

TE Lvwg Erkenntnis 2014/6/2 VGW-123/072/10239/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.06.2014

Entscheidungsdatum

02.06.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006 §125

WVRG 2014 §20

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, sowie die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der P. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, "MA 28-..., Straßenbau: Bodenmarkierungsarbeiten in Wien", betreffend Obergruppe 03 und 08, nach mündlicher Verhandlung

I. zu Recht e r k a n n t:römisches. zu Recht e r k a n n t:

IM NAMEN DER REPUBLIK

Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 08 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung wird hinsichtlich Obergruppe 08 für nichtig erklärt.

II. den B e s c h l u s s gefasst: zwei. den B e s c h l u s s gefasst:

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 03 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

III. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen. römisches drei. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser

entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis und diesen Beschluss ist gemäß§ 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. römisch vier. Gegen dieses Erkenntnis und diesen Beschluss ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 16, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 41 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit.a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 1, 19 Abs. 1, 118, 125 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 15, 16, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 41, Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz eins, 19, Absatz eins, 118, 125, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, MA 28, führt unter der Bezeichnung „MA 28-...“ ein Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrags für Bodenmarkierungsarbeiten in Wien. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Es gilt das Preisauflags- und Nachlassverfahren. Die Musterkalkulation wurde unter Beiziehung eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Bauwesen (Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung) erstellt.

Die ausgeschriebenen Leistungen wurden bezirksweise in acht als „Obergruppen“ bezeichnete Lose zusammengefasst. Die Abgabe von Teilangeboten war zulässig.

Die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 wurde der Antragstellerin am selben Tag übermittelt. Diese enthält die aufgrund des billigsten Angebots für die Obergruppen 01 bis 08 in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nach Ausscheiden jener Bieter, die in einer Gruppe, in der sie Billigstbieter waren, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht mehr aufgewiesen haben. Weiters werden in der Zuschlagsentscheidung die zweitgereihten Bieter pro Obergruppe (sog. „Erbauftragnehmer“) festgehalten.

Die Antragstellerin hat diese Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 03 und 08 angefochten. Sie führte zu diesem Antrag aus, die Zuschlagsentscheidung sei in diesen Obergruppen zu Gunsten der M. GmbH (in der Folge: Teilnahmberechtigten) ausgefallen. Diese erfülle jedoch die Eignungskriterien der Angebotsbestimmungen nicht.

Die Teilnahmberechtigte habe laut Firmenbuch (Auszug aus der Bilanz zum 31.12.2012) steigende Verbindlichkeiten, weshalb sie offenbar nicht über die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfüge und damit auch nicht gewährleistet sei, dass sie die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten in den Jahren 2014 -2016 auch tatsächlich verlässlich ausführen könne.

Weiters sei laut Ausschreibung für jede Obergruppe eine bestimmte Anzahl von „Fachkräften für Bodenmarkierung“ nachzuweisen. Diese bedürften einer speziellen Ausbildung, die nur beim WIFI absolviert werden könne. Die Antragstellerin bezweifle, dass die Teilnahmberechtigte über je einen solchen Mitarbeiter für die Obergruppen 03 und 08 verfüge.

Die Teilnahmberechtigte habe offensichtlich auch nicht die geforderten Referenzen nachweisen können.

Das für Bodenmarkierungen in Wien zugelassene Material werde nur von der R. KG an Fachfirmen mit entsprechenden Fachkenntnissen geliefert. Mangels entsprechender Fachkenntnisse aufgrund des Fehlens der erforderlichen Fachkräfte für Bodenmarkierung könne die Teilnahmberechtigte dieses Material nicht beziehen.

Die Angebote der Teilnahmberechtigten und die diesen zu Grunde liegenden Kalkulationen entbehrten jeglicher Wirtschaftlichkeit. Diese reichten nicht einmal zur Deckung des Materialeinkaufspreises aus.

In der Folge ergänzte die Antragstellerin ihr diesbezügliches Vorbringen dahingehend, dass die Angebote der Teilnahmberechtigten auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Teilnahmberechtigten in den Markt eintreten wolle, nicht als kostendeckend angesehen werden könnten. Der hohe Nachlass der Teilnahmberechtigten von 20,22% auf die Musterkalkulation müsse nach Ansicht der Antragstellerin zu einer Insolvenz der Teilnahmberechtigten führen und würde daher bewirken, dass von einer verlässlichen Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen durch die

Teilnahmeberechtigte nicht ausgegangen werden könne. Die Antragstellerin sei durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht verletzt, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten ausgeschieden werde und die Antragstellerin als Zweitgereichte den Zuschlag in den Obergruppen 03 und 08 erhalte.

Die Antragstellerin stelle daher den Antrag, die beabsichtigten Zuschlagsentscheidungen für die Obergruppen 03 und 08 für nichtig zu erklären. Weiters beantragte sie, festzustellen, dass die gegenständliche Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 03 und 08 nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung des Auftraggebers aufgrund deren technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes und niedrigsten Preises der Antragstellerin erteilt worden und der Antragstellerin dadurch ein Schaden entstanden sei. Schließlich beantragte sie, gemäß § 21 WVRG 2007 einen Schlichtungsversuch vorzunehmen. Die Antragstellerin stelle daher den Antrag, die beabsichtigten Zuschlagsentscheidungen für die Obergruppen 03 und 08 für nichtig zu erklären. Weiters beantragte sie, festzustellen, dass die gegenständliche Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 03 und 08 nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung des Auftraggebers aufgrund deren technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes und niedrigsten Preises der Antragstellerin erteilt worden und der Antragstellerin dadurch ein Schaden entstanden sei. Schließlich beantragte sie, gemäß Paragraph 21, WVRG 2007 einen Schlichtungsversuch vorzunehmen.

Über Aufforderung des Vergabekontrollsenats Wien, bei dem der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag noch einzubringen war, machte die Antragstellerin in der Bekanntgabe vom 30.12.2013 ergänzende Angaben zu dem ihr drohenden Schaden, ihrem Interesse an einem Vertragsabschluss und den geltend gemachten verletzten Rechten. Auch wurde eine Bestätigung der Bezahlung der Pauschalgebühren nachgereicht.

Mit Schriftsatz vom 9.1.2014 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Obergruppen 03 und 08, M. GmbH, als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten, hat sich gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und vorgebracht, dass das Vorbringen der Antragstellerin nicht berechtigt sei.

