

# TE Verg Bescheid 2013/1/24 VKS-12460/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.2013

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1  
WVRG 2007 §2 Abs1  
WVRG 2007 §11 Abs1 und 2  
WVRG 2007 §13  
WVRG 2007 §18  
WVRG 2007 §20  
WVRG 2007 §23 Abs1  
WVRG 2007 §24 Abs1  
WVRG 2007 §25 Abs1  
WVRG 2007 §26 Abs2  
WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit  
BVergG 2006 §2 Z7 und 16 lita sublitaa  
BVergG 2006 §4  
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3  
BVergG 2006 §19 Abs1  
BVergG 2006 §69  
BVergG 2006 §70  
BVergG 2006 §75 Abs6 Z1  
BVergG 2006 §123 Abs2  
BVergG 2006 §127  
BVergG 2006 §131 sowie  
GewO 1994 §32  
GewO 1994 §94 Z79

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 § 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 § 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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

## Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* und die Mitglieder \*\*\* über den Antrag der \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Bartlmä Madl Köck Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Bauauftrages "Krankenhaus Nord, 5340 Isolierungen und Brandschotte", durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 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

Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.11.2012 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 11.12.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von Euro 8.382,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 abs. 1 und 2, 13, 18, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 26 Abs. 2, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 7 und 16 lit. a sublit. aa, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 19 Abs. 1, 69, 70, 75 Abs. 6 Z 1, 123 Abs. 2, 127, 131 BVergG 2006 sowie §§ 32, 94 Z 79 GewO 1994. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, abs. 1 und 2, 13, 18, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 7 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a., 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 69, 70, 75, Absatz 6, Ziffer eins, 123, Absatz 2, 127, 131, BVergG 2006 sowie Paragraphen 32, 94, Ziffer 79, GewO 1994.

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 Herstellung von Isolierungen und Durchführung von Brandschutzarbeiten. Die Kundmachung ist im Amtsblatt der Europäischen Union zur Zl. 2012/S 152-254362 am 9.8.2012 ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Angebotsende war der 20.9.2012, 10:00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Bieter, darunter auch die Antragstellerin, am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung wurde die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Mit E-Mail vom 27.11.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag der preislich an erster Stelle liegenden Bietergemeinschaft \*\*\* (im Folgenden B-C-O) erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 6.12.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise eine unplausible Preisgestaltung auf, wobei sie anhand von sechs näher bezeichneten Positionen diesen Vorwurf begründet. Weiters macht sie geltend, mangels entsprechender Referenzen verfüge die präsumtive Zuschlags-empfängerin weder über die geforderte technische Leistungsfähigkeit noch über die erforderliche Befugnis zur Ausführung der Arbeiten. Nach ihrer Kenntnis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Herstellung haustechnischer Anlagen die Isolierungs- und Brandschutzarbeiten stets an Subunternehmer weitergegeben. In ihrem Angebot habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch keine Subunternehmer genannt. Ihr Angebot wäre aus diesen Gründen auszuschneiden gewesen. Schließlich macht die Antragstellerin geltend, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil darin nur der Name der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannt wird, nicht aber mit hinreichender Deutlichkeit mitgeteilt werde, welchem konkreten Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 6.12.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die

Antragstellerin aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise eine unplausible Preisgestaltung auf, wobei sie anhand von sechs näher bezeichneten Positionen diesen Vorwurf begründet. Weiters macht sie geltend, mangels entsprechender Referenzen verfüge die präsumtive Zuschlags-empfängerin weder über die geforderte technische Leistungsfähigkeit noch über die erforderliche Befugnis zur Ausführung der Arbeiten. Nach ihrer Kenntnis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Herstellung haustechnischer Anlagen die Isolierungs- und Brandschutzarbeiten stets an Subunternehmer weitergegeben. In ihrem Angebot habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch keine Subunternehmer genannt. Ihr Angebot wäre aus diesen Gründen auszuschneiden gewesen. Schließlich macht die Antragstellerin geltend, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil darin nur der Name der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannt wird, nicht aber mit hinreichender Deutlichkeit mitgeteilt werde, welchem konkreten Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird. Dazu käme der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes für künftige Beteiligungen an Ausschreibungen.

