



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/074/7463/2017-37
G. GmbH

Wien, 6.7.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der G. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "B.-gasse, Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten, ...", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.5.2017 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin/Auftraggeberin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich "B.-gasse, Dachdecker-, Spengler- und

Zimmererarbeiten, ...". Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Die Angebote waren bis 13.12.2016, 14:00 Uhr zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Schreiben vom 19.5.2017 hat die Auftraggeberin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung per Fax versendet. Darin wird die Absicht bekanntgegeben, der J. KG (präsumtive Zuschlagsempfängerin / Teilnahmeberechtigte) in H. den Zuschlag zu erteilen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Akteneinsicht und Pauschalgebührenersatz. Der Antrag ist am 29.5.2017 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt.

Zum Interesse am Vertragsabschluss bringt die Antragstellerin vor, dass sie sich am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Legung eines Angebotes beteiligt habe und verweise dazu auch auf die Einbringung dieses Nachprüfungsantrages.

Der Antragstellerin drohe bei Aufrechterhaltung der bekämpften Zuschlagsentscheidung ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses, nämlich des kalkulierten Gewinns und der Deckungsbeiträge, sowie der frustrierten Kosten für die Angebotserstellung und der Rechtsberatungskosten in einer im Antrag bezifferten Höhe.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass gemäß der Leistungsgruppe 32 (richtig: 36), sowohl OG 01 (Hausseitige Erhaltung) und OG 02 (Thewosan) Zimmermeisterarbeiten auszuführen seien. Für die Ausführung der Leistungsgruppe 32 (richtig: 36) (Zimmermeisterarbeiten) bedürfe es der Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe des Holzbau-Meisters (vormals Zimmermeister genannt). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin halte lediglich Gewerbeberechtigungen für die reglementierten Gewerbe des Dachdeckers und des Spenglers. Zwar stehe Gewerbetreibenden nach § 32 Absatz 1 Z 1 GewO das Recht (auch als „Nebenrecht“ bezeichnet) zu, Leistungen

anderer Gewerbe zu erbringen, die die eigene Leistung sinnvoll ergänzen, jedoch nur in einem geringen Umfang. Von einem geringen Umfang werde unter Hinweis auf Judikatur bspw. bei 2,8 % bzw. 6,43 % ausgegangen. Nach einer Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit solle bei der Beurteilung eines geringen Umfangs von bis zu 10 % des Gesamtentgelts ausgegangen werden. Die Antragstellerin gehe bei der Aufteilung des Gesamtentgelts auf die einzelnen Leistungsgruppen davon aus, dass weit mehr als 10 % des Gesamtentgeltes auf die geforderten Zimmermeisterarbeiten (LG 32, sowohl OG 01 und OG 02, richtig: LG 36) entfallen würden, nämlich in etwa 40 % des Gesamtentgeltes, womit der Schwellenwert der zulässigen Ausübung von Nebenrechten jedenfalls bei weitem überschritten sei. Daraus ergebe sich, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die erforderliche Befugnis fehle. Die Antragsgegnerin hätte diese Befugnis prüfen müssen und sich nicht mit einer Eigenerklärung begnügen dürfen.

Auch bestehe die Vermutung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Subunternehmer für die gegenständliche Leistungsgruppe (Zimmermeisterarbeiten) im Angebot genannt habe bzw. keine Erklärung des Subunternehmers (Beilage 13.07.3) dem Angebot angeschlossen habe. Dies stelle einen unbehebaren Mangel dar, weil anderenfalls die Auftraggeberin die Eignung des Bieters nicht prüfen könne. Schließlich sei nach den Bestimmungen des BVergG 2006 mit einer Eigenerklärung, welche das Fehlen der Befugnis nicht oder unrichtig angebe, ein zwingender Ausschlussgrund gegeben und müsse die Befugnis bereits „zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe“ vorliegen. Aus diesen Gründen hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen.

Die ausgeschriebene Leistung umfasse neben den Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten auch Leistungen der Abfallsammlung im Sinn des Abfallrechts als Auftragnehmerleistung, nämlich im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis in Obergruppe 01 „Hausseitige Erhaltung“ (Leistungsgruppe „Abbruch“) die Positionen 02.9103C, 02.9103D, 02.9103F und 02.9.103I. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle insbesondere eine Bewilligung gemäß § 24a AWG, welche für die vollständige Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sei. Es werde davon ausgegangen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin diesbezüglich auch keinen Subunternehmer im Angebot

genannt habe, weshalb es ihr auch diesbezüglich an der Eignung fehle und ihr Angebot hätte ausgeschieden werden müssen. Nach den Bestimmungen im Ausschreibungs-LV (LG 02 Abbruch, Pkt. 9.1 Gefährliche Abfälle) sei die Auftragnehmerin Abfallbesitzerin und handle es sich um eine abfallwirtschaftsrechtliche Sammlung, für welche entsprechende Bewilligungen vorhanden sein müssen.

Gewerberechtlich sei das Sammeln von Abfällen von den Nebenrechten der Gewerbetreibenden gemäß § 32 Abs. 1 Z 7 GewO umfasst. Abfallrechtliche Regelungen blieben durch die Gewerbeordnung jedoch unberührt und seien zusätzlich zu beachten. Gemäß diesen abfallrechtlichen Bestimmungen bedürfe einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann gemäß § 24a ff AWG, wer Abfälle sammle oder behandle. Aufgrund des oben bezeichneten Leistungsumfanges sei die Auftragnehmerin des verfahrensgegenständlichen Auftrages Sammlerin von Abfällen bzw. Abfallbesitzerin. Folglich würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Fall der Zuschlagserteilung und Erbringung des Auftrages Abfallbesitzerin, weil sie die tatsächliche Sachherrschaft über die zu entsorgenden bzw. verwertenden Materialien haben würde. Gemäß den laut Ausschreibungs-LV zu erbringenden Leistungen müsse der Bieter für vier im Antrag bezeichnete Schlüsselnummern über eine Sammlererlaubnis gemäß § 24a AWG verfügen, um eine umfassende Eignung zu belegen.

Gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und habe die Auftraggeberin die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Vorlage sämtlicher Eignungsnachweise zu dieser und ihren Subunternehmern aufzufordern und diese Nachweise zu prüfen. Gemäß einer Registerabfrage im Elektronischen Datenmanagement Umwelt (EDM) sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin aber nicht gemäß § 21 Abs. 1 AWG als Abfallsammlerin oder -behandlerin registriert und daher zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen nicht oder nicht ausreichend befugt. Ein allfälliger Berechtigter im Sinn des § 15 AWG wäre jedenfalls und spätestens mit Beilage 13.07.2 „Antrag auf Genehmigung des Subunternehmers“ zum Angebot als notwendiger Subunternehmer zu nennen gewesen. Weiters wäre bereits mit dem Angebot eine Verpflichtungserklärung des Subunternehmers vorzulegen gewesen. Die Antragstellerin gehe davon aus,

dass die präsumentive Zuschlagsempfängerin für diese in der Obergruppe 01 „Hausseitige Erhaltung“ (Leistungsgruppe „Abbruch“) zu erbringenden Abfallsammlerleistungen keine geeigneten Subunternehmer benannt habe. Für den Nachweis der Befugnis müssten bei Angebotslegung erforderliche Subunternehmer bekannt sein, weil anderenfalls die Auftraggeberin die Eignung des Bieters nicht prüfen könne.

Mit Schriftsatz vom 8.6.2017 bezog die Antragsgegnerin Stellung zum Nachprüfungsantrag und brachte vor, dass die Ausführungen im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen auf Vermutungen bzw. Unterstellungen beruhten. Sie seien das Resultat einer Verkennung des § 118 Abs. 5 BVergG 2006 und der im Rahmen der Angebotsöffnung zu verlesenden Angaben.

Die Antragstellerin meine offenbar, dass Subunternehmer im Rahmen der Angebotsprüfung zu verlesen wären und leite aus dem Umstand der Nichtverlesung ab, dass bei der präsumentiven Zuschlagsempfängerin im Angebot keine Subunternehmer genannt worden seien. Bei der Aufzählung im § 118 Abs. 5 BVergG 2006 handle es sich um eine taxative Aufzählung, weshalb den Bietern andere Angaben nicht zur Kenntnis gebracht werden dürfen. Der VwGH verweise zur Einschränkung des § 118 Abs. 5 vorletzter Satz BVergG 2006 auf § 23 Abs. 1 BVergG 2006, wonach Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ausgehend vom Gebot der Vertraulichkeit erscheint es aus Sicht des VwGH nicht nur sachlich gerechtfertigt, sondern auch notwendig, dass der Gesetzgeber die Verlesung von Bieterangaben zu anderen Zuschlagskriterien als dem Preis nur dann zulässt, wenn der Bieter mit der Verlesung dieser Angaben rechnen muss, wenn deren Verlesung schon in der Ausschreibung angekündigt ist. Faktum sei, dass die Verlesung von Subunternehmern nicht in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen gewesen sei.

Nennungen von Subunternehmern seien keine „wesentlichen Erklärungen“ im Sinn des § 118 Absatz 5 Z 3 BVergG 2006 und werde dazu auf Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen. Die Nennung eines Subunternehmers sei keine Erklärung zum Angebot, sondern eine schlichte Angabe im Sinn des § 108 Absatz 1 Z 2 BVergG 2006. Subunternehmernennungen seien ebenso wenig

„wesentliche Erklärungen“ wie Eignungsnachweise oder Schlüsselpersonal; sie müssen und dürfen im Rahmen der Angebotsöffnung nicht verlesen werden und habe dies auch das Verwaltungsgericht Wien in einer Entscheidung klargestellt.

Ebenfalls nicht nachvollziehbar sei die Unterstellung der Antragstellerin, wonach das Vorhandensein eines Antrages auf Genehmigung von Subunternehmern in die Niederschrift zu Angebotsöffnung aufgenommen werden hätte müssen. Dabei werde offensichtlich verkannt, dass der Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern samt Verpflichtungserklärung Teil des Angebotsformblattes sei, konkret Beilagen 13.07.2 bis 13.07.3. Das Vorhandensein des Angebotsformblattes MD BD-SR 75 sei jeweils vermerkt. Dass jede Seite und Beilage des Angebotsformblattes MD BD-SR 75 extra aufgeführt werde, sei weder notwendig noch sinnvoll/machbar. Entsprechend § 118 Abs. 4 letzter Satz BVergG 2006 seien alle Bestandteile des Angebots während der Angebotsöffnung gelocht worden, womit sichergestellt sei, welche einzelnen Seiten bei der Angebotsöffnung vorhanden gewesen seien.