Sie führte aus, dass zunächst unklar sei, ob der Antragstellerin durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Zuschlagsentscheidung überhaupt ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. In Frage stehe die Antragslegitimation der Antragstellerin, wobei der Verbrauch an technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit laut Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen für die Obergruppen, für die die Antragstellerin den Zuschlag erhalten solle, zu berücksichtigen sei.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigten weise aufgrund steigender Verbindlichkeiten die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht auf, sei entgegenzuhalten, dass in der Ausschreibung keine Bilanz- oder sonstige buchhalterische Kennzahlen gefordert gewesen seien. Auch die Entwicklung der Verbindlichkeiten bzw. die Eigenkapitalausstattung sei nicht thematisiert worden. Es sei alleine auf den Jahresumsatz aus den letzten drei Geschäftsjahren angekommen. Diesen und damit ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit habe die Teilnahmeberechtigte nachgewiesen.

Die Antragstellerin habe weiters argumentiert, dass die Teilnahmeberechtigten nicht über ausreichend geschulte Fachkräfte für Bodenmarkierungen verfüge, da diese eine spezielle Schulung beim WIFI nicht absolviert hätten. Diesem Argument seien die Festlegungen der Antragsgegnerin entgegenzuhalten, die keine bestimmte Ausbildung beim WIFI, sondern „eine Schulung zur Fachkraft für Bodenmarkierungen“ gefordert habe. Die Teilnahmeberechtigten habe den Nachweis der Beschäftigung einer ausreichenden Anzahl von Mitarbeitern ordnungsgemäß erbracht und auch deren Ausbildung bei einem unabhängigen Institut nachgewiesen. Diese Behauptung der Antragstellerin gehe daher, ebenso, wie die Behauptung, die Teilnahmeberechtigten könne nicht über die erforderlichen Materialien verfügen, ins Leere.

Die Antragstellerin behaupte ohne irgendeine Begründung, dass die Teilnahmeberechtigten die geforderten Referenzen nicht nachweisen könne. Tatsächlich habe die Teilnahmeberechtigten jedoch Referenzbescheinigungen über Markierungen in Kalt- und Spritzplastik abgegeben, die den geforderten Gesamtumfang um ein Vielfaches überstiegen.

Von der Antragsgegnerin sei weiters eine Prüfung der Angebote der Teilnahmeberechtigten auch im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung durchgeführt worden. Insbesondere habe am 19.11.2013 ein mündliches Aufklärungsgespräch stattgefunden, anlässlich dessen die nachgeforderten Unterlagen (Kalkulationsblätter) vorgelegt und weitere Auskünfte über die Angebotskalkulation erteilt worden seien.

Aus der Sicht der Teilnahmeberechtigten seien die von der Antragstellerin angebotenen Preise überhöht und auf möglichst hohen Gewinn ausgerichtet. Die Teilnahmeberechtigten wolle den Markt für Bodenmarkierungen erobern

und eine bedeutende Referenz erlangen. In der Folge verweist die Teilnahmeberechtigte auf ein Vergabeverfahren aus dem Jahr 2010, das sich ebenfalls auf Bodenmarkierungen in Wien bezog. Sie habe bei der Kalkulation ihres nunmehrigen Angebots auch die damals angebotenen Preise berücksichtigt.

Die Antragsgegnerin stellt in ihrem Schriftsatz vom 13.1.2014 zunächst den Ablauf des Vergabeverfahrens dar. Zum Antragsumfang bringt sie vor, dass die Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers jeder einzelnen Obergruppe in unmittelbarem Zusammenhang mit den Ergebnissen aller vorangegangenen Obergruppen stehe. Es habe daher im gegenständlichen Vergabeverfahren nur eine aus mehreren Entscheidungen bestehende Zuschlagsentscheidung für alle Obergruppen getroffen werden können.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin könne daher auch nur diese eine Zuschlagsentscheidung in ihrer Gesamtheit Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein. Die Anfechtung der Ergebnisse in einzelnen Obergruppen mache keinen Sinn, da das Ausscheiden von Teilangeboten in einer Obergruppe Auswirkungen auf die Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den anderen Obergruppen hätte.

Die Antragsgegnerin stelle daher den Antrag, die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für einzelne Obergruppen auf einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Zuschlagsentscheidung zu erweitern.

Zur Argumentation der Antragstellerin verweist die Antragsgegnerin zunächst auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, wonach die Bieter als Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den Jahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre anzugeben hatten. Die Mindestanforderungen pro Obergruppe seien ebenfalls aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei, wie alle anderen Angebote, von der Antragsgegnerin geprüft worden. Nur die nachgewiesenen Daten seien in das Ermittlungsverfahren der präsumtiven Zuschlagsempfänger eingeflossen. Die Teilnahmeberechtigte habe diese Anforderungen hinsichtlich der Obergruppen, für die sie den Zuschlag erhalten soll, erfüllt.

Die Antragstellerin begründe ihre Zweifel an der Verfügbarkeit von Fachkräften für Bodenmarkierung und am Nachweis der erforderlichen Referenzen mit keinem Wort. Die Überprüfung der Antragsgegnerin habe ergeben, dass diese Zweifel nicht zuträfen.

Ebenso wenig sei den Zweifeln der Antragstellerin hinsichtlich der Verfügbarkeit von geeigneten Materialien zu folgen. Es handle sich bei den diesbezüglichen Vorgaben um Vertragsbestimmungen. Es sei Sache jedes Auftragnehmers, die abgerufenen Leistungen vertragskonform zu erbringen. Eine Relevanz für das Vergabeverfahren bestehe nicht.

Zur Angebotskalkulation hält die Antragsgegnerin fest, dass die allen Angeboten zu Grunde liegenden Einheitspreise aus der Musterkalkulation eines Sachverständigen hervorgegangen seien. Diese Musterkalkulation sei der Antragstellerin bekannt gewesen und sei nicht angefochten worden. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten enthalte keine anderen Einheitspreise, sondern, wie alle anderen Angebote, Aufschläge bzw. Nachlässe auf diese Einheitspreise. Die Behauptung fehlender Wirtschaftlichkeit des Angebots der Teilnahmeberechtigten entbehre jeglicher Begründung.

Selbst wenn die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären wäre, wäre die Angebotsprüfung fortzusetzen und eine neue Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsentscheidung vorzunehmen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin entbehre jedoch jeder inhaltlichen Berechtigung. Die Antragstellerin bleibe eine fundierte Begründung ihrer Bedenken und Zweifel schuldig. Ihr Antrag weise die gesetzlichen Mindestanforderungen nicht auf.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 29.4.2014 hielt die Antragstellerin ihre Anträge nur hinsichtlich der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 für die Obergruppen 03 und 08 aufrecht.