Durch die angefochtene Entscheidung werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach den in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien, auf Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, insbesondere hinsichtlich einer spekulativen Preisgestaltung, auf rechtskonforme Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und letztlich auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 11.12.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 14.12.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie habe sehr wohl eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und die Plausibilität der im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthaltenen Preise festgestellt. Insbesondere in jenen Positionen, die die Antragstellerin beispielhaft für eine unplausible Preisgestaltung anführt, habe die Prüfung ergeben, dass die Summen aus dem Angebot der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht einmal ein Prozent auseinander lägen, teilweise die von der Antragstellerin angebotenen Preise billiger wären als im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Der Vorwurf der Unterpreisigkeit beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht berechtigt. Die Bietergemeinschaft, der der Zuschlag erteilt werden soll, habe sowohl ihre technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen als auch die erforderliche Befugnis. Jedes Mitglied der Bietergemeinschaft sei berechtigt, die ausgeschriebenen Leistungen aufgrund eigener Befugnis zu erbringen. Soweit die Zuschlagsentscheidung bemängelt wird, hält die Antragsgegnerin diese für ausreichend und nicht rechtswidrig.

Dieser Schriftsatz wurde von der Antragstellerin mit Eingabe vom 9.1.2013 beantwortet, worin sie neuerlich darauf hinweist, dass es sich bei den Gewerbeberechtigungen der Mitglieder der Bietergemeinschaft C und O jeweils um Gewerbe in Form eines Industriebetriebes handle, weshalb bei diesen Gewerben kein Befähigungsnachweis erforderlich sei. Sie weist auch darauf hin, dass sich die Unternehmen C und O im vorliegenden Fall nicht auf gewerberechtliche Nebenrechte berufen könnten, weil kein Gesamtauftrag bestehend aus Lüftungsanlagenbau und Isolierung/Branddämmung, sondern eben nur die Isolierung/Branddämmung als solche zur Vergabe gelangen soll.

In ihrer Replik dieses Schriftsatzes hat die Antragsgegnerin geltend gemacht, dass eine bestimmte personelle Ausstattung als Eignungskriterium nicht festgelegt worden sei. Es hätten sich auch keinerlei Hinweise dafür ergeben, dass die Bietergemeinschaft nicht über hinreichend ausgebildetes Personal verfügen würde. Zur Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führt die Antragsgegnerin aus, dass zumindest das Unternehmen B als Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung jedenfalls über die erforderliche Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen besitze. Das Unternehmen C sei bereits dem Wortlaut nach in ihrer Gewerbeberechtigung zur Leistungserbringung befugt. Ebenso sei das Unternehmen O aufgrund seiner Gewerbeberechtigung für Lüftungstechnik befugt, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen. Das Mitglied O der Bietergemeinschaft verfüge über die Gewerbebefugnis Heizungs- und Lüftungstechnik, wozu auch die

Isolierung von Heizungsinstallationen und deren Systeme gehöre. Das Unternehmen O sei daher berechtigt, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen. Zur Zuschlagsentscheidung macht die Antragsgegnerin geltend, dass - selbst wenn man der Ansicht der Antragstellerin folgen wollte - diese Ungenauigkeit jedenfalls nicht von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sei.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, vom Inhalt der Vergabeakten und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt worden sind, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2013 ausgegangen.

Folgender Sachverhalt wird seiner Entscheidung zugrunde gelegt:

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 im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Herstellung von Isolierungen und Durchführung von Brandschutzarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.9.2012, 10:00 Uhr; die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin hat sich neben vier weiteren Bietern am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen. 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 im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Herstellung von Isolierungen und Durchführung von Brandschutzarbeiten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.9.2012, 10:00 Uhr; die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin hat sich neben vier weiteren Bietern am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Nach den Ausschreibungsbedingungen, Formblatt MD BD - SR 75, Beilage 13.08.1, Seite 3, ist zu den von den Bietern nachzuweisenden Eignungskriterien festgelegt:

"Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung:

(2) Der Unternehmer hat in den letzten fünf Jahren (ausgehend von Zeitpunkt der Angebotsöffnung) 3 Referenzen im Bereich Isolierungen und Brandschotten mit einem Auftragswert von je 1 Mio. € erbracht".

Zum Nachweis der Referenzen hatten sich die Bieter der Beilage 13.08.3 des genannten Formblattes zu bedienen.

Hinsichtlich der Befugnisse hatten die Bieter die Beilage 13.07.1 des Formblattes MD BD - SR 75 auszufüllen, den Leistungsanteil bzw. die Leistungsgruppe anzugeben, sowie, ob der Bieter selbst befugt ist oder nicht.

