

TE Lvwg Erkenntnis 2014/6/2 VGW- 123/072/10276/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.06.2014

Entscheidungsdatum

02.06.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

50/01 Gewerbeordnung

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §20

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §125

GewO §94

GewO §95

GewO §373c

GewO §373d

WVRG 2014 §20

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, sowie die Richterin Drin Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der E.-gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalt GmbH in Wien, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, "MA 28-B-O..., Straßenbau: Bodenmarkierungsarbeiten in Wien", betreffend Obergruppe 03, nach mündlicher Verhandlung

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 03 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung wird hinsichtlich Obergruppe 03 für nichtig erklärt. römisch eins. Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 03 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung wird hinsichtlich Obergruppe 03 für nichtig erklärt.

III. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen. römisch 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 ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. römisch vier. Gegen dieses Erkenntnis 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-B-O...“ ein Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrags für Bodenmarkierungsarbeiten in Wien. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag (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 01, 02, 03 und 06 angefochten. Der Antrag hinsichtlich der Obergruppen 01 und 02 wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgericht Wien vom 20.3.2014, Zahl VGW-123/072/10235/2014, abgewiesen. Der Antrag hinsichtlich der Obergruppe 06 wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgericht Wien vom 27.3.2014, Zahl VGW-123/072/10278/2014, abgewiesen. Verfahrensgegenständlich ist der Antrag hinsichtlich Obergruppe 03.

Zu allen angefochtenen Obergruppen führt die Antragstellerin aus, dass die Angebotsöffnung nicht korrekt erfolgt sei, da die Verlesung der Zuschläge und Nachlässe auf die Angebotspreise unterblieben sei. Gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) sei der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge zu verlesen und in der Niederschrift festzuhalten. Vorgelesen und in der

Niederschrift festgehalten worden sei bei jeder Obergruppe bloß der Gesamtpreis. Aufschläge und Nachlässe seien weder in Prozent noch in Euro verlesen worden. Dabei handle es sich um einen Verlesungsmangel, der unbehebbar sei, weil die Angebotsöffnung nicht wiederholbar sei. Zu allen angefochtenen Obergruppen führt die Antragstellerin aus, dass die Angebotsöffnung nicht korrekt erfolgt sei, da die Verlesung der Zuschläge und Nachlässe auf die Angebotspreise unterblieben sei. Gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) sei der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge zu verlesen und in der Niederschrift festzuhalten. Vorgelesen und in der Niederschrift festgehalten worden sei bei jeder Obergruppe bloß der Gesamtpreis. Aufschläge und Nachlässe seien weder in Prozent noch in Euro verlesen worden. Dabei handle es sich um einen Verlesungsmangel, der unbehebbar sei, weil die Angebotsöffnung nicht wiederholbar sei.

Würde der Zuschlag in den angefochtenen Obergruppen auf Angebote erteilt werden, bei denen die Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge nicht verlesen worden sei, sei die Antragstellerin in ihrem Recht gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 BVerG 2006 verletzt. Weiters sei sie in dem Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens nach dem Grundsatz größtmöglicher Transparenz gemäß der Verpflichtung zur Berücksichtigung unionsrechtlicher Grundfreiheiten sowie dem Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 1 BVerG 2006 verletzt. Würde der Zuschlag in den angefochtenen Obergruppen auf Angebote erteilt werden, bei denen die Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge nicht verlesen worden sei, sei die Antragstellerin in ihrem Recht gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVerG 2006 verletzt. Weiters sei sie in dem Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens nach dem Grundsatz größtmöglicher Transparenz gemäß der Verpflichtung zur Berücksichtigung unionsrechtlicher Grundfreiheiten sowie dem Diskriminierungsverbot in Paragraph 19, Absatz eins, BVerG 2006 verletzt.

Da dieser Verlesungsmangel alle Angebote betreffe, müsse die Ausschreibung widerrufen werden.

Zu Obergruppe 03 führt die Antragstellerin weiters aus, dass die Teilnahmeberechtigte keine ausreichende Qualifikation ihrer Fachkräfte für Bodenmarkierung aufweise. Nach den Ausschreibungsunterlagen müsse die Teilnahmeberechtigte für Obergruppe 03 zumindest über zwei Fachleute für Bodenmarkierungen verfügen. Nach den Branchenerfahrungen der Antragstellerin habe die Teilnahmeberechtigte keinen Auftrag für Bodenmarkierungen auf Straßen mit öffentlichem Verkehr ausgeführt.

Für die Zulassung zur einzigen Schulung für Fachkräfte für Bodenmarkierung in Österreich, die vom WIFI durchgeführt werde, sei jedoch eine mindestens dreijährige Erfahrung mit Markierungsarbeiten auf Straßen mit öffentlichem Verkehr erforderlich. Diese Voraussetzung könne die Teilnahmeberechtigte nicht erfüllen. Allenfalls vorgelegte Bestätigungen über die Absolvierung dieses Kurses durch Mitarbeiter der Teilnahmeberechtigten müssten daher unrichtig sein.

Es liege daher hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten der Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 7 BVerG 2006 vor. Weiters sei der Ausscheidensgrund des § 129 Abs. 1 Z 1 BVerG 2006 gegeben. Da die Teilnahmeberechtigte mangels Schulung ihrer Mitarbeiter zur Fachkraft für Bodenmarkierung auch die technische Leistungsfähigkeit nicht aufweise, liege auch der Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 vor. Durch das Nichtausscheiden der Teilnahmeberechtigten sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Bieters verletzt, bei dem ein Ausschlussgrund vorliege. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht verletzt, dass ein Bieter, der die technische Leistungsfähigkeit nicht aufweise, ausgeschieden werde. Es liege daher hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten der Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 vor. Weiters sei der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2006 gegeben. Da die Teilnahmeberechtigte mangels Schulung ihrer Mitarbeiter zur Fachkraft für Bodenmarkierung auch die technische Leistungsfähigkeit nicht aufweise, liege auch der Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 vor. Durch das Nichtausscheiden der Teilnahmeberechtigten sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Bieters verletzt, bei dem ein Ausschlussgrund vorliege. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht verletzt, dass ein Bieter, der die technische Leistungsfähigkeit nicht aufweise, ausgeschieden werde.

