

# TE Verg Bescheid 2013/5/16 VKS-237605/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.05.2013

## 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 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 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

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §72 Abs2

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 und 7

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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 72 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 72 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* und die Mitglieder \*\*\* über den Antrag der \*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*, vertreten durch ECKERT.NITTMANN Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Trockenbaus in der Krankenanstalt Rudolfstiftung (KAR), Juchgasse 22- 2H3900, durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Generaldirektion - Geschäftsbereich Technik, Thomas Klestil Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE BPL Juchgasse, Arbeitsgemeinschaft Bauprojektleitung Krankenanstalt Rudolfstiftung Juchgasse, Werner Consult ZT & Delta Projektconsult GmbH, Marokkanergasse 16, 1030 Wien, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins  
Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.03.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2  
Die einstweilige Verfügung vom 26.03.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 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, 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 1, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 69, 70, 72 Abs. 2, 75 Abs. 6, 129 Abs. 1 Z 2 und 7 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 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 eins, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 69, 70, 72, Absatz 2, 75, Absatz 6, 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG 2006.

### Begründung

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE BPL Juchgasse (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten im Zuge der Sanierung der Krankenanstalt

Rudolfstiftung. Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt.

Mit Schreiben vom 15.3.2013, das der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen ist, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß den §§ 126 Abs. 3 iVm 129 Abs. 1 Z 1 und 7 BVergG 2006 auszuschneiden. Als Begründung wurde darin angeführt, der Antragstellerin mangle es an der technischen Leistungsfähigkeit, das Angebot wäre unvollständig, die Antragstellerin hätte Auskünfte nicht erteilt. Mit Schreiben vom 15.3.2013, das der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen ist, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß den Paragraphen 126, Absatz 3, in Verbindung mit 129 Absatz eins, Ziffer eins und 7 BVergG 2006 auszuschneiden. Als Begründung wurde darin angeführt, der Antragstellerin mangle es an der technischen Leistungsfähigkeit, das Angebot wäre unvollständig, die Antragstellerin hätte Auskünfte nicht erteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.3.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass keiner der von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründe vorliegen würde. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erscheine in mehrfacher Hinsicht willkürlich, nicht gesetzeskonform und die Entscheidung daher mit Nichtigkeit behaftet. In der Ausschreibung sei ein offenkundiger Fehler enthalten, der nunmehr zum Nachteil der Antragstellerin ausgelegt werde. Die beabsichtigte Ausscheidung des Angebotes wegen nicht fristgerechter Bekanntgabe einer angeblichen echten Bieterlücke stelle Willkür dar. Nach Punkt 2.3.1 der Ausschreibungsunterlagen haben die Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die Personalausstattung für die Jahre 2009, 2010 und 2011 nachzuweisen. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit entsprechende Mitarbeiterzahlen genannt. Über Aufforderung der Antragsgegnerin, mit entsprechenden Nachweisen aufzuklären, in wie weit die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mitarbeiterzahlen erreicht würden, da die von der Antragstellerin gemachten Bieterangaben nicht den Angaben im ANKÖ-Register entsprächen, habe die Antragstellerin zunächst darauf hingewiesen, dass von ihr überwiegend Werkunternehmer beschäftigt worden seien, die im ANKÖ naturgemäß nicht aufschienen. Sie habe der vergebenden Stelle einen Musterwerkvertrag übermittelt und angeboten, die erforderliche Anzahl von Werkvertragsnehmern mit einer Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten, falls gefordert, nachzuweisen. Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Übermittlung der Werkverträge verlangt, was am 22.02.2013 erfolgt sei. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin die geforderten 45 Werkverträge samt dazugehörigen A1- Bestätigungen unter Übermittlung einer nummerierten Gesamtaufstellung der Werkverträge geordnet, jedenfalls geheftet und nach Namen sortiert, übermittelt. Aus den von der Antragstellerin vorgelegten A1-Bestätigungen je Werkvertragsunternehmer gehe hervor, dass diese jeweils für einen Zeitraum von zumindest einem Kalenderjahr für die Antragstellerin tätig waren. Weiters ergebe sich schon aus der von der Antragsgegnerin zitierten Mitteilung der Antragstellerin, dass diese Werkunternehmer jeweils zumindest sechs Monate für die Antragstellerin tätig waren (mit einer Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten) und dies der Antragsgegnerin von der Antragstellerin auch mitgeteilt worden wäre. Die Antragstellerin wegen mangelnden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit ausscheiden zu wollen, sei daher "willkürlich, nicht gesetzeskonform und daher mit Nichtigkeit behaftet". Soweit die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin mit Nichterteilung von Auskünften, nämlich Nichtvorlage einer Strafregisterauskunft ihres Geschäftsführers begründet werde, sei dies ebenfalls nicht berechtigt. Über Aufforderung der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin einen entsprechenden österreichischen Strafregisterauszug vorgelegt. Dass im Strafregisterauszug seitens der ausstellenden Behörde auf die Einholung einer ungarischen Strafregisterauskunft hingewiesen werde, sei nicht als Mitteilung der Antragstellerin zu werten und dieser daher nicht zuzurechnen. Die Antragstellerin sei jedenfalls nicht aufgefordert worden, einen ungarischen Strafregisterauszug ihres Geschäftsführers vorzulegen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.3.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass keiner der von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründe vorliegen würde. Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin erscheine in mehrfacher Hinsicht willkürlich, nicht gesetzeskonform und die Entscheidung daher mit Nichtigkeit behaftet. In der Ausschreibung sei ein offenkundiger Fehler enthalten, der nunmehr zum Nachteil der Antragstellerin ausgelegt werde.

