

TE Verg Bescheid 2013/6/20 VKS-240582/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.06.2013

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 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §167

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269

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 § 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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 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 Bietergemeinschaft ***, vertreten durch Mag. Sonja Müller und Mag. Clemens Schöfmann, p. A. der BIEGE, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Smart Campus - Baugrubenaushub, Baugrubensicherung und Entsorgung; Ausschreibungsnummer EK-3371" durch die Auftraggeberin Wien Energie Stromnetz GmbH, Mariannengasse 4-6, 1090 Wien, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.3.2013 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 27.3.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 163, 165, 167, 267, 268, 269 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 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 163, 165, 167, 267, 268, 269 BVergG 2006.

Begründung

Die Wien-Energie Stromnetz GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und Entsorgung aus Anlass der beabsichtigten Errichtung eines Objektes auf dem "Smart Campus". Wesentlicher Leistungsbestandteil ist die Behandlung, Wiederverwertung und Deponierung des teilweise hoch kontaminierten Aushubmaterials. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorauftraggeber. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen

herangezogen werden. Die Bekanntmachung des Beschaffungsvorganges ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 8 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an siebenter Stelle gereiht wurde.

Mit Schreiben vom 15.3.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bietergemeinschaft erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 22.3.2013 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 22.3.2013 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 sowie die zweit-, dritt-, fünft- und sechstgereihten Bieter würden nicht über die zur Auftragsdurchführung notwendige Befugnis verfügen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie das Angebot der zweit- bis sechstgereihten Bieter wären überdies mit unbehebbarren Mängeln behaftet. Die Antragsgegnerin habe es unterlassen eine jedenfalls angezeigte vertiefte Angebotsprüfung nach § 268 BVergG vorzunehmen. Hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wird im Einzelnen ausgeführt, dieses verstoße gegen die Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen, wonach eine Sub-Sub-Vergabe verboten sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als erforderliche Subunternehmerin die Entsorgungslogistik Austria GmbH (ELA) namhaft gemacht habe, die jedoch nicht über die notwendige behördliche Befugnis zur Erbringung von Eisenbahndienstleistungen verfüge. Damit sei der Nachweis der erforderlichen behördlichen Befugnis nicht erbracht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde auch keinen angemessenen Gesamtpreis aufweisen, was schon deshalb ersichtlich sei, weil es vom Angebot der Antragstellerin um rund 26% nach unten abweiche. Es sei davon auszugehen, dass sie keine Deckung der variablen und der ausgabenwirksamen fixen Herstellungskosten kalkuliert habe. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowie die zweit-, dritt-, fünft- und sechstgereihten Bieter würden nicht über die zur Auftragsdurchführung notwendige Befugnis verfügen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie das Angebot der zweit- bis sechstgereihten Bieter wären überdies mit unbehebbarren Mängeln behaftet. Die Antragsgegnerin habe es unterlassen eine jedenfalls angezeigte vertiefte Angebotsprüfung nach Paragraph 268, BVergG vorzunehmen. Hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wird im Einzelnen ausgeführt, dieses verstoße gegen die Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen, wonach eine Sub-Sub-Vergabe verboten sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als erforderliche Subunternehmerin die Entsorgungslogistik Austria GmbH (ELA) namhaft gemacht habe, die jedoch nicht über die notwendige behördliche Befugnis zur Erbringung von Eisenbahndienstleistungen verfüge. Damit sei der Nachweis der erforderlichen behördlichen Befugnis nicht erbracht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde auch keinen angemessenen Gesamtpreis aufweisen, was schon deshalb ersichtlich sei, weil es vom Angebot der Antragstellerin um rund 26% nach unten abweiche. Es sei davon auszugehen, dass sie keine Deckung der variablen und der ausgabenwirksamen fixen Herstellungskosten kalkuliert habe. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher auszuschneiden.

Zum Angebot der zweitgereihten Bieterin machte die Antragstellerin geltend, dass es dieser an der erforderlichen Befugnis mangeln würde und sie gleichfalls eine unzulässige Sub-Sub-Vergabe vorgesehen habe. Weiters würde dieses Angebot einen auffallend niedrigen und damit unzureichenden Gesamtpreis aufweisen, die erforderlichen Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien nicht beigebracht worden. Es sei auch daran zu zweifeln, ob die zweitgereichte Bieterin über das geforderte Schlüsselpersonal verfüge. Jedenfalls wäre aus diesen Gründen das Angebot der zweitgereihten Bieterin auszuschneiden gewesen.

Zum Angebot der drittgereihten Bieterin macht die Antragstellerin geltend, dass auch diese eine unzulässige Sub-Sub-Vergabe angeboten habe und überdies diese Bieterin an einer anderen Bietergemeinschaft im gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt wäre, was eine vergaberechtlich unzulässige Mehrfachbeteiligung darstelle. Beide Gründe müssten zur Ausscheidung dieses Angebotes führen.

Das Angebot der viertgereihten Bieterin wäre wegen einer spekulativen Preisgestaltung bei den ALSAG-Beiträgen auszuscheiden.

Das Angebot der fünftgereihten Bietergemeinschaft wäre auszuscheiden, weil darin ebenfalls eine unzulässige Sub-Sub-Vergabe vorgesehen sei. Auch bei diesem Unternehmen liege eine unzulässige Mehrfachbeteiligung vor.

Das Angebot der sechstgereihten Bieterin wäre wegen mangelnder Befugnis (unzulässige Sub-Sub-Vergabe) sowie fehlender erforderlicher Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auszuscheiden.