Der Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten fehle weiters die erforderliche Befugnis. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sich die Teilnahmeberechtigte eines ausländischen Subunternehmers bediene. Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf die für die ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Maler und Anstreicher gemäß § 94 Z 47 Gewerbeordnung (GewO) und das daraus

resultierende Erfordernis einer Antragstellung gemäß § 373 c oder d GewO. Einen solchen Antrag habe die Teilnahmeberechtigte nach den Informationen der Antragstellerin nicht rechtzeitig gestellt. Die Teilnahmeberechtigte wäre daher auch mangels Befugnis eines Subunternehmers auszuschneiden gewesen. Der Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten fehle weiters die erforderliche Befugnis. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sich die Teilnahmeberechtigte eines ausländischen Subunternehmers bediene. Die Antragstellerin verweist diesbezüglich auf die für die ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Maler und Anstreicher gemäß Paragraph 94, Ziffer 47, Gewerbeordnung (GewO) und das daraus resultierende Erfordernis einer Antragstellung gemäß Paragraph 373, c oder d GewO. Einen solchen Antrag habe die Teilnahmeberechtigte nach den Informationen der Antragstellerin nicht rechtzeitig gestellt. Die Teilnahmeberechtigte wäre daher auch mangels Befugnis eines Subunternehmers auszuschneiden gewesen.

Im Übrigen könne die Teilnahmeberechtigte die in der Ausschreibung geforderten Referenzen nicht vorweisen. Sie habe nach den Marktkennntnissen der Antragstellerin bis dato lediglich Markierungsarbeiten auf einem Parkplatz durchgeführt. Dabei handle es sich nicht um eine öffentliche unter Verkehr stehende Straße. Die Teilnahmeberechtigte wäre daher mangels erforderlicher Referenzen auszuschneiden gewesen.

Schließlich weise der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Gesamtpreis in Obergruppe 03 keine plausible Zusammensetzung auf. Die Amtspreise seien so kalkuliert, dass bei extrem günstiger Kostenstruktur gerade noch die kollektivvertraglichen Löhne gezahlt werden könnten. Für diesen Fall müssten jedoch fast ausschließlich Helfer ohne besondere Qualifikationen eingesetzt werden.

Die Teilnahmeberechtigte habe den Amtspreis in Obergruppe 03 um ca. 20,22 % unterboten. Das bedeute, besonders im Hinblick darauf, dass jede Partie nach den Ausschreibungsbestimmungen über eine Mindestanzahl von Fachleuten für Bodenmarkierungen und ADR-Führerschein-Besitzern verfügen müsse, dass die Teilnahmeberechtigte die kollektivvertraglichen Löhne nicht kalkuliert haben könne. Weiters müssten bei der Preisgestaltung die aufwendigen Gerätschaften, die für eine Ausführung der geforderten Leistungen notwendig seien, berücksichtigt werden.

Bei dem von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Nachlass von über 20% müsse daher von einer nicht plausiblen Preisgestaltung ausgegangen werden, weshalb die Teilnahmeberechtigte auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen wäre.

Die Antragstellerin habe für die Obergruppen 01, 02, 03 und 06 zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben, damit sei ihr Interesse an einem Vertragsabschluss hinsichtlich dieser Obergruppen evident.

Die Antragstellerin beantragte daher, die Zuschlagsentscheidung unter anderem hinsichtlich der Obergruppe 03 für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin aufzutragen, die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Erteilung des Zuschlags in der Obergruppe 03 bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, wurde mit Beschluss vom 8.1.2014, Zahl VGW-123/V/072/10277/2014, Folge gegeben.

Mit Schriftsatz vom 10.1.2014 gab die Teilnahmeberechtigte zum verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag eine Stellungnahme ab, in der sie das Vorbringen der Antragstellerin bestreitet. Zunächst wendet die Teilnahmeberechtigte ein, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Der Antragstellerin könne aus der angefochtenen Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstehen, da sie in Obergruppe 03 nur an vierter Stelle gereiht sei. Fraglich sei auch, ob die Antragstellerin neben den Obergruppen, in denen sie als Erbauftragnehmerin an zweiter Stelle gereiht sei, auch noch in Obergruppe 03 die erforderliche technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweise.

Es treffe nicht zu, dass darin ein Mangel liege, dass im vorliegenden Vergabeverfahren nur die Gesamtpreise, nicht aber zusätzlich die Zuschläge und Nachlässe verlesen worden seien. Aufgrund der von der Antragsgegnerin gewählten Vorgangsweise sei für alle Bieter die preisliche Reihung der Angebote klar und eindeutig erkennbar gewesen, da einziges Zuschlagskriterium der Preis gewesen sei. Im Übrigen seien im Leistungsverzeichnis die amtlichen Bezugspreise ohnedies vorgegeben gewesen, sodass es leicht möglich gewesen sei, sich die Aufschläge und Nachlässe auszurechnen. Die Antragstellerin bringe ja selbst vor, dass die Teilnahmeberechtigte den Amtspreis in Obergruppe 03 um mehr als 20 % unterbiete.

Ein allfälliger Fehler bei der Verlesung habe insofern keine Auswirkungen auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, als

die verlesenen Preise mit den Preisen, auf die zugeschlagen werden soll, ident sein. Auch habe die Antragstellerin, trotz ausdrücklicher Rückfrage der Auftraggeberin anlässlich der Angebotsöffnung, keine weiteren Verlesungen eingefordert, woraus zu schließen sei, dass sie zu diesem Zeitpunkt eine Verlesung der Zuschläge und Nachlässe nicht für erforderlich gehalten habe.

Zur Erfüllung der Eignungskriterien führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass die Ausschreibungsunterlagen keine WIFI-Schulung gefordert hätten, sondern „eine Schulung zur Fachkraft für Bodenmarkierungen“. Nähere Regelungen hätten die Ausschreibungsbestimmungen nicht enthalten. Damit hätte auch eine betriebsinterne Ausbildung als ausreichend angesehen werden müssen. Die Teilnahmeberechtigte habe jedoch Schulungen der Arbeitskräfte von unabhängigen Instituten nachgewiesen und auch den Nachweis ihrer Beschäftigung ordnungsgemäß erbracht. Damit gehe die Argumentation der Antragstellerin in diesem Punkt völlig ins Leere.