Die beabsichtigte Ausscheidung des Angebotes wegen nicht fristgerechter Bekanntgabe einer angeblichen echten Bieterlücke stelle Willkür dar. Nach Punkt 2.3.1 der Ausschreibungsunterlagen haben die Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die Personalausstattung für die Jahre 2009, 2010 und 2011 nachzuweisen. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit entsprechende Mitarbeiterzahlen genannt. Über Aufforderung der Antragsgegnerin, mit entsprechenden Nachweisen aufzuklären, in wie weit die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Mitarbeiterzahlen erreicht würden, da die von der Antragstellerin gemachten Bieterangaben nicht den Angaben im ANKÖ-Register entsprächen, habe die Antragstellerin zunächst darauf hingewiesen, dass von ihr überwiegend Werkunternehmer beschäftigt worden seien, die im ANKÖ naturgemäß nicht aufschienen. Sie habe der vergebenden Stelle einen Musterwerkvertrag übermittelt und angeboten, die erforderliche Anzahl von Werkvertragsnehmern mit einer Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten, falls gefordert, nachzuweisen. Die Antragsgegnerin habe daraufhin die Übermittlung der Werkverträge verlangt, was am 22.02.2013 erfolgt sei. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin die geforderten 45 Werkverträge samt dazugehörigen A1- Bestätigungen unter Übermittlung einer nummerierten Gesamtaufstellung der Werkverträge geordnet, jedenfalls geheftet und nach Namen sortiert, übermittelt. Aus den von der Antragstellerin vorgelegten A1- Bestätigungen je Werkvertragsunternehmer gehe hervor, dass diese jeweils für einen Zeitraum von zumindest einem Kalenderjahr für die Antragstellerin tätig waren. Weiters ergebe sich schon aus der von der Antragsgegnerin zitierten Mitteilung der Antragstellerin, dass diese Werkunternehmer jeweils zumindest sechs Monate für die Antragstellerin tätig waren (mit einer Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten) und dies der Antragsgegnerin von der Antragstellerin auch mitgeteilt worden wäre. Die Antragstellerin wegen mangelnden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit ausscheiden zu wollen, sei daher "willkürlich, nicht gesetzeskonform und daher mit Nichtigkeit behaftet". Soweit die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin mit Nichterteilung von Auskünften, nämlich Nichtvorlage einer Strafregistrauskunft ihres Geschäftsführers begründet werde, sei dies ebenfalls nicht berechtigt. Über Aufforderung der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin einen entsprechenden österreichischen Strafregistrauszug vorgelegt. Dass im Strafregistrauszug seitens der ausstellenden Behörde auf die Einholung einer ungarischen Strafregistrauskunft hingewiesen werde, sei nicht als Mitteilung der Antragstellerin zu werten und dieser daher nicht zuzurechnen. Die Antragstellerin sei jedenfalls nicht aufgefordert worden, einen ungarischen Strafregistrauszug ihres Geschäftsführers vorzulegen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und sei auch zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und in der Lage. Sollte die angefochtene Entscheidung doch nicht für nichtig erklärt werden, drohe ihr nicht nur der Entgang eines knapp bemessenen Gewinns, sondern auch der Verlust entsprechender Deckungsbeiträge und auch der frustrierten Kosten der Angebotslegung sowie der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Letztlich würde sie ein für sie wichtiges Referenzprojekt verlieren.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Bietergleichbehandlung, auf vergaberechtskonforme Entscheidung über das Ausscheiden von Bietern sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Die Antragstellerin sei aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung an zweiter Stelle gereiht. Aufgrund der im Zuge der Angebotseröffnung erteilten Informationen sei jedoch davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht zu berücksichtigen wäre, weshalb die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müsste.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.03.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 02.04.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die Antragstellerin sei im Zuge der Angebotsprüfung mehrfach zu Nachreichungen aufgefordert worden. Die Antragstellerin hätte nach den Ausschreibungsbedingungen nachzuweisen gehabt, dass sie in den letzten drei Jahren (2009, 2010, 2011) im Mittel- dh. in jedem Jahr - mindestens 45 Mitarbeiter insgesamt und mindestens 40 Mitarbeiter mit speziellem Know-How und Erfahrung im Bereich Trockenbauarbeiten beschäftigt habe. Im Wege der Eigenerklärung habe die Antragstellerin zunächst ausreichende Angaben über ihre Personalausstattung gemacht. Diese Angaben im Angebot seien von der Antragsgegnerin durch Abfrage im ANKÖ-Register überprüft worden. Das Ergebnis habe gezeigt, dass die von der Antragstellerin angegebenen Mitarbeiterzahlen unrichtig wären.