Vor einem näheren Eingehen auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe wurde vom Senat zur Rechtsansicht der Antragsgegnerin, wonach es sich im vorliegenden Verfahren um ein einheitliches Vergabeverfahren mit einer einheitlichen Zuschlagsentscheidung in einem Schreiben handle, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch nur in ihrer Gesamtheit nachgeprüft werden könne, folgende Rechtsansicht dargelegt:

Eine gemeinsame Behandlung aller Obergruppen des gegenständlichen Vergabeverfahrens in einem Nachprüfungsverfahren ist nicht möglich. Aufgrund der Bestimmungen der bestandsfesten Ausschreibung war es für die Bieter zulässig, in einer, in mehreren oder in allen Obergruppen anzubieten. Jeder Bieter kann jedoch nur in jenen Obergruppen zur Stellung eines Nachprüfungsantrags hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung legitimiert sein, in

denen er auch ein Angebot gelegt und damit sein Interesse am Vertragsabschluss bekundet hat.

Es ist dem Verwaltungsgericht Wien auch nicht möglich, Nachprüfungsanträge einzelner Bieter „von amtswegen“ zu erweitern, wie dies von der Auftraggeberin beantragt wurde. Das Gericht hat lediglich zu prüfen, ob die jeweiligen Antragsteller antragslegitimiert sind und ob gegebenenfalls die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers vorliegen und diese Entscheidung daher für nichtig zu erklären ist.

Weiters treten in den verschiedenen Obergruppen unterschiedliche präsuntive Zuschlagsempfänger und unterschiedliche Antragsteller auf. Das würde bedeuten, dass bei einer gemeinsamen Behandlung aller Obergruppen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der jeweiligen Bieter beeinträchtigt würden, sobald eine Erörterung der jeweiligen Kalkulationsgrundlagen, Referenzen, Einzelheiten zur technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, etc. erforderlich wär.

Der Komplexität des gegenständlichen Vergabeverfahrens kann im Nachprüfungsverfahren daher nach Ansicht des Senates nur dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Behandlung der einzelnen Obergruppen eine Reihenfolge eingehalten wird, die den Rückwirkungen der jeweiligen Entscheidungen des Gerichts in einer Obergruppe auf die anderen Obergruppen Rechnung trägt. Weiters werden vom Gericht gemäß § 39 Abs. 2 AVG die Nachprüfungsverfahren, die idente Antragsteller und Teilnahmeberechtigte aufweisen, zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Komplexität des gegenständlichen Vergabeverfahrens kann im Nachprüfungsverfahren daher nach Ansicht des Senates nur dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Behandlung der einzelnen Obergruppen eine Reihenfolge eingehalten wird, die den Rückwirkungen der jeweiligen Entscheidungen des Gerichts in einer Obergruppe auf die anderen Obergruppen Rechnung trägt. Weiters werden vom Gericht gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG die Nachprüfungsverfahren, die idente Antragsteller und Teilnahmeberechtigte aufweisen, zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Weiters wurde vom Senat erwogen, dass die Mitteilung der im gegenständlichen Vergabeverfahren „Erbauftragnehmer“ genannten Zweitgereihten in § 131 Abs. 1 BVergG 2006 nicht vorgesehen ist. Im Hinblick darauf, dass nach der Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber eine neue Zuschlagsentscheidung zu treffen ist, jedoch kein automatisches Nachrücken des Zweitgereihten erfolgt, sieht der Senat diese Auflistung der Zweitgereihten als bloße Information an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter an, die keine vergaberechtlichen Rechtswirkungen entfaltet. Weiters wurde vom Senat erwogen, dass die Mitteilung der im gegenständlichen Vergabeverfahren „Erbauftragnehmer“ genannten Zweitgereihten in Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vorgesehen ist. Im Hinblick darauf, dass nach der Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber eine neue Zuschlagsentscheidung zu treffen ist, jedoch kein automatisches Nachrücken des Zweitgereihten erfolgt, sieht der Senat diese Auflistung der Zweitgereihten als bloße Information an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter an, die keine vergaberechtlichen Rechtswirkungen entfaltet.

Die Parteien erstatteten in der Verhandlung folgendes ergänzende Vorbringen:

Die Antragstellerin führte zur Frage ihrer Antragslegitimation aus, dass erst über die Zuschlagsentscheidungen hinsichtlich der Obergruppen 06 und 07 abgesprochen worden sei, der Eventualantrag hinsichtlich Obergruppe 04 sei noch offen. Vor diesem Hintergrund komme der Antragstellerin auch für die Obergruppe 03 Antragslegitimation zu. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte verwiesen auf den Verbrauch von technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in den Obergruppen, in denen sie bereits für den Zuschlag vorgesehen ist, und auf die Beachtlichkeit der sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Antragslegitimation hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Obergruppen.

Die Frage der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung (auf Antrag der Antragstellerin im Interesse der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG in Abwesenheit der Teilnahmeberechtigten) näher erörtert. Die Antragstellerin brachte insbesondere vor, dass ihr über ihre Subunternehmerin eine zusätzliche von ihr genannte Zahl an Arbeitskräften mit den ebenfalls bekanntgegebenen Qualifikationen (ADR-Schein, Fachausbildung zum Bodenmarkierer) zur Verfügung stünden. Sie machte auch weitere Ausführungen dazu, woraus sich der von ihr geltend gemachte Schaden zusammensetze. Diese Erörterungen wurden im Verhandlungsprotokoll in einem gesonderten Beiblatt 1 festgehalten. Die Frage der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin wurde in der mündlichen Verhandlung (auf Antrag der Antragstellerin im Interesse der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Sinne des Paragraph 17,

Absatz 3, AVG in Abwesenheit der Teilnahmeberechtigten) näher erörtert. Die Antragstellerin brachte insbesondere vor, dass ihr über ihre Subunternehmerin eine zusätzliche von ihr genannte Zahl an Arbeitskräften mit den ebenfalls bekanntgegebenen Qualifikationen (ADR-Schein, Fachausbildung zum Bodenmarkierer) zur Verfügung stünden. Sie machte auch weitere Ausführungen dazu, woraus sich der von ihr geltend gemachte Schaden zusammensetze. Diese Erörterungen wurden im Verhandlungsprotokoll in einem gesonderten Beiblatt 1 festgehalten.

