

TE Verg Bescheid 2013/10/3 VKS-617882/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.10.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §127

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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch KESCHMANN Rechtsanwalts-GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Bauleistungen - Gebiet 2 - Bez. 3, 10, 11, 12, 23", Errichtung von Beleuchtungsanlagen, Ausschreibungsnummer MA 33 - VB-00/083927/2013, durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - WIEN LEUCHTET, Senngasse 2, 1110 Wien, wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 8.8.2013, betreffend das Gebiet 2 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 27.8.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 4.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 1 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 69 Z 1, 75 Abs. 6 123, 126, 127 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz eins, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 69, Ziffer eins, 75, Absatz 6, 123, 126, 127 BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - WIEN LEUCHTET (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages, betreffend die Errichtung von Beleuchtungsanlagen für das "Gebiet 2", das insgesamt fünf räumlich zugewiesene Bezirke umfasst. Der Vertrag soll auf maximal drei Jahre abgeschlossen werden. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellerbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 31.5.2013, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich mehrere Bieter am Vergabeverfahren betreffend das "Gebiet 2" beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot als Ergebnis der Angebotsöffnung an dritter Stelle verlesen wurde.

Anzumerken ist, dass die Antragsgegnerin drei weitere Vergabeverfahren ausgeschrieben hat, die sich auf das Gebiet 1, Gebiet 3 und Gebiet 4 beziehen. Alle vier Lose betreffen die Errichtung von Beleuchtungsanlagen in den jeweiligen Gebietsteilen, denen jeweils einzelne Bezirke räumlich zugewiesen sind.

Mit Schreiben vom 8.8.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 14.8.2013 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. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, nach den Ausschreibungsunterlagen habe jeder Bieter einen genau festgelegten Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten zu erbringen gehabt. Nach ihrer Branchenkenntnis sei weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch das an zweiter Stelle gereichte Unternehmen in der Lage, den geforderten Referenznachweis zu erbringen. Die Angebote dieser beiden Bieter hätten daher ausgeschieden werden müssen. Damit müsste die Antragstellerin, ungeachtet der zunächst erfolgten Reihung ihres Angebotes an dritter Stelle, aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfungen den Zuschlag für das Gebiet 2 erhalten. Die Zuschlagsentscheidung wäre daher für nichtig zu erklären. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 14.8.2013 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. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, nach den Ausschreibungsunterlagen habe jeder Bieter einen genau festgelegten Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten zu erbringen gehabt. Nach ihrer Branchenkenntnis sei weder die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch das an zweiter Stelle gereichte Unternehmen in der Lage, den geforderten Referenznachweis zu erbringen. Die Angebote dieser beiden Bieter hätten daher ausgeschieden werden müssen. Damit müsste die Antragstellerin, ungeachtet der zunächst erfolgten Reihung ihres Angebotes an dritter Stelle, aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfungen den Zuschlag für das Gebiet 2 erhalten. Die Zuschlagsentscheidung wäre daher für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein entsprechendes Interesse, was nicht zuletzt durch ihre Angebotslegung dokumentiert werde. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form der bisher aufgewendeten Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren, sowie der drohende Verlust eines von der Antragstellerin erzielbaren Gewinnes. Dazu komme auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes sowie die negativen Auswirkungen auf die Marktstellung der Antragstellerin.

