

TE Verg Bescheid 2013/3/21 VKS-58852/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.03.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §69 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 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 § 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 *** GmbH & Co KG, ***, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Bauauftrages "5410 Trockenbau; Krankenhaus Nord; 1210 Wien Brünnerstraße 68" durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN, Grinzinger Allee 3, 1190 Wien, diese vertreten durch WOLF THEISS 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 10.01.2013 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 24.01.2013 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. 2, 18, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 19 Abs. 1, 69 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 28, 29, Absatz 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 69, Absatz eins, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 15.10.2012, 10:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich 4 Unternehmen am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht.

Mit E-Mail vom 10.01.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.01.2013 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 21.01.2013 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, dass die Angebote der beiden vor ihr liegenden Bieter bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin auszuschneiden gewesen wären. Sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die an zweiter Stelle gereichte Bietergemeinschaft würde nicht über die nach den Ausschreibungsunterlagen verlangten "Tür-Referenzen" verfügen. Trotz Aufforderung der zweitgereichten Bietergemeinschaft habe die Antragsgegnerin es unterlassen, ein Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu verlesen. Die Antragsgegnerin habe im Zuge der Angebotsöffnung vielmehr erklärt, "dass eine Prüfung im Zuge der Angebotsprüfung stattfinden werde". Die Antragstellerin vermutet daher, dass dieses Begleitschreiben einen Ausscheidungsgrund enthalten würde. Ein weiterer verfahrensrechtlicher, jedoch nicht behebbarer Mangel liege zwischen den Ergebnissen der Angebotsöffnung und der Formulierung der Zuschlagsentscheidung vor. Bei der Angebotsöffnung sei als Bieterin eine "Franz Böhm GmbH" genannt worden, in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei eine "Stadtbaumeister Architekt Franz Böhm GmbH" angeführt. Nach der Zuschlagsentscheidung sei nicht klar, welchen Unternehmen der Zuschlag erteilt werden soll, zumal im Firmenbuch mehrere Unternehmen mit ähnlicher Bezeichnung aufschienen. Da sowohl das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der Bietergemeinschaft auszuschneiden sei, müsste die Antragstellerin sodann mit ihrem an dritter Stelle liegenden Angebot den Zuschlag erhalten.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines und auch Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verletzt. Weiters fühle sie sich in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung (einschließlich Widerrufs) des Vergabeverfahrens, eines fairen, transparenten und lauten Wettbewerbes und der Nichtdiskriminierung sowie des Rechtes auf Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt. Durch die Verletzung ihres Rechtes auf Vornahme einer rechtskonformen und auch gesetzeskonform ausgeführten Zuschlagsentscheidung, unter Heranziehung lediglich nicht auszuschneidender Angebote, sei die Antragstellerin auch in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird. Dazu käme auch der Verlust eines signifikanten Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.01.2013 antragsgemäß erlassen. Dazu kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses den Parteien zugänglichen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.01.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin (im Folgenden Teilnahmberechtigte genannt) als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie verfüge selbstverständlich über die geforderten Referenzen, die sie auch entsprechend nachgewiesen habe. Das bei der Angebotsöffnung nicht verlesene Begleitschreiben enthalte keinerlei "Ungereimtheiten" oder "Überprüfungswürdiges". Auch der von der Antragstellerin gerügte Mangel der Zuschlagsentscheidung liege nicht vor, weil sie eine zwischenzeitlich erfolgte, bloße Namensänderung der Teilnahmberechtigten anführe. Dies ändere jedoch nichts an der Eindeutigkeit, welches Unternehmen das Angebot gelegt habe und damit von der Zuschlagsentscheidung gemeint sei. Dass der Firmenwortlaut der Teilnahmberechtigten in verkürzter Form bei der Angebotsöffnung verlesen wurde, ändere ebenso nichts an der Rechtsperson der Teilnahmberechtigten und deren Eindeutigkeit als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 30.01.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und vorgebracht, der Antragstellerin fehle es an der Antragslegitimation, da deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

Sie macht zunächst geltend, die Antragstellerin habe ihre technische Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen, zumal die von ihr genannten Referenzen nicht ausreichend gewesen wären. Überdies habe die Antragstellerin keine K 7 - Blätter vorgelegt, die sie nach den Ausschreibungsbedingungen zu den als wesentlich gekennzeichneten Positionen vorzulegen gehabt hätte. In der Sache selbst bringt die Antragsgegnerin vor, die Teilnahmberechtigte habe die erforderlichen Referenzen, insbesondere Tür-Referenzen nachgewiesen. Ungereimtheiten beim Angebot der Teilnahmberechtigten seien nicht gegeben. Soweit die Antragstellerin behaupte, aufgrund einer Abweichung zwischen verlesenem Angebot und Zuschlagsentscheidung sei das Angebot der Teilnahmberechtigten nicht zuschlagsfähig, sei dies unrichtig. Der Bieter sei durch die Namensnennung (samt Gesellschaftszusatz) und

Geschäftsanschrift jedenfalls bereits bei der Angebotsverlesung eindeutig identifiziert gewesen. Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin habe korrekt auf die bei der Angebotsöffnung verlesene Bieterin gelaute. Eine Manipulationsmöglichkeit des Ergebnisses sei damit nicht gegeben gewesen.