In der Folge wiederholte die Antragstellerin kurz die bereits in ihren Schriftsätzen geltend gemachten Mängel im Angebot der Teilnahmeberechtigten. Insbesondere sei der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Preis extrem niedrig und nicht kostendeckend. Die Teilnahmeberechtigte verfüge weiters nach der Marktkennntnis der Antragstellerin aufgrund der von der Teilnahmeberechtigten bisher ausgeführten Tätigkeiten und Aufträge nicht über die erforderlichen Referenzen hinsichtlich „Kaltplastik“.

Die Teilnahmeberechtigte bestritt dieses Vorbringen und entgegnete zum Vorwurf der Unterpreisigkeit, dass andere Bieter aufgrund ihrer eigenen Kostensituation nicht auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten schließen dürften. Die Teilnahmeberechtigte habe Kostendeckung und einen Gewinn kalkuliert. Sie wolle mit ihrem Angebot in den Markt für Bodenmarkierungen in Österreich eintreten.

Zum Vorwurf der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe keinen Zugang zu in Wien zugelassenem Material, führte die Antragsgegnerin aus, es sei in der Ausschreibung kein bestimmtes Material verlangt worden. Den Ausschreibungsunterlagen seien Materialbeschreibungsblätter beigelegt, die von den Bietern ausgefüllt und bei Vertragsabschluss vorgelegt werden müssten. Diese dienten der Nachweisführung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen für Bodenmarkierungen bei Auftragsausführung. Die Materialien, die für Bodenmarkierungen verwendet werden dürften, hätten eine Zulassung des BMVIT, die den Stand der Technik widerspiegle. Wenn ein Vertragspartner ungeeignetes Material verwende, sei dies im Rahmen von Haftungsansprüchen der Antragsgegnerin wahrzunehmen.

Zum Thema Referenzen wurde (auf Antrag der Teilnahmeberechtigten im Interesse der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG in Abwesenheit der Antragstellerin) von der Teilnahmeberechtigten ein Schreiben einer der Referenzgeberinnen vom 25.4.2014 zum Akt genommen, aus dem hervorgeht, dass die von der Teilnahmeberechtigten als Referenz nachgewiesenen Arbeiten für diese Referenzgeberin in einem Telefongespräch mit der Antragsgegnerin anlässlich der Angebotsprüfung hinsichtlich deren Umfang zunächst ungenau beschrieben worden seien. Tatsächlich sei der nunmehr bekanntgegebene Leistungsumfang erbracht worden. Zum Thema Referenzen wurde (auf Antrag der Teilnahmeberechtigten im Interesse der Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Sinne des Paragraph 17, Absatz 3, AVG in Abwesenheit der Antragstellerin) von der Teilnahmeberechtigten ein Schreiben einer der Referenzgeberinnen vom 25.4.2014 zum Akt genommen, aus dem hervorgeht, dass die von der Teilnahmeberechtigten als Referenz nachgewiesenen Arbeiten für diese Referenzgeberin in einem Telefongespräch mit der Antragsgegnerin anlässlich der Angebotsprüfung hinsichtlich deren Umfang zunächst ungenau beschrieben worden seien. Tatsächlich sei der nunmehr bekanntgegebene Leistungsumfang erbracht worden.

Zur Frage der Preisgestaltung der Teilnahmeberechtigten wurden ebenfalls in Abwesenheit der Antragstellerin von der Teilnahmeberechtigten nähere Angaben über die Zusammensetzung der von ihr angebotenen Preise und die von ihr bei der Preisgestaltung berücksichtigten Umstände gemacht. Diese Erörterungen zum Thema Referenzen und Preisgestaltung wurden im Verhandlungsprotokoll in einem gesonderten Beiblatt 2 festgehalten.

Die Antragsgegnerin betonte abschließend, dass hinsichtlich des Angebots der Teilnahmeberechtigten eine Angebotsprüfung erfolgt sei und verwies auf die nachvollziehbaren K3-Blätter, aus denen sich insbesondere die Einhaltung der lohn-, arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen ergebe, und auf das Aufklärungsgespräch.

Aufgrund der vorgelegten, sehr übersichtlich gestalteten Vergabeakten, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2014 werden folgende weitere entscheidungsrelevante Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – Magistratsabteilung 28 handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVerG 2006, welche ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisaufschlags- und Nachlassverfahren führt. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – Magistratsabteilung 28 handelt es sich unbestritten um eine öffentliche

Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, welche ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisaufschlags- und Nachlassverfahren führt.

Die Bieter mussten im gegenständlichen Vergabeverfahren laut Ausschreibung als Nachweis der Eignung u.a. eine Gewerbeberechtigung für Anstreicher, das Ausführen von Bodenmarkierungen oder Gleichwertiges nachweisen. Jeder Bieter musste außerdem maximal zwei Referenzen für Bodenmarkierungsarbeiten auf öffentlichen, unter Verkehr stehenden Straßen im Ortsgebiet in den letzten fünf Jahren mit einem Gesamtumfang 5000 m oder 1000 m² Spritzplastik und 5000 m oder 1000 m² Kaltplastik vorlegen. Weiters war der Nachweis eines bestimmten Mindestumsatzes pro Jahr sowie einer bestimmten Mindestanzahl an Mitarbeitern, davon jeweils eine bestimmte Anzahl von Personen mit ADR-Bescheinigung (Bescheinigung der Erlaubnis einer Beförderung von Gefahrgut auf der Straße) und Ausbildung zum Bodenmarkierer, pro Obergruppe gefordert.

Für die Vergabe der einzelnen Obergruppen sieht die verfahrensgegenständliche Ausschreibung folgende Vorgangsweise vor:

Sollte ein Bieter für mehrere Obergruppen Billigstbieter sein, wurden die Obergruppen, in denen er Billigstbieter war, von Obergruppe 01 aufwärts bis Obergruppe 08 an ihn vergeben, wobei jeweils der für die Obergruppe erforderliche Mindestumsatz und die erforderlichen Personalzahlen pro Obergruppe vom vorhandenen Mindestumsatz und den vorhandenen Personalressourcen des Bieters abgerechnet wurden, bis die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die nächste Gruppe nicht mehr ausreichte. In den Obergruppen, für die die Leistungsfähigkeit trotz billigstem Preis nicht ausreichte, wurde der Bieter mangels technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ausgeschieden. Wenn die Leistungsfähigkeit für eine höhere Obergruppe ausreichend war, für die der Bieter ebenfalls Billigstbieter war, wurde diese wiederum zugeschlagen.