Nach der Rechtsansicht der Teilnahmeberechtigte sei für die Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten keine Gewerbeberechtigung „Maler und Anstreicher“ erforderlich. Es handle sich dabei vielmehr um ein freies Gewerbe. Ein allfälliger ausländischer Subunternehmer müsse daher für diese Tätigkeit keinen Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid beantragen. Der Nachweis der Befugnis des Subunternehmers in seinem Herkunftsland sei völlig ausreichend.

Die Teilnahmeberechtigte habe weiters die geforderten Referenzen nachgewiesen.

Zur Wirtschaftlichkeit der Angebotskalkulation verweist die Teilnahmeberechtigte darauf, dass ihr Angebot einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden sei. Am 19.11.2013 habe ein mündliches Aufklärungsgespräch stattgefunden, anlässlich dessen die Teilnahmeberechtigte der Antragsgegnerin nachgeforderte Unterlagen (Kalkulationsblätter) überreicht und weitere Auskünfte über ihre Angebotskalkulation erteilt habe. Die Teilnahmeberechtigte habe ihr Angebot kostendeckend und plausibel kalkuliert. Es reiche auch zur Deckung des ihr direkt zurechenbaren Material- und Personalaufwandes aus.

Die Teilnahmeberechtigte wolle den Markt für Bodenmarkierungsarbeiten erobern und eine bedeutende Referenz erlangen. Sie habe bei der Preisberechnung auch die Preise der vorangegangenen Ausschreibung aus dem Jahr 2010 berücksichtigt. Im damaligen Vergabeverfahren habe sich keiner der Bieter gegen die hohen Nachlässe von bis zu 15% beschwert. Die Teilnahmeberechtigte führe dies darauf zurück, dass der Markt für Bodenmarkierungen von einigen wenigen Unternehmen beherrscht werde, die verhindert wollten, dass neue Unternehmen mit attraktiven Preisen in diesem Markt eintreten. Auch die Zulassungsvoraussetzung des WIFI, wonach Personen für den Lehrgang eine dreijährige Erfahrung nachweisen müssten, erschwere Neueinsteigern den Zutritt zum Markt für Bodenmarkierungen.

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.

Zu dem von der Antragstellerin geltend gemachten Verlesungsmangel führt die Antragsgegnerin aus, dass es den Bietern möglich gewesen sei, innerhalb jeder Obergruppe auf jede einzelne Leistungsgruppe Nachlässe bzw. Aufschläge getrennt auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges anzubieten. Daraus ergebe sich eine Vielzahl von Möglichkeiten. Im Zuge der Angebotsöffnung könnten nur jene Tatsachen verlesen werden, welche aus den Angeboten ersichtlich seien. Das wäre z.B. bei einem Gesamtnachlass auf die Obergruppe der Fall. Bei Nutzung der anderen Möglichkeiten fände sich keine zu verlesende Summe über „das Ausmaß des Nachlasses bzw. Aufschlages“ in den Angeboten.

Im gegenständlichen Fall seien gesetzeskonform die „Gesamt-Teilangebote“ aller Bieter in allen Obergruppen sowie die

Gesamtsumme der angebotenen Preise aller angebotenen Obergruppen verlesen worden. Bei der Verlesung konnten allerdings nur jene Preise verlesen werden, die in den Angeboten ausgewiesen gewesen seien. Die Antragstellerin könne daher in keinem ihrer Rechte gemäß § 118 BVergG 2006 verletzt sein; die Angebotsöffnung sei gesetzeskonform durchgeführt worden. Im Übrigen seien im vorliegenden Fall die Preise der Musterkalkulation bekannt, weshalb es leicht möglich sei, das Ausmaß der angebotenen Nachlässe bzw. Aufschläge zu bestimmen. Im gegenständlichen Fall seien gesetzeskonform die „Gesamt-Teilangebote“ aller Bieter in allen Obergruppen sowie die Gesamtsumme der angebotenen Preise aller angebotenen Obergruppen verlesen worden. Bei der Verlesung konnten allerdings nur jene Preise verlesen werden, die in den Angeboten ausgewiesen gewesen seien. Die Antragstellerin könne daher in keinem ihrer Rechte gemäß Paragraph 118, BVergG 2006 verletzt sein; die Angebotsöffnung sei gesetzeskonform durchgeführt worden. Im Übrigen seien im vorliegenden Fall die Preise der Musterkalkulation bekannt, weshalb es leicht möglich sei, das Ausmaß der angebotenen Nachlässe bzw. Aufschläge zu bestimmen.

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

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. Die Preise der Antragstellerin lägen um 8,2% über den sachverständig kalkulierten Preisen, die der Teilnahmeberechtigte um 20% darunter. Die vorgelegten K3-Blätter der Teilnahmeberechtigten seien einer Überprüfung unterzogen worden, die Nachvollziehbarkeit der geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften sei dargestellt und das Angebot einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden. Die Preisangemessenheitsprüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten sei in gesetzeskonformer Weise erfolgt. Die behaupteten Rechtsverstöße lägen nicht vor.

Die Angebotsprüfung habe auch ergeben, dass die fristgerecht nachgereichten Referenzen der Teilnahmeberechtigten und allfällig genannter Subunternehmer der Ausschreibung entsprochen hätten.

Zu diesen Schriftsätzen der Teilnahmeberechtigten und der Antragsgegnerin gab die Antragstellerin am 28.1.2014 eine Stellungnahme ab, in der sie zunächst nochmals darstellt, welche Beträge aus ihrer Sicht anlässlich der Angebotsöffnung verlesen hätten werden müssen. Eine Verletzung der Rügepflicht der Bieter sieht die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr in ihrem Schriftsatz zitierte Judikatur nicht.

