

TE Verg Bescheid 2013/10/3 VKS-618132/13

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 Bietergemeinschaft *** a) *** GmbH, b) *** GmbH & Co KG, c) *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Johannes Schnitzer, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Bauleistungen - Gebiet 3 - Bez. 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16", Errichtung von Beleuchtungsanlagen, Ausschreibungsnummer MA 33 - VB-00/083934/2013, 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 3, für nichtig zu erklären, wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 20.8.2013 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 3", das insgesamt sieben räumlich zugewiesene Bezirke umfasst. Der Vertrag soll auf maximal drei Jahre abgeschlossen werden. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich. 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 3" beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot als Ergebnis der Angebotsöffnung an fünfter Stelle verlesen wurde.

Anzumerken ist, dass die Antragsgegnerin drei weitere Vergabeverfahren ausgeschrieben hat, die sich auf das Gebiet 1, Gebiet 2 und Gebiet 4 beziehen. Alle vier Lose betreffen die Errichtung von Beleuchtungsanlagen in den jeweiligen

Gebietsteilen, denen jeweils einzelne Bezirke räumlich zugewiesen sind. Die Antragstellerin hat sich an sämtlichen vier Ausschreibungen beteiligt. Im Vergabeverfahren betreffend das Gebiet 4 ist eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin ergangen.

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

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.8.2013 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. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.8.2013 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.

Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei entgegen den Festlegungen der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen sowie in den Anfragebeantwortungen und den Vorgaben des BVergG 2006 weder als befugt noch als technisch leistungsfähig zu qualifizieren. Nach den Ausschreibungsunterlagen habe jeder Bieter einen genau festgelegten Referenznachweis über die Errichtung von drei Verspannungsanlagen mit mindestens 20 Lichtpunkten zu erbringen gehabt. Nach ihren Branchenkenntnissen gehe die Antragstellerin davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die geforderten Referenzen nicht verfüge und diese somit nicht nachgewiesen habe. Weiters fehle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen technischen Ausstattung. Die Antragstellerin hat zunächst auch vorgebracht, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangle es an der erforderlichen Befugnis zur Errichtung der Beleuchtungsanlagen. Diesen Einwand hat sie in der Folge nicht aufrechterhalten und im Schriftsatz vom 21.8.2013 zurückgenommen. Zur ihrer Antragslegitimation führt die Antragstellerin aus, im Hinblick darauf, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot aufgrund der Angebotsöffnung an dritter Stelle liegend verlesen wurde und nunmehr für den Zuschlag ausgewählt worden sei, sei anzunehmen, dass die beiden vor ihr liegenden Unternehmen ausgeschieden worden sind. Auch das zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin liegende Unternehmen komme für die Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht, da es ihm an der geforderten Eignung fehle. Dies sei auch der Grund, warum die Antragsgegnerin im Verfahren betreffend das "Gebiet 4" eine Zuschlagsentscheidung nicht zugunsten dieses Unternehmens sondern zu Gunsten der Antragstellerin, die nach diesem Unternehmen gereiht sei, getroffen habe. Aus all dem folge, dass die Antragstellerin bei vergaberechtskonformer Reihung im gegenständlichen Vergabeverfahren als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten müsste und die vor ihr liegenden Unternehmen mit ihren Angeboten auszuschneiden wären.

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 wesentlichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachtet sich durch das Verhalten der Antragsgegnerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, Recht auf Bewertung der Angebote anhand der seitens der Antragsgegnerin getroffenen Festlegungen, im Recht auf eine vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen (in den Ausschreibungsunterlagen und den Fragebeantwortungen) der Antragsgegnerin, im Recht für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Nichtberücksichtigung eines nicht geeigneten Unternehmens, im Recht auf Ausscheiden von auszuschneidenden Angeboten, im Recht auf Ausscheiden von nicht geeigneten Bietern, im Recht auf Zuschlagserteilung als Billigstbieterin und letztlich im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 20.8.2013 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 Teilnahmberechtigte) 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 (nunmehr) zweiter Stelle gereichte Angebot einer Mitbewerberin auszuschneiden, nicht vorliege. Zu den von der Antragstellerin behaupteten fehlenden Referenznachweisen führt die Teilnahmberechtigte 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 Teilnahmberechtigte alle Referenzanforderungen erfüllt. Sowohl die Teilnahmberechtigte als auch ihre Subunternehmen würden über die erforderliche Ausrüstung verfügen.

Mit Schriftsatz vom 26.8.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht bestritten und ausgeführt, die Teilnahmberechtigte hätte über ihre Subunternehmerin die erforderlichen Referenzen und Ausrüstung ausreichend nachgewiesen. Damit sei sie als jene Bieterin, die den billigsten Preis angeboten habe, für die Zuschlagserteilung in Aussicht zu nehmen gewesen.

