

TE Verg Bescheid 2013/10/31 VKS-715394/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.10.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***gesellschaft mbH, ***, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages "HBH - chem. techn. Bauaufsicht", Ausschreibungsnummer:

MA28-G-O-1019/09, durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, Lienfeldergasse 96, 1171 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 13.9.2013 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 24.9.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 3.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 27, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 123 Abs. 1, 129 Abs. 1 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 27, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 123, Absatz eins, 129, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der chemisch- technischen Bauaufsicht in Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste zivilrechtliche Preis. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Angebotsfrist endete am 30.7.2013, 9.00 Uhr. Insgesamt haben sich vier Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin, deren Angebot nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung preislich an zweiter Stelle liegend verlesen wurde.

Mit Schreiben vom 13.9.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage per E-Mail zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag der an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen.

Gegend diese Entscheidung richtet sich der am 20.9.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die verlangte Befugnis eines Ingenieurkonsulenten für technische Chemie, sondern lediglich über die Gewerbebefugnis eines Ingenieurbüros gemäß § 94 Z 69 GewO 1994. Da sie nicht wie gefordert die Leistungserbringung durch einen Ingenieurkonsulenten angeboten habe, habe sie ein nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot gelegt, was zur Ausscheidung führen müsste. Weiters macht sie geltend, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der deutlich unter dem Angebotspreis der Antragstellerin liege, unplausibel wäre. Die Antragsgegnerin habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, andernfalls hätte sie das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden müssen. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als dann Billigstbieterin den Zuschlag selbst erhalten. Gegend diese Entscheidung richtet sich der am 20.9.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die verlangte Befugnis eines Ingenieurkonsulenten für technische Chemie, sondern lediglich über die Gewerbebefugnis eines Ingenieurbüros gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO 1994. Da sie nicht wie gefordert die Leistungserbringung durch einen

Ingenieurkonsulenten angeboten habe, habe sie ein nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot gelegt, was zur Ausscheidung führen müsste. Weiters macht sie geltend, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der deutlich unter dem Angebotspreis der Antragstellerin liege, unplausibel wäre. Die Antragsgegnerin habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, andernfalls hätte sie das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden müssen. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als dann Billigstbieterin den Zuschlag selbst erhalten.

Die Antragstellerin als Ingenieurkonsulentin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Angebotsprüfung, Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf ein faires Verfahren und der Vergabe zu angemessenen Preisen, Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung und letztlich in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.9.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 24.9.2013, eingelangt am 26.9.2013, ist das für den Zuschlag in Aussicht genommene Unternehmen dem Verfahren als Teilnahmeberechtigte beigetreten und hat ausgeführt, dass die von ihr gehaltene Gewerbeberechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen ausreiche. So werde auch im Leistungsverzeichnis der Nachweis der Befugnis mit "Eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen" konkretisiert. Der Umfang ihres Gewerbes als Ingenieurbüro, geregelt im § 134 GewO 1994, entspreche dem Berechtigungsumfang der Ingenieurkonsulenten für technische Chemie gemäß § 4 ZTG. Letztlich macht sie geltend, dass der Begriff "Ingenieurkonsulent" ausschließlich im Bundesgebiet Österreich gelte. Sollte man der Interpretation der Antragstellerin folgen, würde dies bedeuten, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschließlich österreichische Bieter zugelassen wären, was gegen das Vergaberecht verstoße. Die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise seien angemessen und auf die Erfahrung jahrelanger Tätigkeiten im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen zurückzuführen. Dem Nachprüfungsbegehren wäre daher nicht stattzugeben. Mit Schriftsatz vom 24.9.2013, eingelangt am 26.9.2013, ist das für den Zuschlag in Aussicht genommene Unternehmen dem Verfahren als Teilnahmeberechtigte beigetreten und hat ausgeführt, dass die von ihr gehaltene Gewerbeberechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen ausreiche. So werde auch im Leistungsverzeichnis der Nachweis der Befugnis mit "Eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen" konkretisiert. Der Umfang ihres Gewerbes als Ingenieurbüro, geregelt im Paragraph 134, GewO 1994, entspreche dem Berechtigungsumfang der Ingenieurkonsulenten für technische Chemie gemäß Paragraph 4, ZTG. Letztlich macht sie geltend, dass der Begriff "Ingenieurkonsulent" ausschließlich im Bundesgebiet Österreich gelte. Sollte man der Interpretation der Antragstellerin folgen, würde dies bedeuten, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschließlich österreichische Bieter zugelassen wären, was gegen das Vergaberecht verstoße. Die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise seien angemessen und auf die Erfahrung jahrelanger Tätigkeiten im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Leistungen zurückzuführen. Dem Nachprüfungsbegehren wäre daher nicht stattzugeben.