In dem zu VKS - 59244/13 protokollierten Nachprüfungsverfahren hat die zweitgereichte Bieterin ebenfalls die im gegenständlichen Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsentscheidung vom 10.1.2013, angefochten. In diesem Verfahren wurde mit Bescheid vom 28.2.2013 der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen, weil - über Einwendung der Antragsgegnerin - festgestellt wurde, dass das Angebot der Antragstellerin wegen mangelnder Befugnisse auszuschneiden gewesen wäre, womit ihr im genannten Verfahren die Antragslegitimation gefehlt hat.

In Kenntnis dieser Entscheidung und der ihr zugrunde liegenden, im Anschluss an die Verkündung des Bescheides ergangenen mündlichen Begründung, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19.3.2013 im Wesentlichen vorgebracht, dass ihrer Ansicht nach in den Ausschreibungsunterlagen eine Vor-Ort-Prüfung der errichteten Wände auf ihre Schalldämm-Eigenschaften nicht verlangt werde. Die Antragstellerin unterscheidet zwischen Einzelbauteilen und Konstruktionen. Sie vertritt den Standpunkt, dass die ausschreibungskonforme Herstellung des Gesamtwerks Trockenbau entsprechend den Anforderungen der Antragsgegnerin "im Wesentlichen nicht in der Verantwortung der Bieter" liege. Die Ausschreibung erfordere an keiner Stelle eine Vor-Ort-Prüfung oder Vor-Ort-Zertifizierung, es werde nur die Erfüllung technischer Spezifikationen verlangt. In der Ausschreibung sei auch nirgends definiert, welche Prüfungen vorzunehmen seien bzw. wie Abgrenzungen zwischen Ausführungsmängeln zu Planungsfehlern vorzunehmen wären. Auch der Anfragebeantwortung 021 sei zu entnehmen, dass "keine Vor-Ort-Prüfungen unbedingt erforderlich sind". Damit sei die Erbringung der Nachweise für die Schallpegeldifferenz kein Leistungsteil. Letztlich führt die Antragstellerin aus, dass sie durch die Nennung von Produkt und Lieferanten auch Drittunternehmer benannt habe, die zur Beistellung aller geforderten Nachweise im Lieferumfang verpflichtet wären.

Die Antragsgegnerin hat ihrerseits mit Schriftsatz vom 19.3.2013 dazu vorgebracht, dass die Antragstellerin zur gänzlichen Leistungserbringung nicht befugt sei, weil sie die nach dem Leistungsverzeichnis durchzuführenden Brandschutz- als auch Schallschutzprüfungen nicht selbst vornehmen könne. Durch den Auftragnehmer seien Brandschutz- und Schallschutz-Prüfzertifikate/-nachweise für die gesamte Konstruktion zu erbringen, wofür die Tätigkeit einer akkreditierten Prüfanstalt nötig sei. Diese Leistungen seien in die Einheitspreise einzukalkulieren gewesen und somit vom Leistungsumfang des Auftragnehmers umfasst. Bei der Antragstellerin handle es sich nicht um eine zertifizierte Prüfanstalt für Brand- oder Schallschutz, sie sei daher weder zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Schallschutz- noch der Brandschutzprüfungen befugt. Da sie selbst nicht befugt sei, die auftragsgegenständlichen Brandschutz- und Schallschutzprüfungen durchzuführen, hätten sie diesbezüglich einen eignungsrelevanten und daher wesentlichen Subunternehmer zur Erbringung dieser Leistungen namhaft machen müssen. Dies sei nicht geschehen, weshalb es der Antragstellerin an der Befugnis mangle, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen gänzlich auszuführen. Auch aus diesem Grund wäre ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

Nur die Werte für Einzelbauteile könnten durch Prüfzertifikate der Einzelbauteile nachgewiesen werden, weshalb diesbezüglich eine Vor-Ort-Prüfung nicht unbedingt erforderlich sei. Im Übrigen verweist die Antragsgegnerin auf die im Parallelverfahren zu VKS - 58852/13 ergangene Entscheidung des angerufenen Senates.

Ergänzend zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, da er sich im Wesentlichen auf das übereinstimmende Vorbringen der Parteien gründet, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2013 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund - handelt es sich 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 im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 15.10.2012, 10:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand

anschließend statt. Insgesamt haben sich vier Unternehmen am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund - handelt es sich 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 im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Durchführung der Trockenbauarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 15.10.2012, 10:00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich vier Unternehmen am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung ist die Antragstellerin mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht.