Hätte die Antragsgegnerin eine ordnungsgemäße Angebotsprüfung vorgenommen hätte sie die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der zweit- bis sechstgereihten Bieterin ausscheiden müssen, womit die Antragstellerin, trotz ihrer Reihung an siebenter Stelle, den Zuschlag erhalten hätte müssen.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin wäre die Antragstellerin in ihren Rechten auf vergaberechtskonforme und diskriminierungsfreie Angebotsprüfung, in ihrem Recht auf einen freien und lauterer Wettbewerb und der Gleichbehandlung aller Bieter, ein Recht auf Ausscheiden von Angeboten, in ihrem Recht auf Verfassung einer ausschreibungs- und vergaberechtskonformen Zuschlagsentscheidung und letztlich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die antragstellende Bietergemeinschaft sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein entsprechendes Interesse. Im Rahmen des Verfahrens zur Angebotslegung seien ihr bisher nicht unwesentliche Kosten entstanden. Dazu kämen die Kosten für die rechtliche Beratung und Vertretung sowie der drohende Verlust eines angemessenen Gewinns. Weiters wären die Gemeinkosten inklusive Gerätemieten, Zentralregie, Deckungsbeiträge etc. nicht gedeckt. Die der Antragstellerin drohenden Schäden werden im einleitenden Schriftsatz ziffernmäßig dargestellt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, sollte sie den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr der Verlust eines für sie wesentlichen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.3.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.3.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, die angefochtenen Zuschlagsentscheidung sei rechtskonform ergangen. Sämtliche von der Antragstellerin angeführten Gründe lägen nicht vor. Die Antragsgegnerin habe sowohl die Eignung der Zuschlagsempfängerin als auch jene der zweit- bis sechstgereihten Bieterin einer detaillierten Prüfung unterzogen und das Ergebnis dieser Prüfung im Prüfbericht (auf den verwiesen wird) festgehalten. Sie sei zum Ergebnis gelangt, dass die Zuschlagsempfängerin geeignet sei. Die Antragsgegnerin habe auch den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreis einer ausführlichen, vertieften Prüfung unterzogen und sich dabei eines Sachverständigen bedient. Die sachverständige Prüfung der Preise habe ergeben, dass der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt sei.

Mit Schriftsatz vom 2.4.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Partei beigetreten und hat zunächst vorgebracht, die Antragstellerin als siebent platzierte Bieterin würde es an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Nur wenn alle sechs vor ihr liegenden Angebote auszuscheiden wären, könnten die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten überhaupt einen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben. Ausscheidungsgründe gegenüber allen vor dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote seien jedoch nicht dargetan worden. In der Sache selbst führt die Teilnahmeberechtigte aus, sie habe die erforderlichen Befugnisse nachgewiesen. Die bloße Beibringung der eisenbahnrechtlichen Befugnis - ohne relevante eigene Tätigkeit der Rail Cargo Austria AG (RC) - sei als Sub-Unternehmerleistung zu betrachten, weil diesbezüglich ein direktes Sub-Unternehmerverhältnis zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der RC vorliege, "zumal der Feststellungsbescheid schon mit dem Angebot vorgelegt worden war". Damit sei die RC schon im Angebot benannt worden. Im Übrigen vertritt die Teilnahmeberechtigte die Rechtsansicht, dass die bloße Beibringung der eisenbahnrechtlichen Befugnis ohne eigene Tätigkeit der RC aus vergaberechtlicher Sicht nicht als Sub-Unternehmerleistung zu beurteilen sei. Soweit die Teilnahmeberechtigte auch die Entsorgungslogistik Austria GmbH (ELA) als Sub-Unternehmer genannt habe, die zur Ausführung ihrer Leistungen sich der ÖBB RC bediene, handle es sich nicht um eine unzulässige Sub-Sub-Vergabe weil eine Leistungsweitergabe an einen Sub-Sub-Unternehmer im Angebot nicht erfolgt sei. Soweit die Antragstellerin vorbringe, die Teilnahmeberechtigte habe keinen angemessenen

Gesamtpreis angeboten, sei darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin sehr wohl eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat. Insbesondere sei unrichtig, dass die Teilnahmeberechtigte besonders hohe Einkaufskosten und/oder besonders niedrige Lohnansätze verwendet hätte. Aufgrund der vorgenommenen Angebotsprüfung habe die Antragsgegnerin offenbar die Preise der mitbeteiligten Parteien für ordnungsgemäß befunden und deshalb ihre Zuschlagsentscheidung getroffen.

In weiteren Stellungnahmen vom 31.5.2013 und 19.6.2013 hat die Antragsgegnerin ihren Standpunkt noch ausgebaut und vor allem zur Problematik des Nachweises der behördlichen Bewilligung zur Erbringung von Güterverkehrsleistungen auf Schieneninfrastruktur Stellung genommen.

Auch die Teilnahmeberechtigte hat mit ihren Schriftsätzen vom 3.6. und 17.6.2013 zu dieser Problematik ausführlich Stellung genommen und vor allem darauf hingewiesen, dass die RC ihr den Genehmigungsbescheid zur Verfügung gestellt und gestattet habe, diesen zum Nachweis der eisenbahnrechtlichen Bewilligung dem Angebot beizulegen. Damit liege ein Sub-Sub-Auftragsverhältnis nicht vor, sondern sei vielmehr RC als Sub-Unternehmer zu sehen, die in einem direkten Vertragsverhältnis zur Teilnahmeberechtigten stehe. Dass sich die Teilnahmeberechtigte auf die eisenbahnrechtliche Bewilligung der RC stütze, sei bereits mit dem Angebot klargestellt worden, indem der diesbezügliche Bescheid des BMVIT vorgelegt wurde, in welchem die RC als Träger der eisenbahnrechtlichen Bewilligung genannt sei. Damit habe die Teilnahmeberechtigte offengelegt, dass die eisenbahnrechtliche Bewilligung durch die RC beigebracht werde.