Die Antragstellerin hat für alle Obergruppen je ein Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung fand am 24.10.2013 statt. Mit Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 wurde die Teilnahmeberechtigte in den Obergruppen 03 und 08 als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekanntgegeben. Die Antragstellerin wurde hinsichtlich dieser Obergruppen in eine Liste der zweitgereihten Bieter aufgenommen, die in dieser Zuschlagsentscheidung als „Erbauftragnehmer“ bezeichnet werden.

Die Musterkalkulation sah für Obergruppe 08 einen Preis von EUR 852.616,37 vor. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten lautete in Obergruppe 08 auf EUR 722.822,91. Die von den übrigen nachgereihten Bietern für Obergruppe 08 angebotenen und bei der Angebotsöffnung verlesenen Preise lauten EUR 769.070,57, EUR 844.090,21, EUR 918.267,83, EUR 971.982,67, EUR 980.508,83 und EUR 980.508,84.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise, aufgegliedert in Leistungsgruppen bzw. Lohn und Sonstiges ihrer Musterkalkulation gegenübergestellt. Sie hat die Teilnahmeberechtigte mit E-Mail vom 24.10.2013 aufgefordert, unter anderem das Kalkulationsformblatt K3-Regielohnpreis nachzureichen.

Die Unterlagen wurden am 5.11.2013 nachgereicht. Am 19.11.2013 erfolgte ein Aufklärungsgespräch, in dem laut dem darüber angefertigten und aktenkundigen Gesprächsprotokoll eine auf den K7-Blättern der Teilnahmeberechtigten beruhende Liste mit einer Aufgliederung der Preise für Personal und Material vorgelegt und besprochen wurde. In diesem Aufklärungsgespräch wurde auch die Grundlage für die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Zuschläge und Nachlässe erörtert. Ganz generell wurde festgehalten, dass das Preisniveau für diese Leistungen in Deutschland deutlich niedriger sei und daher mit den angebotenen Preisen selbst unter Berücksichtigung von Subunternehmern das Auslangen gefunden werden könne.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 41 Abs. 1 WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31.12.2013 bei Vergabekontrollsenat Wien anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen. Gemäß Paragraph 41, Absatz eins, WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31.12.2013 bei Vergabekontrollsenat Wien anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist bis zur Zuschlagserteilung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines

Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht insbesondere zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen, wie der Zuschlagsentscheidung, zuständig. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 ist bis zur Zuschlagserteilung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht insbesondere zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen, wie der Zuschlagsentscheidung, zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

§ 19 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 125 BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und unter anderem dann vertieft prüfen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen bzw. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und unter anderem dann vertieft prüfen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen bzw. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 und enthält nach aufgetragener Verbesserung die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat in ihrer Eingabe die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß § 15 WVRG 2014 nachgewiesen. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, BVergG 2006 und enthält nach aufgetragener Verbesserung die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat in ihrer Eingabe die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 15, WVRG 2014 nachgewiesen.

Zu Obergruppe 03:

Soweit der Nachprüfungsantrag sich auf die Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 bezieht, war zunächst die Antragslegitimation der Antragstellerin zu prüfen.

Die Antragstellerin ist präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Obergruppen 04, 06 und 07. Aufgrund der oben dargestellten in der Ausschreibung vorgesehenen Vorgangsweise bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers pro Obergruppe musste die Antragstellerin in ihrem Angebot für Obergruppe 04 sieben Arbeitskräfte (davon 3 Arbeitskräfte mit ADR-Bescheinigung und 1 Arbeitskraft mit Ausbildung zum Bodenmarkierer), für Obergruppe 06 vier Arbeitskräfte (davon 2 Arbeitskräfte mit ADR-Bescheinigung und 1 Arbeitskraft mit Ausbildung zum Bodenmarkierer) und für Obergruppe 07 vier Arbeitskräfte (davon 2 Arbeitskräfte mit ADR-Bescheinigung und 1 Arbeitskraft mit Ausbildung zum Bodenmarkierer) nachweisen. Diese Vorgaben hat die Antragstellerin erfüllt.

Aufgabe des Verwaltungsgerichts Wien im Vergaberecht ist die nachprüfende Kontrolle von Entscheidungen des Auftraggebers, soweit diese angefochten werden, nicht jedoch das Durchführen von Vergabeverfahren oder das Treffen von Entscheidungen anstelle des Auftraggebers. Das Verwaltungsgericht Wien hat daher im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zunächst zu prüfen, ob die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen in jeder Obergruppe die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten aufweisen und daher für nichtig zu erklären sind.

Mit den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichts Wien vom 27.3.2014, Zahl VGW-123/072/10274/2014, und Zahl VGW-123/072/10278/2014, wurden die Nachprüfungsanträge hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin in den Obergruppen 06 und 07 abgewiesen. Mit Beschluss vom 2.6.2014, Zahl VGW-123/072/10562/2014, wurde der Eventualantrag der G. GmbH auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 03, 04, 05, 06, 07 und 08 zurückgewiesen. Die Zuschlagsentscheidungen in den Obergruppe 04, 06 und 07 zugunsten der Antragstellerin sind daher weiterhin aufrecht. Damit ist aber die für diese Obergruppen erforderliche Anzahl an Arbeitskräften der Antragstellerin gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung „verbraucht“.

Erst aufgrund dieser Entscheidungen hat das Verwaltungsgericht Wien darüber zu befinden, ob die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr angefochtenen Zuschlagsentscheidungen in den Obergruppen 03 und 08, in denen sie an zweiter Stelle gereiht ist, antragslegitimiert ist. Dies ist sie nur dann, wenn ihr Angebot in den genannten Obergruppen nicht mangels technischer bzw. wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auszuschneiden wäre.

Die von der Antragsgegnerin für die Ermittlung der Zuschlagsempfänger gewählte Vorgangsweise sieht vor, dass erstgereichte Bieter in den Obergruppen, in denen sie die erforderliche technische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht oder (nach Zuschlagsentscheidung in niedrigeren Obergruppen und dadurch bedingten „Verbrauch“ von technischer oder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit) nicht mehr aufweisen, auszuschneiden sind. Dies steht jedoch einer Zuschlagsentscheidung an denselben Bieter in einer höheren Obergruppe, in der eine geringere Anforderung an die technische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gestellt wird, und für die die Leistungsfähigkeit des Bieters noch ausreicht, nicht entgegen.

Aus der im Vergabeakt liegenden und als Beilage 2 bezeichneten Liste, in der die Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung den Verbrauch an technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Antragstellerin entsprechend den Obergruppen, in denen sie präsumtive Zuschlagsempfängerin ist, dargestellt hat, geht hervor, dass die Antragstellerin für Obergruppe 03 nach den o.a. Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtes Wien mangels einer ausreichenden Anzahl an Arbeitskräften keine technische Leistungsfähigkeit mehr aufweist.