Im Hinblick auf den von der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen vom 30.01.2013 (Seite 3) und vom 19.3.2013 (Seite 2) erhobenen Einwand hatte sich der Senat zunächst mit der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin zu befassen. Bei dieser Prüfung hat der Senat zunächst das Ergebnis seines Verfahrens zu VKS - 59244/13 berücksichtigt, in dem mit Bescheid vom 28.2.2013 festgestellt wurde, dass der im Vergabeverfahren zweitgereihten Bieterin die Antragslegitimation nicht zukomme, da ihr Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Formal gesehen liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot daher an zweiter Stelle. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde zu beurteilen, ob derartige Ausscheidungsgründe auch im Angebot der Antragstellerin vorliegen, die bereits aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbar sind, weil es sich etwa um nicht behebbare Mängel handelt oder bereits vergaberechtskonforme Verbesserungsversuche vorliegen. Aus verfahrensökonomischen Gründen hat der Senat zunächst das Vorbringen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 19.03.2013 geprüft, wonach die Antragstellerin weder aufgrund eigener Befugnis noch durch Heranziehung eines eignungsrelevanten und daher wesentlichen Subunternehmers in der Lage wäre, die ausschreibungsgegenständlichen Brandschutz- und Schallschutzprüfungen durchzuführen. Unter Verweis auf die Position 050120 des Leistungsverzeichnisses "Brandschutz- / Schallschutznachweise" hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass die vom Auftragnehmer verbaute Konstruktion vor Ort von einer akkreditierten Prüfanstalt hinsichtlich ihrer Brandschutz- und Schallschutzeigenschaften zu prüfen ist. Diese Leistungen wären auch in die Einheitspreise einzukalkulieren und somit vom Leistungsumfang des Auftragnehmers umfasst. Die Antragstellerin sei weder eine "akkreditierte Prüfanstalt" noch hätte sie einen entsprechenden Subunternehmer genannt. Damit fehle es ihr an der erforderlichen Befugnis, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auszuführen. Im Zusammenhang mit diesem Vorbringen hat sie auf den Bescheid des angerufenen Senates vom 28.2.2013, VKS - 59244/13, der in der mündlichen Verhandlung verlesen wurde, verwiesen.

Dazu hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 19.3.2013 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2013 vorgebracht, es sei zwischen den Einzelbauteilen (also beispielsweise für "gebundene Mineralwolle oder Steinwolle") und den Konstruktionen (z.B. eine komplette Wand einschließlich Anschlüssen etc.), wofür in der Ausschreibung auch der Begriff "Gesamtkonstruktionen" verwendet werde, zu unterscheiden. Die zahlreichen technischen Qualitätsanforderungen im Leistungsverzeichnis bedingen nicht das Erfordernis zur Nennung von Subunternehmern für die Zertifikate und Nachweise. Die Erfüllung der verschiedenen Qualitätsanforderungen für Einzelbauteile und die Gesamtkonstruktionen könne durch eine Mehrzahl von Nachweisen belegt werden. Bei diesen Nachweisen handle es sich um technische Spezifikationen im Sinne des § 2 Z 35 lit. a BVergG 2006. Eine "Vor-Ort-Prüfung" sei zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen nicht notwendig. Die verlangten Nachweise seien nach Ansicht der Antragstellerin allesamt vor Fertigstellung des Gewerkes vorzulegen. Dazu hat die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 19.3.2013 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2013 vorgebracht, es sei zwischen den Einzelbauteilen (also beispielsweise für "gebundene Mineralwolle oder Steinwolle") und den Konstruktionen (z.B. eine komplette Wand einschließlich Anschlüssen etc.), wofür in der Ausschreibung auch der Begriff "Gesamtkonstruktionen" verwendet werde, zu unterscheiden. Die zahlreichen technischen Qualitätsanforderungen im Leistungsverzeichnis bedingen nicht das Erfordernis zur Nennung von Subunternehmern für die Zertifikate und Nachweise. Die Erfüllung der verschiedenen Qualitätsanforderungen für Einzelbauteile und die Gesamtkonstruktionen könne durch eine Mehrzahl von Nachweisen belegt werden. Bei diesen Nachweisen handle es sich um technische Spezifikationen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 35, Litera a, BVergG 2006. Eine "Vor-Ort-Prüfung" sei zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen nicht notwendig. Die verlangten Nachweise seien nach Ansicht der Antragstellerin allesamt vor Fertigstellung des Gewerkes vorzulegen.