Die ergänzenden Stellungnahmen der Antragsgegnerin vom 31.5.2013 und jene der Teilnahmeberechtigten vom 3.6.2013 wurden von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.6. umfänglich beantwortet, indem sie nicht nur zu der von der Teilnahmeberechtigten bestrittenen Antragslegitimation sondern auch zum Problem einer unzulässigen Sub-Sub-Vergabe abermals Stellung genommen hat.

Vorweg ist auszuführen, dass der Senat im gegenständlichen Vergabeverfahren mit zwei weiteren Nachprüfungsverfahren befasst war. Zunächst hat die drittgerihte Bieterin die Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 begehrt. Dieses Verfahren wurde zu VKS-243167/13 protokolliert. Mit Bescheid des Senates vom 7.5.2013 wurde der Antrag der drittgerihten Bieterin die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, abgewiesen. Da nach dem Inhalt der Vergabeakten das Angebot der zweitgerihten Bieterin als "widersprüchliches und spekulatives Angebot aufgrund falscher ALSAG-Beiträge" auszuschneiden gewesen wäre, wurde vom Senat die Antragslegitimation der drittgerihten Bieterin angenommen.

In einem weiteren Nachprüfungsverfahren, das zu VKS-243967 protokolliert wurde und in dem die viertgerihte Bieterin einen Antrag gestellt hat, die gegenständliche Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, wurde deren Begehren mit Bescheid vom 23.5.2013 zurückgewiesen, weil der Senat zum Ergebnis gelangt ist, dass deren Angebot wegen Abweichung von den Angebotsbestimmungen auszuschneiden gewesen wäre.

In 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 20.6.2013 ausgegangen. Danach wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt ergänzend festgestellt:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen für den Sektorenbereich zur Vergabe eines Leistungsauftrages im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen Materials im Zuge eines von ihr geplanten Bauvorhabens auf dem "Smart Campus". Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich acht Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an siebenter Stelle gereiht wurde. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Bestimmungen für den Sektorenbereich zur Vergabe eines Leistungsauftrages im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen Materials im Zuge eines von ihr

geplanten Bauvorhabens auf dem "Smart Campus". Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 24.1.2013, 13.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich acht Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot preislich an siebenter Stelle gereiht wurde.

Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist unter anderem auch ein hoch komplexer Baugrubenaushub verbunden mit dem Abtransport und der Behandlung teilweise hoch kontaminierten Bodenmaterials. Die nicht deponierbaren gefährlichen Abfälle sind mit ihren Schlüsselnummern in der Leistungsgruppe 30 angeführt (Seite 115f). In der Leistungsbeschreibung wird dazu generell ausgeführt:

1. "30.Ziffer 30

BAUSTELLENENTSORGUNG UND TRANSPORTE

Allgemeines:

Der Begriff "Entsorgen" umfasst das Verwerten oder Deponieren von Materialien. Bei der Ausführung sind alle einschlägigen Normen und Richtlinien, insbesondere die einschlägigen rechtlichen Vorgaben (Deponieverordnung, Baurestmassentrennverordnung) in der jeweils letztgültigen Fassung einzuhalten."

Zu den Eignungskriterien ist in den Besonderen Bestimmungen, Teil A (Seite 5/21) ist u.a. festgelegt:

1.3.

Behördliche Bewilligung zur Erbringung

von Güterverkehrsleistungen auf Schieneninfrastruktur:

* Nachweis der erforderlichen, aufrechten behördlichen Bewilligung

für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr.

Eigenerklärung

Formblatt X "Eisenbahnverkehrsleistungen" Formblatt römisch zehn "Eisenbahnverkehrsleistungen"

Nähere Unterlagen zum angegebenen Nachweis.

Das Formblatt X "Eisenbahnverkehrsleistungen" hat folgende Form: Das Formblatt römisch zehn "Eisenbahnverkehrsleistungen" hat folgende Form:

"Jenes Unternehmen, das für das gegenständliche Projekt Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr erbringt, ist in diesem Formblatt zu nennen!

Thema

Beschreibung

Name des Unternehmers:

Anschrift des Unternehmers:

Ansprechpartner beim Unternehmen:

Telefon und E-Mail des Ansprechpartners:

Tel: E-Mail:

Nennung der aufrechten Gewerbeberechtigung(en)/Befugnis(se):

Nennung der aufrechten behördlichen Bewilligung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr:

Anzahl der Vollzeit-Beschäftigten:

Bestätigung durch das Unternehmen:

Ort und Datum:.....

Stampiglie, Unterschrift (Name auch in
BLOCKBUCHSTABEN)

"

Zur Nennung von Subunternehmen finden sich in den Besonderen Bestimmungen, Teil B, folgende, auszugsweise wiedergegebene Festlegungen (Seite 10 von 21):

"B.2.2 Subunternehmer / verbundene Unternehmen:

Bieter bzw. Mitglieder einer Bietergemeinschaft können sich auf Ressourcen von Subunternehmern bzw. verbundenen Unternehmen stützen.

Die Bieter / Die Bietergemeinschaft hat in seinem/ihrem Angebot die Subunternehmer bzw. die verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40 BVergG 2006) namhaft zu machen,

.....

.) die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Teil A, Punkt 4.1 und 4.2) herangezogen werden, oder ...