Zur Befugnis der Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten ergänzt die Antragstellerin, dass die von der Teilnahmeberechtigte vorgelegte Liste der freien Unternehmenstätigkeiten, in der die Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten angeführt sei, veraltet sei. Seit März 2013 sei klargestellt, dass die Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten ein reglementiertes Gewerbe sei; diese Tätigkeit scheine daher auch nicht mehr in der „Bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe“ auf. Auch die Wirtschaftskammer habe auf telefonische Nachfrage bestätigt, dass nach deren Rechtsansicht Bodenmarkierungsarbeiten nur mehr im Rahmen des reglementierten Gewerbes „Maler und Anstreicher“ ausgeführt werden dürften.

Die Antragstellerin bringt in diesem Schriftsatz weiters vor, dass eine Schulung zur Fachkraft für Bodenmarkierungen nach ihrem Wissensstand in Österreich nur vom WIFI angeboten werde. Eine gleichwertige Ausbildung könne nur vorliegen, wenn auch diese das Mindesterfordernis einer dreijährigen Erfahrung auf Straßen mit öffentlichem Verkehr voraussetze. Diese Erfahrung weise die Teilnahmeberechtigte nicht auf, da ihre Tätigkeiten im Bereich Bodenmarkierungen sich auf Parkplätze bzw. ein Blindenleitsystem im U-Bahnbereich beschränkten.

In der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2014 wurde vom Senat vor einem näheren Eingehen auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe 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:

Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei den Zuschlagsentscheidungen in den einzelnen Obergruppen um gesonderte Entscheidungen der Antragsgegnerin, die auch gesondert angefochten werden können, wenn die Antragslegitimation für die jeweilige Obergruppe vorliegt. 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 wäre.

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 vertreten, 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 vertreten, 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.

In der Folge ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen zur Frage der mangelhaften Verlesung der Angebote dahingehend, dass im § 118 Abs. 5 BVergG ausdrücklich geregelt sei, dass Aufschläge und Nachlässe ihrem Ausmaß nach zu verlesen seien. Ihrer Ansicht nach hätte im gegenständlichen Vergabeverfahren die auf Seite 106 des Kurzleistungsverzeichnisses ausgewiesene Summe der Aufschläge und Nachlässe verlesen werden müssen. Dafür wäre auch keine Rechenoperation der Auftraggeberin erforderlich gewesen. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte erstatteten dazu kein weiteres Vorbringen. In der Folge ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen zur Frage der mangelhaften Verlesung der Angebote dahingehend, dass im Paragraph 118, Absatz 5, BVergG ausdrücklich geregelt sei, dass Aufschläge und Nachlässe ihrem Ausmaß nach zu verlesen seien. Ihrer Ansicht nach hätte im gegenständlichen Vergabeverfahren die auf Seite 106 des Kurzleistungsverzeichnisses ausgewiesene Summe der Aufschläge und Nachlässe verlesen werden müssen. Dafür wäre auch keine Rechenoperation der Auftraggeberin erforderlich gewesen. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte erstatteten dazu kein weiteres Vorbringen.

Zur Frage der technischen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten hielten die Parteien ihr schriftliches Vorbringen im Wesentlichen aufrecht. Auf Nachfrage der Antragstellerin, welche Ausbildung zum Fachmann für

Bodenmarkierungen die Arbeitskräfte, auf die sich das Angebot der Teilnehmberechtigten stütze, absolviert hätten, teilte die Teilnehmberechtigte mit, dass diese einerseits über Schulungen der Kammer in Deutschland verfügten und andererseits auch ein Mitarbeiter eine Ausbildung beim WIFI absolviert habe.

Zur Frage, welche Ausbildung nach dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen gefordert gewesen sei, verwies die Antragstellerin auf die §§ 914 und 915 ABGB, wonach zunächst der objektive Erklärungswert für den angesprochenen Adressatenkreis zu beachten und erst dann die EU-Konformität zu prüfen sei. Zur Frage, welche Ausbildung nach dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen gefordert gewesen sei, verwies die Antragstellerin auf die Paragraphen 914 und 915 ABGB, wonach zunächst der objektive Erklärungswert für den angesprochenen Adressatenkreis zu beachten und erst dann die EU-Konformität zu prüfen sei.

Zum Thema „Mangelnde Befugnis der Subunternehmer“ verwies die Antragstellerin auf ihr schriftliches Vorbringen und brachte ergänzend vor, dass es sich bei einer bis zu sechsjährigen Leistungsdauer (Rahmenvertrag plus Verlängerungsoption) nicht um eine vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung handle.

Die Antragsgegnerin hielt dem entgegen, dass diesbezüglich eine Auskunft der Gewerbebehörde eingeholt worden sei. Dieser Auskunft entsprechend wurde vorgegangen. Eine Dienstleistungsanzeige der Teilnehmberechtigten liegt nicht im Vergabeakt, weil diese nach Auskunft der MA 63 erst vor Aufnahme der Tätigkeit zu erstatten gewesen wäre.

Im Übrigen wurde ausgeführt, dass die Teilnehmberechtigte über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Maler und Anstreicher“ verfüge. Es handle sich bei diesem Gewerbe nicht um ein sensibles Gewerbe. Diesbezüglich wird auf die Erläuternden Bemerkungen zu § 373 a GewO hingewiesen. Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige stelle keinen Ausscheidungsgrund im Vergabeverfahren dar. Es handle sich dabei lediglich um eine Verwaltungsübertretung, wenn die Dienstleistungsanzeige auch nach tatsächlicher Aufnahme der Tätigkeit nicht erstattet worden sei. Im Übrigen wurde ausgeführt, dass die Teilnehmberechtigte über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Maler und Anstreicher“ verfüge. Es handle sich bei diesem Gewerbe nicht um ein sensibles Gewerbe. Diesbezüglich wird auf die Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 373, a GewO hingewiesen. Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige stelle keinen Ausscheidungsgrund im Vergabeverfahren dar. Es handle sich dabei lediglich um eine Verwaltungsübertretung, wenn die Dienstleistungsanzeige auch nach tatsächlicher Aufnahme der Tätigkeit nicht erstattet worden sei.

