird die Vertragsmenge für fünf Jahre mit zusammen 27.000 Tonnen angegeben. Weder in der Ausschreibungsunterlage noch im Entsorgungsvertrag wird einem Auftragnehmer eine Mindestmenge, sei es pro Jahr, sei es für die gesamte Vertragslaufzeit, garantiert.

Das Problem im gegenständlichen Fall liegt damit darin, dass ein Auftragnehmer keinen Anspruch darauf hat, eine bestimmte Mindestmenge zu entsorgen. Diese Tatsache bewirkt, dass einem Bieter ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden wird, womit die Antragsgegnerin gegen § 79 Abs. 3 BVergG 2007 verstoßen hat. Nach den verschiedenen, sich aus den Ausschreibungsunterlagen errechnenden Mengen ist es für einen Bieter unzumutbar, ein Angebot ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu stellen. Ein wesentliches Kriterium jeder Preiskalkulation und damit der Angebotskalkulation ist das zu erwartende Auftragsvolumen bzw. der Leistungsumfang. Eine Preiskalkulation ohne Zugrundelegung von – zumindest ungefähren – Mengenausmaßen ist nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich. Aus Mengendifferenzen und aus Bestimmungen, die etwa vorsehen, dass wöchentliche Schwankungsbreiten von plus/minus 100% oder plus/minus 2.000 Tonnen (Leistungsvertrag Punkt 2.3 und 2.4) anzunehmen sind, kann nicht von noch den Bietern zumutbaren Schwankungsbreiten gesprochen werden. Im Ergebnis ist hinsichtlich des Auftragsvolumens lediglich ein maximaler Leistungsrahmen festgelegt, wobei es den Bietern offenbar völlig überlassen bleibt, welche Leistungsvolumina sie im Rahmen dieser Bandbreite ihrer Kalkulation zugrunde legen. Das damit ein Wettbewerbsvorteil jenes Bieters gegeben ist, der in den letzten Jahren auf Grund ähnlicher Bestimmungen im Leistungsvertrag die Entsorgung der Aschen vorgenommen hat, liegt auf der Hand. Diese Kalkulation wird aber auch dadurch wesentlich erschwert, dass den Bietern eine Mindestmenge für den Vertragszeitraum nicht garantiert wird. Vielmehr wird lediglich ein maximaler Leistungsrahmen festgelegt. Mangels Angabe einer Mindestmenge ist es einem Bieter gegenständlich somit nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen. Zu all dem kommt noch die grundsätzlich ungewisse Vertragslaufzeit und die damit zusammenhängende Frage der insgesamt zur Verfügung zu stellenden Lagerkapazitäten. Das Problem im gegenständlichen Fall liegt damit darin, dass ein Auftragnehmer keinen Anspruch darauf hat, eine bestimmte Mindestmenge zu entsorgen. Diese Tatsache bewirkt, dass einem Bieter ein nicht kalkulierbares wirtschaftliches Risiko überbunden wird, womit die Antragsgegnerin gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2007 verstoßen hat. Nach den verschiedenen, sich aus den Ausschreibungsunterlagen errechnenden Mengen ist es für einen Bieter unzumutbar, ein Angebot ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu stellen. Ein wesentliches Kriterium jeder Preiskalkulation und damit der Angebotskalkulation ist das zu erwartende Auftragsvolumen bzw. der Leistungsumfang. Eine Preiskalkulation ohne Zugrundelegung von – zumindest ungefähren – Mengenausmaßen ist nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten nicht möglich. Aus Mengendifferenzen und aus Bestimmungen, die etwa vorsehen, dass wöchentliche Schwankungsbreiten von plus/minus 100% oder plus/minus 2.000 Tonnen (Leistungsvertrag Punkt 2.3 und 2.4) anzunehmen sind, kann nicht von noch den Bietern zumutbaren Schwankungsbreiten gesprochen werden. Im Ergebnis ist hinsichtlich des Auftragsvolumens lediglich ein maximaler Leistungsrahmen festgelegt, wobei es den Bietern offenbar völlig überlassen bleibt, welche Leistungsvolumina sie im Rahmen dieser Bandbreite ihrer Kalkulation zugrunde legen. Das damit ein Wettbewerbsvorteil jenes Bieters gegeben ist, der in den letzten Jahren auf Grund ähnlicher Bestimmungen im Leistungsvertrag die Entsorgung der Aschen vorgenommen hat, liegt auf der Hand. Diese Kalkulation wird aber auch dadurch wesentlich erschwert, dass den