Verbot der Sub-Sub-Vergabe:

Ein Rückgriff auf Ressourcen von weiteren Unternehmern durch Subunternehmer bzw. verbundenen Unternehmen, die nach den oberen Bestimmungen im Angebot als Subunternehmer zu nennen sind, ist unzulässig (Ausschluss der Sub-Sub-Vergabe)."

Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist am 25.3.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007. Die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist am 25.3.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist ebenso nachgewiesen, wie die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007.

Sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragstellerin haben rechtzeitig ein umfangreiches, vollständig ausgefülltes Angebot abgegeben. Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Angebot zum Nachweis der eisenbahnrechtlichen Befugnis den Feststellungsbescheid der Rail Cargo vorgelegt und im Formblatt X das überschrieben ist mit "Eisenbahnverkehrsleistungen" und dem darunter befindlichen Text "Jenes Unternehmen, das für das gegenständliche Projekt Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr erbringen, ist in diesem Formblatt zu nennen!" in der Spalte "Name des Unternehmens" die Entsorgung Logistik Austria GmbH (ELA) und in der Spalte Nennung der aufrechten behördlichen Bewilligung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr "BMfVIT: Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die ÖBB vom 29.12.2004" angeführt. Das Formblatt X ist mit 14.1.2013 datiert und trägt den Stempel der ELA sowie zwei Unterschriften. Sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragstellerin haben rechtzeitig ein umfangreiches, vollständig ausgefülltes Angebot abgegeben. Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Angebot zum Nachweis der eisenbahnrechtlichen Befugnis den Feststellungsbescheid der Rail Cargo vorgelegt und im Formblatt römisch zehn das überschrieben ist mit "Eisenbahnverkehrsleistungen" und dem darunter befindlichen Text "Jenes Unternehmen, das für das gegenständliche Projekt Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr erbringen, ist in diesem Formblatt zu nennen!" in der Spalte "Name des Unternehmens" die Entsorgung Logistik Austria GmbH (ELA) und in der Spalte Nennung der aufrechten behördlichen Bewilligung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Güterverkehr "BMfVIT: Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die ÖBB vom 29.12.2004" angeführt. Das Formblatt römisch zehn ist mit 14.1.2013 datiert und trägt den Stempel der ELA sowie zwei Unterschriften.

Zu diesem Formblatt hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 4.2.2013 um Aufklärung ersucht, inwieweit durch den Bescheid zur Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die ÖBB die geforderten Befugnisse abgedeckt werden. Dieses Schreiben wurde von der Teilnahmeberechtigten durch Übermittlung eines Schreibens der ELA beantwortet. Darin führt die ELA aus, dass die Entsorgungslogistik Austria ein 100 % verbundenes Unternehmen zur Rail Cargo Austria sei,