Daraufhin sei die Antragstellerin zum Nachweis der Mitarbeiterzahlen zweimal aufgefordert worden. Im Zuge dieser Aufklärungen habe die Antragstellerin 45 Werkverträge über die Beschäftigung von Werkunternehmern vorgelegt. Aus diesen vorgelegten Werkverträgen habe sich jedoch die Beschäftigungsdauer nicht ergeben, überdies stammten diese auch ausschließlich aus den Jahren 2011 und 2012, kein einziger der vorgelegten Werkverträge stamme aus dem Jahr 2010. Damit sei es der Antragstellerin nicht gelungen, ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen, was einen Ausscheidungsgrund bilde. Die Antragstellerin habe es unterlassen, in ihrem Angebot in der in Position 39.29.50D vorgesehenen, auszufüllenden Bieterlücke entsprechende Angaben zu machen. Die Antragstellerin sei daher zur Vorlage des Bieterlückenprotokolls aufgefordert worden. Im nachgereichten Bieterlückenprotokoll sei eine ausgefüllte Position 39.29.50D aufgeschienen. Damit habe die Antragstellerin unzulässiger Weise nachträglich konkrete Produkte namhaft gemacht und "einen ursprünglichen unbehebbarer Mangel in ihrem Angebot (in unzulässiger Weise) zu beheben versucht". Auch dies bilde einen Ausscheidungsgrund.

Die Antragstellerin habe ihrem Angebot keine Strafregistrauskunft ihres Geschäftsführers beigelegt. Über Aufforderung habe die Antragstellerin einen österreichischen Strafregistrauszug vorgelegt, obwohl es sich beim Geschäftsführer um einen ungarischen Staatsangehörigen handle. Der Geschäftsführer der Antragstellerin sei nicht nur ungarischer Staatsangehöriger, sondern habe er auch offensichtlich seinen Hauptwohnsitz in Ungarn. Ein ungarischer Strafregistrauszug sei nicht vorgelegt worden.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise 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, die jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 16.05.2013 ausgegangen. Danach wird folgender, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Trockenbauarbeiten im Zuge der Sanierung der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Ihr Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Trockenbauarbeiten im Zuge der Sanierung der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Ihr Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Nach Punkt 2.3 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit wie folgt nachzuweisen:

#### "2.3 Technische Leistungsfähigkeit

Die technische Leistungsfähigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind folgende Informationen und Unterlagen vorzulegen:

##### 2.3.1 Personalausstattung

Es ist gemäß Beilage 1 der Nachweis des

- -Strichaufzählung  
jährlichen Mittels der Mitarbeiter im allgemeinen sowie
- -Strichaufzählung

Der Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrungen in den unter Punkt 1.5 beschriebenen Leistungen;

in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer, freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 6 Monaten.

Als Mindeststandard wird festgelegt, dass der Bieter Nachweis über

- -Strichaufzählung  
mindestens 45 Mitarbeiter insgesamt und
- -Strichaufzählung  
mindestens 40 Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Punkt 1.5 beschriebenen Leistungen

im oben genannten Zeitraum erbringen muss."