Durch den „Verbrauch“ der in der Ausschreibung geforderten Arbeitskräfte für die Obergruppen 04, 06 und 07 stehen der Antragstellerin für die Obergruppe 08 noch ausreichend Arbeitskräfte zur Verfügung. Für Obergruppe 03 trifft dies nicht zu, da in dieser Obergruppe laut Ausschreibung mehr Arbeitskräfte gefordert sind, als in Obergruppe 08.

Die Antragstellerin brachte dazu im Nachprüfungsverfahren vor, dass ihr über ihre Subunternehmerin eine von ihr näher bezeichnete Anzahl an zusätzlichen Arbeitskräften zur Verfügung gestanden wäre, mit der sie auch die für Obergruppe 03 erforderliche Anzahl an Arbeitskräften abdecken hätte können. Aus dem Vergabeakt geht jedoch hervor, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot eine bestimmte Anzahl an Arbeitskräften in der dem Angebot anzuschließenden Arbeitskräfte-liste bekanntgegeben hat. In dieser Liste war auch anzukreuzen, welcher Arbeitnehmer welche geforderte Ausbildung (ADR-Bescheinigung, Schulung zur Fachkraft für Bodenmarkierungen) hat. Die entsprechenden Nachweise wurden von der Antragstellerin ebenfalls vorgelegt.

Diese Anzahl an Arbeitskräften wurde von der Antragsgegnerin ihrer Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu Grunde gelegt. Sie bildet auch die Basis für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren.

Die von der Antragstellerin nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens genannten zusätzlichen Arbeitskräfte ihrer Subunternehmerin waren im Nachprüfungsverfahren nicht zu berücksichtigen, da ein solches Nachnennen und die damit verbundene Erhöhung der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nach Abschluss des Vergabeverfahrens im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter unzulässig ist.

Die Antragstellerin ist daher zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 nicht antragslegitimiert. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 ist zurückzuweisen.

Zu Obergruppe 08:

Hinsichtlich Obergruppe 08 weist die Antragstellerin die erforderliche technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zusätzlich zu den Obergruppen 04, 06 und 07, für die sie bereits präsumtive Zuschlagsempfängerin ist, auf, da die Anforderungen an die Anzahl der vorhandenen Arbeitskräfte in dieser Obergruppe niedriger ist, als in Obergruppe 03. Damit ist ihre Antragslegitimation hinsichtlich Obergruppe 08 gegeben und es hat eine inhaltliche Prüfung der von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zu erfolgen.

Zunächst ist hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten und der Antragsgegnerin zu folgen. Laut den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen war der Nachweis des mittleren Jahresumsatzes der letzten drei Geschäftsjahre anzugeben. Ein gesonderter Nachweis war nur erforderlich, wenn sich der Jahresumsatz nicht aus dem ANKÖ ergibt. Der Antragsgegnerin ist im Rahmen der Angebotsprüfung der aktuelle ANKÖ-Auszug der Teilnahmeberechtigten zur Verfügung gestanden, aus dem auch der mittlere Jahresumsatz hervorgeht.

In den Obergruppen, für die die Teilnahmeberechtigten den Zuschlag erhalten sollte, wurde das Vorliegen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten von der Antragsgegnerin geprüft. Aufgrund dieser Prüfung hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten ausreichend vorliegt. Die von der Antragstellerin genannten „steigenden Verbindlichkeiten“ waren laut der gegenständlichen Ausschreibung kein Kriterium für die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bieter. Von einer fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten war daher nicht auszugehen.

Die Antragstellerin bezweifelte weiters, dass die Teilnahmeberechtigte über die erforderliche Anzahl an Fachkräften für Bodenmarkierung verfüge, da diese Ausbildung nur beim WIFI absolviert werden könne. Dem ist entgegenzuhalten, dass laut Ausschreibung eine bestimmte Anzahl von Arbeitskräften der Bieter eine „Schulung zur Fachkraft für Bodenmarkierungen“ nachweisen musste. In der Ausschreibung ist nicht vorgesehen, dass diese Ausbildung beim WIFI erfolgen müsse.

Die Teilnahmeberechtigte hat für eine ausreichende Anzahl von Arbeitskräften eine Ausbildung zur Fachkraft für Straßenmarkierung bzw. Bodenmarkierung nachgewiesen. Die diesbezüglichen Zweifel der Antragstellerin sind daher nicht berechtigt.

Die Antragstellerin bringt auch vor, dass die Teilnahmeberechtigte keinen Zugang zu geeigneten Materialien für die Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten habe. Dazu wurde in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin und in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar ausgeführt, dass den Ausschreibungsunterlagen zwar Materialbeschreibungsblätter beigelegt waren, diese jedoch von den Bietern erst bei Vertragsabschluss vorzulegen seien. Damit soll sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Bestimmungen für Bodenmarkierungen bei Auftragsausführung eingehalten werden. Eine Bestimmung, wonach ein bestimmtes Material verwendet werden müsse, enthält die Ausschreibung nicht. Wenn ein Vertragspartner im Zuge der Auftragsausführung ungeeignetes Material verwendet, löst dies allenfalls Gewährleistungsansprüche der Antragsgegnerin aus. Eine Relevanz im Vergabeverfahren hatte die Materialwahl jedoch nicht. Dem Vorbringen der Antragstellerin war daher auch in diesem Punkt nicht zu folgen.

Die Antragstellerin hegte weiters Zweifel daran, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderlichen Referenzen insbesondere hinsichtlich „Kaltplastik“ vorweisen könne. Gefordert war die Vorlage von maximal zwei Referenzen für Bodenmarkierungsarbeiten auf öffentlichen, unter Verkehr stehenden Straßen im Ortsgebiet in den letzten fünf Jahren

mit einem Gesamtumfang 5000 m oder 1000 m² Spritzplastik und 5000 m oder 1000 m² Kaltplastik.

Die Teilnahmeberechtigte hat zwei Referenzen vorgelegt. Beide Referenzen beziehen sich auf Arbeiten im Bereich Spritzplastik und Kaltplastik. Die Antragsgegnerin prüfte diese Referenzen und hielt mit den Referenzgeberinnen Rücksprache. Während aus den Referenzen hinsichtlich Spritzplastik eindeutig hervorging, dass die Teilnahmeberechtigte diesbezüglich ausreichend Arbeiten durchgeführt hat, bestanden hinsichtlich Kaltplastik aufgrund eines im Vergabeakt enthaltenen Aktenvermerks der Auftraggeberin über ein Telefonat mit einer Referenzgeberin Zweifel, ob diese Arbeiten im geforderten Umfang im Ortsgebiet durchgeführt wurden.