für die die Verkehrsgenehmigung erteilt wurde. Ähnliche Anfragen hat die Antragsgegnerin auch an andere Bieter, darunter die Antragstellerin, gerichtet. Sowohl bei der Teilnahmeberechtigten als auch bei jenen Bietern, die die ELA als Subunternehmer genannt haben, findet sich in der Angebotsbewertung die Ausführung: Die Aufklärung hat ergeben: Die ELA, die im ÖBB Konzern eingegliedert ist, greift für die Erbringung dieser Dienstleistungen auf ÖBB Traktionsmaterial und die damit verbundenen Berechtigungen, wie auf ein eigenes Wirtschaftsgut zu". Eine weitere Prüfung, insbesondere der Frage, warum die Teilnahmeberechtigte den Genehmigungsbescheid für die Rail Cargo Austria "disloziert", mit ihrem Angebot vorgelegt hat, ist seitens der Antragsgegnerin unterblieben. Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls zu diesem Thema ergeben (Protokoll vom 20.6.2013), dass die Teilnahmeberechtigte die Ausschreibung so verstanden hat, dass im Formblatt X jene Unternehmen zu nennen waren, die die Verkehrsleistungen durchführen und die dafür notwendigen Befugnisse aufweisen, im Formblatt für die Nennung der Subunternehmer mit Subunternehmererklärung nur jene Subunternehmer zu benennen waren, die zum Nachweis der Eignung genannt wurden. Deshalb habe dort die Teilnahmeberechtigte auch die ELA als Subunternehmer genannt. Die eisenbahnrechtliche Befugnis ist von der RC der Bietergemeinschaft unmittelbar zur Verfügung gestellt worden, die Organisation und Durchführung der Transporte obliegt der ELA, die im Rahmen der der Bietergemeinschaft zur Verfügung gestellten eisenbahnrechtlichen Befugnis tätig werden kann. Die RC entfaltet keine eigene Tätigkeit. Die Organisation der Transporte ist derart, dass von der Teilnahmeberechtigten die RC jeweils im Einzelfall angewiesen wird, eine konkrete Transportleistung an bestimmten Tagen von A nach B vorzunehmen. Der Auftrag erfolgt durch die Bietergemeinschaft, die entscheidet wann und wohin das Hubmaterial kommt. Hinsichtlich der Transportleistung wendet sich der Bauleiter direkt an die RC. Die ELA hält die Waggons zur Verfügung und sorgt dafür, dass das Material nach Abfallrecht entsprechend behandelt und transportiert wird. Die leeren Waggons werden von der RC zur Aushubgrube gebracht und dort von der ELA beladen. Wenn die Waggons voll sind wird der Transport der Waggons von A nach B durch die Bauleitung veranlasst. Am Ankunftsort werden die Waggons von der ELA entladen und die leeren Waggons durch die RC wieder an die Baugrube gebracht (Protokoll Seite 6). Zu diesem Formblatt hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 4.2.2013 um Aufklärung ersucht, inwieweit durch den Bescheid zur Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die ÖBB die geforderten Befugnisse abgedeckt werden. Dieses Schreiben wurde von der Teilnahmeberechtigten durch Übermittlung eines Schreibens der ELA beantwortet. Darin führt die ELA aus, dass die Entsorgungslogistik Austria ein 100 % verbundenes Unternehmen zur Rail Cargo Austria sei, für die die Verkehrsgenehmigung erteilt wurde. Ähnliche Anfragen hat die Antragsgegnerin auch an andere Bieter, darunter die Antragstellerin, gerichtet. Sowohl bei der Teilnahmeberechtigten als auch bei jenen Bietern, die die ELA als Subunternehmer genannt haben, findet sich in der Angebotsbewertung die Ausführung: Die Aufklärung hat ergeben: Die ELA, die im ÖBB Konzern eingegliedert ist, greift für die Erbringung dieser Dienstleistungen auf ÖBB Traktionsmaterial und die damit verbundenen Berechtigungen, wie auf ein eigenes Wirtschaftsgut zu". Eine weitere Prüfung, insbesondere der Frage, warum die Teilnahmeberechtigte den Genehmigungsbescheid für die Rail Cargo Austria "disloziert", mit ihrem Angebot vorgelegt hat, ist seitens der Antragsgegnerin unterblieben. Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls zu diesem Thema ergeben (Protokoll vom 20.6.2013), dass die Teilnahmeberechtigte die Ausschreibung so verstanden hat, dass im Formblatt römisch zehn jene Unternehmen zu nennen waren, die die Verkehrsleistungen durchführen und die dafür notwendigen Befugnisse aufweisen, im Formblatt für die Nennung der Subunternehmer mit Subunternehmererklärung nur jene Subunternehmer zu benennen waren, die zum Nachweis der Eignung genannt wurden. Deshalb habe dort die Teilnahmeberechtigte auch die ELA als Subunternehmer genannt. Die eisenbahnrechtliche Befugnis ist von der RC der Bietergemeinschaft unmittelbar zur Verfügung gestellt worden, die Organisation und Durchführung der Transporte obliegt der ELA, die im Rahmen der der Bietergemeinschaft zur Verfügung gestellten eisenbahnrechtlichen Befugnis tätig werden kann. Die RC entfaltet keine eigene Tätigkeit. Die Organisation der Transporte ist derart, dass von der Teilnahmeberechtigten die RC jeweils im Einzelfall angewiesen wird, eine konkrete Transportleistung an bestimmten Tagen von A nach B vorzunehmen. Der Auftrag erfolgt durch die Bietergemeinschaft, die entscheidet wann und wohin das Hubmaterial kommt. Hinsichtlich der Transportleistung wendet sich der Bauleiter direkt an die RC. Die ELA hält die Waggons zur Verfügung und sorgt dafür, dass das Material nach Abfallrecht entsprechend behandelt und transportiert wird. Die leeren Waggons werden von der RC zur Aushubgrube gebracht und dort von der ELA beladen. Wenn die Waggons voll sind wird der Transport der Waggons von A nach B durch die Bauleitung veranlasst. Am Ankunftsort werden die Waggons von der ELA entladen und die leeren Waggons durch die RC wieder an die Baugrube gebracht (Protokoll Seite 6).

Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung, insbesondere der von der Antragsgegnerin durchgeführten, sorgfältig dokumentierten und transparenten Prüfung der Eignungskriterien hat die Antragsgegnerin die eisenbahnrechtliche Befugnis im Zusammenhang mit dem Transport des Erdaushubes all jenen Bietern, die sich auf Leistungen der ELA bezogen haben, für gegeben erachtet, insbesondere bei der Teilnahmeberechtigten, aber auch bei der Antragstellerin.

Aus den Vergabeakten ergibt sich auch, dass die Antragsgegnerin eine rechnerische und technische Angebotsprüfung vorgenommen hat. Dazu hat sie drei Spiegelanalysen durchgeführt (Preisspiegel gesamt; größte POS-Preisschwankungen, Mittelpreisabweichungen). Die Antragsgegnerin hat im Prüfbericht nachvollziehbar und transparent festgehalten, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise Ergebnis einer plausiblen und zutreffenden Kalkulation sind. Dazu hat sie zu einzelnen Positionen, die als auffällig erkannt wurden, K 7 - Blätter eingefordert, die ihr auch jeweils fristgerecht zur Verfügung gestellt wurden. Im Prüfbericht ist jedenfalls festgehalten, dass die sachverständige Prüfung ergeben hat, dass die arbeits-, sozial- und kollektivvertraglichen Bestimmungen eingehalten wurden und die Preise aus sachlicher, technischer Sicht erklär- und nachvollziehbar sind. Diese Prüfung hat sich auf die drei bestgereihten Bieter/innen erstreckt.