Dazu hat die Antragstellerin die Beilage 1 hinsichtlich der Mitarbeiter gesamt (mindestens 45) für 2009 mit 95, 2010 mit 100 und 2011 mit 110 ausgefüllt. Die Spalte "Mitarbeiter mit Erfahrung im Bereich Trockenbauarbeiten" (mindestens 40) wurden von ihr als jährliches Mittel für 2009 mit 95, 2010 mit 100 und 2011 mit 110 angegeben.

Diese Angaben in der Beilage 1 wurden von der Antragsgegnerin durch Nachfrage beim ANKÖ überprüft. Vom ANKÖ wurden für 2008 14 Mitarbeiter (12 VZ, 1 TZ, 1 GB), für 2009 13 Mitarbeiter (11 VZ, 1 TZ) und für 2010 11 Mitarbeiter (VZ) mitgeteilt. Im Hinblick auf diese Auskunft des ANKÖ hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.02.2013 die Antragstellerin aufgefordert, bis 18.02.2013 "mittels geeigneten Nachweisen aufzuklären, inwiefern die gemäß Punkt 2.3.1 des Leistungsverzeichnisses (Personalausstattung) geforderten Mitarbeiteranzahlen erreicht werden".

Unter einem wurde die Antragstellerin aufgefordert, eine Strafregistrauskunft ihres Geschäftsführers nachzureichen.

Mit E-Mail vom 15.02.2013 hat die Antragstellerin zunächst die gültige Strafregistrauskunft betreffend ihren Geschäftsführer nachgereicht und zur Personalausstattung ausgeführt:

"Gemäß Ausschreibungsunterlagen gelten auch als Mitarbeiter Werkvertragnehmer, welche im ANKÖ naturgemäß nicht aufscheinen. Die dem Anbot beigelegten Referenzbaustellen wurden ebenfalls mit Werkvertragnehmern durchgeführt. In der Anlage übersenden wir Ihnen musterhaft einen Werkvertrag. Es ist uns jederzeit möglich die erforderliche Anzahl von Werkvertragnehmern (mit mindest Vertragslaufzeit von 6 Monaten), falls gefordert, nachzuweisen. Aufgrund der damit verbundenen erheblichen Datenmenge würden wir diese dann per Boten übermitteln."

Darauf hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.02.2013 zur technischen Leistungsfähigkeit geantwortet:

"Die Bieterin hat mittels geeigneten Nachweisen aufzuklären, inwiefern die gemäß Punkt 2.3.1 Personalausstattung geforderten Mindestmitarbeiterzahlen im Ausmaß von 45 Mitarbeitern insgesamt/ 40 Mitarbeitern mit Know-How und Erfahrung im ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbereich erreicht werden. Die entsprechenden Unterlagen (Werkverträge) sind daher in übersichtlicher Form an die prüfenden Stelle zu übermitteln. Weiters wäre für die jeweiligen Werkvertragsunternehmer der Nachweis der Erfüllung der jeweiligen abgabenrechtlichen Verpflichtungen in ähnlich übersichtlicher Form vorzulegen.

Hinweis:

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss beim offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss beim offenen Verfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Die Bieterin hat im Zuge der Angebotslegung gemäß § 70 Abs 2 BVergG 2006 eine Eigenerklärung vorgelegt. Gemäß § 70 Abs. 3 1. Satz BVergG 2006 kann der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bieten verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Die Bieterin hat im Zuge der Angebotslegung gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 eine Eigenerklärung vorgelegt. Gemäß Paragraph 70, Absatz 3, 1. Satz BVergG 2006 kann der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bieten verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist.

Wir ersuchen um Nachreichung der fehlenden Unterlagen bzw. Aufklärungen per Mail bis spätestens Freitag, den 22.02.2013 um 12:00 Uhr (einlangend).

Es wird darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber gemäß § 129 Abs 2 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für

die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden kann, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben."Es wird darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden kann, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben."

Darauf hat die Antragstellerin geantwortet, dass 45 Werkverträge fristgerecht per Boten übermittelt werden. Beigefügt war: "Bei den Werkvertragnehmern handelt es sich um EU-Bürger mit freiem Zugang zum innergemeinschaftlichen Arbeitsmarkt. Als Nachweis für die Entrichtung der Sozialabgaben im Heimatland liegen die gültigen A1 bei." Auf dieses Mail vom 21.02.2013 hat die Antragsgegnerin unmittelbar

geantwortet und ersucht "Zur Vereinfachung der Prüfung ... um Bereitstellung der

Werkverträge zusätzlich auf einem Datenträger bzw. um Übermittlung einer Gesamtübersicht hinsichtlich der jeweiligen Laufzeiten der Werkverträge".