In der mündlichen Verhandlung am 21.3.2013 hat die Antragstellerin dazu ergänzend ausgeführt, dass sich aus der Ausschreibung nicht ergebe, dass der Auftragnehmer für den Trockenbau auch dann, wenn andere Gewerke erbracht worden seien, für die im Leistungsverzeichnis festgelegte Schallpegeldifferenz unter Berücksichtigung auch dieser anderen Gewerke hafte. Die Antragstellerin habe eine Schallpegeldifferenz nur für die von ihr aufgestellten Wände (ohne weitere Bearbeitungen) nachzuweisen (Protokoll Seite 3). Die Antragstellerin vertritt weiters die Ansicht, dass es ausreiche, den Nachweis über die geforderten Schallwerte durch Datenblätter der von ihr verwendeten Materialien zu erbringen. Der von ihr vorgenommene Einbau der Wände erfolge genau nach diesen Datenblättern. Dazu wäre vor Ort keine Prüfung notwendig, wenn sich die Antragstellerin bei Ausführung der Arbeiten "genau nach dem Datenblatt halte". Wenn sie "nach dem Datenblatt die Wand errichte, muss sie die geforderten Werte erfüllen" (Protokoll Seite 5). Die Antragstellerin vertritt weiterhin den Standpunkt, dass sie Messungen vor Ort nach Fertigstellung des Gewerkes (samt Einbauten) nicht vornehmen müsse, um die geforderten Schallwerte nachzuweisen. Diese wurden über Datenblätter und eine Verarbeitungsliste erbracht. Die Antragstellerin "würde Datenblätter vorlegen, in denen eine Schallpegeldifferenz angeführt ist" (Protokoll Seite 6). Da nach Ansicht der Antragstellerin "keine Vor-Ort-Prüfungen unbedingt erforderlich sind", handle es sich bei den verlangten Nachweisen um keinen gesonderten Leistungsteil.

Bei der Erstellung ihrer Angebote hatten die Bieter unter anderem die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, WD 307, zu beachten. Nach Punkt 3.2 hatten die Bieter "jene Teile der Leistung, die der Bieter für den Fall seiner

Beauftragung an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt ... im Angebot

bekannt zu geben und auch die Subunternehmer genau zu benennen. Dies gilt für alle Teile und nicht nur für die wesentlichen Teile des Auftrages."

Im Leistungsverzeichnis wird festgelegt, dass unter anderem die ÖNORMEN B 3415 (Gipsplatten und Gipsplattensystem), B 3358 (Zwischenwände) und B 2212 (Trockenbauarbeiten) grundsätzlich anwendbar sind. Es finden sich jedoch im Leistungsverzeichnis detaillierte Bestimmungen und konkrete Festlegungen, die in weiten Teilen über die Regelungen in den genannten ÖNORMEN hinausgehen. Dabei ist erkennbar, dass die Antragsgegnerin großen Wert auf die Erreichung bestimmter Schalldämmwerte gelegt hat, wobei in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses festgelegt ist, dass die Einhaltung bestimmter vor Ort zu messender DnTw- und Rw-Werte zu garantieren ist.

Dazu ist im Leistungsverzeichnis in der Position OG 01, Pos. 040101, unter anderem festgelegt, dass die Werkplanung des Auftragnehmers in stetiger Abstimmung mit den "angrenzenden" Gewerken (HKLS-Installationen, Elektrotechnik etc) in mehreren Planungsschritten zu erfolgen hat. Dabei sind sicherzustellen:

"... Brandschutznachweise zu den Gesamtkonstruktionen und Einzelbauteilen ... AN:

- -Strichaufzählung
Wandkonstruktionen, Vorsatzschalen,
- -Strichaufzählung
Deckenkonstruktionen / -verkleidungen,
- -Strichaufzählung
Wandverkleidungen, Rammschutze etc,
- -Strichaufzählung
Innverglasungen, ...
- -Strichaufzählung
Schallschutznachweise zu den Gesamtkonstruktionen und Einzelbauteilen ...

AN,

- -Strichaufzählung
Hinweis zu Wänden: Nachweis der Standard-Schallpegeldifferenzen DnTw,
- -Strichaufzählung
Hinweis zu Türen und Innverglasungen: Nachweis der R`w-Werte (bewertetes Schalldämmmaß im eingebauten Zustand).
- -Strichaufzählung
Vorlage der Prüfzeugnisse / -zertifikate akkreditierter Prüfanstalten, ibs. auch Einzelzertifizierungen: Brandschutz-

, Schallschutz- und Beanspruchungsklassen."

Unter der Position OG 01, Pos. 050120, wird unter der Überschrift "Brandschutz-/ Schallschutznachweise" festgelegt:

"Die Brandschutz- und Schallschutzprüfungen und die Brandschutz- und Schallschutz-Prüfzertifikate /-Nachweise einer akkreditierten Prüfanstalt sind für die gesamte Konstruktion zu erbringen, d.h. die Anforderungen sind einschließlich aller Anschlüsse an Fassaden, Einbauten, Böden etc. erfüllt. Die Prüfungen und Nachweise zu den Einzelbauteilen sind zusätzlich zu erbringen."

In der Position OG 01, Pos. 40 "Trockenbauwände", wird festgehalten, welche Leistungen in den Einheitspreisen zu berücksichtigen sind. Bezüglich der Forderungen an Brandschutz- / Schalldämmung finden sich folgende Festlegungen:

* "... Die Brandschutzprüfungen und die Brandschutz-Prüfzertifikate einer akkreditierten Prüfanstalt.

* Die Nachweise (soweit sich der Wert nicht aus der ÖNORM ergibt) durch einen Prüfbericht einer akkreditierten Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstelle:

- -Strichaufzählung
für die Standfestigkeit der Wandkonstruktionen,
- -Strichaufzählung
für die geforderte Feuerwiderstandsklasse der Wandkonstruktionen,
- -Strichaufzählung
für den geforderten Schallschutzwert (Standard-Schallpegeldifferenz DnTw)

der Wandkonstruktionen."