Soweit die Antragstellerin ausgeführt hat, die Angebote der zweitgereihten und der viertgereihten Bieterin wären auszuscheiden, ergibt sich aus dem Vergabeakt, dass aufgrund der Angebotsprüfung die Antragsgegnerin selbst zu diesem Ergebnis gelangt ist, die Angebote jedoch nicht ausgeschieden hat. Ebenso hat die Antragsgegnerin in ihrer Angebotsbewertung festgehalten, dass auch diese Angebote wegen der spekulativen Preisgestaltung durch Ansatz der "ALSAG - Beiträge" auszuscheiden gewesen wäre. Zu diesem Ergebnis ist auch der Senat in dem von der viertgereihten Bieterin angestregten Nachprüfungsverfahren gekommen und hat deshalb deren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen (vgl. VKS - 243967/13 vom 23.5.2013). Soweit die Antragstellerin bei den Angeboten der drittgereihten und fünftgereihten Bieter/innen eine unzulässige Mehrfachbeteiligung geltend macht, liegt eine solche, nach dem unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten nicht vor. Nähere Ausführungen, vor allem konkrete Hinweise darauf, dass durch die von der Antragstellerin behaupteten Konstellationen auch die Angebotsgestaltung der jeweiligen Bieter beeinflusst worden wären, wurden weder vorgebracht noch haben sich dafür Anhaltspunkte im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ergeben. Soweit die Antragstellerin ausgeführt hat, die Angebote der zweitgereihten und der viertgereihten Bieterin wären auszuscheiden, ergibt sich aus dem Vergabeakt, dass aufgrund der Angebotsprüfung die Antragsgegnerin selbst zu diesem Ergebnis gelangt ist, die Angebote jedoch nicht ausgeschieden hat. Ebenso hat die Antragsgegnerin in ihrer Angebotsbewertung festgehalten, dass auch diese Angebote wegen der spekulativen Preisgestaltung durch Ansatz der "ALSAG - Beiträge" auszuscheiden gewesen wäre. Zu diesem Ergebnis ist auch der Senat in dem von der viertgereihten Bieterin angestregten Nachprüfungsverfahren gekommen und hat deshalb deren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen (vergleiche VKS - 243967/13 vom 23.5.2013). Soweit die Antragstellerin bei den Angeboten der drittgereihten und fünftgereihten Bieter/innen eine unzulässige Mehrfachbeteiligung geltend macht, liegt eine solche, nach dem unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten nicht vor. Nähere Ausführungen, vor allem konkrete Hinweise darauf, dass durch die von der Antragstellerin behaupteten Konstellationen auch die Angebotsgestaltung der jeweiligen Bieter beeinflusst worden wären, wurden weder vorgebracht noch haben sich dafür Anhaltspunkte im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ergeben.

Bei den Angeboten der zweitgereihten, drittgereihten, fünfgereihten und sechsgereihten Bieter/innen bzw. Bietergemeinschaften, bei denen die Antragstellerin die "ELA-Problematik" geltend gemacht hat, ist zunächst darauf zu verweisen, dass die Antragsgegnerin bei diesen Angeboten ebenso wie beim Angebot der Antragstellerin diese Frage überprüft hat und zum Ergebnis gelangt ist, dass die entsprechenden Nachweise der Befugnis vorliegen und ein Verstoß gegen das Verbot der Sub-Sub-Vergabe nicht gegeben ist.

Prüft man die Antragslegitimation der Antragstellerin im Hinblick auf ihre Reihung auf dem siebenten Platz zeigt zusammenfassend gesehen das Verfahren, dass die an dritter bzw. fünfter Stelle liegenden Angebote jedenfalls nicht auszuscheiden wären.

Zu diesen Feststellungen gelangt der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und transparent geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war zunächst festzustellen, dass die Teilnahmeberechtigte die Befugnisse zur Erbringung von Güterverkehrsleistungen auf Schieneninfrastruktur entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen hat, indem sie - wie in der mündlichen Verhandlung zur Ergänzung ihres Vorbringens in den Schriftsätzen - ausgeführt hat, den Bescheid über die Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die