Bieter eine Mindestmenge für den Vertragszeitraum nicht garantiert wird. Vielmehr wird lediglich ein maximaler Leistungsrahmen festgelegt. Mangels Angabe einer Mindestmenge ist es einem Bieter gegenständlich somit nicht möglich, eine Kalkulation des Angebotspreises ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken durchzuführen. Zu all dem kommt noch die grundsätzlich ungewisse Vertragslaufzeit und die damit zusammenhängende Frage der insgesamt zur Verfügung zu stellenden Lagerkapazitäten.

Maßgebliche Bedeutung kommt nach den Ausschreibungsunterlagen dem mit 90% gewichteten Preis zu. Da der Preis wie ausgeführt von den Bietern nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken kalkuliert werden kann, ist eine Vergleichbarkeit der Angebote im Sinne des § 96 Abs. 2 BVergG 2006 nicht gegeben. Bereits dieser Umstand musste zur Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung führen. Dennoch wird im Folgenden auf die weiteren Anfechtungspunkte eingegangen. Maßgebliche Bedeutung kommt nach den Ausschreibungsunterlagen dem mit 90% gewichteten Preis zu. Da der Preis wie ausgeführt von den Bietern nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken kalkuliert werden kann, ist eine Vergleichbarkeit der Angebote im Sinne des Paragraph 96, Absatz 2, BVergG 2006 nicht gegeben. Bereits dieser Umstand musste zur Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung führen. Dennoch wird im Folgenden auf die weiteren Anfechtungspunkte eingegangen.

Was die Übertragung des Qualitätsrisikos auf den Auftragnehmer betrifft, ist zunächst darauf zu verweisen, dass in den Ausschreibungsunterlagen ohnedies entsprechende Angaben über die zu erwartende Zusammensetzung der Aschen enthalten sind. Im Anbetracht der Tatsache, dass die weitere Behandlung derartiger Aschen gesetzlich umfassend geregelt ist und die dafür zulässigen Möglichkeiten einer Abweichung sehr beschränkt sind, erscheinen die Angaben in der Ausschreibung als ausreichend. Jedenfalls ist auf Grund der vorgeschriebenen Behandlungsmethode nicht erkennbar, warum die Art der Leistungserbringung bzw. die sich für den Auftragnehmer ergebenden Kosten verändern sollten, wenn die Aschen zukünftig wechselnde Qualitäten aufweisen. In diesem Punkt erweist sich die Anfechtung daher als nicht berechtigt.

Bezüglich der Frage, ob die Angebote zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen zu kalkulieren sind, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass es sich hierbei in der Ausschreibung bzw. Bekanntmachung um einen Fehler der Antragsgegnerin gehandelt hat. Auf Grund der langen Vertragsdauer sind veränderliche Preise anzubieten, wie sich auch aus dem Entsorgungsvertrag, der Preisveränderungen auf Basis des Verbraucherpreisindex vorsieht, ergibt (§ 24 Abs. 7 BVergG 2006). Bezüglich der Frage, ob die Angebote zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen zu kalkulieren sind, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass es sich hierbei in der Ausschreibung bzw. Bekanntmachung um einen Fehler der Antragsgegnerin gehandelt hat. Auf Grund der langen Vertragsdauer sind veränderliche Preise anzubieten, wie sich auch aus dem Entsorgungsvertrag, der Preisveränderungen auf Basis des Verbraucherpreisindex vorsieht, ergibt (Paragraph 24, Absatz 7, BVergG 2006).