Zur Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für Zimmererarbeiten gehe die Antragstellerin von falschen Fakten aus. Selbstverständlich habe die Auftraggeberin die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft. Faktum sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits im Angebot einen Subunternehmer für die Zimmererarbeiten benannt und auch eine entsprechende Subunternehmererklärung des Subunternehmers beigebracht habe. Die Befugnis sei also gegeben. Dass die Beilagen 13.07.2 bis 13.07.3 zum Angebotsformblatt bereits im Angebot enthalten gewesen seien, lasse sich aus den Vermerken und der „Stanzung“ im Rahmen der Angebotsöffnung nachvollziehen. Die einzelnen Prüfschritte und Nachweise seien im Vergabeakt umfassend dokumentiert. Der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidensgrund (§ 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006) liege mithin nicht vor.

Zur Befugnis für das Sammeln und Behandeln von Abfällen verkenne die Antragstellerin die Sach- und Rechtslage. § 32 Abs. 1 GewO 1994 normiere die sonstigen Rechte aller Gewerbetreibenden unabhängig von deren Einstufung als Erzeuger, Händler oder Dienstleister. Die Rechte des § 32 leg. cit. stünden auch freien Gewerben zu. Der Verwaltungsgerichtshof betone, dass im Zweifel eine extensive Auslegung der im § 32 GewO 1994 gefassten Nebenrechte

vorzunehmen ist. Grundsätzlich sei das Sammeln und Behandeln von Abfällen ein gewerbliches Nebenrecht nach § 32 Absatz 1 Z 7 GewO 1994. Sammeln und Behandeln von Abfällen sei durch die genannte Bestimmung nur dann nicht mehr „gedeckt“, wenn bei der Tätigkeit des Sammelns und Behandeln von Abfällen die Voraussetzungen gemäß § 32 Abs. 2 GewO 1994 nicht mehr eingehalten würden, also zum Beispiel der „wirtschaftliche Schwerpunkt“ eines Betriebes nicht mehr gegeben ist. Schon aufgrund der Vorgaben im Leistungsverzeichnis könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 GewO 1994 durch die anfallenden Abfälle nicht mehr gegeben wären. Außerdem werde mit § 32 Abs. 5 GewO 1994 klargestellt, dass das Sammeln und Behandeln von Abfällen, soweit es nicht ohnedies durch § 32 Abs. 1 Z 7 GewO 1994 gedeckt ist, jedenfalls ein freies Gewerbe sei. Unter Hinweis auf Literatur wird abschließend festgehalten, dass es für die Sammlung und Behandlung jener Abfälle, die im Rahmen der Leistungserbringung anfallen, daher keiner gesonderten gewerbe- oder abfallrechtlichen Berechtigung bedürfe. Der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidensgrund (§ 129 Absatz 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006) liege sohin nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 30.5.2017 hat sich die Teilnahmeberechtigte dem Verfahren angeschlossen und zusammengefasst vorgebracht, dass sie für die Zimmererarbeiten einen Subunternehmer im Angebot genannt habe und eine Erklärung des Subunternehmers dem Angebot angeschlossen sei. Die Behauptung der Antragstellerin, dass sie eine Eigenerklärung abgegeben habe, die von der Antragsgegnerin nicht geprüft worden sei, sei unrichtig.

Der von der Antragstellerin behauptete unbehebbarer Mangel liege nicht vor, der Ausschlussgrund sei nicht verwirklicht.

Zur abfallwirtschaftlichen Sammelnerlaubnis werde auf § 32 Absatz 1 Z 7 GewO 1994 verwiesen. Von der Berechtigung in dieser Bestimmung seien alle Arten von Abfällen, sowohl gefährliche als auch nicht gefährliche, erfasst. Es seien die abfallrechtlichen Regelungen wie die allgemeinen Behandlungspflichten für Abfallbeseitiger gemäß § 15 AWG zu beachten und sei dafür nicht nötig, eine eigene Gewerbeberechtigung oder eine abfallrechtliche Erlaubnis nach § 24a AWG einzuholen. Bei den ausgeschriebenen Arbeiten würden lediglich Abfälle anfallen, die im Betrieb dieser, nämlich bei der Verrichtung von Dachdecker-,

Spengler- sowie durch den Subunternehmer verrichtete Zimmererarbeiten gesammelt würden. Solche seien gemäß § 24a Absatz 2 Z 1 AWG nicht genehmigungsbedürftig. Der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin fehle es demnach weder an der Eignung noch sei eine abfallwirtschaftliche Sammelerlaubnis erforderlich.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2017 brachte die Antragstellerin vor, dass sie das Vorbringen der Antragsgegnerin zur Verlesungspflicht im Rahmen der Angebotsöffnung als für die Entscheidung der hier zu lösenden Sach- und Rechtsfragen als bedeutungslos ansehe. Zur fehlenden Befugnis für die Erbringung von Zimmermeisterarbeiten im ausgeschriebenen Umfang brachte sie zusammengefasst vor, dass nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten aus dem Vergabeakt zu klären sei, ob ein solcher Subunternehmer im Angebot ausschreibungskonform genannt worden sei. Zur fehlenden abfallrechtlichen Erlaubnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führte sie zusammengefasst aus, dass unabhängig vom § 32 GewO die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedenfalls eine Erlaubnis des Landeshauptmannes gemäß § 24a Abs. 1 AWG besitzen oder einen entsprechenden Subunternehmer genannt haben müsse. Aus dem von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme wiedergegebenen Zitat sei nichts zu gewinnen, da sich dieses auf eine alte Rechtslage beziehe. Richtig nach geltendem Recht sei vielmehr, dass die abfallrechtliche Erlaubnis die Gewerbeberechtigung nicht ersetze. Die Gewerbeordnung regle ausschließlich gewerberechtliche Aspekte und genieße keinen Vorrang gegenüber dem AWG. Im Zuge der Abbrucharbeiten entstehe Abfall, dessen Besitzer zunächst die Auftraggeberin sei und gehe die Verantwortung für die Entsorgung der Abfälle auf den Auftragnehmer über, da dieser entscheide, welchem Entsorger er die Abfälle übergeben werde. In der Ausschreibung seien keine Deponien vorgegeben und hätten die Bieter laut Ausschreibung die abfallrechtlichen Kosten und Abgaben in ihren Einheitspreisen zu kalkulieren und für die rechtskonforme Entsorgung zu sorgen. Stehe es, wie im gegenständlichen Fall, dem Auftragnehmer frei, die Entscheidung über die Auswahl des Entsorgers zu treffen, übernehme er den Abfall und werde Abfallbesitzer. Daraus werde klar, dass es sich um eine abfallwirtschaftsrechtliche Sammlung handle, für die entsprechende Bewilligungen vorhanden sein müssen. Verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht selbst über die Befugnis zur Sammlung des

vertragsgegenständlichen Abfalls oder zu dessen Behandlung, sei sie gemäß § 15 Absatz 5a AWG dafür verantwortlich, dass die Abfälle an einen in Bezug auf die Abfallart berechtigten Abfallsammler oder -behandler übergeben werden und die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit beauftragt werde. Dieser Sammler habe über eine Erlaubnis gemäß § 24a AWG zu verfügen und wäre im Angebot in der Beilage 13.07.2 zu nennen gewesen.

Zu dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen Ausnahmetatbestand des § 24a Absatz 2 Z 1 AWG sei auszuführen, dass sich dieser nur auf innerbetrieblich entstandene Abfälle, die erst gar nicht in den Abfallstrom/Wirtschaftskreislauf gelangten, beziehe, weil sie im selben Betrieb im Einklang mit den einschlägigen Umweltschutznormen wieder behandelt würden. Die Ausnahme der Z 1 finde die teleologische Rechtfertigung in der Überlegung, dass die den Betrieb betreffenden Umweltschutznormen die abfallrechtlichen Schutznormen ausreichend ersetzen. Deshalb müsse es sich auch bei einem Betrieb im Sinn der Z 1, indem Abfall anfalle, der erlaubnisfrei behandelt werden dürfe, um eine gewerbliche Betriebsanlage handeln, was eine Baustelle/Haus von Wiener Wohnen nicht sei. Weiters gelte diese Ausnahme nur für das Behandeln von Abfall, aber nicht für das Sammeln und sei die Heranziehung demnach denkunmöglich und verfehlt. Letztlich habe auch der angeblich genannte Subunternehmer keine Sammlerlaubnis gemäß AWG.

Am 4.7.2017 erstattete die Antragsgegnerin eine Stellungnahme und führte aus, dass sich aus dem Vergabeakt eindeutig entnehmen lasse, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis nachweislich verfüge.

Die Antragstellerin gehe zunächst zu Unrecht davon aus, dass auch ein bloßer Abfallbesitzer eine Erlaubnis zur Sammlung von Abfällen gemäß § 24a Abs. 1 AWG benötigen würde, was unrichtig sei. Aus diesem Wortlaut ergebe sich, dass nur die Tätigkeiten der Sammlung und Behandlung von Abfällen eine Erlaubnispflicht nach der genannten Bestimmung auslösen würden. Die Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Auftragnehmerin aufgrund des Leistungsumfanges Abfallbesitzer im Sinn des AWG werde, führe jedenfalls nicht zur Erlaubnispflicht. Der reine Besitz von Abfällen werde nach dem Wortlaut nicht einer Erlaubnispflicht unterstellt.