Die Antragstellerin erachtet sich durch das Verhalten der Antragsgegnerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und Teilnahme daran, insbesondere auf Gleichbehandlung aller Bieter, Ausscheiden von Angeboten, wenn diese mit - wenn auch nur - einem Ausscheidungsgrund belastet sind, sowie in Folge Ausscheidens beider dem Angebot der Antragstellerin vorgereichten Bieterinnen auf Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und letztlich Zuschlagserteilung an sie verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.8.2013 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann auf die Begründung dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 22.8.2013 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen (im Folgenden Teilnahmeberechtigte) dem Verfahren als Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, der Antragstellerin mangle es an der notwendigen Antragslegitimation, da ein Grund, das an zweiter Stelle gereichte Angebot einer Mitbewerberin auszuschneiden, nicht vorliege. Zu den von der Antragstellerin behaupteten fehlenden Referenznachweisen führt die Teilnahmeberechtigte aus, sie habe diesbezüglich geeignete Subunternehmer namhaft gemacht, auf deren Befugnis und technische Leistungsfähigkeit sie zurückgreife. Die von ihr namhaft gemachte Subunternehmerin sei Spezialistin für den elektrischen Freileitungs- und Kabelleitungsbau und verfüge über die notwendigen Referenzen. Damit habe die Teilnahmeberechtigte alle Referenzanforderungen erfüllt.

Mit Schriftsatz vom 26.8.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Antragslegitimation der

Antragstellerin nicht bestritten und ausgeführt, die Teilnahmeberechtigte hätte über ihre Subunternehmerin die erforderlichen Referenzen ausreichend nachgewiesen. Damit sei sie als jene Bieterin, die den billigsten Preis angeboten habe, für die Zuschlagserteilung in Aussicht zu nehmen gewesen.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme zu diesem Vorbringen vom 27.9.2013 hat die Antragstellerin zu den Antragsvoraussetzungen zunächst darauf verwiesen, dass die Zuschlagsentscheidungen zu den anderen drei Gebieten ohne vorheriges Ausscheiden des im gegenständlichen Vergabeverfahren, betreffend das Gebiet 2, gereihten Bieters an zweiter Stelle nicht möglich gewesen wäre. Es sei daher davon auszugehen, dass das Angebot des an zweiter Stelle gereihten Bieters auszuschneiden ist, womit ihre Antragslegitimation gegeben wäre. In der Sache selbst bezweifelt die Antragstellerin, dass die von der Teilnahmeberechtigten genannte Subunternehmerin über die geforderten Referenzen verfüge und verlangt in diesem Zusammenhang umfassende Akteneinsicht, insbesondere in die Referenzen.

Dagegen hat sich die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 2.10.2013 entschieden ausgesprochen und umfangreich begründet, warum der Antragstellerin die von ihr begehrte, umfassende Akteneinsicht nicht zu gewähren wäre.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 3.10.2013 ausgegangen. Danach war folgender weiterer Sachverhalt als erwiesen anzunehmen:

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 Bauauftrages, nämlich u.a. zur Errichtung von Beleuchtungsanlagen im Gebiet 2, dem die Bezirke 3, 10, 11, 12 und 23 zugeordnet sind. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 31.5.2013, 10.00 Uhr. Insgesamt haben sich am gegenständlichen Vergabeverfahren drei Unternehmen beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung als an dritter Stelle liegend verlesen wurde. 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 Bauauftrages, nämlich u.a. zur Errichtung von Beleuchtungsanlagen im Gebiet 2, dem die Bezirke 3, 10, 11, 12 und 23 zugeordnet sind. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 31.5.2013, 10.00 Uhr. Insgesamt haben sich am gegenständlichen Vergabeverfahren drei Unternehmen beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung als an dritter Stelle liegend verlesen wurde.

Nach den Ausschreibungsbedingungen haben die Bieter bei der Errichtung der Beleuchtungsanlagen die Baurichtlinien, Kapitel 3 - Verspannungsanlagen, der Antragsgegnerin einzuhalten. In diesen Baurichtlinien wird zunächst allgemein ausge-

führt, dass "Verspannungsanlagen ... die Leuchtenanordnung über der Fahrbahnmit-

te (ermöglichen). Dies ist der lichttechnisch günstigste Punkt. Außerdem beeinflussen Bäume oder andere am Straßenrand befindliche Hindernisse kaum den Neu- oder Umbau einer öffentlichen Straßenbeleuchtung". Spannungsanlagen werden überall dort verwendet, wo im stark verbauten Gebiet eine Lichtmastanlage nicht errichtet werden kann und genügend Befestigungspunkte an umliegenden Gebäuden vorhanden sind. Dort, wo Maste vorhanden sind, sollen diese bei der Errichtung von Verspannungsanlagen mitverwendet werden.