ÖBB vom 29.12.2004 zum Nachweis dafür vorgelegt zu haben, dass sie von der RC direkt diese Befugnis zur Verfügung gestellt bekommen hat und die ELA ihrerseits im Rahmen der der Bietergemeinschaft zur Verfügung gestellten Befugnis ihre Leistungen erbringen wird. Der Senat hat diese Erklärungen als ausreichend und nachvollziehbar beurteilt und seinen Feststellungen zugrunde gelegt, da in diesem Punkt die Ausschreibungsunterlagen nicht optimal gelungen sein dürften. So fordern die Besonderen Bestimmungen die "behördliche Bewilligung", im Formblatt X ist jedoch jenes Unternehmen zu nennen, welches die Leistungen erbringen wird. Auf diese "Unschärfe" hat sich die Teilnahmerechtigte in der mündlichen Verhandlung auch berufen und ausgeführt, die RC in die Subunternehmererklärung nicht aufgenommen zu haben, weil dort der Prozentsatz, den der Subunternehmer erbringt, anzugeben gewesen sei. Nach ihrer Rechtsansicht sei die RC ein Subunternehmer, der jedoch 0 % der Gesamtleistung erbringt und dessen Beitrag nur in der Zurverfügungstellung der Transportbefugnis direkt an die Bietergemeinschaft besteht (Protokoll Seite 3). Deshalb habe die Teilnahmerechtigte die eisenbahnrechtliche Genehmigung auch nur als Beilage mit dem Angebot vorgelegt. Diese Argumentation hat der Senat für nachvollziehbar erachtet, weil im Zweifel davon auszugehen ist, dass die Teilnahmerechtigte ein ausschreibungskonformes Angebot legen wollte. Aus diesen Überlegungen kann auch angenommen werden, dass bei einer weiteren Nachfrage der Antragsgegnerin, die von der Sub-Sub-Problematik betroffenen Bieter/innen die indirekte Subnennung durch bloße Vorlage des Genehmigungsbescheides der ÖBB bestätigt hätten. Dass jedenfalls von den Angeboten, die dem Angebot der Antragstellerin vorgereicht sind, die an dritter bzw. fünfter Stelle liegenden Angebote nicht auszuschneiden wären, ergibt sich eindeutig aus dem Inhalt der transparent geführten Vergabeakten. Zu diesen Feststellungen gelangt der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und transparent geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach war zunächst festzustellen, dass die Teilnahmerechtigte die Befugnisse zur Erbringung von Güterverkehrsleistungen auf Schieneninfrastruktur entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachgewiesen hat, indem sie - wie in der mündlichen Verhandlung zur Ergänzung ihres Vorbringens in den Schriftsätzen - ausgeführt hat, den Bescheid über die Verleihung der Verkehrsgenehmigung an die ÖBB vom 29.12.2004 zum Nachweis dafür vorgelegt zu haben, dass sie von der RC direkt diese Befugnis zur Verfügung gestellt bekommen hat und die ELA ihrerseits im Rahmen der der Bietergemeinschaft zur Verfügung gestellten Befugnis ihre Leistungen erbringen wird. Der Senat hat diese Erklärungen als ausreichend und nachvollziehbar beurteilt und seinen Feststellungen zugrunde gelegt, da in diesem Punkt die Ausschreibungsunterlagen nicht optimal gelungen sein dürften. So fordern die Besonderen Bestimmungen die "behördliche Bewilligung", im Formblatt römisch zehn ist jedoch jenes Unternehmen zu nennen, welches die Leistungen erbringen wird. Auf diese "Unschärfe" hat sich die Teilnahmerechtigte in der mündlichen Verhandlung auch berufen und ausgeführt, die RC in die Subunternehmererklärung nicht aufgenommen zu haben, weil dort der Prozentsatz, den der Subunternehmer erbringt, anzugeben gewesen sei. Nach ihrer Rechtsansicht sei die RC ein Subunternehmer, der jedoch 0 % der Gesamtleistung erbringt und dessen Beitrag nur in der Zurverfügungstellung der Transportbefugnis direkt an die Bietergemeinschaft besteht (Protokoll Seite 3). Deshalb habe die Teilnahmerechtigte die eisenbahnrechtliche Genehmigung auch nur als Beilage mit dem Angebot vorgelegt. Diese Argumentation hat der Senat für nachvollziehbar erachtet, weil im Zweifel davon auszugehen ist, dass die Teilnahmerechtigte ein ausschreibungskonformes Angebot legen wollte. Aus diesen Überlegungen kann auch angenommen werden, dass bei einer weiteren Nachfrage der Antragsgegnerin, die von der Sub-Sub-Problematik betroffenen Bieter/innen die indirekte Subnennung durch bloße Vorlage des Genehmigungsbescheides der ÖBB bestätigt hätten. Dass jedenfalls von den Angeboten, die dem Angebot der Antragstellerin vorgereicht sind, die an dritter bzw. fünfter Stelle liegenden Angebote nicht auszuschneiden wären, ergibt sich eindeutig aus dem Inhalt der transparent geführten Vergabeakten.

Mit dem einleitenden Schriftsatz (Seite 16) hat die Antragstellerin begehrt, ihr Einsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens zu gewähren.

Gegen die von der Antragstellerin begehrte Akteneinsicht haben sich sowohl die Teilnahmerechtigte als auch die Antragsgegnerin ausgesprochen. Dem Antrag auf umfassende Akteneinsicht war aus folgenden Überlegungen nicht zu entsprechen:

Grundsätzlich haben nach § 23 BVergG 2006 sowohl Auftraggeber, als auch Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 22.5.2012, Zl. 2009/04/0187 ist bei der Frage der Bewilligung der Akteneinsicht auf die Bestimmung des § 17 Abs. 3 AVG Rücksicht zu nehmen. Danach darf die Akteneinsicht nur soweit

gehen, als das Interesse des Bieters an einer Akteneinsicht, ohne welcher die Möglichkeit der inhaltlichen Verfolgung seiner Rechte nicht sichergestellt ist, nicht mehr gegenüber einem Geheimhaltungsinteresse auch nur einer, am Vergabeverfahren beteiligten Person überwiegt. Insbesondere die Angebote von Bieterinnen samt allen Beilagen und die sich auf deren Prüfung beziehenden anderen Bestandteile des Vergabeaktes können Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieterinnen wie vorliegend enthalten. Grundsätzlich haben nach Paragraph 23, BVergG 2006 sowohl Auftraggeber, als auch Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 22.5.2012, Zl. 2009/04/0187 ist bei der Frage der Bewilligung der Akteneinsicht auf die Bestimmung des Paragraph 17, Absatz 3, AVG Rücksicht zu nehmen. Danach darf die Akteneinsicht nur soweit gehen, als das Interesse des Bieters an einer Akteneinsicht, ohne welcher die Möglichkeit der inhaltlichen Verfolgung seiner Rechte nicht sichergestellt ist, nicht mehr gegenüber einem Geheimhaltungsinteresse auch nur einer, am Vergabeverfahren beteiligten Person überwiegt. Insbesondere die Angebote von Bieterinnen samt allen Beilagen und die sich auf deren Prüfung beziehenden anderen Bestandteile des Vergabeaktes können Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieterinnen wie vorliegend enthalten.