Weiters sei die im Leistungsumfang enthaltene Tätigkeit der Entgegennahme von Abfällen aus dem Abbruch von der Erlaubnispflicht ausgenommen und werde auf § 24a Absatz 2 Z 5 AWG verwiesen. Alle Bau- und Handwerksunternehmen, die Materialien, Baustoffe und andere Produkte im Rahmen ihrer erwerbsmäßigen Tätigkeiten liefern, seien daher auch ohne abfallrechtliche Erlaubnis berechtigt, gleichartige Materialien und Stoffe, die bei den Tätigkeiten als Abfälle anfallen, zur Weitergabe an befugte Sammler und Behandler von Abfällen zurückzunehmen. In den Erläuterungen zur Abfallbilanzverordnung werde der Dachdecker, der als Abfall angefallene Dachziegel zurücknehme, ausdrücklich als Beispiel für einen erlaubnisfreien Rücknehmer angeführt. Diese Ausnahme treffe auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin als künftige Auftragnehmerin zu. Die Lieferung von Baustoffen und anderen Produkten (insbesondere Dachziegeln) sei Gegenstand des gleichen Auftrages wie die Übernahme von Abfällen aus dem Abbruch, was nach den Vorgaben des AWG gar nicht erforderlich wäre. Im Ergebnis lasse sich festhalten, dass entgegen den Behauptungen der Antragstellerin für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen von vornherein keine Erlaubnis nach § 24a AWG als Abfallsammlerin erforderlich sei.

Am 5.7.2017 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme und führte aus, dass entgegen der Stellungnahme der Antragsgegnerin der Auftragnehmer Abfallbesitzer im Sinn des AWG werde. Eine Differenzierung zwischen Abfallbesitzer, welche eine Erlaubnis gemäß § 24a AWG nicht benötigen und solchen, welche eine solche benötigen, könnte nur für solche Abfallbesitzer Sinn machen, die Abfälle weder sammeln noch behandeln. Auch für diese gelte jedoch die Pflicht des § 15 AWG. Umgelegt auf den verfahrensgegenständlichen Auftrag bedeute dies, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin, wenn sie selbst über keine Erlaubnis verfüge, die Abfälle/den Abbruch einem Sammler und/oder Behandler zu übergeben habe, der über eine solche Erlaubnis gemäß § 24a AWG verfüge. Einen solchen habe sie jedoch nicht genannt.

Der nun von der Antragsgegnerin herangezogene Ausnahmetatbestand der erlaubnisfreien Rücknahme greife zu kurz. Die Ziffer 5 enthalte auch für den erlaubnisfreien Rücknehmer die Pflicht zur Weitergabe des Abfalls an einen berechtigten Abfallsammler oder -behandler. Dies ändere nichts an der Verpflichtung des § 15 AWG, sondern unterstreiche diese sogar, wonach die

präsumtive Zuschlagsempfängerin des ausgeschriebenen Auftrags den Abbruch einem Abfallsammler oder -behandler mit Erlaubnis zu übergeben habe. Einen solchen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot jedoch nicht genannt.

§ 15 Abs. 5 AWG gelte für jeden Abfallbesitzer. Die Ziffer 5 des § 24a Abs. 2 AWG Stelle keine Ausnahme von dieser Verpflichtung dar. Dass in den Gesetzesmaterialien Dachdecker erwähnt würden, heiße nicht, dass ein Dachdecker stets von der Erlaubnispflicht des § 24a oder den Pflichten des § 15 AWG ausgenommen sei. Folglich führe kein Weg daran vorbei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Erfüllung des ausgeschriebenen Vertrages über einen Sammler mit Erlaubnis gemäß § 24a AWG verfügen und diesen im Angebot nennen müsse. Selbst wenn also die Ausnahme der Ziffer 5 des § 24a Abs. 2 AWG anwendbar sei (oder eine andere Ausnahmebestimmung dieses Absatzes) ändere sich an den Verpflichtungen des § 15 Abs. 5 bis 5b AWG nichts.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 31.5.2017 wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Am 6.7.2017 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche im Wesentlichen folgenden Verlauf hatte:

ASTV gibt auf Frage aus dem Senat, wonach ein Subunternehmer für die gewerberechtliche Befugnis im Angebot der TNB genannt ist, kein weiteres Vorbringen ab.

AGV und TNBV verweisen diesbezüglich auf ihr bisheriges Vorbringen.

ASTV auf Frage aus dem Senat, zum Abfallbesitzer: Abfallbesitzer ist nach unserer Ansicht derjenige, der den Abfall erzeugt und wird auf die Bestimmung des § 15 Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (AWG) verwiesen. Der Abfallbesitzer ist verpflichtet, den Abfall an einen Berechtigten weiterzugeben, wenn er die Befugnis nicht selbst hat, weshalb eine Nennung des Berechtigten im Angebot erforderlich wäre.

AGV entgegnet, der Begriff Abfallbesitzer wird in der Rechtsprechung sehr weit gesehen, als Abfallbesitzer hat er den Abfall an einen befugten Sammler oder Behandler zu übergeben. Im gegebenen Fall wird auf § 24a Abs. 2 Z 5 AWG verwiesen. Als erlaubnisfreier Rücknehmer wäre er dann befugt, weil er erlaubnisfrei gestellt ist. Nach dem Zweck des AWG sollen kleine Abfallmengen, die typischerweise bei kleinen Aufträgen anfallen, mitumfasst sein.

Vorgelegt wird Erläuterung zur Abfallnachweisverordnung und zur Abweisbilanzverordnung (wird als Beilage ./A und ./B zum Verhandlungsprotokoll genommen).

ASTV kennt diese Unterlagen und hält dagegen, dass diese nicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes entgegenstehen können. Sie sind deswegen nur so zu verstehen, dass der Rücknehmer selbst über keine Erlaubnis nach § 24a AWG verfügen muss. Nach unserer Ansicht und dem Wortlaut des Gesetzes („zur Weitergabe an einen berechtigten Abfallsammler oder –behandler“) ist nur die Rücknahme zur Weitergabe ausgenommen.

TNBV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und schließt sich den Ausführungen des AGV an. Ein Eignungsnachweis im fraglichen Sinn war nicht gefordert und wird auf Punkt 6 der Leistungsgruppe 02 Abbruch sowie auf Rechtsprechung des Kärntner Landesverwaltungsgerichtes: KLVWG 2854/14/2014 verwiesen.

Zum im Schriftsatz zitierten Ausnahmetatbestand des § 24a Abs. 2 Z 1 AWG führt der TNBV aus: Wir sehen die Baustelle wie einen eigenen Betrieb an, das Werk das geschuldet wird, umfasst auch die Abfallbehandlung. Als Betriebsbegriff wäre hier jener wie bei der Kommunalsteuer heranzuziehen, wonach jeder Ort, wo gearbeitet wird, als Betrieb angesehen wird.

ASTV verweist dazu auf sein bisheriges Vorbringen und weist nochmal hin, dass keine eigene gewerberechtliche Befugnis für die Abfallbehandlung als erforderlich gesehen wird. Zum Punkt 6 der Leistungsgruppe 02 wird hingewiesen, dass zwar der Nachweis spätestens mit Schlussrechnung zu erfolgen hat, die Eignung jedoch im maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen muss.

Zur Ausnahmebestimmung der Ziffer 5 wird vom ASTV nochmals ausgeführt,

dass die Abfälle an einen befugten Sammler zu übergeben sind und wird auf die Abfallbilanzverordnung verwiesen. Mit der Übergabe an einen Sammler werden die Abfallströme vollständig bilanziert und darauf hat der Gesetzgeber nicht verzichtet. Nach unserer Ansicht ist nicht erforderlich, dass der erste Abfallbesitzer bereits über die Befugnis verfügen muss.

AGV bestreitet, dies stünde im Widerspruch zu § 24a Abs. 2 Z 5 AWG und der Abfallnachweisverordnung und den Materialien dazu. Verwiesen wird auf die Beilage ./A, zu § 4 bei Anmerkungen.

ASTV erwidert, dass sich dies mit dem Vorbringen der AST-Seite decke. Der Rücknehmer muss nicht über eine Erlaubnis verfügen, die Weitergabe muss aber an einen Berechtigten erfolgen.

Auf die Frage aus dem Senat, in wie weit die Übergabe an einen nach AWG befugten Abfallsammler Teil der zu erbringenden Leistung sei oder nicht und von einem Subunternehmer auszugehen oder nicht auszugehen sei, geben die Parteien folgende Stellungnahmen ab:

ASTV führt aus, die Übergabe an einen befugten Abfallsammler sei Teil der vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu erbringenden Leistung. ASTV leitet das aus dem Leistungsverzeichnis, Seite 12 oben, unter Punkt 11, dritter Aufzählungsstrich von unten, ab, wo entsprechende Leistungen angeführt seien.

AGV bringt dazu vor: bei der vom ASTV genannten Stelle des Leistungsverzeichnisses handle es sich um eine Standardposition LBH. In den Vorbemerkungen 02 Abbruch seien die im Zuge der Abbrucharbeiten zu erbringenden Leistungen standardmäßig angeführt. Es sei bisher unstrittig gewesen, dass diese Leistungen vom § 24a Abs. 2 Z 5 AWG mitumfasst seien.

TNBV gibt dazu an, dass das Sammeln durch den Handwerker auf der Baustelle vor Ort durch § 24a Abs. 2 Z 5 AWG erlaubnisfrei abgedeckt sei. In der Praxis vor Ort sei dies auch gar nicht anders möglich.

Hingewiesen wird vom TNBV, dass mit dem eben angesprochenen Sammeln vor Ort auf der Baustelle nicht der Abfallsammler im Sinne des AWG gemeint ist.

Zur Frage des Leistungsumfanges wird auf Frage aus dem Senat vom AGV ausgeführt: Es handelt sich gegenständlich um die Generalsanierung des Daches, das alte Dach wird gegen ein neues getauscht mit allem was dazu gehört laut Leistungsverzeichnis. Der Dachstuhl bleibt jedoch erhalten, er wird nur zusätzlich entsprechend der statischen Anforderungen gestützt.

Der TNB gibt auf Frage aus dem Senat zur Abfallbehandlung in seinem Unternehmen an: Wir sind als Dachdecker und Spengler in zwei Sparten tätig und orientieren uns bei der Abfallbehandlung und –entsorgung an den gesetzlichen Vorschriften. Im gegenständlichen Fall ist vorgesehen, dass wir den Abfall selbst mit unserem Fuhrpark zum Entsorgungsunternehmen transportieren. Mit einem Entsorgungsunternehmen arbeiten wir ständig bzw. zum großen Teil zusammen. Auch die im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit anfallenden gefährlichen Abfälle werden zu diesem Entsorgungsunternehmen gebracht.

Auf Frage zum Ausnahmetatbestand der Ziffer 5 im Zusammenhang mit den gefährlichen Abfällen bringt der AGV vor: Dies bedeutet, dass nicht unverhältnismäßig viel Material zurückgenommen wird und im Gegenzug nichts bzw. weniger eingebaut wird.