Diesem Ersuchen hat die Antragstellerin nicht entsprochen, sondern die 45 Werkverträge bloß in Papierform übermittelt.

Den Werkverträgen sind keine konkreten Angaben zur jeweiligen Vertragsdauer der Beschäftigungsverhältnisse zu entnehmen. Zusatzerklärungen zu den Werkverträgen sind in polnischer Sprache gehalten, insbesondere die A1-Bestätigungen. Die Werkverträge selbst sind in deutscher Sprache abgefasst, sie tragen zwar das Datum des Vertragsabschlusses, die Vertragsdauer ist ihnen jedoch nicht zu entnehmen, da

gemäß Punkt 9 der Verträge "die Dauer des gegenständlichen Werkvertrages ... sich

grundsätzlich nach den Terminvorgaben des Generalunternehmers/Bauherrn gemäß den Ausführungsfristen in Punkt 2" bestimmt. Der Vertrag endet "jedenfalls mit der Fertigstellung des vereinbarten Werkes, spätestens jedoch mit der Abnahme des Werkes durch den Generalunternehmer/Bauherrn".

Erklärungen oder Beilagen zu den Werkverträgen, aus denen sich die Terminvorgaben des Auftraggebers ergeben würden, bzw. Angaben über die Dauer der Leistungserbringung, sind diesen Werkverträgen jedenfalls nicht zu entnehmen.

Mit dem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin eine Aufstellung der von ihr beschäftigten Werkvertragsnehmer, insgesamt 51 Personen, vorgelegt. Dabei ist auch nach Monaten und Jahren die Dauer ihrer Beschäftigung ausgeworfen. In dieser Aufstellung ist kein Werkvertragsnehmer angeführt, der von der Antragstellerin im Jahr 2009 beschäftigt worden wäre. Nur 7 Werkvertragsnehmer wurden im Zeitraum 2010 bis 2012 beschäftigt, der Rest ab 2011 bis teilweise 2013.

Aus den von der Antragstellerin vorgelegten A1-Formularen wird der darin genannten Person bestätigt, dass sie für den darin angeführten Zeitraum für ein bestimmtes Unternehmen Leistungen erbringen kann. Dieses Formular sagt jedoch nichts darüber aus, ob die betreffende Person während dieses Zeitraums durchgehend Leistungen auch tatsächlich erbracht hat oder erbringen wird.

Die Antragstellerin hat mit ihrem einleitenden Schriftsatz ein Konvolut von Buchhaltungsunterlagen betreffend einzelner von ihr beschäftigter Werkunternehmer vorgelegt, zum Nachweis dafür, dass sie in den dort genannten Zeiträumen Leistungen erbracht haben. Eine Durchsicht dieses Konvolutes ergibt, dass die Beschäftigung von einem Werkvertragsnehmer für das Jahr 2009 ersichtlich ist, für 2010 von 10 Werkvertragsnehmern, alle anderen wurden nach diesen Unterlagen 2011 und 2012 beschäftigt.

Gemäß der Ausschreibung waren mit dem Angebot lediglich eine von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellte DTN-Datei sowie ein Leistungsverzeichniskurztext abzugeben. Beide waren vorgegeben, wobei nicht vorgesehen war, die für die Position 39.29.50D "Fensterkonstruktionen zwischen Bad und KRA" vorgesehenen Produkte anzugeben. Nach der Aktenlage hat keiner der Mitbewerber diese Position ausgefüllt. Nach Aufforderung durch die vergebende Stelle mit E-Mail vom 13.02.2013 haben die Bieter die Angaben zur Bieterlücke der Position 39.29.50D nachgereicht.