Dazu lautet Position 050120 wie folgt:

"Die Brandschutz- und Schallschutzprüfungen und die Brandschutz- und Schallschutz-Prüfzertifikate/-Nachweise einer akkreditierten Prüfanstalt sind für die gesamte Konstruktion zu erbringen, d.h. die Anforderungen sind einschließlich aller Anschlüsse an Fassaden, Einbauten, Böden etc." zu erfüllen. "Die Prüfungen und Nachweise zu den Einzelbauteilen sind zusätzlich zu erbringen". Vor Ende der Angebotsfrist sind zahlreiche Anfragen an die Antragsgegnerin betreffend einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses gerichtet worden. In ihrer "Rückfragenbeantwortung" vom 25.09.2012 betrifft die Frage 21 die Position 050120 Brandschutz- / Schallschutznachweise: Auf die Frage "Ist hier gemeint, dass hier Zertifikate von Laborprüfungen zu übergeben sind, und keine Vor-Ort Prüfungen durchzuführen sind?" hat die Antragsgegnerin geantwortet:

"Laut Leistungsverzeichnis sind die Schallschutznachweise zu den Gesamtkonstruktionen und Einzelbauteilen bei den Wänden als "Nachweis der Standard-Schallpegel-differenzen DnTw," zu erbringen, etwa Position 040101 (Bemessung, Werk-, Montage- und Detailplanung)."

In Position 4001 "Gipskartonständerwände" ist festgelegt:

"Im Positionsstichwort sind der Code für den Trennwandtyp (z.B. Tw-01), die Dicke der Wand in mm (z.B. 100) und der DnTw-Wert der Wand (z.B. 44dB) dargestellt. Die den Wandtypen zugeordneten Aufbauten, Anforderungen und Eigenschaften sind im Aufbautenkatalog dargestellt und beschrieben - diese sind zur Kalkulation der Leistungen heranzuziehen".

Unstrittig ist, dass die Antragstellerin nicht befugt ist, als akkreditierte Prüfstelle entsprechende Prüfungen durchzuführen und Prüfnachweise, wie sie in der Position 050120 der OG 01 verlangt werden, auszustellen. Unstrittig ist auch, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot weder entsprechende Nachweise dafür, dass von einer akkreditierten Prüfanstalt diese Prüfungen vor Ort vorgenommen werden, erbracht hat, noch ein geeignetes Unternehmen als Subunternehmer für diese Tätigkeiten genannt hat.

Die Antragstellerin hat die Prüfung bzw. Erstellung von Prüfzeugnissen oder Zertifikaten über die Schallqualität der von ihr errichteten Wände vor Ort, bei Erstellung ihrer Angebote nicht berücksichtigt. Sie hat für diese Leistungen auch keine geeigneten Subunternehmer genannt. Dass ein von der Antragstellerin als Lieferant genannte Unternehmen über die erforderlichen Befugnisse verfügen würde, wurde von ihr nicht vorgebracht. Hinweise darauf finden sich auch nicht in ihrem Angebot.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.1.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tag als E-Mail zugegangen; ihr Nachprüfungsantrag ist am 21.1.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Zu diesen Feststellungen betreffend den Einwand der Antragsgegnerin, der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, gelangte der Senat aufgrund des unbedenklichen Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2013. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin für die Prüfung und die geforderten Nachweise hinsichtlich der verlangten Brandschutz- und Schalldämmwerte einen Subunternehmer bzw. eine zur Durchführung der Prüfungen und Ausstellung der Nachweise geeignete, akkreditierte Prüfanstalt nicht namhaft gemacht hat und auch selbst nicht in der Lage ist, diese Leistungen zu erbringen. Soweit der Senat aus den Ausschreibungsunterlagen bzw. aus dem im Vergabeakt erliegenden Schriftverkehr Zitate in seinen Feststellungen übernommen hat, sind die jeweiligen Fundstellen angegeben.

Aufgrund dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Herstellung von Trockenbauwänden im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt vier Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Herstellung von Trockenbauwänden im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt vier Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin im E-Mail Weg am 10.01.2013 zugegangen. Der am 21.01.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin im E-Mail Weg am 10.01.2013 zugegangen. Der am 21.01.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung konnte jedoch nicht stattgegeben werden, da es der Antragstellerin an der dafür erforderlichen Antragslegitimation mangelt.