Nach den Ausschreibungsunterlagen hatten die Bieter/innen hinsichtlich der Errichtung von Beleuchtungsanlagen, vor allem Verspannungsanlagen, entsprechende Referenzen zu erbringen. Die Referenzanforderungen unter Berücksichtigung einer Anfragebeantwortung an die Bieter lauten wie folgt:

"Der Referenznachweis über die Errichtung der 3 Verspannungsanlagen, wird unabhängig, der Erbringung in Einzelprojekten oder in einem Gesamt-Projekt bewertet. Ausschlaggebend ist eine Errichtung von mindestens 3 Anlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung der Verspannungsvariante gemäß den Baurichtlinien

Kapitel 3".

Nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ist unter einer Verspannungsanlage eine Verdrahtung, die nach der Baurichtlinie erfolgt ist, zu verstehen, bei der ein "Lichtpunkt über Luft angespeist wird", wobei als gesamte Anlage die Konstruktion von Kabelanspeisung bis zum Lichtpunkt definiert wird. Unter Lichtpunkt ist die an der Verspannungsanlage angebrachte Leuchte (Lampe) zu verstehen. Wie die Befestigungen an Gebäuden zu erfolgen haben, wird in den Baurichtlinien unter Punkt 4.1. - Hausbefestigungen - eindeutig definiert und festgelegt.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot zwei Subunternehmer genannt, beide zur technischen Leistungsfähigkeit, und zwar das Unternehmen *** GmbH (kurz ***) auch zur Ergänzung der Befugnis (Beilage 13.07.2 der Vergabeakten). Dazu hat die Subunternehmerin *** Referenznachweise abgegeben, wonach sie die nachgefragten Leistungen für die ausschreibende Stelle erbracht habe. Die Referenznachweise sind von der Auftraggeberin nicht unterfertigt (Beilage 13.08.3 der Ausschreibungsunterlagen). Eine Einsicht in die Referenzliste dieser Subunternehmerin beim ANKÖ zeigt, dass dort keine Referenzen der Antragsgegnerin angeführt sind. Ausdrücklich bestätigte Referenzen liegen von anderen Auftraggeber/innen jedoch im Bereich der Freileitungsmontage vor.

Insgesamt hat die Teilnahmeberechtigte in ihrer Referenzliste fünf Referenzen der *** angegeben, die alle für die Antragsgegnerin erbracht worden sind.

Bei den vier vorliegenden Referenznachweisen werden bei zwei als Gegenstand der Leistung "Instandhaltung Stahldraht" (Wien 20., Dresdner Straße/Jägerstraße) und bei zwei "Errichtung einer Beleuchtungsanlage (Wien 3, Gigerstraße/Landstraßer Hauptstraße und Marxergasse/Invalidenstraße)" ...angeführt. Die Referenzen Gigerstraße/Landstraße Hauptstraße und Marxergasse/Invalidenstraße wurden jeweils zusammen als je ein Projekt angeführt. Aus den formal von der Antragsgegnerin nicht bestätigten Referenznachweisen wird das Projekt Wien-Mitte als ein Projekt geführt, wobei die Projekte Gigerstraße/Landstraßer Hauptstraße im Jahr 2012, Marxergasse/Invalidenstraße im Jahre 2013 umgesetzt wurden. Die Antragsgegnerin hat daraus vier Referenzen gemacht. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, ob die Arbeiten bei den letztgenannten Referenzen, insbesondere bei jenen Leistungen, die im Jahr 2013 umgesetzt wurden, bereits beendet wurden und damit wirklich der *** zugerechnet werden können. Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung (Protokoll Seite 7f) steht fest, dass die Anlagen in Wien-Mitte bereits in Betrieb sind, jedoch zumindest bei den Leistungen, die im Jahr 2013 erbracht wurden, noch keine Endabnahme erfolgt ist. So fehlen etwa bei der fünften Anlage in Wien-Mitte noch einige Lichtpunkte, die von einer "letzten Verankerung abhängig sind". Eine Teilabnahme der von der Subunternehmerin *** im Bereich Wien-Mitte erbrachten Leistungen ist nicht erfolgt, eine Bestandsdokumentation bisher noch nicht übergeben worden, womit auch eine Schlussabnahme noch nicht durchgeführt wurde.