Zum angesprochenen Verhältnis in der Ziffer 5: Leistungsgegenstand ist ein neues Dach gegen ein altes Dach, d.h. es wird nicht mehr verbaut als heruntergenommen wird, aber auch nicht weniger.

ASTV ergänzt, dass ein reines Abbrechen und Abtransportieren von der Ziffer 5 nicht erfasst wäre. Die Ziffer 5 normiere die Weitergabe an einen Abfallsammler oder –behandler und sehe keine Ausnahme von der Abfallnachweispflicht vor. Gegenständlich sehen wir mit der Übergabe an einen berechtigten Sammler oder Behandler den Auftrag als erfüllt an.

Auf Frage aus dem Senat, wie die Festlegung im Leistungsverzeichnis wonach Leistungsumfang das Verwerten/Deponieren/Entsorgen sei, zu verstehen sei, teilt der AGV mit, dass Entsorgen auch die Weitergabe an einen Berechtigten umfasse.

Auf Frage aus dem Senat gibt der AGV an, dass in der Ausschreibung die Bekanntgabepflicht von unwesentlichen Subunternehmern nicht eingeschränkt worden ist.

Zur Frage, ob der nach AWG befugte Sammler, an den zu vergeben sei, im Fall einer Subunternehmereigenschaft wesentlicher oder unwesentlicher Subunternehmer sei und was die Parteien im Fall eines unwesentlichen Subunternehmers folgern würden, geben die Parteien Folgendes an:

ASTV gibt an, dass den Angebotsunterlagen seiner Ansicht nach zu entnehmen sei, dass jeder Subunternehmer angegeben werden müsse. Er verweist dazu auf Punkt 3.2. der Allgemeinen Angebotsbestimmung der Stadt Wien (WD 307), wonach auch unwesentliche Subunternehmer bekannt zu geben seien. Außerdem müsse der Bieter entweder selber über eine Sammler- bzw. Behandlerbefugnis nach AWG verfügen, oder an einen nach AWG für das Sammeln und Behandeln befugten Unternehmer übergeben. Der Grund dafür sei, dass der Bieter zum Besitzer des Abfalles werde, weil er die Verantwortung für den Abfall zu übernehmen habe.

AGV führt aus, es würde sich um ein Behandeln des Abfalles durch den Auftragnehmer handeln. Das Leistungsverzeichnis und die betreffenden Bestimmungen der Standard-LBH seien so zu verstehen, dass der Unternehmer selbst den Abbruch durchzuführen und den Abfall an einen befugten Behandler zu übergeben habe. Die Nachweisführung der Übergabe an einen befugten Behandler habe erst im Rahmen der Legung der Schlussrechnung zu erfolgen. Es liege daher kein Subunternehmer vor und sei der nach AWG berechnete Abfallbehandler folglich auch nicht als Subunternehmer zu benennen.

TNBV schließt sich den Ausführungen des AGV an.

Der TNBV zieht seinen Antrag, den AST zum Ersatz der Kosten zu verpflichten, zurück.

Die Verfahrensparteien stellen keine weiteren Beweisanträge.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Vergabeaktes, der im Verfahren vorgelegten Urkunden und dem Ergebnis der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich "B.-gasse, Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten, ...". Das Ende der Angebotsfrist war der 13.12.2016. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin hat sich neben neun anderen Bietern an dem Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot gelegt.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das einen Nichtigerklärungsantrag gemäß § 20 WVRG 2014 auf Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und auf Kostenersatz am 29.5.2017 beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht hat.

Unstrittig wurde laut Niederschrift zur Angebotsöffnung vom 13.12.2016 (Ordner 1/3) zum Angebot der Teilnahmeberechtigten (Bieter 050) verlesen:

- Name bzw. unternehmensrechtlicher Firmenwortlaut, Geschäftssitz: J. KG, W.-Straße, H.
- Gesamtpreis ohne USt, allfällig Nachlässe und Aufschläge: Euro 1.8^{**}.^{***},^{**}
- Erklärungen, Teil-, Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote, fehlende Angebotsbestandteile, Bieterangaben hinsichtlich Zuschlagskriterien:
Beiliegende Angebotsbestandteile: SR 75, Kurz-LV, Formblätter K3, Formblatt K4, div. Eignungsnachweise, Datenträger; Beilage 13.02 (Gesamtlaufzeit der Gewährleistung angeboten: 6 Jahre)

Der dem gegenständlichen Vergabeverfahren zugrunde liegende Auftrag umfasst die Generalsanierung und Wärmedämmung des Daches der genannten Wohnhausanlage. Das Dach der Wohnhausanlage soll mit allem Zubehör

erneuert werden, wobei der Dachstuhl erhalten bleiben und nur zusätzlich entsprechend den statischen Anforderungen gestützt werden soll. Das Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung beinhaltet in der Obergruppe 01 (OG 01) Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten (Hausseitige Erhaltung) sowie die Wärmedämmung von Dachflächen (Thewosan) in der Obergruppe 02 (OG 02) (Ordner 1/1 des Vergabeaktes). In der OG 02 sind auch Leistungen zum Abbruch genannt.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot angegeben, über die Befugnis des Dachdeckers für die LG 22 und des Bauspenglers für die LG 23 selbst zu verfügen und für die LG 36, welche die Befugnis des „Zimmerers“ (nunmehr Holzbaumeisters) erfordert, einen Subunternehmer namhaft zu machen (Ordner 1/3). Der Subunternehmer wurde im Angebot der Teilnahmeberechtigten in der Beilage 13.07.2 (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) und in der Beilage 13.07.3 (Erklärung des Subunternehmers) zum Leistungsteil „Zimmererarbeiten“ (nunmehr Holzbaumeisterarbeiten) genannt. Diese Beilagen weisen eine Stanzung auf, sodass ohne Zweifel feststeht, dass diese Angaben mit dem Angebot erfolgt sind.

Dem Vergabeakt (Ordner 1/3) ist im Teil der Angebotsprüfung zum Angebot der Teilnahmeberechtigten zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Teilnahmeberechtigten geprüft hat. Nachvollziehbar ist die Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin in diesem Ordner dargelegt und ist der erfolgten gewerberechtlichen Befugnisprüfung zu entnehmen, dass die Teilnahmeberechtigte seit 1.4.2015 über die Gewerbeberechtigungen mit dem Wortlaut „Dachdecker (Handwerk)“ und „Spengler; Kupferschmiede (verbundenes Handwerk)“ verfügt. Auch die Prüfung des Subunternehmers ist durch die Antragsgegnerin erfolgt und ergibt sich aus dem Vergabeakt (Ordner 1/3), dass die Prüfung der gewerberechtlichen Befugnis des Subunternehmers eine seit 4.3.2006 bestehende Gewerbeberechtigung mit dem Wortlaut „Zimmermeister“ ergeben hat.

Eine Eigenerklärung wurde von der Teilnahmeberechtigten nicht abgegeben. Einen weiteren Subunternehmer für einen weiteren Leistungsteil hat die Teilnahmeberechtigte in ihrem Angebot nicht genannt.

Im Leistungsverzeichnis sind in der OG 02 Leistungen, die beim Auftrag „Abbruch“ zu bringen sind, aufgelistet. Es werden – den auftragsgegenständlichen Leistungen vorangestellt - in 13 Punkten Begriffe, wie Abbrechen, Abschlagen, Auslösen, Demontieren, Verwerten oder Deponieren etc. erläutert. Nachfolgende Punkte werden als entscheidungswesentlich zitiert:

Punkt 3. „Verwerten oder Deponieren“ lautet:

„Baurestmassen werden grundsätzlich verwertet. Wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, werden Baurestmassen ordnungsgemäß deponiert. Für die Verwertung wird der Stand der Technik (z.B. die Richtlinien für Recycling-Baustoffe, herausgegeben vom Österreichischen Baustoff-Recycling Verband,...) berücksichtigt.“

Punkt 5. „Transport“ lautet:

„Das Transportieren erfolgt unter Berücksichtigung von etwa erforderlichen Genehmigungen und Vorschriften.“

Punkt 6. „Nachweise“ lautet:

„Für das ordnungsgemäße Verwerten, Deponieren oder Entsorgen werden den Gesetzen und Verordnungen entsprechend Nachweise erbracht. Nachweise werden dem Auftraggeber spätestens mit der Schlussrechnung übergeben.“

Punkt 7. „Zuordnung von Baurestmassen zu Deponieklassen“ lautet:

„Asphaltabbruch, Betonabbruch, mineralischer Bauschutt hält die Grenzwerte der Baurestmassendeponie ein.

Kunststoff, Metall, Holz und Baustellenabfälle halten die Grenzwerte der Massenabfalldeponie ein.“

Punkt 9.1. „Gefährliche Abfälle“ lautet:

„Gefährliche Abfälle sind die in der Abfallverzeichnisverordnung nach dem Abfallwirtschaftsgesetz als gefährliche Abfälle angeführten Stoffe. Sie werden nachweislich einem befugten Entsorger zur Behandlung übergeben (etwaige gefährliche Abfälle werden nach ihrer Art getrennt in eigenen Positionen erfasst). (...).“

Punkt 10. „Zwischenlagern“ lautet:

„Unter Zwischenlagern ist das Lagern innerhalb des Baustellenbereiches zu verstehen. Es enthält somit auch den Transport zum Zwischenlager und das sachgemäße Lagern. Zwischenlager sind bis zur Übernahme zu räumen.