Hingegen erweist sich die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Pönalregelung, soweit sie von einem Verschulden des Auftragnehmers unabhängig festgelegt wird, als im Widerspruch zur Bestimmung des § 879 Abs. 3 ABGB stehend. Auch der Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechtes verstößt eindeutig gegen gesetzliche Bestimmungen, diesbezüglich wäre eine Richtigstellung der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls erforderlich. Hingegen erweist sich die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Pönalregelung, soweit sie von einem Verschulden des Auftragnehmers unabhängig festgelegt wird, als im Widerspruch zur Bestimmung des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB stehend. Auch der Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechtes verstößt eindeutig gegen gesetzliche Bestimmungen, diesbezüglich wäre eine Richtigstellung der Ausschreibungsunterlagen jedenfalls erforderlich.

Zutreffend ist auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibung sei durch die Bekanntmachung eines befristeten Vertragsverhältnisses, obwohl ein unbefristetes abgeschlossen werden solle, rechtswidrig. Insoweit hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.7.2007 eine Klarstellung über die Vertragslaufzeit den Bietern übermittelt und gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen im Internet veröffentlicht. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ist jedoch eine Bekanntmachung weder im Amtsblatt der EU noch im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgt. Da es sich bei dem Inhalt des Schreibens vom 23.7.2007 um eine Berichtigung der Ausschreibung handelt, wäre diese gemäß § 90 BVergG 2006 entsprechend bekannt zu machen gewesen. Da dies nicht geschehen ist, liegt eine schwere Verletzung des Transparenzgebotes vor. Zutreffend ist auch das Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibung sei durch die Bekanntmachung eines befristeten Vertragsverhältnisses, obwohl ein unbefristetes abgeschlossen werden solle, rechtswidrig. Insoweit hat die

Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.7.2007 eine Klarstellung über die Vertragslaufzeit den Bietern übermittelt und gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen im Internet veröffentlicht. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ist jedoch eine Bekanntmachung weder im Amtsblatt der EU noch im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgt. Da es sich bei dem Inhalt des Schreibens vom 23.7.2007 um eine Berichtigung der Ausschreibung handelt, wäre diese gemäß Paragraph 90, BVergG 2006 entsprechend bekannt zu machen gewesen. Da dies nicht geschehen ist, liegt eine schwere Verletzung des Transparenzgebotes vor.

Soweit die Antragstellerin im Punkt 2.9 der „Ausschreibungsunterlagen“ die Möglichkeit des unbeschränkten Ersatzes einer mangelnden eigenen Befugnis eines Bieters durch Namhaftmachung geeigneter Subunternehmer erblickt, kann ihr Standpunkt nicht geteilt werden. Gemäß § 83 BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Kaufauftrages (ausgenommen Kaufverträge) unzulässig. Die tatsächliche Unzulässigkeit, einzelne Teile der Leistung durch Subunternehmer erbringen zu lassen, ist anhand vorliegender Angebote im Rahmen der Angebotsprüfung festzustellen. Die von der Antragstellerin bemängelte Formulierung ist möglicherweise missverständlich, bedeutet aber nicht die Möglichkeit der Weitergabe des gesamten Auftrages an einem befugten Subunternehmer. Im Hinblick auf die klare Regelung des § 83 BVergG 2006 wäre es nicht notwendig gewesen, diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Soweit die Antragstellerin im Punkt 2.9 der „Ausschreibungsunterlagen“ die Möglichkeit des unbeschränkten Ersatzes einer mangelnden eigenen Befugnis eines Bieters durch Namhaftmachung geeigneter Subunternehmer erblickt, kann ihr Standpunkt nicht geteilt werden. Gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Kaufauftrages (ausgenommen Kaufverträge) unzulässig. Die tatsächliche Unzulässigkeit, einzelne Teile der Leistung durch Subunternehmer erbringen zu lassen, ist anhand vorliegender Angebote im Rahmen der Angebotsprüfung festzustellen. Die von der Antragstellerin bemängelte Formulierung ist möglicherweise missverständlich, bedeutet aber nicht die Möglichkeit der Weitergabe des gesamten Auftrages an einem befugten Subunternehmer. Im Hinblick auf die klare Regelung des Paragraph 83, BVergG 2006 wäre es nicht notwendig gewesen, diese Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen.