Gemäß § 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 entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet, dass ein Unternehmer zur Stellung eines Nichtigerklärungsantrages nur dann berechtigt ist, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen könnte. Nach ständiger Judikatur des Höchstgerichtes, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn

sein Angebot bereits im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 28.03.2007, ZI. 2005/04/0200; VKS 21.07.2011, VKS - 6346/11 ua). Ein auszuschneidendes Angebot kommt für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Das bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot rechtskonform ausgeschieden hätte werden müssen, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in seinen Rechten verletzt sein kann. Auch dann, wenn der Auftraggeber selbst diese formellen Ausscheidungsgründe nicht wahrgenommen hat, bleibt es der Nachprüfungsbehörde in einem nachfolgenden Kontrollverfahren unbenommen, diesen Ausscheidungsgrund - sofern er sich aus der Aktenlage klar ergibt - aufzugreifen. Letztlich ist eine Nachprüfungsbehörde zur Prüfung eines Ausscheidungsgrundes immer dann verpflichtet, wenn er von einer Partei ausdrücklich erhoben wird. Wäre das Angebot der Antragstellerin bereits im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen (wie vorliegend) fehlt es ihr im Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation (vgl. VwGH ZI. 2007/04/0095 ua). Gemäß 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 entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet, dass ein Unternehmer zur Stellung eines Nichtigerklärungsantrages nur dann berechtigt ist, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen könnte. Nach ständiger Judikatur des Höchstgerichtes, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn sein Angebot bereits im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre (VwGH 28.03.2007, ZI. 2005/04/0200; VKS 21.07.2011, VKS - 6346/11 ua). Ein auszuschneidendes Angebot kommt für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Das bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot rechtskonform ausgeschieden hätte werden müssen, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in seinen Rechten verletzt sein kann. Auch dann, wenn der Auftraggeber selbst diese formellen Ausscheidungsgründe nicht wahrgenommen hat, bleibt es der Nachprüfungsbehörde in einem nachfolgenden Kontrollverfahren unbenommen, diesen Ausscheidungsgrund - sofern er sich aus der Aktenlage klar ergibt - aufzugreifen. Letztlich ist eine Nachprüfungsbehörde zur Prüfung eines Ausscheidungsgrundes immer dann verpflichtet, wenn er von einer Partei ausdrücklich erhoben wird. Wäre das Angebot der Antragstellerin bereits im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen (wie vorliegend) fehlt es ihr im Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation (vergleiche VwGH ZI. 2007/04/0095 ua).

Diese Entscheidung konnte der Senat auch ohne Durchführung eines Beweisverfahrens oder der Beiziehung eines Sachverständigen treffen, weil sich der Ausscheidungsgrund klar aus der Aktenlage ergibt (vgl. VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; VwGH 12.05.2011, ZI.2007/04/0012 und die dort zitierte Judikatur). Diese Entscheidung konnte der Senat auch ohne Durchführung eines Beweisverfahrens oder der Beiziehung eines Sachverständigen treffen, weil sich der Ausscheidungsgrund klar aus der Aktenlage ergibt (vergleiche VwGH 22.06.2011, 2011/04/0011; VwGH 12.05.2011, ZI. 2007/04/0012 und die dort zitierte Judikatur).

Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen im Leistungsverzeichnis, sind die Brandschutz- und Schallschutzprüfungen Leistungsinhalt. Danach hat der Auftragnehmer Prüfungen vorzunehmen, ob die im Leistungsverzeichnis verlangten, näher definierten Brandschutz- und Schallschutzwerte nach Errichtung der Trockenwände (einschließlich allfälliger Ein- und Anbauten) erreicht werden oder nicht. Dabei ist die verbaute Konstruktion, nach Fertigstellung der Arbeiten und auch anderer Gewerke vor Ort zu prüfen und die darüber erstellten Prüfzertifikate einer akkreditierten Prüfanstalt der Auftraggeberin zu übergeben. Da diese Leistungen von der Antragstellerin mangels entsprechender Akkreditierung bzw. Zertifizierung nicht erbracht werden können, wäre sie nach Ansicht des Senates gehalten gewesen, diesbezüglich einen (eignungsrelevanten und daher wesentlichen) Subunternehmer namhaft zu machen, wie in Punkt 3.2 der WD 307, die Ausschreibungsgrundlage sind, verlangt wird. Danach waren Subunternehmer für alle Teile und nicht nur für die wesentlichen Teile des Auftrages zu benennen, die der Auftragnehmer nicht selbst ausführen kann. Die Nennung dieses Subunternehmers hätte gemäß § 69 Abs.1 BVergG 2006 spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erfolgen müssen. Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den Festlegungen im Leistungsverzeichnis, sind die Brandschutz- und Schallschutzprüfungen Leistungsinhalt. Danach hat der Auftragnehmer Prüfungen vorzunehmen, ob die im Leistungsverzeichnis verlangten, näher definierten Brandschutz- und Schallschutzwerte nach Errichtung der Trockenwände (einschließlich allfälliger Ein- und Anbauten) erreicht werden oder nicht. Dabei ist die verbaute Konstruktion, nach Fertigstellung der Arbeiten und auch anderer Gewerke vor Ort zu prüfen und die darüber erstellten Prüfzertifikate einer akkreditierten Prüfanstalt der Auftraggeberin zu übergeben. Da diese Leistungen von der

Antragstellerin mangels entsprechender Akkreditierung bzw. Zertifizierung nicht erbracht werden können, wäre sie nach Ansicht des Senates gehalten gewesen, diesbezüglich einen (eignungsrelevanten und daher wesentlichen) Subunternehmer namhaft zu machen, wie in Punkt 3.2 der WD 307, die Ausschreibungsgrundlage sind, verlangt wird. Danach waren Subunternehmer für alle Teile und nicht nur für die wesentlichen Teile des Auftrages zu benennen, die der Auftragnehmer nicht selbst ausführen kann. Die Nennung dieses Subunternehmers hätte gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVergG 2006 spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erfolgen müssen.