Mit Schriftsatz vom 1.10.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin hätte es unterlassen, die Auftraggeberin gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2007 von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu verständigen. Im Übrigen führt sie aus, es sei "durchaus richtig, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger kein Ingenieurkonsulent" ist. Die Antragsgegnerin habe in ihren Ausschreibungsunterlagen klar zwischen der Anforderung an die Befugnis des Bieters und den Anforderungen an seine technische Leistungsfähigkeit unterschieden. So sei in der Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise, eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen verlangt. Damit sei klar geregelt, dass alle zu Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugten Bieter zur Angebotslegung zugelassen sind, zumal eine weitergehende Einschränkung des Bieterkreises im Hinblick auf die erforderliche Befugnis entsprechend der ständigen Rechtsprechung der

Nachprüfungsbehörden rechtlich nicht zulässig wäre. Soweit in den Eignungskriterien unter der Befugnis auf die Tätigkeit eines Ingenieurkonsulenten (technische Chemie) verwiesen wird, sollte klargestellt werden, "dass es sich bei den gegenständlichen Leistungen nicht - wie sonst bei Ausschreibungen der Magistratsabteilung 28 über Leistungen von Architekten-Konstruktions- und Ingenieurbüros üblich - um Planungsleistungen für Straßendetailprojekte handelt". Die zu erbringenden Leistungen wären durch die Festlegungen in den rechtskräftigen UVP-Bescheiden hinlänglich definiert und "seitens der UVP-Behörde sei kein Erfordernis der Leistungserbringung durch eine, mit öffentlichem Glauben ausgestattete Person vorgeschrieben" worden. Im Ergebnis würde der Einsatz eines Ingenieurkonsulenten - wie von der Antragstellerin gewünscht - mehr Kosten bedeuten, was den allgemein geltenden Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung zuwiderlaufen würde. Im Übrigen seien die Ausschreibungsunterlagen nicht beeinträchtigt worden, eine Berichtigung derselben sei auch nicht erfolgt. Die ermittelte präsumtive Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls befugt, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Ein unplausibler Gesamtpreis in deren Angebot ist gleichfalls nicht gegeben, wie eine Prüfung auf Preisangemessenheit ergeben habe. Mit Schriftsatz vom 1.10.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin hätte es unterlassen, die Auftraggeberin gemäß Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu verständigen. Im Übrigen führt sie aus, es sei "durchaus richtig, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger kein Ingenieurkonsulent" ist. Die Antragsgegnerin habe in ihren Ausschreibungsunterlagen klar zwischen der Anforderung an die Befugnis des Bieters und den Anforderungen an seine technische Leistungsfähigkeit unterschieden. So sei in der Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise, eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistungen verlangt. Damit sei klar geregelt, dass alle zu Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugten Bieter zur Angebotslegung zugelassen sind, zumal eine weitergehende Einschränkung des Bieterkreises im Hinblick auf die erforderliche Befugnis entsprechend der ständigen Rechtsprechung der Nachprüfungsbehörden rechtlich nicht zulässig wäre. Soweit in den Eignungskriterien unter der Befugnis auf die Tätigkeit eines Ingenieurkonsulenten (technische Chemie) verwiesen wird, sollte klargestellt werden, "dass es sich bei den gegenständlichen Leistungen nicht - wie sonst bei Ausschreibungen der Magistratsabteilung 28 über Leistungen von Architekten-Konstruktions- und Ingenieurbüros üblich - um Planungsleistungen für Straßendetailprojekte handelt". Die zu erbringenden Leistungen wären durch die Festlegungen in den rechtskräftigen UVP-Bescheiden hinlänglich definiert und "seitens der UVP-Behörde sei kein Erfordernis der Leistungserbringung durch eine, mit öffentlichem Glauben ausgestattete Person vorgeschrieben" worden. Im Ergebnis würde der Einsatz eines Ingenieurkonsulenten - wie von der Antragstellerin gewünscht - mehr Kosten bedeuten, was den allgemein geltenden Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung zuwiderlaufen würde. Im Übrigen seien die Ausschreibungsunterlagen nicht beeinträchtigt worden, eine Berichtigung derselben sei auch nicht erfolgt. Die ermittelte präsumtive Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls befugt, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Ein unplausibler Gesamtpreis in deren Angebot ist gleichfalls nicht gegeben, wie eine Prüfung auf Preisangemessenheit ergeben habe.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 17.10.2013 Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich beim Angebot der Teilnahmerechtigten nicht um Ingenieurkonsulenten-Leistungen handle, sondern lediglich um Leistungen eines Technischen Ingenieurbüros. Sie verweist nachdrücklich auf die Eignungskriterien hinsichtlich der Befugnis, wo verlangt wird, dass die Leistungen durch einen Ingenieur-Konsulenten (technische Chemie) zu erbringen sind. An diese Festlegungen unter dem Punkt "Eignungskriterien" hinsichtlich der Befugnis sei die Antragsgegnerin gebunden.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 31.10.2013 ausgegangen. Danach werden folgende, entscheidungserhebliche Feststellungen ergänzend getroffen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Dienstleistungsvertrages im Oberschwellenbereich, nämlich der chemisch- technischen Bauaufsicht im Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste zivilrechtliche Preis. Das Ende