Gemäß Punkt 2.4.1 - Allgemeine berufliche Zuverlässigkeit - hatten bei juristischen Personen, Personengesellschaften des Handelsrechtes, bei eingetragenen Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften die in der Geschäftsführung tätigen physischen Personen ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit unter anderem durch

Vorlage eines Auszuges aus dem Strafregister des Herkunftslandes nachzuweisen. Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot keine Strafregisterauskunft ihres Geschäftsführers vorgelegt hat, wurde sie mit Schreiben vom 12.02.2013 dazu aufgefordert. Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin durch Vorlage einer österreichischen Strafregisterbescheinigung nachgekommen. Im Hinblick darauf, dass es sich bei dem Geschäftsführer der Antragstellerin um einen ungarischen Staatsbürger handelt, trägt diese Strafregisterbescheinigung wegen der Staatsangehörigkeit des Geschäftsführers der Antragstellerin den Hinweis, dass aus Anlass seines Antrages auf Ausstellung einer Strafregisterbescheinigung eine Auskunft aus dem Strafregister des Herkunftsstaates von der Landespolizeidirektion Wien eingeholt werden wird. "Diese wird ihnen vom Strafregisteramt der Landespolizeidirektion Wien gesondert übermittelt". Dem Geschäftsführer der Antragstellerin wurde jedoch ein Schreiben der Landespolizeidirektion Wien vom 15.02.2013 an seinen Wohnort in Budapest übermittelt, worin er darauf hingewiesen wurde, dass "nach derzeit geübter Verwaltungspraxis, basierend auf der nationalrechtlichen Situation ihres Herkunftslandes, eine Auskunft aus

dem nationalen Strafregister ... generell nicht erteilt wird. Sollten Sie eine Auskunft

aus dem nationalen Strafregister ihres Herkunftsstaates benötigen, wenden sie sich bitte an ihre Vertretungsbehörde in Österreich". Dieses Schreiben wurde der Antragsgegnerin nicht vorgelegt, es war auch nicht Anlass für die Antragstellerin, eine Strafregisterauskunft aus dem Heimatstaat ihres Geschäftsführers beizuschaffen.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 15.03.2013 ist am gleichen Tage der Antragstellerin im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag, diese Entscheidung für nichtig zu erklären, ist am 21.03.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Ausscheidungsentscheidung vom 15.03.2013 ist am gleichen Tage der Antragstellerin im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag, diese Entscheidung für nichtig zu erklären, ist am 21.03.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Antragstellung sowie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 18 WVRG 2007 ist nachgewiesen. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Antragstellung sowie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 18, WVRG 2007 ist nachgewiesen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund des unbedenklichen Inhaltes der Vergabeakten sowie des eingangs wiedergegebenen, teils übereinstimmenden Vorbringens der Parteien. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass zur Personalausstattung von der Antragstellerin die entsprechenden Nachweise - trotz mehrfacher Aufforderung durch die Antragsgegnerin - für die Jahre 2009 und 2010 nicht erbracht wurden. Dies wurde von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung auch zugestanden, wenn sie in diesem Zusammenhang auch erklärte, aus der Aufforderung von der Antragsgegnerin würde nicht hervorgehen, dass die Beschäftigungsdauer für jeweils sechs Monate in jedem einzelnen Jahr nachzuweisen ist (Protokoll Seite 3). Der Senat hält diese Ausführungen für unbeachtlich, zumal die Antragstellerin mit dem Ausfüllen der Beilage 1, die sie mit ihrem Angebot abgegeben hat, zu erkennen gibt, dass sie sehr wohl die Anforderungen an die Personalausstattung richtig verstanden hat. Ebenso war nicht zuletzt auf Grund des Vorbringens der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung als erwiesen anzunehmen, dass eine Aufstellung der Werkvertragsnehmer von ihr erst mit dem einleitenden Schriftsatz vorgelegt wurde. Auch wurden die von ihr als Konvolut vorgelegten Auszüge aus der Buchhaltung erst aus Anlass des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt, eine Überprüfung der Beschäftigungsdauer als Werkvertragsnehmer der darin genannten Personen war daher der Antragsgegnerin im Zuge der Prüfung des Angebotes nicht möglich. Die Feststellungen betreffend die Bieterlücke gründen sich auf die unbedenklichen und eindeutigen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Aus den Vergabeakten war auch festzustellen, dass die Antragstellerin der Aufforderung zur Vorlage eines Strafregisterauszuges betreffend ihren Geschäftsführer rechtzeitig nachgekommen ist. Ebenso war aber auch aus den Vergabeakten festzustellen, dass die Antragsgegnerin, nachdem sie offenbar kannte, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin einen Wohnsitz in Österreich nicht hat, ihn nicht aufgefordert hat, eine Strafregisterauskunft seines Heimatstaates vorzulegen.