Da die Prüfung der vom Auftragnehmer aufgestellten Wandkonstruktion samt Erstellung der Prüfzeugnisse Gegenstand der Leistung des Auftragnehmers war, zumal diese Prüfungen nach Fertigstellung der Arbeiten vor Ort und - wie den im Leistungsverzeichnis festgelegten detaillierten Anforderungen entnommen werden kann - praktisch von Raum zu Raum (Zwischenraummessung) vorzunehmen sind, sind diese Leistungen zum Leistungsinhalt geworden, deren Erfüllung eindeutig der Auftragnehmer zu vertreten hat. Diese Leistungen können auch nicht mit jenen Fällen verglichen werden, wo ein Auftragnehmer etwa bei Einbau bestimmter Türen durch bereits erstellte allgemeine Prüfzeugnisse einer Prüfanstalt deren Tauglichkeit und Eignung nachweist. Dass der Aufwand für diese Leistungen nicht in einer eigenen Leistungsposition anzugeben war, schadet nicht, da nach dem klaren Wortlaut der Festlegungen im Leistungsverzeichnis der damit verbundene Aufwand nach der Position OG 01, Pos. 40, unter den Einheitspreisen der Trockenbauwände zu kalkulieren war.

Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin ist nach Ansicht des Senates nicht nur zwischen Einzelbauteilen und Gesamtkonstruktion zu unterscheiden, sondern sind auch "Systeme" in die Betrachtung einzubeziehen. Sowohl für Einzelbauteile wie für Systeme gilt, dass die in der Regel in Werkvertragsnormen festgelegten Anforderungen in Teststellungen geprüft und dafür entsprechende Nachweise und Zertifikate ausgestellt werden können (z.B. vorliegend Schalldämmmaße). In der Regel erfolgt dies unabhängig von einem Vergabeverfahren bzw. werden bestehende Zertifikate in Vergabeverfahren akzeptiert. Anders ist dies aber bei "Gesamtkonstruktionen" zu sehen, wobei zwischen Brandschutz und Schallschutz zu differenzieren ist, da beim Schallschutz das Ergebnis zerstörungsfrei messbar ist (Schallpegeldifferenz), hingegen ein Gesamtsystem "Brandschutz" nicht gemessen, sondern lediglich sachverständig beurteilt werden kann.

Nach Ansicht des Senates ist es von nachrangiger Bedeutung, ob eine Vor-Ort-Prüfung in der Ausschreibung ausdrücklich gefordert wird oder sich deren Notwendigkeit aus der Ausschreibung lediglich "ergibt". Eine schalltechnische "Laborprüfung" der Gesamtkonstruktion, etwa eines Patientenzimmers, Intensivzimmers, Aufenthaltsraumes für Pflegepersonal etc. ist grundsätzlich nicht als technisch undurchführbar zu bezeichnen, jedoch als sehr unwahrscheinlich, dass dadurch jene Werte nachgewiesen werden können, die nach Fertigstellung der Wände im Objekt zu erbringen sind. Allein die Masse eines Körpers hat Auswirkungen auf die Körperschallübertragung, weshalb etwa bei verkleinerten Modellen im Labor nur schwer vergleichbare Ergebnisse gefunden werden könnten. Dazu kommt, dass gegenständlich das Erreichen der Schallpegeldifferenzen bei Wänden nachzuweisen ist, die entsprechend ihrem Einbau Schallbrücken beim Anschluss an Decken, Böden oder Wänden aufweisen können. Der Senat ist daher der Ansicht, dass die schalltechnischen Prüfungen der Gesamtkonstruktion realistisch nur vor-Ort durchgeführt werden können und das Vorhandensein von Zertifikaten für die ausgeschriebene Gesamtkonstruktion ausgeschlossen werden kann. Gegenteiliges wurde auch von der Antragstellerin nicht vorgebracht. Nachdem das Ergebnis vor Leistungsbeginn nicht vorliegen kann, es am Ende der Leistungsfrist jedoch geschuldet wird (vorliegen muss), kann es nur als Leistungsinhalt betrachtet werden, wobei es unerheblich erscheint, ob die Erbringung von Zertifikaten und Nachweisen als eigenständige Position oder als einzukalkulierende Nebenleistungen zu behandeln ist. Aus all dem ergibt sich zwingend, dass die Eignung für die zu erbringende Leistung beim Bieter selbst gegeben sein muss oder er dafür einen Subunternehmer zu benennen hat.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es sich bei den Festlegungen im Leistungsverzeichnis zu den Schallpegelwerten um technische Spezifikationen i.S.d.