Der Platz für die Zwischenlagerung wird, wenn nicht bereits in der Ausschreibung bestimmt, im Einvernehmen mit dem Auftraggeber festgelegt.“

Punkt 11. „Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen“ lautet:

„Folgende Leistungen sind (ergänzend zu den Nebenleistungen gemäß ÖNORM) in die Einheitspreise einkalkuliert:

- (...)
- das Kennzeichnen und sorgfältige Lagern von demontierten Bauteilen
- ein etwaiges Zerkleinern für den Transport
- das Abbrechen von Bauteilen mit möglicher Schonung der verbleibenden Teile des Untergrundes
- ein etwaiges Zwischenlagern im Baustellenbereich
- (...)
- das Verwenden von Containern (Entsorgungslogistik)
- Sämtliche Gebühren und Abgaben (z.B. Altlastenbeitrag)
- Organisation (Förderart und Förderweg)
- das Entsorgen von Baurestmassen/Abfallmaterialien beim Demontieren oder Auslösen von Bauteilen“

Punkt 13. „Leistungsumfang: Abbrechen + Laden/Transport + Verwerten/Deponieren/Entsorgen (ULG 02.91 nicht Vertragsbestandteil)“ lautet:

„Sofern die ULG 02.91 nicht Vertragsbestandteil ist, wird unter Abbrechen oder Abschlagen folgender Leistungsinhalt verstanden:

- Abbrechen oder Abschlagen, einschließlich Laden, Abtransport, Verwerten, Deponieren oder Entsorgen und die Punkte 1-12 dieser LG-Vorbemerkung.
- Der Auftragnehmer trifft die Wahl zwischen Verwerten, Deponieren oder Entsorgen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen.
- Das abgebrochene Material geht in das Eigentum des Auftragnehmers über.“

Auf Seite 13 ff des Langleistungsverzeichnisses (Ordner 1/1) werden die zu erbringenden Abbrucharbeiten aufgelistet. Es handelt sich hierbei um „Sonstige

Abbrucharbeiten“, z.B. Abbruch von Sat-Halterungen, Abtragen von Sat-Schüsseln, sowie um Abbrucharbeiten bei den Dachdeckerarbeiten, z.B. Abtragen von Asbestzement-Wellplatten (Dach), und um Abbrucharbeiten bei den Spenglerarbeiten, z.B. Abbruch von Dachausstiegfenster, verzinkten Blecheindeckungen, Ablaufrohr, und schließlich um Abbrucharbeiten bei den Zimmermeisterarbeiten, z.B. Abbruch von Schalungen, Zangenstreben, Dachaussteiger.

In der Leistungsgruppe 02.91 „Verwerten, Deponieren, Ents. Baurestmassen“ (Ordner 1/1, Langleistungsverzeichnis Seite 15f) wird festgehalten, dass das Abbruchmaterial nach Wahl des Auftragnehmers zu verwerten, deponieren oder entsorgen ist. In den nächsten vier Positionen (02.9103C bis 02.9103I) werden Stoffgruppen wie folgt angeführt:

Verwerten/Deponieren/Entsorgen Holzabfälle

Verwerten/Deponieren/Entsorgen Metallabfälle

Verwerten/Deponieren/Entsorgen Baustellenabfälle

Verwerten/Deponieren/Entsorgen gefährlicher Abfall

Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat und dem Leistungsverzeichnis im Vergabeakt zu entnehmen ist, erfolgt gegenständlich eine Generalsanierung und Wärmedämmung des Daches der genannten Wohnhausanlage der Antragsgegnerin in ... Wien. Es sind Dachdecker-, Spengler- und Zimmermeisterarbeiten zu verrichten. Bei Auftragserfüllung fallen Baurestmassen/Abfälle an. Neben Holz, Metall, Kunststoff und sog. Baustellenabfall sind auch gefährliche Abfälle zu erwarten, z.B. weil das alte Dach aus Wellplatten (Asbestzement) besteht. Im Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung wurden daher neben den Leistungen der Dachsanierung und Wärmedämmung auch Abbrucharbeiten ausgeschrieben und als abfallrechtliche Aufgaben dem Auftragnehmer nach seiner freien Wahl Verwerten, Deponieren oder Entsorgen aufgetragen. Ein eigener Befugnisnachweis für diese Abbrucharbeiten und Entsorgungsleistungen nach Wahl des Auftragnehmers wurde in der Ausschreibung nicht gefordert. Eine Weitergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer war nach den WD 307, Punkt 3.2, nicht beschränkt.

In der Leistungsgruppe 02 (Abbruch) wird das weitere Verfahren betreffend die bei Auftragsausführung anfallenden Abfälle geregelt. Nach diesen Festlegungen werden Bauteile abgebrochen bzw. abgeschlagen, ausgelöst bzw. demontiert. Baurestmassen werden – wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen möglich ist – nach dem Stand der Technik verwertet und anderenfalls werden sie deponiert. Der Abfall (die Baurestmassen) wird unter Absprache mit der Auftraggeberin im Baustellenbereich zwischengelagert und vom Auftragnehmer zum Abfallentsorgungsunternehmen transportiert. Zum Transport verwendet die Teilnahmeberechtigte nach ihrer Aussage in der mündlichen Verhandlung ihren eigenen Fuhrpark und arbeitet größtenteils mit einem bestimmten Entsorgungsunternehmen ständig zusammen.

Der Auftragnehmer hat die Wahl zwischen Verwerten, Deponieren oder Entsorgen des anfallenden Abfalles zu treffen und geht das abgebrochene Material in das Eigentum des Auftragnehmers über, sofern nicht eine Wiederverwendung durch die Auftraggeberin vorgesehen ist. Spätestens mit der Schlussrechnung hat der Auftragnehmer der Auftraggeberin jene Nachweise zu übergeben, wonach das Verwerten, Deponieren oder Entsorgen ordnungsgemäß und den Gesetzen und Verordnungen entsprechend erfolgt ist.

Die anfallenden gefährlichen Abfälle (laut Abfallverzeichnisverordnung) sind nachweislich einem befugten Entsorger zur Behandlung zu übergeben. Die Teilnahmeberechtigte transportiert auch diese Abfallart mittels eigenen Fuhrparks zum Entsorgungsunternehmen, mit welchem es größtenteils ständig zusammenarbeitet.

Die im „Leistungsumfang/einkalkulierte Leistungen“ (Punkt 11. im Lang-LV) aufgezählten Leistungen decken sich weitgehend mit dem eben dargestellten Prozess, welcher daher den Feststellungen zugrunde zu legen war. Dass sämtliche Gebühren und Abgaben (z.B. Altlastenbeitrag) (Punkt 11.) einzukalkulieren sind, ist nach Sicht des Senates Konsequenz des dargestellten Prozesses, d.h. des Verfügens über den Abfall nach der freien Wahl des Auftragnehmers durch Verwerten, Deponieren oder Entsorgen.

Auf Vorhalt des Wortlautes des Leistungsverzeichnisses in der mündlichen Verhandlung betreffend Verwerten, Deponieren und Entsorgen gab der

Antragsgegnervertreter an, dass mit dem Begriff „Entsorgen“ die Weitergabe an einen befugten Abfallsammler oder –behandler verlangt werde. Aus dem Langleistungsverzeichnis (Ordner 1/1, Lang-LV Seite 11, Punkt 3.) ergibt sich die Bedeutung von Verwerten oder Deponieren im Zusammenhang mit der gegenständlichen Leistung. In Zusammenschau mit der in diesem Punkt zitierten Richtlinie für Recycling-Baustoffe und der Begriffsdefinition des § 2 Abs. 5 Z 5 AWG wird unter „Verwertung“ die Wiederverwendung, das Recycling etc. verstanden. Unter „Deponieren“ ist unter Zugrundelegung der Begriffsdefinition des Langleistungsverzeichnisses und des § 2 Abs. 7 Z 4 AWG die Ablagerung von Abfällen auf Deponieanlagen zu verstehen, wenn die Verwertung aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist. Der vom Antragsgegnervertreter in der mündlichen Verhandlung dargestellte Bedeutungsumfang des Begriffes „Entsorgen“ mit der Weitergabe des Abfalls an einen berechtigten Abfallsammler oder –behandler passt nach Ansicht des Senates in diese Systematik, da zum einen für „Entsorgen“ keine Definition im AWG vorgesehen ist und zum anderen erst durch die Weitergabe an einen befugten Abfallsammler oder –behandler zur Verwertung oder Deponierung des Abfalles diese ermöglicht und erlaubt wird, sowie den Fall abdeckt, dass ein Auftragnehmer über keine abfallrechtliche Befugnis verfügt.

Festzustellen ist daher, dass der Auftragnehmer nach den Bestimmungen der Ausschreibung nach seiner Wahl zur Verwertung, Deponierung oder Entsorgung der Abfälle verpflichtet war. Die Einhaltung der abfallrechtlichen Normen war vorgeschrieben. Dass mit der Übergabe des Abfalls an einen berechtigten Abfallsammler oder –behandler der Auftrag als erfüllt anzusehen ist, hat auch der Antragstellervertreter in Zusammenhang mit der Ausnahmebestimmung des erlaubnisfreien Rücknehmers in der mündlichen Verhandlung zugestanden.

Die Teilnahmeberechtigte ist im Elektronischen Datenmanagement Umwelt nicht registriert. Die Teilnahmeberechtigte hat den bei Auftragserfüllung anfallenden Abfall nach eigener Wahl zu verwerten, zu deponieren oder zu entsorgen und hat sie in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass der Transport mit eigenem Fuhrpark zu einem Entsorgungsunternehmen erfolgen wird, womit die Weitergabe an einen befugten Abfallsammler oder –behandler erfolgt.

Rechtlich folgt daraus:

I. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin, sie führt ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, nämlich den Bauauftrag "B.-gasse, Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten, ...". Die Ausschreibung ist bestandfest.

Am 19.5.2017 teilte die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung mit, welche mit Antrag auf Nichtigerklärung vom 29.5.2017 (Einlangen) angefochten wurde.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014) und auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft wird. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2014 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse und den allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, ZI. 2007/04/0010). Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 gegeben.

II. Wenn die Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag vorbringt, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Eignung fehle, da sie über die erforderliche Gewerbeberechtigung für Holzbau-Meister (vormals Zimmerermeister) nicht selbst verfüge und diesbezüglich nach Kenntnis der Antragstellerin auch keinen Subunternehmer in ihrem Angebot genannt habe, so ist ihr auf dem Boden der aufgrund des Vergabeaktes getroffenen Feststellungen entgegenzuhalten, dass im Angebot der Teilnahmeberechtigten für die Leistungsgruppe 36 (Zimmererarbeiten, nunmehr Holzbaumeisterarbeiten) ein Subunternehmer genannt worden ist und dieser von der Antragsgegnerin geprüft worden ist.

Eine Eigenerklärung wurde entgegen der Vermutung der Antragstellerin von der Teilnahmeberechtigten nicht abgegeben, und hat die Teilnahmeberechtigte in diesem Zusammenhang auch nicht vom Recht des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO Gebrauch gemacht.