Im Falle von Bietergemeinschaften hatten die zur Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmer eine Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft entsprechend der Beilage 13.06 des Formblattes auszufüllen. In dieser Verpflichtungserklärung war der Beteiligungsanteil je Unternehmen sowie dessen Befugnisse anzugeben.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin B-C-O hat mit ihrem Angebot die Referenzliste und die Formblätter über den Referenznachweis ebenso wenig ausgefüllt, wie die Subunternehmererklärung. Die Mitglieder der Bietergemeinschaft haben jedoch in Beilage 13.08.4 des Formblattes MD BD - SR 75 die Erklärung abgegeben: "Der Bieter verfügt über folgende Befugnis(se): Die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise und Befugnisse gemäß Beilagen 13.07.1 bis 13.08.3 und ist/sind diese Befugnis(se) für den gegenständlichen Auftrag ausreichend". In der Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft haben die drei Mitglieder der Bietergemeinschaft den Beteiligungsanteil des Unternehmens B mit 34 %, jenen des Unternehmens C und O jeweils mit 33 % angegeben. Die Spalte "Befugnisse" wurde bei drei Unternehmen jedoch nicht ausgefüllt (Beilage 13.06 des Formblattes MD BD - SR 75, Seite 2).

Im Zuge der am 10.10.2012 vorgenommenen Angebotsprüfung hat die vergebende Stelle bei formaler Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin festgehalten, dass von dieser Referenznachweise nicht beigelegt worden sind. Es wurde daher die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgefordert, im Sinne der von ihr abgegebenen Eigenerklärung, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Nachweise für die Erfüllung der Eignungskriterien

bis 18.10.2012 vorzulegen. Dieser Aufforderung ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin rechtzeitig nachgekommen. Im zweiten Teil der Angebotsprüfung vom 23.10.2012 findet sich der Vermerk, dass aufgrund der Nachreichung die Bietergemeinschaft sowohl den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als auch den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht habe.

Die drei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenznachweise entsprechend der Beilage 13.08.3 des genannten Formblattes lassen nicht erkennen, ob dem einzelnen Unternehmen bzw. der Bietergemeinschaft B-C-O die Referenzbestätigung ausgestellt wurde. An der betreffenden Stelle ist zwar angekreuzt, dass die Leistungen nicht als Subunternehmer erbracht wurden, jedoch ist die Spalte "Falls als ARGE - Mitglied erbracht, Anteil in %" nicht ausgefüllt. Aus der in den Vergabeakten erliegenden Niederschrift über die Angebotsprüfung ist nicht ersichtlich, ob die Antragsgegnerin die Frage geprüft hat, wer Vertragspartner des jeweiligen Referenzgebers gewesen ist, ob also jene Leistungen, die in der Referenz bestätigt werden, von der Bietergemeinschaft oder von einem Mitglied derselben erbracht wurden. In Teil 2 der Niederschrift über die formale Prüfung der Angebote wird auf Seite 5 abschließend festgehalten: "Aufgrund der durchgeführten Eignungsprüfungen steht fest, dass der Bieter 1 Bietergemeinschaft \*\*\* über die geeigneten Nachweise und Referenzen verfügt und somit die Mindestkriterien der finanziellen / wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit und erforderlichen Befugnisse erfüllt".

Zur Frage des Nachweises der Befugnis wird in der Niederschrift auf die Angebotsprüfung zum Los "5315 Klima Lüftung" verwiesen und angeführt:

"Eignung gegeben".

Zur Befugnis der Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergibt sich aus der Aktenlage:

Das Unternehmen B verfügt (unter anderem) über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung (Handwerk) gemäß § 94 Z 79 GewO 1994. Das Unternehmen B verfügt (unter anderem) über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung (Handwerk) gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO 1994.

Das Unternehmen C ist zur Errichtung und Wartung technischer Infrastruktur von Bauten und technischen Anlagen auf den Gebieten Heizung, Klimatisierung, Lüftung, Spenglerei, Schlosserei, Kältetechnik, Brandverhütung und -bekämpfung, Rohrleitungsbau und Umwelttechnik befugt.

Das Unternehmen O besitzt eine Befugnis auf dem Gebiet der Aufstellung von Lüftungsanlagen (einschließlich Klimaanlage) der Oberstufe in Form eines Industriebetriebes.

Sowohl die Mitglieder der Bietergemeinschaft als auch die Bietergemeinschaft selbst hat sich an teilweise parallel durchgeführten Verfahren zur Vergabe von Losen im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord beworben. So wurde das Los "5230 Sanitär" mit Entscheidung vom 11.12.2012 der Bietergemeinschaft bestehend aus B, \*\*\* GmbH und O zugeschlagen.

Das Los "5310 Wärmeversorgung - Wärmeerzeugung" wurde von der Antragsgegnerin am 14.8.2012 der Bietergemeinschaft \*\*\* zugeschlagen.