§ 2 Z 35 lit. a BVergG 2006 handelt, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Der Auftragnehmer hat mit der Prüfung und Messung der fertiggestellten Gesamtkonstruktionen nämlich nachzuweisen, dass er die verlangten Werte, also die Anforderungen im Leistungsverzeichnis durch die Art und Weise der Errichtung sowie das von ihr verwendete Material, nach Fertigstellung auch tatsächlich erreicht. Paragraph 2, Ziffer 35, Litera a, BVergG 2006 handelt, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Der Auftragnehmer hat mit der Prüfung und Messung der fertiggestellten Gesamtkonstruktionen nämlich nachzuweisen, dass er die verlangten Werte, also die Anforderungen im

Leistungsverzeichnis durch die Art und Weise der Errichtung sowie das von ihr verwendete Material, nach Fertigstellung auch tatsächlich erreicht.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, eine Verantwortung hinsichtlich der Erreichung der verlangten Schallpegelwerte nur hinsichtlich der von ihr errichteten Wände, ohne Einbauten und sonstige Durchbrüche, zu übernehmen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich die Ausschreibung unangefochten geblieben ist. Eine Auftragnehmerin schuldet daher den in der Ausschreibung festgelegten Leistungsinhalt, auch wenn damit nur schwer kalkulierbare Risiken auf sie überwältigt werden. Gemäß den Vorbemerkungen in der OG 01 zur ULG 0401 hat die Auftragnehmerin die "Werk-Montage- und Detailplanung ohne Bemessung aller Konstruktionen durch den Auftragnehmer, aufbauend auf den Führungs-, Leitdetail- und Ausführungsplänen des Auftraggebers (AG) - gemäß Projekthandbuch - zu erstellen". Damit trifft aber auch den Auftragnehmer die Haftung für die Einhaltung der Schallpegeldifferenzen, soweit dies im Rahmen der zwingenden Vorgaben technisch möglich ist.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass die Beistellung aller geforderten Nachweise im Lieferumfang der Lieferanten enthalten sei, ist ihr zu entgegnen, dass dies wohl für Einzelbauteile und Systeme denkbar und möglich erscheint, nicht jedoch für die Gesamtkonstruktion, deren Werte nach Fertigstellung zu ermitteln sind.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Da die Antragstellerin ihre Befugnis zur Erbringung aller ausgeschriebenen Leistungen nicht nachweisen konnte, wäre ihr Angebot zutreffend von der Antragsgegnerin bereits vor Zuschlagsentscheidung gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Da die Antragstellerin ihre Befugnis zur Erbringung aller ausgeschriebenen Leistungen nicht nachweisen konnte, wäre ihr Angebot zutreffend von der Antragsgegnerin bereits vor Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen.

Bemerkt sei, dass nach den Vergabeakten nicht eindeutig gesagt werden kann, ob und in welchem Umfang und mit welchem Ergebnis die Antragsgegnerin das Vorliegen jener Befugnis, deren Mangel sie als Ausscheidungsgrund hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin geltend gemacht hat, bei den anderen Bietern geprüft hat. Selbst wenn eine derartige, eingehendere Prüfung zum gleichen Ergebnis wie bei der Antragstellerin führen sollte, wäre dies für das gegenständliche Verfahren unbeachtlich, weil auch dann, wenn das Vergabeverfahren sonst mit Rechtswidrigkeit belastet ist, dies nur von einem Antragsteller geltend gemacht werden kann, dem im Sinne des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 eine Antragslegitimation zukommt. Bemerkt sei, dass nach den Vergabeakten nicht eindeutig gesagt werden kann, ob und in welchem Umfang und mit welchem Ergebnis die Antragsgegnerin das Vorliegen jener Befugnis, deren Mangel sie als Ausscheidungsgrund hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin geltend gemacht hat, bei den anderen Bietern geprüft hat. Selbst wenn eine derartige, eingehendere Prüfung zum gleichen Ergebnis wie bei der Antragstellerin führen sollte, wäre dies für das gegenständliche Verfahren unbeachtlich, weil auch dann, wenn das Vergabeverfahren sonst mit Rechtswidrigkeit belastet ist, dies nur von einem Antragsteller geltend gemacht werden kann, dem im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 eine Antragslegitimation zukommt.

Nach den dargestellten Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin bereits im Zuge des Vergabeverfahrens nach § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Damit ist aber auch ihre Antragslegitimation für das gegenständliche Nichtigerklärungsverfahren nicht gegeben, weshalb der Antrag - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden konnte - zurückzuweisen war. Nach den dargestellten Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin bereits im Zuge des Vergabeverfahrens nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Damit ist aber auch ihre Antragslegitimation 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 24.01.2013 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 24.01.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Zurückweisung; Fehlende Antragslegitimation; Angebot der Antragstellerin wäre mangels Befugnis auszuschneiden gewesen;

Zuletzt aktualisiert am

12.06.2013

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