Ein Verlesungsmangel bei Angebotsöffnung hat ebenso nicht stattgefunden. Die Niederschrift zur Angebotsöffnung enthält die gemäß § 118 Abs. 5 BVergG 2006 erforderlichen Angaben und war dem Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 8.6.2017 dahin zu folgen, dass es sich bei der Nennung eines Subunternehmers im Angebot gegebenenfalls auch um keine wesentliche Erklärung eines Bieters im Sinn des § 118 Abs. 5 Z 3 BVergG 2006 handeln würde.

Der Antragstellervertreter hat das Vorbringen der Antragsgegnerin zum Verlesungsmangel bereits im Schriftsatz vom 3.7.2017 als bedeutungslos hingestellt, weshalb eine weitere Erörterung in der mündlichen Verhandlung einvernehmlich nicht als erforderlich angesehen wurde.

Demnach lag die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vor und erweist sich der Nichtigerklärungsantrag in diesem Punkt als nicht berechtigt.

III. Gemäß § 2 Abs. 1 AWG sind „Abfälle“ im Sinn dieses Bundesgesetzes bewegliche Sachen,

1. deren sich der Besitzer entledigen will oder entledigt hat oder
2. deren Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall erforderlich ist, um die öffentlichen Interessen (§ 1 Abs. 3) nicht zu beeinträchtigen.

Gemäß § 2 Abs. 4 Z 3 AWG sind „gefährliche Abfälle“ jene Abfälle, die gemäß einer Verordnung nach § 4 als gefährlich festgelegt sind.

Gemäß § 2 Abs. 5 Z 1 AWG ist „Abfallbehandlung“ im Sinne dieses Bundesgesetzes jedes Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren, einschließlich der Vorbereitung vor der Verwertung oder Beseitigung.

Gemäß § 2 Abs. 5 Z 5 AWG ist „Verwertung“ jedes Verfahren, als deren Hauptergebnis Abfälle innerhalb der Anlage oder in der Wirtschaft in umweltgerechter Weise einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem

- a) sie andere Materialien ersetzen, die ansonsten zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären, oder
- b) - im Falle der Vorbereitung zu Wiederverwendung – die Abfälle so vorbereitet werden, dass sie diese Funktion erfüllen.

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

Gemäß „ 2 Abs. 5 Z 8 AWG ist „Beseitigung“ jedes Verfahren, das keine zulässige Verwertung ist, auch wenn das Verfahren zur Nebenfolge hat, dass Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden. Anhang 2 Teil 2 enthält eine nicht erschöpfende Liste von Beseitigungsverfahren.

Gemäß § 2 Abs. 5 Z 9 AWG ist „Sammlung“ das Einsammeln von Abfällen durch Abholung, Entgegennahme oder rechtliches Verfügen über die Abholung oder Entgegennahme durch einen beauftragten Dritten. Die Sammlung schließt die vorläufige Sortierung und vorläufige Lagerung der Abfälle zum Zwecke des Transports zu einer Behandlungsanlage ein.

Gemäß § 2 Abs. 6 Z 1 AWG ist „Abfallbesitzer“

- a) der Abfallerzeuger oder
- b) jede Person, welche die Abfälle innehat.

Gemäß § 2 Abs. 6 Z 3 AWG ist „Abfallsammler“ jede Person, die von Dritten erzeugte Abfälle selbst oder durch andere

- a) abholt,
- b) entgegennimmt oder
- c) über deren Abholung oder Entgegennahme rechtlich verfügt.

Gemäß § 2 Abs. 6 Z 4 AWG ist „Abfallbehandler“ jede Person, die Abfälle verwertet oder beseitigt.

Gemäß § 2 Abs. 7 Z 4 AWG sind „Deponien“ Anlagen, die zur langfristigen Ablagerung von Abfällen oberhalb oder unterhalb (d.h. unter Tage) der Erdoberfläche errichtet oder verwendet werden, einschließlich betriebseigener Anlagen für die Ablagerung von Abfällen oder auf Dauer (das heißt für länger als ein Jahr) eingerichtete Anlagen, die für die vorübergehende Lagerung von Abfällen genutzt werden. Nicht als Deponien gelten

a) Anlagen, in denen Abfälle abgelagert werden, damit sie für den Weitertransport zur Behandlung an einem anderen Ort vorbereitet werden können,

b) Anlagen zur Zwischenlagerung von Abfällen vor der Verwertung, sofern die Dauer der Zwischenlagerung drei Jahre nicht überschreitet, und

c) Anlagen zur Zwischenlagerung von Abfällen vor der Beseitigung, sofern die Dauer der Zwischenlagerung ein Jahr nicht überschreitet.

Gemäß § 15 Abs. 1 AWG sind bei der Sammlung, Beförderung, Lagerung und Behandlung von Abfällen und beim sonstigen Umgang mit Abfällen

1. die Ziele und Grundsätze gemäß § 1 Abs. 1 und 2 zu beachten und
2. Beeinträchtigungen der öffentlichen Interessen (§ 1 Abs. 3) zu vermeiden.

§ 15 Abs. 5 AWG lautet:

Ist der Abfallbesitzer zu einer entsprechenden Behandlung nicht berechtigt oder imstande, hat er die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben. Die Übergabe hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass Beeinträchtigungen der öffentlichen Interessen vermieden werden; Abfälle zur Beseitigung sind regelmäßig, mindestens einmal im Jahr, Abfälle zur Verwertung sind regelmäßig, mindestens einmal in drei Jahren, einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben.

§ 15 Abs. 5a AWG lautet:

Der Abfallbesitzer ist dafür verantwortlich, dass

- a) die Abfälle an einen in Bezug auf die Sammlung oder Behandlung der Abfallart berechtigten Abfallsammler oder -behandler übergeben werden und
- b) die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit beauftragt wird.

Gemäß § 21 Abs. 1 AWG haben sich Abfallsammler und –behandler vor Aufnahme der Tätigkeit elektronisch über die Internetseite edm.gv.at beim Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft unter Angabe folgender Daten im Register gemäß § 22 Absatz 1 Z 1 zu registrieren: 1. Name, (...)

§ 24a Abs. 1 AWG lautet:

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

§ 24a Abs. 2 Z 1 und 5 AWG lauten:

Der Erlaubnispflicht unterliegen nicht:

1. Personen, die ausschließlich im eigenen Betrieb anfallende Abfälle behandeln; diese Ausnahme gilt nicht für die Verbrennung und Ablagerung von Abfällen;

(...)

5. Personen, die erwerbsmäßig Produkte abgeben in Bezug auf die Rücknahme (im Sinne von § 2 Absatz 6 Z 3 lit. b) von Abfällen gleicher oder gleichwertiger Produkte, welche dieselbe Funktion erfüllen, zur Weitergabe an einen berechtigten Abfallsammler oder Abfallbehandler. Dies gilt nicht, sofern es sich bei den zurückgenommenen Abfällen um gefährliche Abfälle handelt und die Menge der zurückgenommenen gefährlichen Abfälle unverhältnismäßig größer ist als die Menge der abgegebenen Produkte; ein diesbezüglicher Nachweis ist zu führen und auf Verlangen der Behörde vorzulegen

Nach der Ausschreibung hat der Auftragnehmer die freie Wahl, ob er die auftragsgegenständlich anfallenden Abfälle verwertet, deponiert oder entsorgt. Für den Fall, dass die Auftraggeberin keine Wiederverwendung vorgesehen hat, gehen nach den Bestimmungen der Ausschreibung (Punkt 13. und 14. im Lang-LV Seite 13) die Baurestmassen ins Eigentum des Auftragnehmers über.

Abfallbesitzer ist in der Variante Abfallinhaber (§ 2 Abs. 6 Z 1 lit b AWG) jene Person, in deren tatsächlicher Sachherrschaft sich der Abfall befindet. Der

faktische Inhaber des Abfalls ist Abfallbesitzer. Abfallbesitz erfordert keinen Besitzwillen. Es genügt die bloße Innehabung; ob die innehabende Person auch Eigentümer der Abfälle ist, ist ohne Bedeutung. Abfallbesitzer müssen über ein nach der allgemeinen Verkehrsauffassung zu beurteilendes Mindestmaß an tatsächlicher Sachherrschaft verfügen (*Scheichl Zauner Berl*, Kommentar AWG 2002 (Manz), Rz 147 ff zu § 2).

Nach dem Leistungsverzeichnis hat der Auftragnehmer das im Leistungsverzeichnis angeführte Abbruchmaterial, die Baurestmassen, nach seiner Wahl zu verwerten, zu deponieren oder zu entsorgen. Er hat somit die tatsächliche Sachherrschaft. Die Wahl zwischen Verwerten, Deponieren oder Entsorgen setzt jedenfalls die Innehabung voraus, und er verfügt tatsächlich und rechtlich über die zu entsorgenden Abfallmengen.

In der mündlichen Verhandlung wurde dargestellt, dass eine Zwischenlagerung erfolgt und sodann mit dem Fuhrpark der Teilnahmeberechtigten die Abfälle zu einem berechtigten Entsorgungsunternehmen transportiert werden. Das Leistungsverzeichnis sieht eine Zwischenlagerung in Absprache mit der Auftraggeberin vor, der Weitertransport erfolgt sodann durch den Auftragnehmer.

Abfallersterzeuger ist jede Person, durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen. Der Begriff „anfallen“ bezieht sich auf den Zeitpunkt, in dem die Merkmale des Abfallbegriffs erstmals erfüllt sind. Der Abfallersterzeuger ist daher auch immer der erste Abfallbesitzer. Abfallersterzeuger kann nach dem Gesetzeswortlaut nur derjenige sein, durch dessen Tätigkeit Abfall anfällt (*Scheichl Zauner Berl*, Kommentar AWG 2002 (Manz), Rz 153 f zu § 2).

Im gegenständlichen Fall führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Dachgeneralsanierung und Dachwärmmedämmung im Auftrag der Auftraggeberin durch, weshalb die Auftraggeberin (Bauherr) als Abfallersterzeuger und (erster) Abfallbesitzer anzusehen ist.

