

TE Verg Bescheid 2013/2/28 VKS-59244/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.2013

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 Bietergemeinschaft swietelsky - rhtb: - lindner bestehend aus 1. ***gesellschaft m.b.H., 2. *** gmbh, 3. *** GmbH vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH 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, Grinzing 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 Oberschwellerbereich 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 zweiter 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.

Zur Begründung ihres Antrages führt die Antragstellerin aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege preislich um mehr als € 2 Mio. unter dem Angebot der Antragstellerin. Aufgrund ihrer Branchenkenntnisse im Bezug auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin gehe die Antragstellerin davon aus, dass deren Angebot von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere hinsichtlich der Ausbildung des Schallschutzes, abweiche, denn nur so sei die Preisdifferenz zu erklären. Damit würde jedoch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von den Ausschreibungsunterlagen abweichen und wäre daher auszuschneiden. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen spekulativer Preisgestaltung hätte ausgeschieden werden müssen, da vermutet werden müsse, dass die Billigstbieterin einige Positionen, deren Inanspruchnahme sie wesentlich höher als ausgeschrieben erwarte, spekulativ hoch ausgepreist habe. Schließlich bezweifelt die Antragstellerin, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die für den Trockenausbau erforderlichen Referenzen verfüge. Nach Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als Zweitgereichte den Zuschlag erhalten.

Die Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft seien seit vielen Jahren in der Bauwirtschaft und verwandten Bereichen erfolgreich tätig. Sie seien zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und hätten daran auch ein eminentes Interesse. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote von Mitbewerbern, ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt. Im Falle der Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird. Dazu käme auch der Verlust eines für sie notwendigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 23.01.2013 antragsgemäß erlassen. Dazu kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.01.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin (im Folgenden Teilnahmerechtliche genannt) als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, der Preisabstand zwischen ihrem Angebot und jenem der Antragstellerin liege knapp über 4%. Eine Verpflichtung zu einer vertieften Angebotsprüfung habe für die Antragsgegnerin nicht bestanden. Die Teilnahmerechtliche habe alle ausschreibungsgemäßen Leistungen in ihre Kalkulation einbezogen und angeboten, und auch keineswegs im Begleitschreiben davon Abweichendes erklärt oder angeboten, wie dies die Antragstellerin vermute. Ein spekulatives Angebot habe sie jedenfalls nicht gelegt. Mit Schriftsatz vom 30.01.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst vorgebracht, der Antragstellerin fehle es an der Antragslegitimation, da deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin habe mehrfach bei einzelnen Positionen eine Mischkalkulation bzw. bei mehreren näher bezeichneten Positionen Kostenverschiebungen vorgenommen. Zum Vorbringen der Antragstellerin führt sie aus, dass die Teilnahmerechtliche ein den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Angebot abgegeben und auch im Zuge der vertieften Angebotsprüfung ausdrücklich zugesagt habe, dass selbstverständlich alle Anforderungen der Ausschreibung eingehalten würden und die angebotenen Preise auskömmlich wären. Diese Zusage treffe auch auf die Einhaltung der im Leistungsverzeichnis geforderten Schalldämmwerte zu. Auch die behauptete spekulative Preisgestaltung sei nicht gegeben, wie die von der Antragsgegnerin durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung erwiesen habe. Die angebotenen Preise seien betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und plausibel. Die Eignung der Teilnahmerechtigten sei gegeben, zumal sich diese zur Erfüllung der Eignungsanforderungen zulässigerweise auch auf Subunternehmer gestützt habe.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 25.02.2013 hat die Teilnahmerechtliche umfassend ausgeführt, dass sie in ihrem gesamten Angebot sämtliche von der Ausschreibung geforderten Leistungen und Haftungen weder eingeschränkt noch abgeändert und schon gar nicht Anderes ihrer Angebotskalkulation zu Grunde gelegt habe.

Die Antragsgegnerin hat ihrerseits mit Schriftsatz vom 26.02.2013 ergänzend 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 den Mitgliedern der antragstellenden Bietergemeinschaft handle es sich nicht um zertifizierte Prüfanstalten für Brand- oder Schallschutz, sie seien daher weder zur Durchführung der ausschreibungsgegenständlichen Schallschutz- noch der Brandschutzprüfungen befugt. Da sie selbst nicht befugt seien, 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 auszuführen. Auch aus diesem Grund wäre ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.02.2013 reagiert und zu ihrer von der Antragsgegnerin bestrittenen Antragslegitimation vorgebracht, eine ergänzende Prüfung durch den angerufenen Senat im Zuge des Nachprüfungsverfahrens sei unzulässig, weil es dazu eines umfangreichen Verfahrens, allenfalls der Beiziehung eines Sachverständigen, bedürfte. Im Übrigen habe sie die ihr vorgeworfene "Mischkalkulation" nicht vorgenommen. Letztlich ergänzt sie ihr Vorbringen zur Notwendigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten.