Die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten beziehen sich auf mangelnde Befugnisnachweise und auf angeblich unplausible Gesamtpreise. Dazu hatte der Senat im Rahmen der Anfechtung durch die Antragstellerin die Vergabeakten zu überprüfen, insbesondere ob die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangten Nachweise erbracht wurden oder nicht. Eine wie von der Antragstellerin begehrte Akteneinsicht in die Angebotspreise und deren Plausibilisierung würde Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten verletzen. Auch hier muss es ausreichend sein, wenn der Senat die Vornahme der Prüfung der Preise durch die Antragsgegnerin seinerseits überprüft. Durch die Gewährung einer Einsicht in jene Teile der Schriftsätze der Teilnahmeberechtigten bzw. in die von ihr vorgelegten Nachweise, für welche sie ausdrücklich die Ausnahme von der Akteneinsicht beantragt hat, würden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse preisgegeben und somit die presumptive Zuschlagsempfängerin in ihrem Recht auf Wahrung der Vertraulichkeit sämtlicher sie betreffender Informationen und Unterlagen sowie in ihrem Recht auf einen freien und lauten Wettbewerb verletzt. Inwieweit bei dieser Sachlage die Antragstellerin in der Verfolgung ihres Rechtsstandpunktes behindert sein könnte, wenn die von ihr angestrebte Überprüfung von der Nachprüfungsbehörde vorgenommen wird, ist nicht erkennbar.

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 2 BVergG 2006, die nach den Bestimmungen für Sektorenauftraggeber die Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen, teilweise kontaminierten Materials führt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. 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 im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die nach den Bestimmungen für Sektorenauftraggeber die Vergabe eines Auftrages zur Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Baugrubenaushub, der Baugrubensicherung und der Entsorgung des ausgehobenen, teilweise kontaminierten Materials führt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis und die Zahlungsbedingungen herangezogen werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

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 Auftraggebers 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. Sie hat gerade noch ausreichend begründet, warum auch die vor ihr liegenden Angebote auszuschneiden wären, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. 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 Nachprüfungsverfahren 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 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als Fax zugegangen. Ihr am 22.3.2013 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 Auftraggebers 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. Sie hat gerade noch ausreichend begründet, warum auch die vor ihr liegenden Angebote auszuschneiden wären, sodass ihr Antragslegitimation zukommt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. 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 Nachprüfungsverfahren 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 15.3.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als Fax zugegangen. Ihr am 22.3.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Das Nachprüfungsverfahren hat ebenfalls eindeutig ergeben, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des § 268 BVergG 2006 vorgenommen hat. Die Feststellung der Antragsgegnerin, dass das Angebot der Teilnahmerechtigten eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist, ist unbedenklich, womit dieser, von der Antragstellerin herangezogene Ausscheidungsgrund nicht erwiesen ist (§ 269 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006). Das Nachprüfungsverfahren hat ebenfalls eindeutig ergeben, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 268, BVergG 2006 vorgenommen hat. Die Feststellung der Antragsgegnerin, dass das Angebot der Teilnahmerechtigten eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist, ist unbedenklich, womit dieser, von der Antragstellerin herangezogene Ausscheidungsgrund nicht erwiesen ist (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006).

Ebenso hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Teilnahmerechtigte (ebenso wie die Antragstellerin) bei Nachweis der erforderlichen Befugnisse nicht gegen das Verbot der Sub-Sub-Vergabe verstoßen hat. Damit ist der Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 nicht erwiesen. Ebenso hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Teilnahmerechtigte (ebenso wie die Antragstellerin) bei Nachweis der erforderlichen Befugnisse nicht gegen das Verbot der Sub-Sub-Vergabe verstoßen hat. Damit ist der Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 nicht erwiesen.

Unabhängig davon hat jedoch das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben, dass die Angebote der an dritter bzw. fünfter Stelle liegenden Bieter/innen nicht auszuschneiden gewesen wären. Damit kommt die Antragstellerin, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Angebote der zweitgereihten, viertgereihten und sechstgereihten Bieter/innen auszuschneiden gewesen wären, an vierter Stelle zu liegen. Damit könnte sie selbst im Falle der von ihr beantragten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht zum Zuge kommen, womit es ihr an den Voraussetzungen des § 20 WVRG 2007 für die Stellung eines Nachprüfungsantrages fehlt. Nach § 20 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 Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen hätte können. Nach ständiger Judikatur der Höchstgerichte, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn er aufgrund der Ergebnisse des Vergabeverfahrens, selbst bei Stattgebung seines Nichtigerklärungsantrages nicht selbst den Auftrag erhalten könnte (vgl. VwGH 18.3.2009, ZI 2007/04/0095). Bei diesem Sachverhalt ist aber die

Antragslegitimation der Antragstellerin für das gegenständliche Nichtigerklärungsverfahren nicht gegeben, weshalb der Antrag - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden konnte - zurückzuweisen war. Unabhängig davon hat jedoch das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben, dass die Angebote der an dritter bzw. fünfter Stelle liegenden Bieter/innen nicht auszuschneiden gewesen wären. Damit kommt die Antragstellerin, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Angebote der zweitgereihten, viertgereihten und sechstgereihten Bieter/innen auszuschneiden gewesen wären, an vierter Stelle zu liegen. Damit könnte sie selbst im Falle der von ihr beantragten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht zum Zuge kommen, womit es ihr an den Voraussetzungen des Paragraph 20, WVRG 2007 für die Stellung eines Nachprüfungsantrages fehlt. Nach Paragraph 20, 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 Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen hätte können. Nach ständiger Judikatur der Höchstgerichte, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn er aufgrund der Ergebnisse des Vergabeverfahrens, selbst bei Stattgebung seines Nichtigerklärungsantrages nicht selbst den Auftrag erhalten könnte (vergleiche VwGH 18.3.2009, ZI 2007/04/0095). Bei diesem Sachverhalt ist aber die Antragslegitimation der Antragstellerin für das gegenständliche Nichtigerklärungsverfahren nicht gegeben, weshalb der Antrag - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden konnte - zurückzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 27.3.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 27.3.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht 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; Zurückweisung; Keine Antragslegitimation der 4. gereihten Bieterin;

Zuletzt aktualisiert am

13.11.2013

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