Die Antragsgegnerin verwies zum Thema der Befugnis auf Beilage 13.07.2 und 13.07.3 zum Angebot der Teilnehmberechtigten in Verbindung mit dem Gesprächsprotokoll des Aufklärungsgesprächs.

Auf Frage aus dem Senat erläuterte die Teilnehmberechtigte, dass sich die Subunternehmerin ihrer Ansicht nach insoweit im Bereich der Dienstleistungsfreiheit bewege, als die Tätigkeit nur für die Dauer des Auftrages erfolgen soll. Ihrer Ansicht nach sei eine Tätigkeit nur für die Dauer des Auftrages rechtlich als „vorübergehend“ im Sinne der Dienstleistungsfreiheit zu werten. Darüber hinaus sei ein Tätigwerden des Subunternehmers in Österreich während der Auftragsdauer nicht durchgängig beabsichtigt, sondern nur dann, wenn jeweils die Ressourcen des Subunternehmers benötigt werden.

Der Subunternehmer stehe der Teilnehmberechtigten jederzeit zur Verfügung, werde jedoch nur herangezogen, wenn dies erforderlich sei. Die Teilnehmberechtigte verwies diesbezüglich auf die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Statistiken zu Häufigkeit und Ausmaß der Abrufe. Kleinere Arbeiten, die den überwiegenden Teil der Arbeiten ausmachten, würden von der Teilnehmberechtigten selbst durchgeführt.

Sie verwies weiters darauf, dass ihrer Ansicht nach die Tätigkeit des Bodenmarkierens Gegenstand eines freien Gewerbes sei und insoweit das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung einer im Ausland erworbenen Qualifikation nach § 373 c bzw. § 373 d GewO 1994 nicht erforderlich sei. Sie verwies weiters darauf, dass ihrer Ansicht nach die Tätigkeit des Bodenmarkierens Gegenstand eines freien Gewerbes sei und insoweit das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung einer im Ausland erworbenen Qualifikation nach Paragraph 373, c bzw. Paragraph 373, d GewO 1994 nicht erforderlich sei.

Die Antragstellerin hielt dem entgegen, bei dem Vorbringen, die Tätigkeit des Subunternehmers sei nicht durchgängig für die Auftragsdauer in Aussicht genommen, würde es sich um eine Schutzbehauptung handeln. Der Subunternehmer würde durchgängig tätig werden und deshalb eine Anerkennung bzw. Gleichhaltung gemäß GewO 1994 benötigen.

Zu den Referenzen der Teilnahmberechtigten hielten die Parteien ihr schriftliches Vorbringen aufrecht, ohne dies wesentlich zu ergänzen.

Auf Nachfrage der Antragstellerin teilte die Antragsgegnerin mit, dass mit der Kalkulation der Amtspreise ein externer Sachverständigen beauftragt worden sei. Die Preisprüfung sei durch das sachverständige Personal der Stadt Wien erfolgt. Der Preisprüfung sei die sachverständige Kalkulation des Amtspreises zu Grunde gelegt worden. Die Antragstellerin hielt daraufhin ihr schriftliches Vorbringen aufrecht und ergänzte, dass ein Angebotspreis, der mehr als 20 % vom sachverständig kalkulierten Amtspreis abweiche, nicht angemessen sein könne und nicht über eine plausible Zusammensetzung verfüge.

Die Teilnahmberechtigte ergänzte, dass es sich bei der Amtskalkulation um eine Musterkalkulation handle, die nicht auf konkrete Verhältnisse in einzelnen Unternehmen Rücksicht nehme. Die Teilnahmberechtigte habe nach ihrer eigenen Kostensituation kalkuliert. Ein Rückschluss von der eigenen Kostensituation auf die anderer Bieter sei unzulässig.

Zur Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin hielt diese fest, dass auch in dem Fall, dass die „P.“ in Obergruppe 03 die technische Leistungsfähigkeit aufweise und der Antragstellerin daher vorgereicht sei, eine Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben sei, da im gegenständlichen Vergabeverfahren die einzelnen Obergruppen in einem unmittelbaren Zusammenhang stünden und der den Bietern allenfalls drohende Schaden daher nicht auf eine einzelne Obergruppe bezogen werden dürfte, sondern für alle Obergruppen gesehen werden müsse. Sie verwies dazu auf § 20 Abs. 1 WVRG 2014, auf die Festlegungen im Punkt 11 Abs. 2 der besonderen Angebotsbestimmungen und auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 24.03.2014 aus dem Nachprüfungsverfahren VWG-123/072/10278/2014, wonach für den Fall der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für die Obergruppe 03 die folgenden Obergruppen neu ermittelt werden müssten und die Auftraggeberin daher auch die Zuschlagsentscheidungen für alle folgenden angefochtenen Obergruppen zurückziehen würde. Zur Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin hielt diese fest, dass auch in dem Fall, dass die „P.“ in Obergruppe 03 die technische Leistungsfähigkeit aufweise und der Antragstellerin daher vorgereicht sei, eine Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben sei, da im gegenständlichen Vergabeverfahren die einzelnen Obergruppen in einem unmittelbaren Zusammenhang stünden und der den Bietern allenfalls drohende Schaden daher nicht auf eine einzelne Obergruppe bezogen werden dürfte, sondern für alle Obergruppen gesehen werden müsse. Sie verwies dazu auf Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014, auf die Festlegungen im Punkt 11 Absatz 2, der besonderen Angebotsbestimmungen und auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 24.03.2014 aus dem Nachprüfungsverfahren VWG-123/072/10278/2014, wonach für den Fall der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für die Obergruppe 03 die folgenden Obergruppen neu ermittelt werden müssten und die Auftraggeberin daher auch die Zuschlagsentscheidungen für alle folgenden angefochtenen Obergruppen zurückziehen würde.

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 15.5.2014 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 Preisauflags- 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, BVerG 2006, welche ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisauflags- und Nachlassverfahren führt.

Die Bieter mussten im gegenständlichen Vergabeverfahren laut Ausschreibung als Nachweis der Eignung u.a. eine Gewerbeberechtigung für Maler und 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 in der hier verfahrensgegenständlichen Obergruppe 03 an vierter Stelle gereiht.