Dass und in welchem Umfang eine Prüfung der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Referenzen erfolgt ist, kann den vorgelegten Vergabeakten nicht entnommen werden. Soweit sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf eine von ihr erstellte Liste in der mündlichen Verhandlung berufen hat, konnte eine solche in den Vergabeakten nicht gefunden werden, was letztlich von der Antragsgegnerin zugestanden wurde (Protokoll Seite 5).

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass das Angebot der im gegenständlichen Vergabeverfahren an zweiter Stelle gereihten Bieterin (ebenso wie in den anderen Vergabeverfahren betreffend die Gebiete 1, 3 und 4) wegen Vorliegens offenkundiger Mängel auszuschneiden gewesen wäre.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 8.8.2013 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf deren Nichtigklärung ist am 14.8.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 vorgeschriebenen Gebühren für Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 8.8.2013 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf deren Nichtigklärung ist am 14.8.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 vorgeschriebenen Gebühren für Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass sich die Teilnahmeberechtigte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf eine Subunternehmerin, nämlich das Unternehmen ***, berufen hat. Aus den von diesem Unternehmen vorgelegten Referenznachweisen ist ersichtlich, dass die darin angeführten Leistungen jeweils

für die Antragsgegnerin erbracht worden sind. Ob und wie und mit welchem Ergebnis die Antragsgegnerin diese Referenzen geprüft hat, ist aus den Vergabeakten mangels Vorlage einer entsprechenden Dokumentation jedoch nicht ersichtlich. Wenn auch angenommen werden kann, dass die Antragsgegnerin aus den vier vorgelegten Referenznachweisen insgesamt sechs Referenzen gebildet hat, kann nicht nachvollzogen werden, ob jede dieser von ihr angenommenen Referenzen den Referenzanforderungen entspricht. Zumindest bei den Referenzen Wien-Mitte ist auch fraglich, ob und in welchem Umfang die angeführten Leistungen bereits abgeschlossen sind. Dass das Angebot der beim Gebiet 2 zweitgereihten Bieterin auszuschneiden wäre, ergibt sich eindeutig aus den Vergabeakten.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Errichtung von Beleuchtungsanlagen unter Einhaltung der Baurichtlinien der Antragsgegnerin, Kapitel 3 - Verspannungsanlagen. Das gegenständliche Verfahren betrifft das Gebiet 2, dem die Bezirke 3, 10, 11, 12 und 23 zugeordnet sind. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Am Vergabeverfahren haben sich drei Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Errichtung von Beleuchtungsanlagen unter Einhaltung der Baurichtlinien der Antragsgegnerin, Kapitel 3 - Verspannungsanlagen. Das gegenständliche Verfahren betrifft das Gebiet 2, dem die Bezirke 3, 10, 11, 12 und 23 zugeordnet sind. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Am Vergabeverfahren haben sich drei Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragsgegnerin im Faxwege am 8.8.2013 zugegangen. Der am 14.8.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2007. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 erforderlichen Gebühren für das Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragsgegnerin im Faxwege am 8.8.2013 zugegangen. Der am 14.8.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2007. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 erforderlichen Gebühren für das Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

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

Im Hinblick auf ihre Reihung war zunächst die Antragslegitimation der Antragstellerin zu prüfen. Dazu war aus den Vergabeakten festzustellen, dass das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Bieterin wegen wesentlicher Mängel auszuschneiden gewesen wäre. Dazu kann auch auf die Vergabeakten zu den Gebieten 1, 3 und 4 verwiesen werden, wo die Angebote der zweitgereihten Bieterin ausgeschieden worden sind. Damit rückt die Antragstellerin an die zweite Stelle vor, womit ihre Antragslegitimation gegeben ist.