In der mündlichen Verhandlung wurde von der Teilnahmeberechtigten ein Schreiben der Referenzgeberin vorgelegt, aus dem hervorgeht, dass die Formulierung im o.a. Aktenvermerk ungenau war und die erforderlichen Arbeiten im Ortsgebiet auch hinsichtlich Kaltplastik bestätigt werden. Dieser Nachweis wurde vom Senat als ausreichend angesehen, um davon ausgehen zu können, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderlichen Referenzen erbracht hat. Den Bedenken der Antragstellerin war daher auch in diesem Punkt nicht zu folgen.

Zum Vorwurf der Antragstellerin, das Angebot der Teilnahmeberechtigten in Obergruppe 08 sei nicht kostendeckend und daher betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar, ist zunächst Folgendes festzustellen:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat gemäß § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung stattzufinden, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich laut Verwaltungsgerichtshof aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung der Auftraggeberin sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote (VwGH Zl.: 2011/04/0011). Ausgehend davon kommt es nicht allein darauf an, ob der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin weit unter dem aus den Angeboten anderer Bieter errechneten Durchschnittspreis gelegen ist. Es ist aber zuzugestehen, dass der Vergleich der Gesamtpreise der einzelnen Angebote Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und damit auf die jeweils relevanten Marktverhältnisse geben kann. Daneben ist bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch die Auftraggeberin in Betracht zu ziehen. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (VwGH Zl.: 2011/04/0011). Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung stattzufinden, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich laut Verwaltungsgerichtshof aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung der Auftraggeberin sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote (VwGH Zl.: 2011/04/0011). Ausgehend davon kommt es nicht allein darauf an, ob der Angebotspreis der Zuschlagsempfängerin weit unter dem aus den Angeboten anderer Bieter errechneten Durchschnittspreis gelegen ist. Es ist aber zuzugestehen, dass der Vergleich der Gesamtpreise der einzelnen Angebote Rückschlüsse auf die Wettbewerbssituation und damit auf die jeweils relevanten Marktverhältnisse geben kann. Daneben ist bei der gebotenen Überprüfung des Gesamtpreises auch die Kostenermittlung durch die Auftraggeberin in Betracht zu ziehen. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) (VwGH Zl.: 2011/04/0011).

Im vorliegenden Fall kommt nur das ursprünglich zweitgereichte Angebot an den von der Teilnahmeberechtigten für Obergruppe 08 angebotenen Preis heran, das jedoch nach der Aktenlage mangels technischer Leistungsfähigkeit der Bieterin auszuschneiden war. Bereits das ursprünglich drittgereichte Angebot der Antragstellerin bewegt sich preislich im Rahmen des auf der Musterkalkulation beruhenden Preises, alle weiteren angebotenen Preise sind wesentlich höher.

Der von der Teilnahmeberechtigten in Obergruppen 08 angebotene Gesamtpreis weicht um ca. 16 % nach unten vom Preis der Musterkalkulation der Auftraggeberin ab. Diese Musterkalkulation wurde unter Beiziehung eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Bauwesen erstellt. Die Musterkalkulation wurde weder im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren in Frage gestellt. Gerade im Hinblick auf die Beteiligung eines externen Sachverständigen ist daher davon auszugehen, dass die im Rahmen der Musterkalkulation ermittelten Preise allen gesetzlichen Vorgaben entsprechen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sind, was der Musterkalkulation im vorliegenden Fall diesbezüglich auch eine besondere Beweiskraft verleiht.

Ein ca. 16 % unter dem aufgrund der Musterkalkulation ermittelten Preis liegendes Angebot eines Bieters weist daher im Hinblick auf die bisherige Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Verwaltungsgerichtshofes einen

ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf, der von der Auftraggeberin hinsichtlich seiner Preisangemessenheit überprüft werden muss.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2011, Rs C 19/00; VKS Wien zuletzt 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.v.a.). Diesen Anforderungen entspricht, was die Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 08 betrifft, das von der Antragsgegnerin geführte Verfahren mangels entsprechender Dokumentation jedoch nicht. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang sie die Plausibilität von Preisen geprüft hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2011, Rs C 19/00; VKS Wien zuletzt 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.v.a.). Diesen Anforderungen entspricht, was die Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 08 betrifft, das von der Antragsgegnerin geführte Verfahren mangels entsprechender Dokumentation jedoch nicht. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang sie die Plausibilität von Preisen geprüft hat.

Die Antragsgegnerin hat die Überlegungen, die zur Zuschlagsentscheidung geführt haben, weder im Vergabeakt, noch im Nachprüfungsverfahren hinreichend dokumentiert bzw. dargelegt. Dabei erscheint im gegenständlichen Fall nicht nur die absolute Differenz des angebotenen Preises zum Preis laut Musterkalkulation, sondern auch die Gewichtung der Zuschläge und Nachlässe hinsichtlich der Preisbestandteile Lohn und Sonstiges, insbesondere im Hinblick auf die Aufklärung der Teilnahmerechtigten zum Thema Materialpreise, die in einem gewissen Widerspruch zum Hinweis auf ein niedrigeres Preisniveau in Deutschland steht, beachtlich.

Die Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 26.11.2013 verweist auf die Tabelle Angebotsauswertung, aus der wiederum lediglich die Reihung der Angebote pro Obergruppe und die auszuschheidenden Angebote ersichtlich sind.

Die Antragsgegnerin hat die Teilnahmerechtigte im Zuge der Angebotsprüfung zur Nachreichung der K3-Blätter aufgefordert. Anhand der von der Teilnahmerechtigten im Aufklärungsgespräch vorgelegten Liste und den dazu erteilten Auskünften, sowie anhand der Gegenüberstellung des aufgegliederten Preises der Teilnahmerechtigten für Obergruppe 08 mit der Musterkalkulation kam die Antragsgegnerin nach ihren Angaben im Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis, dass der für Obergruppe 08 angebotene Preis plausibel zusammengesetzt und angemessen ist.

Nach dem Protokoll im Aufklärungsgespräch hat sich die Antragsgegnerin schließlich mit der Feststellung, dass „das Preisniveau“ in Deutschland deutlich niedriger sei, sowie weiteren Informationen hinsichtlich Zuschläge auf bestimmte Preisbestandteile, die jedoch wiederum umso höhere Nachlässe auf andere Preisbestandteile bedeuten müssen, zufrieden gegeben.