Einen wesentlichen Punkt der Anfechtung bildet das Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibung sei deshalb rechtswidrig, weil unzulässigerweise der Ausschluss von Bergversatz und Verfestigung der anfallenden Aschen vorgesehen sei. Eine Behandlungsmethode wie Bergversatz oder Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderen Materialien wäre wirtschaftlich wesentlich günstiger und würde letztlich auch nicht die Möglichkeit der Rückgewinnung vereiteln. Die Einschränkung sei nicht rechtfertigbar und stelle somit eine Diskriminierung dar, die im Widerspruch zu § 19 Abs. 1 BVergG 2006 stehe. Einen wesentlichen Punkt der Anfechtung bildet das Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibung sei deshalb rechtswidrig, weil unzulässigerweise der Ausschluss von Bergversatz und Verfestigung der anfallenden Aschen vorgesehen sei. Eine Behandlungsmethode wie Bergversatz oder Verfestigung der Flugaschen mit Zement oder anderen Materialien wäre wirtschaftlich wesentlich günstiger und würde letztlich auch nicht die Möglichkeit der Rückgewinnung vereiteln. Die Einschränkung sei nicht rechtfertigbar und stelle somit eine Diskriminierung dar, die im Widerspruch zu Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 stehe.

Der Standpunkt der Antragsgegnerin und die von ihr dafür gegebenen Gründe, warum sie sich für die Behandlungsmethode in der Ausschreibung entschieden hat sind nachvollziehbar und vertretbar. Grundsätzlich muss es dem Auftraggeber überlassen bleiben, welche Art der Leistung er wünscht, hier konkret welche Art der Entsorgung der Aschen er vorsieht, wenn am Markt ausreichend Möglichkeiten vorhanden sind, die vom Auftraggeber gewünschten Leistungen zu erbringen. Dass durch die von der Auftraggeberin gewählte Behandlungsmethode der Kreis der Anbieter derart eingeschränkt wäre, dass von einem Wettbewerb nicht mehr gesprochen werden könnte, hat das Nachprüfungsverfahren nicht ergeben. Im Anbetracht der Tatsache jedoch, dass gegenständlich nur jene Bieter primär in Frage kommen, die über die Möglichkeit der Einlagerung in Untertagedeponien mit entsprechenden Zulassungen für die Ablagerung ungebundener Aschen verfügen, hält der Senat die Durchführung eines offenen Verfahrens für weniger geeignet. Nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens kommen derzeit nur vier Betreiber von Untertagedeponien für die Einlagerung der Aschen in Frage, die jedoch sämtliche außerhalb des Bundesgebietes liegen. Die beschränkenden Anforderungen an Alternativangebote, wie sie sich aus den Ausschreibungsbedingungen ergeben, kommen de facto einem Verbot von Alternativangeboten gleich.

Die zu entsorgenden Mengen bilden aber auch für jeden Bieter, der nicht selbst über eine entsprechende Untertagedeponie verfügt und sich daher die Lagerkapazitäten in anderen Deponien vertraglich sichern muss, eine

gewichtige Rolle bei der Kalkulation. Je größer die garantierten Jahresmengen sind, die eingebracht werden, desto günstigere Preise kann der Bieter pro Tonne erzielen. Dazu kommt, dass der Bieter eine entsprechende vertragliche Verpflichtung für den Fall der Rückführung der eingelagerten Aschen vereinbaren muss. Auch dabei handelt es sich um einen wesentlichen kostenrelevanten Umstand.