Nach den Ausschreibungsunterlagen hatten die Bieter mit den von ihnen zu erbringenden Referenzen nachzuweisen, dass sie drei Verspannungsanlagen "mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung als Verspannungsvarianten gemäß den Baurichtlinien Kapitel 3" ausgeführt haben. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte eine Subunternehmerin namhaft gemacht und sich auf deren Referenznachweise bezogen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten kann noch nicht abschließend beurteilt werden, ob die namhaft gemachten Referenzen den Ausschreibungsbedingungen entsprechen

oder nicht. Dazu fehlt es an einer nachvollziehbaren Dokumentation in den Vergabeakten. Aus dem Verfahren selbst haben sich für den Senat mehrfache Zweifel ergeben, ob es sich etwa bei den Referenzen Wien-Mitte um bereits abgeschlossene Leistungen handelt, die von der Auftraggeberin ordnungsgemäß übernommen worden sind. Es ist für einen Bieter zulässig, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf entsprechende Referenzen eines Subunternehmers zu berufen. Dabei handelt es sich um Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit nach § 75 Abs. 6 BVergG 2006. Dabei muss es sich um Nachweise über erbrachte Leistungen (Abs. 2 leg. cit.) handeln, wobei nur solche Arbeiten gewertet werden können, die abgeschlossen und ordnungsgemäß übergeben worden sind. Wenn daher, wie vorliegend, Grund zur Annahme besteht, dass jene Referenzen, die geltend gemacht wurden (Arbeiten im Jahr 2013) noch nicht abgeschlossen sind, handelt es sich dabei nicht um "erbrachte Leistungen" und können diese auch nicht als Referenzen anerkannt werden. Da gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 Referenzen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, können noch nicht abgeschlossene Leistungen nicht als taugliche Referenz angenommen werden. Nach den Ausschreibungsunterlagen hatten die Bieter mit den von ihnen zu erbringenden Referenzen nachzuweisen, dass sie drei Verspannungsanlagen "mit mindestens 20 Lichtpunkten in der Ausführung als Verspannungsvarianten gemäß den Baurichtlinien Kapitel 3" ausgeführt haben. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte eine Subunternehmerin namhaft gemacht und sich auf deren Referenznachweise bezogen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten kann noch nicht abschließend beurteilt werden, ob die namhaft gemachten Referenzen den Ausschreibungsbedingungen entsprechen oder nicht. Dazu fehlt es an einer nachvollziehbaren Dokumentation in den Vergabeakten. Aus dem Verfahren selbst haben sich für den Senat mehrfache Zweifel ergeben, ob es sich etwa bei den Referenzen Wien-Mitte um bereits abgeschlossene Leistungen handelt, die von der Auftraggeberin ordnungsgemäß übernommen worden sind. Es ist für einen Bieter zulässig, sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf entsprechende Referenzen eines Subunternehmers zu berufen. Dabei handelt es sich um Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit nach Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006. Dabei muss es sich um Nachweise über erbrachte Leistungen (Absatz 2, leg. cit.) handeln, wobei nur solche Arbeiten gewertet werden können, die abgeschlossen und ordnungsgemäß übergeben worden sind. Wenn daher, wie vorliegend, Grund zur Annahme besteht, dass jene Referenzen, die geltend gemacht wurden (Arbeiten im Jahr 2013) noch nicht abgeschlossen sind, handelt es sich dabei nicht um "erbrachte Leistungen" und können diese auch nicht als Referenzen anerkannt werden. Da gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 Referenzen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen, können noch nicht abgeschlossene Leistungen nicht als taugliche Referenz angenommen werden.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von einer Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC-19/00, VKS Wien vom 10.9.2009, VKS - 6316/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Dazu hat der Auftraggeber das Angebot nicht nur nach den vergaberechtlichen Bestimmungen zu prüfen, sondern auch unter strikter Beachtung seiner Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Dazu gehört, dass den Vergabeakten entnommen werden kann, ob und wie ein Auftraggeber die von ihm verlangten Referenzen auf deren Richtigkeit und Schlüssigkeit geprüft hat. Der Prüfvorgang der Referenzen sowie dessen Ergebnis muss den Vergabeakten eindeutig entnommen werden können. Wenn sich die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hat, ohnedies das Ergebnis der Referenzprüfung in einer Excel-Liste festgehalten zu haben, die jedoch "bedauerlicher Weise" nicht vorgelegt wurde, ist ihr die Bestimmung des § 12 Abs. 1 WVRG 2007 entgegen zu halten, wonach sie als Auftraggeberin verpflichtet ist "dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen". Verstößt die Auftraggeberin gegen diese Vorschrift - auf die gegenständlich die Antragsgegnerin bereits bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hingewiesen wurde - kann der Senat "aufgrund des Vorbringens des oder der nichtsäumigen Beteiligten entscheiden" (Abs. 2 leg. cit.). Da eine nachvollziehbare Dokumentation der Prüfung der Referenzen mit den Akten nicht vorgelegt wurde, ist es für den Senat nicht