der Angebotsfrist war der 30.7.2013, 9.00 Uhr. Insgesamt haben sich vier Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, davon drei Ziviltechniker-Büros sowie ein Ingenieurbüro nach § 94 Z 69 GewO 1994. Das Angebot der Antragstellerin wurde nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung mit einer Gesamtangebotssumme von Euro 434.568,-- als an zweiter Stelle liegend, jenes der Teilnehmereberechtigten mit Euro 354.782,40 als an erster Stelle liegend verlesen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVerG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Dienstleistungsvertrages im Oberschwellenbereich, nämlich der chemisch- technischen Bauaufsicht im Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste zivilrechtliche Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.7.2013, 9.00 Uhr. Insgesamt haben sich vier Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, davon drei Ziviltechniker-Büros sowie ein Ingenieurbüro nach Paragraph 94, Ziffer 69, GewO 1994. Das Angebot der Antragstellerin wurde nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung mit einer Gesamtangebotssumme von Euro 434.568,-- als an zweiter Stelle liegend, jenes der Teilnehmereberechtigten mit Euro 354.782,40 als an erster Stelle liegend verlesen.

Der Ausschreibung liegen unter anderem die Besonderen Angebotsbestimmungen der Antragsgegnerin zugrunde, in denen unter Punkt 1, "Eignungskriterien", hinsichtlich der Befugnis Folgendes verlangt wird:

"Die ausgeschriebenen Leistungen sind durch einen Ingenieurkonsulenten (technische Chemie) zu erbringen".

In den Ausschreibungsunterlagen wird in der Beilage 13.08 zum Angebotsformblatt MD BD SR - 75 festgelegt:

"Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise" Nachweis der Befugnis (§ 71 BVerG 2006): Eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung ...". "Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise" Nachweis der Befugnis (Paragraph 71, BVerG 2006): Eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung ...".

Unstrittig ist, dass die Antragstellerin über die Befugnis Ingenieurkonsulent für technische Chemie, die Teilnehmereberechtigte über die Gewerbeberechtigung eines Ingenieurbüros gemäß § 94 Z 69 GewO 1994 verfügt. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin über die Befugnis Ingenieurkonsulent für technische Chemie, die Teilnehmereberechtigte über die Gewerbeberechtigung eines Ingenieurbüros gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO 1994 verfügt.

Die Ausschreibungsunterlagen, vor allem im Hinblick auf die zitierten Festlegungen sind unbekämpft geblieben, Änderungen derselben wurden nicht vorgenommen, weshalb die Ausschreibungsunterlagen "bestandfest" geworden sind.

Nach dem Aufbau der Ausschreibungsunterlagen gehen die Besonderen Angebotsbestimmungen der MA 28 den Allgemeinen Angebotsbestimmungen, zu denen das Formblatt MD BD SR - 75 (2013) gehört, vor.

Im Zuge der Prüfung der Angebote hat die Antragsgegnerin die Vorlage des Nachweises "Ingenieurkonsulent (technische Chemie)" mit E-Mail vom 13.8.2013 von der Teilnehmereberechtigten nachgefordert. Diese hat fristgerecht nur die Gewerbeberechtigungen Ingenieurbüro für technische Chemie, Ingenieurbüro für technischen Umweltschutz und Chemische Laboratorien, sowie ein Schreiben der WKO vom 14.8.2013, nachgereicht.