Die Musterkalkulation sah für Obergruppe 03 einen Preis von EUR 1.700.547,12 vor. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten lautete in Obergruppe 03 auf EUR 1.356.656,99. Die von den übrigen nachgereichten Bietern für Obergruppe 03 angebotenen und bei der Angebotsöffnung verlesenen Preise lauten EUR 1.683.541,64, EUR 1.700.546,90, EUR 1.839.991,99, EUR 1.870.601,83, EUR 1.938.623,72, EUR 1.955.629,19 und EUR 1.955.629,20.

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 nachgeforderten Unterlagen wurden am 5.11.2013 nachgereicht. Am 19.11.2013 erfolgte ein Aufklärungsgespräch, in dem laut dem darüber angefertigten 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. Weitere Feststellungen zur Preiskalkulation erfolgten nicht.

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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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 lauterer 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 lauterer 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 Nichtigkeitsklärung 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 auftraggeberlicher 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 Nichtigkeitsklärung 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 auftraggeberlicher 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.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin bzw. zu dem ihr drohenden Schaden ist zunächst festzuhalten, dass sie in Obergruppe 03 nur an 4. Stelle gereiht ist. Allerdings hat das Verwaltungsgericht Wien in seinem Erkenntnis vom 2.6.2014, Zahl VGW-123/072/10239/2014, ausgesprochen, dass das Angebot der in Obergruppe 03 zweitgereihten „P.“ Ges.m.b.H. in Obergruppe 03 auszuscheiden sein wird, weil aufgrund der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts Wien vom 27.3.2014, Zahl VGW-123/072/10274/2014, und Zahl VGW-123/072/10278/2014, mit denen die Nachprüfungsanträge hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin in den Obergruppen 06 und 07 abgewiesen wurden und aufgrund des Beschlusses vom 2.6.2014, Zahl VGW-123/072/10562/2014, mit dem der Eventualantrag der G. GmbH auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 03, 04, 05, 06, 07 und 08 zurückgewiesen wurde, die Zuschlagsentscheidungen in den Obergruppe 04, 06 und 07 zugunsten der Zweitgereihten aufrecht sind und sie für die Obergruppe 03 daher keine ausreichende technische Leistungsfähigkeit mehr aufweist. Das Angebot der Drittgereihten, M. GmbH, wurde von der Antragsgegnerin ausgeschieden. Da die

Antragstellerin in keiner Obergruppe als Zuschlagsempfängerin vorgesehen wurde, steht ihr die gesamte technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für Obergruppe 03 zur Verfügung und ist für diese Obergruppe auch ausreichend. Es war daher von der Zulässigkeit des Antrags der Antragstellerin zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 auszugehen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Angebote anlässlich der Angebotsöffnung nicht korrekt verlesen worden seien, ist darauf hinzuweisen, dass sich das Verwaltungsgericht Wien mit diesem Themenbereich bereits in seinem Erkenntnis vom 20.3.2014, Zahl VGW-123/072/10235/2014, zu den Nachprüfungsanträgen der Antragstellerin hinsichtlich Obergruppe 01 und 02 beschäftigt hat. Der Senat ist dort zu folgendem Ergebnis gekommen:

Gemäß § 118 BVerG 2006 sind die Angebote bei offenen und bei nicht offenen Verfahren am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Gemäß Paragraph 118, BVerG 2006 sind die Angebote bei offenen und bei nicht offenen Verfahren am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

Aus den Angeboten sind gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 BVerG 2006 der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten. Aus den Angeboten sind gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVerG 2006 der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten.

In der gegenständlichen Ausschreibung waren Angebote für einzelne, mehrere oder alle Obergruppen ausdrücklich zugelassen. Die Auftraggeberin ist davon ausgegangen, dass der zu verlesende „Gesamtpreis“ die Summe der Preise der von jedem Bieter angebotenen Obergruppen war und hat diese Summen verlesen. Sie hat weiters dort die Zuschläge bzw. Nachlässe verlesen, wo solche auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen angeboten wurden. Da die Ausschreibung auch Aufschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene und auf Leistungsgruppenebene zuließ, haben nicht alle Bieter Zuschläge und Nachlässe auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen gemacht. Hinsichtlich dieser Angebote wurden daher keine Zuschläge und Nachlässe verlesen. Ebenfalls verlesen hat die Antragsgegnerin die Preise der einzelnen Obergruppen pro Bieter. Hier hat sie keine Zuschläge und Nachlässe verlesen, da dies in § 118 Abs. 5 Z 2 BVerG 2006 nur hinsichtlich des Gesamt- bzw. Angebotspreises gefordert ist. In der gegenständlichen Ausschreibung waren Angebote für einzelne, mehrere oder alle Obergruppen ausdrücklich zugelassen. Die Auftraggeberin ist davon ausgegangen, dass der zu verlesende „Gesamtpreis“ die Summe der Preise der von jedem Bieter angebotenen Obergruppen war und hat diese Summen verlesen. Sie hat weiters dort die Zuschläge bzw. Nachlässe verlesen, wo solche auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen angeboten wurden. Da die Ausschreibung auch Aufschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene und auf Leistungsgruppenebene zuließ, haben nicht alle Bieter Zuschläge und Nachlässe auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen gemacht. Hinsichtlich dieser Angebote wurden daher keine Zuschläge und Nachlässe verlesen. Ebenfalls verlesen hat die Antragsgegnerin die Preise der einzelnen Obergruppen pro Bieter. Hier hat sie keine Zuschläge und Nachlässe verlesen, da dies in Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVerG 2006 nur hinsichtlich des Gesamt- bzw. Angebotspreises gefordert ist.

Diesen Feststellungen aus dem o.a. Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Obergruppe 01 und 02 wurde im gegenständlichen Verfahren nicht entgegengetreten.

Die Antragsgegnerin hat nach Ansicht des Senats durch die von ihr gewählte Vorgangsweise bei der Verlesung des Angebots dem Gesetzeswortlaut des § 118 Abs. 5 Z 2 BVergG 2006 Genüge getan. Die Antragsgegnerin hat nach Ansicht des Senats durch die von ihr gewählte Vorgangsweise bei der Verlesung des Angebots dem Gesetzeswortlaut des Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2006 Genüge getan.