nachvollziehbar, ob das Angebot der Teilnehmereberechtigten den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen zu den Referenzenvoraussetzungen, entspricht. Aus diesen Gründen musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben, weshalb dem Nichtigerklärungsantrag stattzugeben war. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von einer Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC-19/00, VKS Wien vom 10.9.2009, VKS - 6316/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Dazu hat der Auftraggeber das Angebot nicht nur nach den vergaberechtlichen Bestimmungen zu prüfen, sondern auch unter strikter Beachtung seiner Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Dazu gehört, dass den Vergabeakten entnommen werden kann, ob und wie ein Auftraggeber die von ihm verlangten Referenzen auf deren Richtigkeit und Schlüssigkeit geprüft hat. Der Prüfvorgang der Referenzen sowie dessen Ergebnis muss den Vergabeakten eindeutig entnommen werden können. Wenn sich die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hat, ohnedies das Ergebnis der Referenzprüfung in einer Excel-Liste festgehalten zu haben, die jedoch "bedauerlicher Weise" nicht vorgelegt wurde, ist ihr die Bestimmung des Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 entgegen zu halten, wonach sie als Auftraggeberin verpflichtet ist "dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen". Verstößt die Auftraggeberin gegen diese Vorschrift - auf die gegenständlich die Antragsgegnerin bereits bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hingewiesen wurde - kann der Senat "aufgrund des Vorbringens des oder der nichtsäumigen Beteiligten entscheiden" (Absatz 2, leg. cit.). Da eine nachvollziehbare Dokumentation der Prüfung der Referenzen mit den Akten nicht vorgelegt wurde, ist es für den Senat nicht nachvollziehbar, ob das Angebot der Teilnehmereberechtigten den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen zu den Referenzenvoraussetzungen, entspricht. Aus diesen Gründen musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben, weshalb dem Nichtigerklärungsantrag stattzugeben war.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 27.8.2013 verhängte einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung 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 zu verkünden. Die Frist zur Anrufung 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 zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Referenzen zum Nachweis erbrachter Leistungen; Noch nicht abgeschlossene Arbeiten können nicht als Referenzen anerkannt werden; Dokumentation der Referenzprüfung mangelhaft;

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2014

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