In seiner rechtlichen Beurteilung 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. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten im Zuge der Sanierung der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Am Vergabeverfahren hat sich auch die Antragstellerin neben anderen Bietern beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 31.01.2013 wurde ihr Angebot als preislich an zweiter 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 im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten im Zuge der Sanierung der Krankenanstalt Rudolfstiftung. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Am Vergabeverfahren hat sich auch die Antragstellerin neben anderen Bietern beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 31.01.2013 wurde ihr Angebot als preislich an zweiter 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.

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 ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragte einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 15.03.2013 im Faxwege zugegangen. Ihr am 21.03.2013 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 ist ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragte einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 15.03.2013 im Faxwege zugegangen. Ihr am 21.03.2013 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

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

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass es der Antragstellerin trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin nicht gelungen ist, die in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt 2.3.1 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geforderte Personalausstattung nachzuweisen. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung war die jeweilige Beschäftigungsdauer für jeweils sechs Monate in jedem einzelnen der Jahre 2009, 2010 und 2011 nachzuweisen. Diese Festlegungen sind eindeutig, sodass eine Auslegung, wie von der Antragstellerin gewünscht, nicht geteilt werden kann. Dass die Antragstellerin selbst diese Festlegungen richtig verstanden hat, ergibt sich nicht zuletzt aus der von ihr ausgefüllten Beilage 1.

Nach § 69 Z 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach § 70 Abs. 2 BVergG 2006 können Bieter ihre Befugnis,

Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen. Über Aufforderung des Auftraggebers sind sie jedoch verpflichtet, unverzüglich die Nachweise beizubringen. Nach Paragraph 69, Ziffer eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit eines Bieters beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 können Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen. Über Aufforderung des Auftraggebers sind sie jedoch verpflichtet, unverzüglich die Nachweise beizubringen.

Die Antragstellerin hat hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit (Personalausstattung) eine Eigenerklärung im Sinne des § 70 Abs. 2 BVergG 2006 abgegeben. Da die von ihr in Beilage 1 angegebenen Mitarbeiterzahlen nicht mit den Angaben im ANKÖ übereingestimmt haben, wurde die Antragstellerin zutreffend zur Vorlage der Nachweise aufgefordert. Daraufhin hat die Antragstellerin Werkverträge vorgelegt, die jedoch die in der Eigenerklärung gemachten Angaben nur teilweise belegen. Eine konkrete Vertragsdauer ist in den Werkverträgen nicht definiert, nur ein Arbeitsbeginn. Die Vertragsdauer richtet sich grundsätzlich nach Terminvorgaben des Generalunternehmers/Bauherrn, die jedoch aus den vorgelegten Nachweisen nicht ableitbar sind. Dazu kommt, dass Werkverträge für das Jahr 2009 nicht vorgelegt wurden. Dass ein nicht fristgerechtes Beibringen von bedungenen (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Punkt 2.3 Technische Leistungsfähigkeit/Mindeststandard Personalausstattung) und geforderten Nachweisen zum Ausscheiden des Angebotes führen muss, hat die Antragsgegnerin in ihren Nachforderungsschreiben jeweils ausdrücklich angeführt. Die von der Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgenommenen Ergänzungen ihrer Unterlagen und Angaben hätten bereits im Zuge der Angebotsprüfung erfolgen müssen. Wenn daher die Antragsgegnerin zum Ergebnis gekommen ist, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, ihre technische Leistungsfähigkeit entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachzuweisen, ist dies nachvollziehbar und transparent dokumentiert. Die von ihr unter Hinweis auf § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 getroffene Ausscheidungsentscheidung erweist sich damit als vergaberechtskonform. Die Antragstellerin hat hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit (Personalausstattung) eine Eigenerklärung im Sinne des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 abgegeben. Da die von ihr in Beilage 1 angegebenen Mitarbeiterzahlen nicht mit den Angaben im ANKÖ übereingestimmt haben, wurde die Antragstellerin zutreffend zur Vorlage der Nachweise aufgefordert. Daraufhin hat die Antragstellerin Werkverträge vorgelegt, die jedoch die in der Eigenerklärung gemachten Angaben nur teilweise belegen. Eine konkrete Vertragsdauer ist in den Werkverträgen nicht definiert, nur ein Arbeitsbeginn. Die Vertragsdauer richtet sich grundsätzlich nach Terminvorgaben des Generalunternehmers/Bauherrn, die jedoch aus den vorgelegten Nachweisen nicht ableitbar sind. Dazu kommt, dass Werkverträge für das Jahr 2009 nicht vorgelegt wurden. Dass ein nicht fristgerechtes Beibringen von bedungenen (Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Punkt 2.3 Technische Leistungsfähigkeit/Mindeststandard Personalausstattung) und geforderten Nachweisen zum Ausscheiden des Angebotes führen muss, hat die Antragsgegnerin in ihren Nachforderungsschreiben jeweils ausdrücklich angeführt. Die von der Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgenommenen Ergänzungen ihrer Unterlagen und Angaben hätten bereits im Zuge der Angebotsprüfung erfolgen müssen. Wenn daher die Antragsgegnerin zum Ergebnis gekommen ist, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, ihre technische Leistungsfähigkeit entsprechend den Ausschreibungsbedingungen nachzuweisen, ist dies nachvollziehbar und transparent dokumentiert. Die von ihr unter Hinweis auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 getroffene Ausscheidungsentscheidung erweist sich damit als vergaberechtskonform.