Mit Schriftsatz vom 2.9.2013 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannte Argumentation vertieft und weiter ausgebaut. Gleichzeitig hat sie ersucht, ihr umfassend Akteneinsicht zu gewähren. Dagegen hat sich die Teilnahmberechtigte mit Schriftsatz vom 4.9.2013 entschieden ausgesprochen.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme zu diesem Vorbringen vom 25.9.2013 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 3, gereichten Bieters an (nunmehr) zweiter Stelle nicht möglich gewesen wäre. Es sei daher davon auszugehen, dass das Angebot des (nunmehr) an zweiter Stelle gereichten Bieters auszuschneiden ist, womit ihre Antragslegitimation gegeben wäre. In der Sache selbst bezweifelt die Antragstellerin, dass die von der Teilnahmberechtigten genannte Subunternehmerin über die geforderten Referenzen verfüge und verlangt in diesem Zusammenhang umfassende Akteneinsicht, insbesondere in die Referenzen. Vor allem hat sie geltend gemacht, dass das als Referenz genannte Projekt Wien-Mitte bei Angebotsöffnung (31.5.2013) noch nicht abgeschlossen gewesen wäre.

Dagegen hat sich die Teilnahmberechtigte mit Schriftsatz vom 1.10.2013 entschieden ausgesprochen und umfangreich begründet, warum die erforderlichen Referenzen vorliegen würden.

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 3, dem die Bezirke 6, 7, 8, 13, 14, 15 und 16 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 sieben Unternehmen beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung als an fünfter 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 3, dem die Bezirke 6, 7, 8, 13, 14, 15 und 16 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 sieben Unternehmen beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung als an fünfter 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 Teilnahmerechtigte hat in ihrem Angebot zwei Subunternehmer genannt, beide zur technischen Leistungsfähigkeit, und zwar das Unternehmen *** GmbH (***) 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 (nunmehrigen) Antragsgegnerin angeführt sind. Ausdrücklich bestätigte Referenzen liegen von anderen Auftraggeber/innen jedoch im Bereich der Freileitungsmontage vor.

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

Bei 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/Landstraßer 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 bereits der *** zugerechnet werden können. Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung im Verfahren VKS - 617882/13, betreffend die Vergabe des Gebietes 2, 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 (die nicht vorgelegt worden sein dürfte) in der mündlichen Verhandlung berufen hat (Seite 5), konnte eine solche in den Vergabeakten gefunden werden.

Aus dieser Excel Liste ist ersichtlich, dass hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten auf die Referenzen ihrer Subunternehmerin verwiesen wurde. In der Bemerkung dazu ist festgehalten, dass die Teilnahmeberechtigte die Referenznachweise "mit dem SUB*** erfüllt". Dass die Referenznachweise, bei denen jeweils die Antragsgegnerin als Auftraggeberin angeführt ist, näher überprüft wurden, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ebenso wenig ist den Vergabeakten zu entnehmen, dass von der Antragsgegnerin überprüft worden wäre, wann das Projekt 2013 (Errichtung einer Beleuchtungsanlage Wien-Mitte) abgeschlossen worden ist, insbesondere ob dies vor der Angebotsöffnung vom 31.5.2013 der Fall war oder nicht.

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich, dass das Angebot der im gegenständlichen Verfahren, nach Ausscheiden der nach der Angebotsöffnung zunächst an erster und zweiter Stelle liegenden Bieter, nunmehr an zweiter Stelle gereihten Bieterin (ebenso wie in Vergabeverfahren betreffend das Gebiet 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 Nichtigerklärung ist am 15.8.2013 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 Nichtigerklärung ist am 15.8.2013 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 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 fraglich, ob und in welchem Umfang die angeführten Leistungen bereits abgeschlossen sind. Dass das Angebot der beim Gebiet 3 nunmehr zweitgereihten Bieterin auszuschneiden wäre, ergibt sich eindeutig aus den Vergabeakten.

Im Hinblick auf das Ergebnis des zu VKS - 617882/13 geführte Parallelverfahren, betreffend die Vergabe der Bauleistungen für das "Gebiet 2", hat sich der Senat im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren darauf beschränkt, die Referenzfrage eingehend zu prüfen (Protokoll Seite 2). Feststellungen zu den sonst geltend gemachten Anfechtungspunkten sind daher unterblieben.

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 3, dem die Bezirke 6, 7, 8, 13, 14, 15 und 16 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 sieben Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin nach Ausscheiden zwei vor ihr gereihten Bieter 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 3, dem die Bezirke 6, 7, 8, 13, 14, 15 und 16 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 sieben Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin nach Ausscheiden zwei vor ihr gereihten Bieter 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 15.8.2013 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 2006. 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 15.8.2013 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, BVergG 2006. 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 nunmehr an zweiter Stelle gereihten Bieterin wegen wesentlicher Mängel auszuschneiden gewesen wäre. Dazu kann auch auf die Vergabeakten zu den Gebieten 1, 2 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 Prüfungsvorgang der Referenzen sowie dessen Ergebnis muss den Vergabeakten eindeutig entnommen werden können. 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 Teilnahmeberechtigten den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen zu den Referenzvoraussetzungen, 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 (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 Prüfungsvorgang der Referenzen sowie dessen Ergebnis muss den Vergabeakten eindeutig entnommen werden können. 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 Teilnahmeberechtigten den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen zu den Referenzvoraussetzungen, 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 20.8.2013 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