Durch die unpräzisen und teilweise widersprüchlichen Angaben der zu entsorgenden Mengen, sowie auf Grund der Tatsache, dass der Dienstleistungsvertrag unbefristet abgeschlossen werden soll, kann auf Grund der vorliegenden Ausschreibungsbedingungen ein Bieter nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken den Preis seines Angebotes ermitteln, sodass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben erscheint. Dazu kommt, dass die Teilnahmeberechtigte auf Grund der Tatsache, dass sie derzeit einen ähnlich gelagerten Leistungsvertrag zur Entsorgung der Aschen ausführt, einen unaufholbaren Wettbewerbsvorteil gegenüber jedem anderen Bieter hätte, weil sie im weiten Rahmen der Möglichkeiten, die ihr die Ausschreibungsunterlagen bieten, ein für sie kostendeckendes Angebot legen könnte. Somit hat die Antragsgegnerin letztlich aber auch gegen das Transparenzgebot verstoßen, weil die Ausschreibungsunterlagen nicht alle für die Berechnung des Angebotes wesentlichen Parameter enthalten, die notwendig wären, einen vergleichbaren Angebotspreis zu erzielen.

Aus diesen Gründen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung stattzugeben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 21.8.2007 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 21.8.2007 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Kostenersatz gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 normierten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über den Kostenersatz gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, normierten Voraussetzungen liegen vor.

Ungeachtet des Umstandes, dass von der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen angefochten wurden, naturgemäß ein präsumtiver Zuschlagsempfänger damit nicht gegeben sein kann (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) war jenes Unternehmen, das auf Grund des im Jahre 2003 vergebenen Vertrages die ausgeschriebenen Leistungen durchführt, da sie ihre Einwendungen gemäß § 22 Abs. 3 WVRG 2007 rechtzeitig erhoben hat, als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beizuziehen. Wenn auch von ihr nicht konkret dargelegt wurde, worin sie sich durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung in ihren rechtlich geschätzten Interessen unmittelbar nachteilig betroffen erachtet, (zumal die Antragstellerin sich nicht gegen die Erklärungen der Teilnahmeberechtigten ausgesprochen hat), ist dieses Interesse darin zu erblicken, dass die Teilnahmeberechtigte derzeit den Auftrag durchführt und in Kenntnis der Modalitäten der Auftragsausführung offenbar ein Interesse hat, dass die Ausschreibung in der kundgemachten Form aufrecht bleibt. Wenn sie damit auch indirekt einen durch ihre Kenntnisse der Auftragsdurchführung erlangten Wettbewerbsvorteil eingesteht, war anzunehmen, dass sie bei einer Stattgebung des Antrages in ihren Interessen nachteilig betroffen sein könnte. Ungeachtet des Umstandes, dass von der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen angefochten wurden, naturgemäß ein präsumtiver Zuschlagsempfänger damit nicht gegeben sein kann (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) war jenes Unternehmen, das auf Grund des im Jahre 2003 vergebenen Vertrages die ausgeschriebenen Leistungen durchführt, da sie ihre Einwendungen gemäß Paragraph 22, Absatz 3, WVRG 2007 rechtzeitig erhoben hat, als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beizuziehen. Wenn auch von ihr nicht konkret dargelegt wurde, worin sie sich durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung in ihren rechtlich geschätzten Interessen unmittelbar nachteilig betroffen erachtet, (zumal die Antragstellerin sich nicht gegen die Erklärungen der Teilnahmeberechtigten ausgesprochen hat), ist dieses Interesse darin zu erblicken, dass die Teilnahmeberechtigte derzeit den Auftrag durchführt und in Kenntnis der Modalitäten der Auftragsausführung offenbar ein Interesse hat, dass die Ausschreibung in der kundgemachten Form aufrecht bleibt. Wenn sie damit auch indirekt einen durch ihre Kenntnisse der Auftragsdurchführung erlangten Wettbewerbsvorteil eingesteht, war anzunehmen, dass sie bei einer Stattgebung des Antrages in ihren Interessen nachteilig betroffen sein könnte.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anfechtung von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung 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 Anfechtung von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Unzureichende Leistungsbeschreibung; mangelnde Kalkulierbarkeit.

Dokumentnummer

VERGT_20070927_5639_07_00

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