Durch die Tätigkeit der Auftragnehmerin bei Erfüllung des gegenständlichen Leistungsgegenstandes fallen unstrittig Abfälle an, weil die Auftragnehmerin eine Generalsanierung des Daches der bezeichneten Wohnhausanlage der

Auftraggeberin auszuführen hat. Dabei sind Abbrucharbeiten durchzuführen, das auftragsgegenständlich anfallende Abbruchmaterial bzw. die Baurestmassen erfüllen jedenfalls den Abfallbegriff des AWG, weil sie sich dieser beweglichen Sachen entledigen will, was im Leistungsverzeichnis dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Auftragnehmerin diese Abfälle nach freier Wahl zu verwerten, deponieren oder entsorgen hat. Weiters ist die Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall auch erforderlich, um die öffentlichen Interessen im Sinn des § 1 Abs. 3 AWG nicht zu beeinträchtigen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist sohin nach § 2 Abs. 6 Z 1 AWG Abfallbesitzer.

Als Abfallbesitzer hat die Teilnahmeberechtigte die in § 15 AWG normierten Pflichten zu beachten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt selbst nicht über eine Berechtigung zur Sammlung oder Behandlung von Abfällen. Sie ist nicht im Register Datenmanagement Umwelt (edm.gv.at) eingetragen.

Nach den Gesetzesmaterialien beziehen sich die allgemeinen und besonderen Pflichten des Abfallbesitzers sowohl auf gefährliche als auch auf nicht gefährliche Abfälle.

Laut dem Leistungsverzeichnis gegenständlicher Ausschreibung kommen bei Leistungserbringung beide Abfallarten vor.

§ 15 Abs. 5 AWG sieht vor, dass, wenn Abfallbesitzer zu einer entsprechenden Behandlung nicht berechtigt oder imstande sind, die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben sind.

Diese Pflicht des Abfallbesitzers findet in der gegenständlichen Ausschreibung in der Festlegung, wonach der Auftragnehmer die freie Wahl zwischen Verwertung, Deponierung oder Entsorgung hat, ihren Niederschlag. Während die Bedeutung der Begriffe der Verwertung und Deponierung aus dem Definitionenkatalog des § 2 AWG ableitbar sind, entspricht der Auftrag bzw. die Möglichkeit zur

Entsorgung der Weitergabe an einen zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten.

Die Verantwortung des Abfallbesitzers wird in § 15 Abs. 5a AWG dahin normiert, dass die Abfälle an einen in Bezug auf die Sammlung oder Behandlung der Abfallart berechtigten Abfallsammler oder -behandler übergeben werden und die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit beauftragt wird.

Dieser Pflicht, welche im Leistungsverzeichnis mit den Wortfolgen „nach Wahl des Auftragnehmers“ „Verwerten Deponieren Entsorgen“ festgeschrieben wird, kommt die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach, da sie die Abfälle an ein berechtigtes Entsorgungsunternehmen, mit welchem großteils ständig zusammengearbeitet wird, übergibt.

Nach § 24a Abs. 1 AWG bedarf einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann, wer Abfälle sammelt oder behandelt.

Nach den Definitionen der § 2 Abs. 5 Z 9 AWG (Sammlung) und § 2 Abs. 6 Z 3 AWG (Abfallsammler) ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Erfüllung des gegenständlichen Auftrages kein Abfallsammler, da sie keine „von Dritten erzeugte Abfälle“ selbst oder durch andere einsammelt, abholt, entgegennimmt etc., sondern im Zuge der eigenen Tätigkeit bei Erfüllung des gegenständlichen Auftrages erzeugten Abfall nach ihrer Wahl zu verwerten, deponieren oder entsorgen hat.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin behandelt nach den Definitionen der § 2 Abs. 5 Z 1 AWG (Abfallbehandlung) und § 2 Abs. 6 Z 4 AWG (Abfallbehandler) Abfall, da sie Abfälle verwertet oder beseitigt. So ist etwa im Lang-Leistungsverzeichnis auf Seite 11 (Punkt 3.) vorgesehen, dass Baurestmassen grundsätzlich verwertet werden und wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich sei, diese ordnungsgemäß deponiert werden. In Punkt 6 auf Seite 11 des Lang-LV werden für das ordnungsgemäße Verwerten, Deponieren oder Entsorgen den Gesetzen und Verordnungen entsprechende Nachweise vorgeschrieben, welche der Auftraggeberin spätestens mit der Schlussrechnung zu übergeben sind.

Nachdem die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach diesen Bestimmungen gegenständlich Abfallbehandlerin ist, bedarf sie grundsätzlich einer Erlaubnis durch den Landeshauptmann gemäß § 24a Abs. 1 AWG.

Wenn die Teilnahmeberechtigte im Verfahren den Ausnahmetatbestand des § 24a Absatz 2 Z 1 AWG geltend macht, so ist hier dem Vorbringen der Antragstellerin zu folgen, wonach diese Ausnahme nur auf innerbetrieblich entstandene Abfälle, die erst gar nicht in den Abfallstrom/Wirtschaftskreislauf gelangen, anzuwenden ist. Wenn die Teilnahmeberechtigte hierzu als Betriebsbegriff jenen der Kommunalsteuer heranzieht, so ist ihr zu entgegnen, dass sich dies durch die Regelung des erlaubnisfreien Rücknehmers (§ 24a Abs. 2 Z 5 AWG) ausschließt. Aus der Existenz der Regelung des erlaubnisfreien Rücknehmers ist nach Ansicht des Senates erschießbar, dass sich der von der Antragstellerin ins Treffen geführte standortbezogene Betriebsbegriff auch in Einklang mit der Rechtsprechung (z.B. VwGH 14.11.2012, 2012/08/0182 iZm dem Betriebsbegriff des Arbeitsverfassungsgesetzes; VwGH 29.10.2015, Ro 2015/07/0032 iZm Bestimmungen der Gewerbeordnung) als der passendere erweist. Das Heranziehen eines Betriebsbegriffes im Anwendungsbereich des AWG, der selbst Baustellen umfassen soll, geht nach Ansicht des Senates im gegenständlichen Fall zu weit.

Zum im Verfahren von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausnahmetatbestand des § 24a Absatz 2 Z 5 AWG ist auszuführen, dass dieser Tatbestand grundsätzlich geeignet erscheint, die präsumtive Zuschlagsempfängerin von der Erlaubnispflicht des § 24a Abs. 1 leg. cit. zu befreien.

Der Antragsgegnervertreter hat im Zuge der mündlichen Verhandlung die Erläuterungen zur Abfallnachweisverordnung 2012 (ANV 2012) mit dem Hinweis auf die Anmerkung zu § 4 vorgelegt. Dieser Passus lautet:

„Erlaubnisfreie Rücknehmer“ sind Personen im Sinn des § 24a Absatz 2 Z 5 AWG 2002. Diese müssen bereits aufgrund des § 17 AWG 2002 die Übernahme (Rücknahme) des Abfalls von ihren Kunden nicht dokumentieren. Sie haben jede Weitergabe des Abfalls aufzuzeichnen.

Anmerkung: Erlaubnisfreie Rücknehmer gelten nicht als Abfallersterzeuger der zurückgenommenen Abfälle. Sie sind Abfallsammler, die für ihre Tätigkeit nach Maßgabe der Bestimmungen des § 24a AWG 2002 keiner Erlaubnis bedürfen.“

§ 4 der Abfallnachweisverordnung (ANV 2012) lautet:

Erlaubnisfreie Rücknehmer

§ 4. Erlaubnisfreie Rücknehmer im Sinn des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG 2002 müssen hinsichtlich erlaubnisfrei übernommener Abfälle keine Aufzeichnungen bei der Übernahme dieser Abfälle führen. Sie haben bei der Übergabe (Weitergabe) dieser Abfälle an einen Abfallsammler oder –behandler die Aufzeichnungen gemäß § 3, oder soweit zutreffend § 5 und § 6, hinsichtlich der Übergabe (Weitergabe) dieser Abfälle zu führen. Werden Aufzeichnungen gemäß § 3 geführt, ist die Abfallherkunft durch Angabe des jeweiligen Absendeortes der Abfälle des erlaubnisfreien Rücknehmers anzugeben.

Nach den von der Antragsgegnerin vorgelegten Erläuterungen zur Abfallbilanzverordnung (BGBl. II Nr. 497/2008), Seite 45, sind „erlaubnisfreie Rücknehmer“ im Sinne des AWG 2002 jene (Handels-) Betriebe, welche Produkte in Verkehr setzen und Abfälle gleicher oder gleichwertiger Produkte, welche dieselbe Funktion erfüllen, zur Weitergabe an einen berechtigten Abfallsammler oder Abfallbehandler zurücknehmen. Weiter: „Wenn das Bauunternehmen (das entsprechende Produkte in Verkehr setzt) die Abfälle des Bauherrn nicht durch Einbau selbst verwertet oder in einer eigenen Anlage behandelt (also nicht als Abfallbehandler tätig wird), ist davon auszugehen, dass er als „erlaubnisfreier Rücknehmer“ gilt. Der Begriff „erlaubnisfreie Rücknehmer“ umfasst daher auch zum Beispiel einen Dachdecker im Hinblick auf Abfälle von Dachziegeln. Auch Handwerker sind in der Regel erlaubnisfreie Rücknehmer. Erlaubnisfreie Rücknehmer sind nicht aufzeichnungspflichtig im Hinblick auf die Rücknahme dieser Abfälle und unterliegen für diese Abfälle nicht der Abfallbilanzverordnung. Der Übernehmer der Abfälle vom erlaubnisfreien Rücknehmer muss Folgendes dokumentieren: (...)“

In der gegenständlichen Ausschreibung ist das Material für die Dachdecker-, Spengler- und Zimmererarbeiten vom Auftragnehmer beizustellen und zu kalkulieren (LG 22, 23 und 36). Die Materialpreise waren im K4-Blatt

darzustellen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist demnach ein Unternehmen, das erwerbsmäßig Produkte abgibt. Im gegenständlichen Fall ist Auftragsgegenstand eine Generaldachsanierung. Ein altes Dach wird durch ein neues Dach ersetzt (und wärmegeklämmt). Es ist daher davon auszugehen, dass gleiche oder gleichwertige Produkte, welche dieselbe Funktion erfüllen, als Abfälle anfallen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wird daher auftragsgegenständlich Abfälle von gleichen oder gleichwertigen Produkte durch den Abbau bzw. Ersatz des Daches im Zuge der Generalsanierung erhalten, welche sie an einen berechtigten Abfallsammler oder -behandler weitergibt.