Die Zuschlagsentscheidung vom 13.9.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage per E-Mail zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 20.9.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der erforderlichen Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Eine Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist nicht erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 13.9.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage per E-Mail zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 20.9.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der erforderlichen Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Eine Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist nicht erfolgt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der übersichtlich geführten Vergabeakten sowie des Inhaltes der Schriftsätze und der Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin mit der gegenständlichen Ausschreibung die Absicht verfolgt, die Kontrolle der Einhaltung des UVP-Bescheides in Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien an

eine externe Stelle zu übertragen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um eine Kontrolle der Dokumentation und Überprüfung der Leistungen der verschiedenen, mit dem Erdaushub und der Verbringung des Aushubes beschäftigten Unternehmen. Nur in einem geringen Umfang (Protokoll Seite 5) betrifft die ausgeschriebene Leistung auch die Probenentnahme durch den Auftragnehmer, die Kontrolltätigkeit steht jedenfalls deutlich im Vordergrund. Es kann als unstrittig angesehen werden, dass die ausgeschriebenen Leistungen auch von einem Ingenieurbüro erbracht werden können. Durch die Wahl des Begriffes "Ingenieurkonsulent" bei den Eignungskriterien war sich die Antragsgegnerin des Umfanges von dessen Berechtigung nicht bewusst, wie sie im Zuge der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden hat (Protokoll Seite 2).

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der chemisch- technischen Bauaufsicht (Überwachung der Einhaltung des UVP-Bescheides) im Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der chemisch- technischen Bauaufsicht (Überwachung der Einhaltung des UVP-Bescheides) im Zusammenhang mit der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftragsgebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 13.9.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Ihr am 20.9.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftragsgebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die Zuschlagsentscheidung vom 13.9.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Ihr am 20.9.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass die Ausschreibungsunterlagen auf die Besonderen Angebotsbestimmungen der Antragsgegnerin verweisen ("die folgenden Bestimmungen ergänzen die verbindlichen Regelungen der WD 307 - Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen"), die unter Punkt 1 "Eignungskriterien" hinsichtlich der Befugnis vorsehen: "Die ausgeschriebenen Leistungen sind durch einen Ingenieurkonsulenten (technische Chemie) zu erbringen".

Die Beilage 13.08.1 des Formblattes MD BD - SR 75 (2013) stellt lediglich eine Liste der Unterlagen dar, die mit dem Angebot vorzulegen sind und unter dem Titel "Nachweise der Befugnis" ganz allgemein und nicht auf das konkrete Verfahren bezogen u.a. "Eine Gewerbeberechtigung oder eine andere Berechtigung zur Ausübung der angebotenen Leistung" nennt.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen die Leistungserbringung durch einen Ingenieurkonsulenten verlangt hat. Ein Ingenieurkonsulent ist ein Ziviltechniker, d.h. eine Person, die eine entsprechende Ausbildung und Berufspraxis absolviert, eine Ziviltechnikerprüfung abgelegt und einen Eid geleistet hat. Ingenieurbüros haben diese Qualifikation nicht, ihre Rechtsgrundlage ist eine Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 69 GewO 1994. Sie können daher auch keine öffentlichen Urkunden ausstellen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen die Leistungserbringung durch einen Ingenieurkonsulenten verlangt hat. Ein Ingenieurkonsulent ist ein Ziviltechniker, d.h. eine Person, die eine entsprechende Ausbildung und Berufspraxis absolviert, eine Ziviltechnikerprüfung abgelegt und einen Eid geleistet hat. Ingenieurbüros haben diese Qualifikation nicht, ihre Rechtsgrundlage ist eine Gewerbeberechtigung gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO 1994. Sie können daher auch keine öffentlichen Urkunden ausstellen.

Dies muss aber nicht bedeuten, dass die von Ingenieurbüros erbrachten Leistungen weniger hochwertig sind. In dieser Richtung ist auch das im Zuge der Angebotsprüfung von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Schreiben der WKO-Ingenieurbüros vom 14.8.2013 zu verstehen, wonach diese Berufsstände in vielen Tätigkeitsbereichen gleichwertig sind. Das Schreiben der WKO kann jedoch den aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen bestehenden Unterschied zwischen Ingenieurkonsulenten und Ingenieurbüros aus rechtlicher Sicht nicht ausgleichen. Welche Auswirkungen dieser Unterschied auf die konkrete Leistungserbringung im gegenständlichen Fall hat, war im Nachprüfungsverfahren nicht zu klären. Allenfalls könnte dieser Unterschied Auswirkungen auf die Preisgestaltung haben, wodurch auch der Unterschied zwischen der Gesamtangebotssumme der Teilnahmeberechtigten zur Antragstellerin erklärt werden könnte.