Festzuhalten ist weiters, dass die gesetzlich vorgesehenen Verlesungen anlässlich der Angebotsöffnung nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH Zl.: 2004/04/0100 vom 21.12.2004, 2006/04/0065 vom 30.4.2008 u.a.) vor allem dazu dienen, die preisliche Reihung für die Bieter erkennbar zu machen, d.h., der Bieter soll aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung die Position seines Angebots im Vergabeverfahren abschätzen können. Die Verlesung soll damit größtmögliche Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleisten sowie mögliche Manipulationen verhindern. Werden Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, ist dies schon dann beachtlich, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde.

Da es sich vorliegend um ein Preisaufschlags- und Nachlassverfahren handelt, dem eine den Bietern bekannte Musterkalkulation zu Grunde liegt, und von der Auftraggeberin auch die Preise der einzelnen Obergruppen pro Bieter verlesen wurden, war für alle Bieter ihre Reihung in den einzelnen Obergruppen leicht erkennbar. Die Transparenz des Vergabeverfahrens ist damit sichergestellt.

Die von der Antragsgegnerin gewählte Vorgangsweise ist durch die in der bestandsfest gewordenen Ausschreibung getroffenen Festlegung, wonach Zuschläge und Nachlässe auf Leistungsgruppenebene, Obergruppenebene und auf Ebene der Summe der Preise der angebotenen Obergruppen zulässig waren, bedingt. Die von der Antragstellerin als erforderlich dargestellte Verlesung der Zuschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene hätte ebenfalls nur bei den Bietern erfolgen können, die dort ihre Zuschläge und Nachlässe angeboten haben und hätte zur Transparenz des Vergabeverfahrens nicht beigetragen.

Diesbezüglich ist dem Vorbringen der Antragstellerin, die Bieter seien nicht verpflichtet, sich Zuschläge und Nachlässe anderer Bieter auszurechnen, entgegenzuhalten, dass eine Vergleichbarkeit der (aufgrund der bestandsfesten Ausschreibung zulässigerweise) auf unterschiedlichen Ebenen angebotenen Zuschläge und Nachlässe einzelner Bieter gerade eine Rechenoperation der Auftraggeberin erfordert hätte. Berechnungen durch den Auftraggeber und eine Verlesung der entsprechenden Ergebnisse anlässlich der Angebotsöffnung sieht das Gesetz nicht vor.

Auch können Manipulationsmöglichkeiten im gegenständlichen Fall ausgeschlossen werden, da die Preise pro Bieter und Obergruppe verlesen wurden und diese Preise auch der Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegen. Eine nachträgliche Abänderung der verlesenen Preise über die Korrektur von Rechenfehlern hinaus war somit nicht möglich.

Das zusätzliche Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2014 enthielt keine Argumente, die zu einer anderen Beurteilung der Verlesung der Angebots anlässlich der Angebotsöffnung führen hätte müssen.

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. In der mündlichen Verhandlung hat die Teilnahmeberechtigte die diesbezügliche Nachfrage der Antragstellerin dahingehend beantwortet, dass ein Mitarbeiter die WIFI-Schulung absolviert habe, die anderen Mitarbeiter hätten eine Schulung von vergleichbaren Stellen der Kammer in Deutschland nachgewiesen. Die diesbezüglichen Nachweise liegen im Akt.

Die Bedenken der Antragstellerin, wonach eine Ausbildung durch eine andere Einrichtung als das WIFI nur dann als gleichwertig anzusehen sei, wenn dieser dieselben Voraussetzungen hinsichtlich Erfahrung der Mitarbeiter mit Markierungsarbeiten zu Grunde gelegen seien, sind im Hinblick darauf nicht berechtigt, da eine solche Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten ist. Weder verlangen diese eine Ausbildung durch das WIFI, noch schreiben sie bei einer Ausbildung durch eine andere Einrichtung eine Gleichwertigkeit der Ausbildung oder bestimmte Erfahrungen der Mitarbeiter vor.

Die Teilnahmeberechtigte hat somit für eine ausreichende Anzahl von Arbeitskräften eine Schulung zur Fachkraft für Straßenmarkierung bzw. Bodenmarkierung nachgewiesen.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, allfälligen ausländischen Subunternehmern der Teilnahmeberechtigten fehle die Befugnis, da eine Antragstellung gemäß § 373 c oder d GewO 1994 nicht erfolgt sei, obwohl die ausgeschriebenen Dienstleistungen unter das reglementierte Gewerbe „Maler und Anstreicher“ zu subsumieren sei. Die Antragstellerin bringt weiters vor, allfälligen ausländischen Subunternehmern der Teilnahmeberechtigten fehle die Befugnis, da eine Antragstellung gemäß Paragraph 373, c oder d GewO 1994 nicht erfolgt sei, obwohl die ausgeschriebenen Dienstleistungen unter das reglementierte Gewerbe „Maler und Anstreicher“ zu subsumieren sei.

Dazu ist festzuhalten, dass gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2006 Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten haben. Dazu ist festzuhalten, dass gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten haben.