In Bezug auf die im Zuge der Generalsanierung des Daches anfallenden gefährlichen Abfälle hat der Antragsgegnervertreter in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass nicht unverhältnismäßig viel Material zurückgenommen wird und im Gegenzug nichts bzw. weniger verbaut wird. Da Leistungsgegenstand die Dachsanierung ist, wobei ein altes durch ein neues Dach ersetzt wird, wird nicht unverhältnismäßig mehr abgetragen, als verbaut wird.

Nach dieser Darstellung ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl für nicht gefährliche als auch für gefährliche Abfälle als erlaubnisfreier Rücknehmer zu betrachten. Sie unterliegt demnach nicht der Erlaubnispflicht nach § 24a Abs. 1 AWG.

Dass die Teilnahmeberechtigte nach den getroffenen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen als Abfallbehandler im Sinne der Bestimmungen des AWG anzusehen ist, ihr jedoch nach den Erläuterungen zur Abfallbilanzverordnung die Eigenschaft als Abfallbehandler nicht zukommt, ist dahin zu lösen, dass die Teilnahmeberechtigte nach den allgemeinen Definitionen im § 2 AWG diese Eigenschaft erfüllt, während sie als erlaubnisfreier Rücknehmer im Zusammenhang mit den Regelungen zur Abfallbilanzierung kein Abfallbehandler ist und als Rücknehmer nach § 3 der Abfallbilanzverordnung und den Erläuterungen dazu dem Geltungsbereich dieser Verordnung nicht unterliegt.

Gleiches gilt dafür, dass die Eigenschaft der Teilnahmeberechtigten im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftrag als Abfallsammler nach den allgemeinen Definitionen des § 2 AWG zu verneinen war, während sie als

erlaubnisfreier Rücknehmer nach der Abfallnachweisverordnung bzw. den Erläuterungen dazu als Abfallsammler zu qualifizieren ist.

Diese Differenzierung kann jedoch dahin gestellt bleiben, da der Leistungsgegenstand jedenfalls eine Tätigkeit der Abfallbehandlung (Verwerten nach Wahl des Auftragnehmers) vorsieht und die Teilnahmeberechtigte damit grundsätzlich der Erlaubnispflicht des § 24 Abs. 1 AWG unterliegt. Gegenständlich erfüllt sie jedoch die Ausnahmebestimmung des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG, womit sie als erlaubnisfreier Rücknehmer von der Erlaubnispflicht wieder ausgenommen ist.

IV. Gemäß § 2 Z 33a BVergG 2006 ist Subunternehmer ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistungen.

Gegenständlich wird von der Antragstellerin vorgebracht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Abfallbesitzerin, die über keine Erlaubnis zur Abfallsammlung oder Abfallbehandlung verfügt, die Abfälle an einen Berechtigten zu übergeben habe. Die Übergabe an einen befugten Abfallsammler oder Abfallbehandler sei Teil der vom Auftragnehmer an den Auftraggeber zu erbringenden Leistung und werde dies aus dem Leistungsverzeichnis abgeleitet. Dieser Berechtigte wäre als Subunternehmer im Angebot anzugeben gewesen.

Weiters argumentiert die Antragstellerin in Zusammenhang mit der Ausnahmebestimmung des § 24a Abs. 2 Z 5 AWG, dass die Abfälle an einem befugten Sammler zu übergeben seien und auf die Abfallbilanzverordnung verwiesen werde, da der Gesetzgeber nicht auf die vollständige Bilanzierung der Abfallströme verzichtet habe. Der Rücknehmer müsse nicht über eine Erlaubnis verfügen, die Weitergabe müsse aber an einen Berechtigten erfolgen, welcher im Angebot als Subunternehmer zu nennen gewesen wäre, weil erst mit der Übergabe an einen berechtigten Sammler oder Behandler der Auftrag als erfüllt angesehen werde.

Nach den Festlegungen der Ausschreibung und den Erklärungen der Parteien dazu ist der Auftrag der OG 02 „Abbruch“ mit der Übergabe an einen berechtigten Sammler oder Behandler erfüllt.

Der Antragsgegnervertreter konkretisierte in der mündlichen Verhandlung zum Begriff „Entsorgen“, dass damit die Übergabe an ein berechtigtes Entsorgungsunternehmen zu verstehen sei.

Der Antragstellervertreter gab im Zusammenhang mit der Ausnahmebestimmung der Ziffer 5 an, dass mit der Übergabe an einen berechtigten Sammler oder Behandler der Auftrag als erfüllt anzusehen sei.

Auf Grund der Erklärungen der Parteien und der damit in Einklang stehenden Festlegungen zur OG 02 (Abbruch) im Leistungsverzeichnis ist festzustellen, dass mit Übergabe an einen Berechtigten die gegenständlich zu erbringende Leistung abgeschlossen ist.

Dass der Teilnahmeberechtigte gemäß dem Leistungsverzeichnis (Punkt 6.) Nachweise für das ordnungsgemäße, den Gesetzen und Verordnungen entsprechende Verwerten, Deponieren oder Entsorgen spätestens mit der Schlussrechnung dem Auftraggeber zu übergeben hat, entspricht nach Ansicht des Senates den allgemeinen Behandlungspflichten für Abfallbesitzer (§ 15 AWG). In § 15 Abs. 5 und 5a AWG wird für Abfallbesitzer etwa geregelt, dass die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben sind und der Abfallbesitzer dafür verantwortlich ist, dass die Abfälle an einen in Bezug auf die Sammlung oder Behandlung der Abfallart berechtigten Abfallsammler oder –behandler übergeben werden und die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit beauftragt wird.

Demnach sind auch nach den allgemeinen Pflichten von Abfallbesitzern (§ 15 AWG) die Abfälle einem Berechtigten „zu übergeben“. Diese Vorgehensweise hat die Teilnahmeberechtigte in der mündlichen Verhandlung angegeben.

In weiterer Folge ist daher das, was der Übernehmer mit dem übernommenen Abfall weiter tut, nicht mehr Teil des gegenständlichen Auftrages und liegt demnach keine Subunternehmerleistung vor.

Unstrittig wird in der Ausschreibung auf die abfallrechtlichen Normen Bezug genommen.

Die Differenzierung zwischen Übergabe/Weitergabe und Übernahme findet in abfallrechtlichen Normen ihren Niederschlag. §§ 15 Abs. 1, 5 und 5a AWG spricht von „übergeben“, § 24a Abs. 2 Z 5 AWG von „Weitergabe“. In § 4 der Abfallnachweisverordnung erfolgt diese Unterscheidung im Zusammenhang mit dem erlaubnisfreien Rücknehmer. In der Abfallbilanzverordnung, welche die Rücknehmer aus ihrem Anwendungsbereich (Abfallbilanzierungspflicht) ausnimmt, wird die Aufzeichnungs-/Dokumentationspflicht des Übernehmers (ab Übernahme der Abfälle) festgelegt und damit ebenso eine solche Grenze gezogen.

Diesen Bestimmungen zufolge wurde durch den Gesetzgeber eine Zäsur dahin geschaffen, dass mit Übergabe der Abfälle eine Pflicht des Abgebers erfüllt wird und eine (andere) Pflicht des Übernehmers beginnt.

Die Übergabe des Abfalls an einen nach dem AWG befugten Abfallsammler oder Abfallbehandler setzt als *actus contrarius* die Übernahme durch diesen voraus. Übergabe und Übernahme des Abfalls stellen zusammen eine Lieferung des Abfalls an den nach AWG berechtigten Sammler oder Behandler dar. Abfall ist rechtlich als Ware einzustufen, die Gegenstand des Handels ist und einen Marktwert hat. Ob der Marktwert dabei positiv oder negativ ist, der Übernehmer also für den Abfall zahlt oder für dessen Übernahme ein Entgelt erhält, ist dafür rechtlich ohne Relevanz. Abbruchmaterial als Abfall stellt auch zwischen Unternehmern, die Abbrucharbeiten ausführen, auf der einen Seite und nach dem AWG befugten Abfallsammlern oder Abfallbehandlern auf der anderen Seite eine handelsübliche Ware dar. Es liegt daher insoweit zwischen dem Auftragnehmer und dem nach AWG befugten Unternehmer eine Lieferung einer handelsüblichen Ware im Sinne des § 2 Z 33a zweiter Satz BVergG 2006 vor. Dass die Ware im Fall der Entsorgung von Abfall nicht an den Auftragnehmer geliefert wird und somit keine Zulieferung vorliegt, sondern der Auftragnehmer den Abfall abliefert, stellt weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des § 2 Z 33a BVergG 2006 einen rechtserheblichen Unterschied dar. Die Übernahme des Abfalls durch den nach AWG befugten Abfallsammler oder -verwerter stellt daher nach der ausdrücklichen Definition des § 2 Z 33a BVergG 2006 keine Subunternehmerleistung dar.

Für den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass mit Übergabe bzw. Weitergabe an ein berechtigtes Entsorgungsunternehmen durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Abfallbesitzer und erlaubnisfreier Rücknehmer der gegenständliche Auftrag erfüllt ist und daher der Übernehmer des Abfalles keinen Teil des Auftrages als Subunternehmer mehr ausführt.

V. Zusammengefasst hat daher das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen geeigneten Subunternehmer für die Leistungsgruppe 36 (Zimmererarbeiten, nunmehr Holzbaumeisterarbeiten) in ihrem Angebot benannt hat, welcher von der Antragsgegnerin nachweislich geprüft worden ist. Betreffend die Oberleistungsgruppe 02 (Abbruch) ist im Ergebnis hervorgekommen, dass die Teilnahmeberechtigte als erlaubnisfreier Rücknehmer der Erlaubnispflicht des § 24a Abs. 1 AWG nicht unterliegt und mit der Weitergabe des Abfalls an ein berechtigtes Entsorgungsunternehmen der Auftrag erfüllt ist. Da mit der Übergabe des Abfalls an einen Berechtigten die Leistung als erbracht anzusehen ist, war der berechtigte Entsorgungsunternehmer als Subunternehmer im Angebot nicht bekannt zu geben. Die Übernahme des Abfalls durch den Berechtigten ist nicht mehr Teil des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages. Zu guter Letzt ist der Subunternehmerbegriff des § 2 Z 33a BVergG 2006 gegenständlich nicht erfüllt.

VI. Die Kostenentscheidung (Spruchpunkt II.) gründet auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Opperl