Ob die Vergabe an einen Ingenieurkonsulenten für die gegenständliche Leistung erforderlich ist (Überprüfung der Einhaltung der behördlichen Vorgaben im UVP-Verfahren, Erfordernis zur Ausstellung einer öffentlichen Urkunde, etc.), oder eine Einschränkung auf diesen Berufsstand unnötig und daher aus Wettbewerbsgründen unzulässig ist, hätte allenfalls in einer Anfechtung der Ausschreibung releviert werden müssen. Diese Frage muss im gegenständlichen Verfahrensabschnitt insofern dahingestellt bleiben, als die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere von der Teilnahmeberechtigten, hinsichtlich dieser möglicherweise diskriminierenden Festlegung nicht angefochten wurden und daher bestandfest geworden sind. Damit erweist sich auch die Argumentation der Teilnahmeberechtigten, dass sie die ausgeschriebenen Leistungen de facto ordnungsgemäß erbringen kann, als nicht relevant.

Dem Vorbringen der Antragsgegnerin, sie habe mit der Wahl des Begriffs "Ingenieurkonsulent" nur zum Ausdruck bringen wollen, dass, entgegen sonstigen Ausschreibungen, nicht Planungsleistungen für Straßen ausgeschrieben werden sollen, ist entgegen zu halten, dass sie in diesem Fall eine andere Formulierung wählen hätte müssen und können (z.B.: die ausgeschriebenen Leistungen sind von einem Ingenieurkonsulenten (technische Chemie) oder einem geeigneten Ingenieurbüro zu erbringen). Die eindeutige Wortwahl der Festlegung widerspricht jedoch dieser Absichtserklärung, zumal die Wahl des Begriffes "Ingenieurkonsulent" keinen Anlass zur Annahme des Vorliegens einer Unklarheit gibt. Dass sich die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung auch an diese Festlegung gebunden erachtet hat, ist daraus abzuleiten, dass sie mit E-Mail vom 13.8.2013 die Teilnahmeberechtigte zur Vorlage des Nachweises "Ingenieurkonsulent (technische Chemie)" aufgefordert hat. Daraufhin hat die Teilnahmeberechtigte die Nachweise ihrer Gewerbeberechtigungen vorgelegt.

Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Höchstgerichtes ist die Antragsgegnerin an ihre eigenen bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen gebunden (§ 123 Abs. 1 BVergG 2006). Hätte sie auch Ingenieurbüros als

Bieter zulassen wollen, hätte sie die Festlegungen zu den Eignungskriterien in der Ausschreibung anders treffen müssen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass - wie die Antragstellerin zutreffend ausführt - durch die Zulassung technischer Büros sich auch andere Ingenieurbüros um den Auftrag beworben hätten. Wenn daher die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Bieterin, die nicht Ingenieurkonsulentin ist, getroffen hat, widerspricht sie ihren eigenen Ausschreibungsbestimmungen und hat damit gegen Grundsätze des Vergaberechtes verstoßen (vgl. VwGH 27.6.2007, ZI. 2005/04/0234). Bereits aus diesem Grunde war die Zuschlagsentscheidung daher für nichtig zu erklären. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden und des Höchstgerichtes ist die Antragsgegnerin an ihre eigenen bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen gebunden (Paragraph 123, Absatz eins, BVergG 2006). Hätte sie auch Ingenieurbüros als Bieter zulassen wollen, hätte sie die Festlegungen zu den Eignungskriterien in der Ausschreibung anders treffen müssen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass - wie die Antragstellerin zutreffend ausführt - durch die Zulassung technischer Büros sich auch andere Ingenieurbüros um den Auftrag beworben hätten. Wenn daher die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Bieterin, die nicht Ingenieurkonsulentin ist, getroffen hat, widerspricht sie ihren eigenen Ausschreibungsbestimmungen und hat damit gegen Grundsätze des Vergaberechtes verstoßen vergleiche VwGH 27.6.2007, ZI. 2005/04/0234). Bereits aus diesem Grunde war die Zuschlagsentscheidung daher für nichtig zu erklären.

Im Hinblick auf dieses Ergebnis erübrigte sich, zum Vorwurf der unplausiblen Preisgestaltung Stellung zu nehmen. Anzumerken ist jedoch, dass die Antragsgegnerin eine Preisprüfung durchgeführt hat, indem sie die Positionen aller Angebote, die über zwei Prozent der Angebotssumme betragen, dem von ihr geschätzten Preis und dem Durchschnitt der Angebote (Einheitspreis und Positionspreis) gegenübergestellt hat. Daraus ergibt sich eindeutig, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten das billigste ist.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 24.9.2013 gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 24.9.2013 gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Auftraggeber an eigene bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen gebunden; Wenn Ingenieurkonsulent gefordert; Ingenieurbüros nicht zulässig;

Zuletzt aktualisiert am

23.01.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at