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 28.02.2013 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 zweiter 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 zweiter Stelle gereiht.

Im Hinblick auf den von der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen vom 30.01.2013 (Seite 3) und vom 26.02.2013 (Seite 2) erhobenen Einwand hatte sich der Senat zunächst mit der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin zu befassen. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde zu beurteilen, ob derartige Ausscheidungsgründe 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 26.02.2013 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. Keines der Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft sei eine "akkreditierte Prüfanstalt" noch hätte die Bietergemeinschaft einen entsprechenden Subunternehmer genannt. Damit fehle es ihr an der erforderlichen Befugnis die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen auszuführen.

Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.02.2013 vorgebracht, nur der Aufwand, der mit der Vornahme von Prüfungen (die Kosten der Prüfungen) verbunden war, sei im Angebot zu kalkulieren gewesen, nicht aber sei "die Prüfungstätigkeit selbst Gegenstand des Leistungsverzeichnisses" gewesen. Es sei daher auch nicht eine akkreditierte Prüfanstalt als Subunternehmer zu benennen gewesen, die Antragstellerin hätte im Auftragsfall nur die Prüfung durch eine derartige Prüfstelle veranlassen müssen. Bei den Festlegungen in der Position OG 01, Pos. 050120 handle es sich um Vorbemerkungen zu den Positionen des Leistungsverzeichnisses, aber nicht um eine Position, die auszupreisen gewesen wäre. Es handle sich auch nicht um eine Bieterlücke für eine Preisangabe für diese Leistungen. Die Tätigkeit der akkreditierten Prüfanstalt sei eine reine Kontrolltätigkeit, wobei zu beurteilen sei, ob die fertiggestellte Wand (einschließlich allfälliger Durchbrüche und Einbauten) den Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich Schalldämmung entspreche. Die Antragstellerin sei jederzeit in der Lage, Zusagen von akkreditierten Prüfstellen vorzulegen. Mit dem Angebot seien derartige Zusagen nicht vorgelegt worden, da sie in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt worden wären. Bei der Prüftätigkeit selbst handle es sich jedenfalls um eine derartig geringfügige Tätigkeit, die kostenmäßig einkalkuliert worden sei, sodass eine Auswirkung auf den Wettbewerb durch ein späteres Benennen des Prüforgans ausgeschlossen werden könne. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin bisher keine Gelegenheit gegeben, zu diesem von ihr nunmehr geltend gemachten Ausscheidungsgrund Stellung zu nehmen. Unter einem hat die Antragsstellerin entsprechende Nachweise einer Prüfanstalt vorgelegt. Dazu werden aus den Ausschreibungsunterlagen nachstehende Feststellungen getroffen:

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 steter 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:

- Wandkonstruktionen, Vorsatzschalen,
- Deckenkonstruktionen / -verkleidungen,
- Wandverkleidungen, Rammschutze etc,
- Innverglasungen, ...
- Schallschutznachweise zu den Gesamtkonstruktionen und Einzelbauteilen ... AN,
- Hinweis zu Wänden: Nachweis der Standard-Schallpegeldifferenzen DnTw,
- Hinweis zu Türen und Innenverglasungen: Nachweis der Rw-Werte (bewertetes Schalldämmmaß im eingebauten Zustand).

...

- 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:

-für die Standfestigkeit der Wandkonstruktionen,

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

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:

"Die Brandschutz- und Schallschutznachweise sind "für die gesamte Konstruktion zu erbringen", d.h. im eingebauten Zustand. Wie in der Position 050120 beschrieben, sind die Prüfungen und Nachweise zu den Einzelbauteilen zusätzlich zu erbringen. Eine Vor-Ort Prüfung ist nicht unbedingt erforderlich."

Laut Leistungsverzeichnis sind die Schallschutznachweise zu den Gesamtkonstruktionen und Einzelbauteilen bei den Wänden als "Nachweis der Standard-Schallpegeldifferenzen 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 keines der Mitglieder der Antragstellerin 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.

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 28.02.2013. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin für die Prüfung und den geforderten Nachweisen 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 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 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 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.

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, Zl. 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 Zl. 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.

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

Zurückweisung mangels Antragslegitimation; Angebot wäre auszuschneiden gewesen;

Zuletzt aktualisiert am

24.05.2013

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