Obwohl dieser Ausscheidungsgrund bereits ausreicht, den Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen, sei bemerkt, dass die beiden anderen, von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe, nämlich die Unvollständigkeit des Angebotes und die Nichterfüllung der Auskunftspflicht nach Ansicht des Senates nicht vorliegen. Bei der Bieterlücke Position 39.29.50D Fensterkonstruktion zwischen Bad und KRA handelt es sich um eine "echte" Bieterlücke. Die Antragstellerin (und die anderen Bieter) wurde(n) von der vergebenden Stelle mit E-Mail vom 13.02.2013 (betreffend Bieterlückenprotokoll) bzw. E-Mail vom 18.02.2013 (betreffend Pos. 39.25.16 Alu-Paneldecke und Pos 39.29.50D Fensterkonstruktion Bad-KRA) aufgefordert, entsprechende Angaben nachzuliefern, was auch fristgerecht erfolgte. Aus diesem Grund erscheint ein Ausscheiden des Angebotes tatsächlich nicht nachvollziehbar, zumal auch den übrigen Bietern, die ebenfalls diese Bieterlücke nicht ausgefüllt hatten (siehe Prüfprotokoll Punkt 3: nicht ausgefüllte Bieterlücken) diese Möglichkeit eingeräumt wurde. Soweit die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Nichterfüllung der Auskunftspflicht vorwirft, teilt der Senat den Standpunkt der Antragstellerin, wonach sie über Aufforderung der Antragsgegnerin ohnedies einen österreichischen Strafregistrauszug vorgelegt hat. Dass bei diesem

Strafregistrauszug seitens der ausstellenden Behörde auf die Einholung eines ungarischen Strafregistrauszugs hingewiesen wird, kann nicht der Antragstellerin zugerechnet werden. Wenn nun die Antragsgegnerin unter Hinweis darauf, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin seinen ständigen Wohnsitz in Ungarn hat, geltend macht, es wäre ein ungarischer Strafregistrauszug vorzulegen gewesen, und dessen Nichtvorlage als Ausscheidungsgrund anführt, ist sie darauf zu verweisen, dass sie diesen Umstand, der letztlich aus ihrer Sicht zum Ausscheiden führen würde, der Antragstellerin hätte konkret vorhalten müssen und ihr eine entsprechende Nachfrist zur Beibringung des ungarischen Strafregistrauszuges hätte setzen müssen.

Aus all diesen Gründen war daher wie aus dem Spruch ersichtlich zu entscheiden. Soweit die Antragstellerin ihren Antrag auf Akteneinsicht, "vor allem in das Angebot der \*\*\*" aufrecht erhalten hat (Protokoll Seite 9), ist sie darauf zu verwiesen, dass ein berechtigtes Interesse im Sinne der Bestimmung des § 17 AVG 1991 nicht erblickt werden kann, zumal die Antragstellerin zurecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde. Aus all diesen Gründen war daher wie aus dem Spruch ersichtlich zu entscheiden. Soweit die Antragstellerin ihren Antrag auf Akteneinsicht, "vor allem in das Angebot der \*\*\*" aufrecht erhalten hat (Protokoll Seite 9), ist sie darauf zu verwiesen, dass ein berechtigtes Interesse im Sinne der Bestimmung des Paragraph 17, AVG 1991 nicht erblickt werden kann, zumal die Antragstellerin zurecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 26.03.2013 gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 26.03.2013 gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten 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**

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Fehlender Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit;

#### **Zuletzt aktualisiert am**

31.10.2013

**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](http://www.jusline.at)