Für bloß vorübergehende und gelegentliche grenzüberschreitende Dienstleistungen ist eine behördliche Entscheidung im Sinne des § 20 Abs. 1 BVergG 2006 dann nicht erforderlich, wenn sie sich im Rahmen eines freien Gewerbes bewegen. Die Ausübung der Tätigkeit in Österreich ist in diesem Fall zulässig, wenn sie im Mitgliedstaat befugt ausgeübt wird. Sofern ein reglementiertes (aber nicht sensibles) Gewerbe gemäß § 94 GewO ausgeübt werden soll, ist die Erstattung einer Dienstleistungsanzeige erforderlich. Es handelt sich dabei jedoch um eine reine Ordnungsvorschrift, der keine konstitutive Wirkung zukommt. Die Ausübung eines reglementierten Gewerbes ohne Erstattung einer Dienstleistungsanzeige stellt allenfalls eine Verwaltungsübertretung dar. Für bloß vorübergehende und gelegentliche grenzüberschreitende Dienstleistungen ist eine behördliche Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 dann nicht erforderlich, wenn sie sich im Rahmen eines freien Gewerbes bewegen. Die Ausübung der Tätigkeit in Österreich ist in diesem Fall zulässig, wenn sie im Mitgliedstaat befugt ausgeübt wird. Sofern ein reglementiertes (aber nicht sensibles) Gewerbe gemäß Paragraph 94, GewO ausgeübt werden soll, ist die Erstattung einer Dienstleistungsanzeige erforderlich. Es handelt sich dabei jedoch um eine reine Ordnungsvorschrift, der keine konstitutive Wirkung zukommt. Die Ausübung eines reglementierten Gewerbes ohne Erstattung einer Dienstleistungsanzeige stellt allenfalls eine Verwaltungsübertretung dar.

Nur für die Ausübung eines reglementierten sensiblen Gewerbes ist eine Dienstleistungsanzeige zu erstatten und die positive Mitteilung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (oder die Säumnis der Behörde) vor Aufnahme der Gewerbetätigkeit abzuwarten. Wenn die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit daher lediglich von der Erfüllung gesetzlich normierter Voraussetzungen und nicht von einer behördlichen Entscheidung abhängig ist, ist das Angebot nicht nach § 129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 auszuschneiden. Nur für die Ausübung eines reglementierten sensiblen Gewerbes ist eine Dienstleistungsanzeige zu erstatten und die positive Mitteilung des Bundesministers für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (oder die Säumnis der Behörde) vor Aufnahme der Gewerbetätigkeit abzuwarten. Wenn die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit daher lediglich von der Erfüllung gesetzlich normierter Voraussetzungen und nicht von einer behördlichen Entscheidung abhängig ist, ist das Angebot nicht nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG 2006 auszuschneiden.

Im vorliegenden Fall fällt die ausgeschriebene Leistung jedenfalls nicht unter die in § 95 GewO 1994 genannten sensiblen Gewerbe. Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige der Subunternehmerin stellt daher keinen Ausscheidensgrund für das Angebot der Teilnahmeberechtigten dar. Die Frage, ob die ausgeschriebenen Leistungen als freies Gewerbe anzusehen sind oder im Rahmen des reglementierten Gewerbes „Maler und Anstreicher“ zu erbringen sind, kann daher im gegenständlichen Zusammenhang dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Fall fällt die ausgeschriebene Leistung jedenfalls nicht unter die in Paragraph 95, GewO 1994 genannten sensiblen Gewerbe. Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige der Subunternehmerin stellt daher keinen Ausscheidensgrund für das Angebot der Teilnahmeberechtigten dar. Die Frage, ob die ausgeschriebenen Leistungen als freies Gewerbe anzusehen sind oder im Rahmen des reglementierten Gewerbes „Maler und Anstreicher“ zu erbringen sind, kann daher im gegenständlichen Zusammenhang dahingestellt bleiben.

Im Übrigen ist der Senat zu der Auffassung gelangt, dass sich die Tätigkeit der Subunternehmerin trotz der Dauer des ausgeschriebenen Rahmenvertrages insofern im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit bewegt, als diese Leistungen nur für die Dauer des Auftrags erbracht werden sollen. Weiters stehe die Subunternehmerin der Teilnahmeberechtigten jederzeit zur Verfügung, soll jedoch nicht durchgehend, sondern nur dann herangezogen werden, wenn ihre Ressourcen benötigt werden. Kleinere Arbeiten werden von der Teilnahmeberechtigten selbst durchgeführt. Dass die Teilnahmeberechtigte über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Maler und Anstreicher“ verfügt, wurde im Übrigen nicht in Frage gestellt.

Die Antragstellerin hegte weiters Zweifel daran, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderlichen Referenzen 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. Von der Teilnahmeberechtigten wurde jedoch nachgewiesen, dass die Formulierung im o.a. Aktenvermerk ungenau war und die erforderlichen Arbeiten im Ortsgebiet auch hinsichtlich Kaltplastik von der Referenzgeberin 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 03 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 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 2011/04/0011).

Im vorliegenden Fall kommt kein Angebot an den von der Teilnahmeberechtigten für Obergruppe 03 angebotenen Preis heran. Bereits die zweit- und drittgerihten Angebote bewegen sich preislich im Rahmen des auf der Musterkalkulation beruhenden Preises, alle weiteren angebotenen Preise sind wesentlich höher.

Der von der Teilnahmeberechtigten in Obergruppen 03 angebotene Gesamtpreis weicht um mehr als 20 % 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 mehr als 20 % 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 03 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 03 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 Teilnahmeberechtigten 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 auszuschcheidenden Angebote ersichtlich sind.

Die Antragsgegnerin hat die Teilnahmeberechtigten im Zuge der Angebotsprüfung zur Nachreichung der K3-Blätter aufgefordert. Anhand der von der Teilnahmeberechtigten im Aufklärungsgespräch vorgelegten Liste und den dazu erteilten Auskünften, sowie anhand der Gegenüberstellung des aufgegliederten Preises der Teilnahmeberechtigten für Obergruppe 03 mit der Musterkalkulation kam die Antragsgegnerin nach ihren Angaben im Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis, dass der für Obergruppe 03 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 der Zuschläge auf bestimmte Preisbestandteile, die jedoch wiederum umso höhere Nachlässe auf andere Preisbestandteile bedeuten müssen, zufrieden gegeben.

Im Nachprüfungsverfahren wurde von der Teilnahmeberechtigten in der Folge pauschal darauf verwiesen, dass die Teilnahmeberechtigten 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 Teilnahmeberechtigten 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 03 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 03 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 Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 hinsichtlich Obergruppe 03 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 Erkenntnis 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 Nichtigerklärungen 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 Erkenntnis 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 Nichtigerklärungen 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

Verlesung von Angeboten

Ausbildungsnachweis

Berufsqualifikation

Nachweis von Referenzen

Ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2014:VGW.123.072.10276.2014

Zuletzt aktualisiert am

26.06.2014

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