Im Nachprüfungsverfahren wurde von der Teilnahmerechtigten in der Folge pauschal darauf verwiesen, dass die Teilnahmerechtigte kostendeckend und mit Gewinn kalkuliert habe und ihr niedriger Preis darauf zurückzuführen sei, dass sie in den Markt eintreten wolle. Ob diese Kalkulation plausibel ist, hat die Antragsgegnerin nach dem Inhalt des Vergabeaktes nicht ausreichend hinterfragt bzw. ihre diesbezüglichen Erkenntnisse nicht ausreichend dokumentiert. Die von der Auftraggeberin genannte Gegenüberstellung des nach Leistungsgruppen bzw. nach Preisanteil Lohn und Sonstiges aufgegliederten Preises der Teilnahmerechtigten mit dem auf der Musterkalkulation beruhenden Preis in der als „Beilage 1“ bezeichneten Tabelle ist zwar als Grundlage eines Vergleiches der einzelnen Leistungsgruppen geeignet, es fehlen im Vergabeakt jedoch die Schlussfolgerungen, die die Antragsgegnerin daraus gezogen hat. Ebenso wenig enthält der Vergabeakt eine nachvollziehbare Darstellung der Überlegungen der Antragsgegnerin zu den nachgereichten K3-Blättern.

Das Vergabeverfahren wurde als Preisaufschlags- und Nachlassverfahren geführt, was für den konkreten Fall bedeutet, dass die Einheitspreise festgestanden sind und Zuschläge bzw. Nachlässe auf Leistungsgruppenebene, Obergruppenebene sowie auf die Summe der angebotenen Obergruppen zulässig waren. Soweit dies einer vertieften Angebotsprüfung auf Basis der Einheitspreise entgegenstand, hätte die Antragsgegnerin trotzdem zu prüfen gehabt,

ob der von der Teilnahmeberechtigten in der Obergruppe 08 angebotene Preis (mit den im Angebot ersichtlichen Zuschlägen und Nachlässen) betriebswirtschaftlich erklärbar ist und dies im Vergabeakt nachvollziehbar dokumentieren müssen. Dies ist unterblieben.

Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts Wien, allfällig noch fehlende Prüfungsschritte anstelle der Antragsgegnerin durchzuführen. Die Antragsgegnerin wird daher im fortgesetzten Verfahren die Prüfung der Plausibilität des von der Teilnahmeberechtigten in Obergruppe 08 angebotenen Preises unter Berücksichtigung der im Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Fragen abzuschließen haben, welche im gegenständlichen Erkenntnis unter Berücksichtigung des Interesses der Teilnahmeberechtigten an der Wahrung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse ohne näheres Eingehen auf Kalkulationsdetails ausgeführt wurden, und ihr Prüfungsergebnis nachvollziehbar zu dokumentieren haben. Erst aufgrund dieser Prüfung wird es möglich sein, nachvollziehbar zu einer den Bestimmungen des BVerGG entsprechenden Zuschlagsentscheidung zu gelangen.

Aus diesen Gründen war dem zwar nicht sehr ausführlich begründeten, jedoch in seiner Argumentation aus dem Akteninhalt dann doch nachzuvollziehenden Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 hinsichtlich Obergruppe 08 stattzugeben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. Die Voraussetzungen für den zugesprochenen Kostenersatz liegen aufgrund des teilweisen Obsiegens der Antragstellerin vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014. Die Voraussetzungen für den zugesprochenen Kostenersatz liegen aufgrund des teilweisen Obsiegens der Antragstellerin vor.

Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision gegen das in Spruchpunkt I. gefasste Erkenntnis und den in Spruchpunkt II. gefassten Beschluss ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der bestandsfesten Ausschreibung eine Vorgangsweise hinsichtlich der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in jeder Obergruppe gewählt, die bewirkt, dass eine Zuschlagsentscheidung in einer niedrigeren Obergruppe durch den „Verbrauch“ von erforderlicher technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Auswirkungen für den Zuschlag in höheren Obergruppen hat. Diese Reihenfolge ist nach Rechtsansicht des erkennenden Senats im Nachprüfungsverfahren nicht bindend. Vielmehr sind zunächst die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten eines Bieters zu prüfen, obwohl sich diese Zuschlagsentscheidung auf höhere Obergruppen bezieht, bevor die Rechtsstellung desselben Bieters in einer niedrigeren Obergruppe beurteilt werden kann, in der dieser nur an zweiter Stelle gereiht ist. Da die Vorgangsweise im Nachprüfungsverfahren insbesondere bei allfälligen Nichtigklärungen von Zuschlagsentscheidungen Auswirkungen auf den Ausgang der Nachprüfungsverfahren in höheren Obergruppen haben muss und die Stadt Wien regelmäßig Aufträge in mehreren Losen ausschreibt, kann von einer grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage ausgegangen werden. Die ordentliche Revision gegen das in Spruchpunkt römisch eins. gefasste Erkenntnis und den in Spruchpunkt römisch zwei. gefassten Beschluss ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der bestandsfesten Ausschreibung eine Vorgangsweise hinsichtlich der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in jeder Obergruppe gewählt, die bewirkt, dass eine Zuschlagsentscheidung in einer niedrigeren Obergruppe durch den „Verbrauch“ von erforderlicher technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Auswirkungen für den Zuschlag in höheren Obergruppen hat. Diese Reihenfolge ist nach Rechtsansicht des erkennenden Senats im Nachprüfungsverfahren nicht bindend. Vielmehr sind zunächst die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten eines Bieters zu prüfen, obwohl sich diese Zuschlagsentscheidung auf höhere Obergruppen bezieht, bevor die Rechtsstellung desselben Bieters in einer niedrigeren Obergruppe beurteilt werden kann, in der dieser nur an zweiter Stelle gereiht ist. Da die Vorgangsweise im Nachprüfungsverfahren insbesondere bei allfälligen Nichtigklärungen von Zuschlagsentscheidungen Auswirkungen auf den Ausgang der Nachprüfungsverfahren in höheren Obergruppen haben muss und die Stadt Wien regelmäßig Aufträge in mehreren Losen ausschreibt, kann von einer grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage ausgegangen werden.

Schlagworte

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Ausbildungsnachweis

Materialwahl

Nachweis von Referenzen

Vertiefte Angebotsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.123.072.10239.2014

Zuletzt aktualisiert am

27.06.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at