Das Los "5315 zur Herstellung von Klima- und Lüftungsanlagen, Lüftungs-, Teilklima-, Klima-, Kälte- und Prozesslufttechnischen Anlagen" wurde mit Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 der Bietergemeinschaft B-C-O, die auch im gegenständlichen Verfahren den Zuschlag erhalten soll, zugeschlagen (Bekanntmachung vergebener Aufträge, vorgelegt von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2013). Bei diesen drei Losen hatten die Auftragnehmer keine Isolierungen oder Brandschotten herzustellen. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die vergebende Stelle eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und entsprechend dokumentiert. Die Antragstellerin hat in ihrem einleitenden Schriftsatz sechs näher bezeichnete Positionen aus dem Leistungsverzeichnis herausgegriffen und dazu ausgeführt, dass der Wert dieser sechs Positionen über 25 % des gesamten Leistungsverzeichnisses mit insgesamt 435 Positionen beträgt. Bei diesen Positionen handelt es sich überwiegend um die Dämmung von eckigen Luftleitungen mit den entsprechenden Formstücken, in verschiedenen Ausführungen, insbesondere in Ausführungen mit blechummantelter Dämmung bzw. Dämmung mit alukaschierten Mineralwollmatten.

Ein Vergleich der von den Teilen in diesen sechs Positionen angegebenen Beträgen zeigt, dass bei allen sechs Positionen die Summen aus dem Angebot der Antragstellerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht einmal um ein Prozent auseinander liegen. Bei vier Positionen, die höherwertige Blech- bzw. Elastomerplatten-Ummantelungen betreffend liegt das Angebot der Antragstellerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin um nur 0,83 % auseinander. Es finden sich aber mehrfach Positionen, bei denen die präsuntive Zuschlagsempfängerin billiger angeboten hat als die Antragstellerin (z.B. Pos. 824012B, 824312B u.a.).

Aus dem Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ist nicht feststellbar, welche Leistungen das jeweilige Mitglied der Bietergemeinschaft im Auftragsfall konkret erbringen wird.

Bei der Angebotseröffnung, an der auch zwei Vertreter der Antragstellerin teilgenommen haben, wurde das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin mit: "BIEGE B\*\*\*-C\*\*\*-O\*\*\*, \*\*\*", verlesen. Aus der Niederschrift zur Angebotseröffnung geht nicht hervor, ob von einem der anwesenden Firmenvertretern, insbesondere von den Vertretern der Antragstellerin, um Aufklärung ersucht worden wäre, den jeweiligen Firmenwortlaut der jeweiligen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft bekannt zu geben.

Mit E-Mail vom 27.11.2012 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, der "Bietergemeinschaft B\*\*\*-C\*\*\*-O\*\*\*" den Zuschlag erteilen zu wollen, da es sich unter den gültigen Angeboten um das preisgünstigste handelt. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 6.12.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Mit E-Mail vom 27.11.2012 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, der "Bietergemeinschaft B\*\*\*-C\*\*\*-O\*\*\*" den Zuschlag erteilen zu wollen, da es sich unter den gültigen Angeboten um das preisgünstigste handelt. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 6.12.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des unbedenklichen und sorgfältig geführten Vergabeaktes, sowie auf die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten drei Kopien von Bekanntmachungen über vergebene Aufträge. Da die vergebende Stelle im Zuge der Angebotsprüfung zum Nachweis der Befugnis auf ihre Angebotsprüfung beim Los "5315 Klima Lüftung" verwiesen hat, wurden die entsprechenden Feststellungen den von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.12.2012 vorgelegten Auszügen aus den Gewerberegistern entnommen. Die Feststellung, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren (20.9.2012) der Zuschlag für das Los "5315 Klima Lüftung" an die Bietergemeinschaft noch nicht erteilt war, ergibt sich aus der Bekanntmachung vergebener Aufträge vom 20.11.2012, wonach als Tag der Zuschlagsentscheidung der 6.11.2012 angeführt wird.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie beabsichtigt im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Vergabe eines Bauauftrages, nämlich die Durchführung von Isolierungs- und Brandschutzarbeiten im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat des Landes Wien gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie beabsichtigt im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Vergabe eines Bauauftrages, nämlich die Durchführung von Isolierungs- und Brandschutzarbeiten im Zuge des Neubaus des Krankenhauses Nord. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat des Landes Wien 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist

oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtete 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 den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 27.11.2012 als E-Mail zugegangen ist, ist der am 6.12.2012 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig (§ 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtete 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 den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 27.11.2012 als E-Mail zugegangen ist, ist der am 6.12.2012 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007).

Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung erweist sich im Ergebnis auch als berechtigt.

Mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren beabsichtigt die Antragsgegnerin die Isolierung, Wärmedämmung und die Herstellung von Brandschotten offenbar bezüglich all jener Leistungen, die bei den Losen "5230 Sanitär", "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" und "5315 Klima Lüftung" teilweise auch von anderen Unternehmern erbracht worden sind, zu vergeben. So hat die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft lediglich die Arbeiten im Los "5315 Klima Lüftung" durchgeführt, beim Los "5230 Sanitär" waren die Unternehmen B und O der Bietergemeinschaft im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mit einem dritten Unternehmer tätig, beim Los "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" war weder die Bietergemeinschaft noch ein Mitglied der Bietergemeinschaft tätig.

Gegenständlich sollen offenkundig die nach Fertigstellung der Lose "5230 Sanitär", "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" und "5315 Klima und Lüftung" notwendige Isolierungen und Brandschotten hergestellt werden. Die ausgeschriebenen Leistungen sind dem reglementierten Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß § 94 Z 79 GewO 1994 zuzuordnen und vorbehalten. Gegenständlich sollen offenkundig die nach Fertigstellung der Lose "5230 Sanitär", "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" und "5315 Klima und Lüftung" notwendige Isolierungen und Brandschotten hergestellt werden. Die ausgeschriebenen Leistungen sind dem reglementierten Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO 1994 zuzuordnen und vorbehalten.

Der überwiegende Teil der ausgeschriebenen Leistungen betrifft die Wärmedämmung und Brandisolierung, eine Unterteilung im Leistungsverzeichnis in Obergruppen trennt nicht ausdrücklich zwischen Wärme- und Kälte- und Branddämmung sowie Feuerschutz und Schalldämmung. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei diesen Leistungen um eine homogene Leistung. Da die Bietergemeinschaft aus drei Unternehmen besteht, die sich für den Fall der Auftragserteilung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft verpflichtet haben, haben sie die ihnen zugeschlagenen Leistungen solidarisch zu erbringen (§ 2 Z 7 BVergG 2006). Dies bedeutet, dass im Gewährleistungs- oder Haftungsfall der Auftraggeber auf alle Mitglieder und damit auch auf deren gesamte finanzielle Leistungsfähigkeit zurückgreifen kann, weshalb alle Mitglieder der Bietergemeinschaft die dafür erforderlichen Befugnisse haben müssen (vgl. VfGH 21.6.2004, B 531/02). Der überwiegende Teil der ausgeschriebenen Leistungen betrifft die Wärmedämmung und Brandisolierung, eine Unterteilung im Leistungsverzeichnis in Obergruppen trennt nicht ausdrücklich zwischen Wärme- und Kälte- und Branddämmung sowie Feuerschutz und Schalldämmung. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei diesen Leistungen um eine homogene Leistung. Da die Bietergemeinschaft aus drei Unternehmen besteht, die sich für den Fall der Auftragserteilung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft verpflichtet haben, haben sie die ihnen

zugeschlagenen Leistungen solidarisch zu erbringen (Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2006). Dies bedeutet, dass im Gewährleistungs- oder Haftungsfall der Auftraggeber auf alle Mitglieder und damit auch auf deren gesamte finanzielle Leistungsfähigkeit zurückgreifen kann, weshalb alle Mitglieder der Bietergemeinschaft die dafür erforderlichen Befugnisse haben müssen vergleiche VfGH 21.6.2004, B 531/02).

Nun hat das Verfahren gegenständlich ergeben, dass sich die vergebende Stelle der Antragsgegnerin bei der Prüfung des Nachweises der Befugnis der Bietergemeinschaft auf ihre Angebotsprüfung zum Los "5315 Klima Lüftung" bezogen hat, welches der antragstellenden Bietergemeinschaft zugeschlagen worden ist. Nun bedarf es aber für die Errichtung der Klima- und Lüftungsanlagen, Lüftungs-, Teilklima-, Klima-, Kälte- und Prozesslufttechnischen Anlagen nicht der Befugnis für das reglementierte Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß § 94 Z 79 GewO 1994. Da die ausgeschriebenen Leistungen nicht gemeinsam mit den Leistungen zu den drei Losen oder im unmittelbaren Anschluss daran zu erbringen sind, sondern getrennt davon ausgeschrieben wurden, wobei nicht nur die im Rahmen des Loses "5315 Klima Lüftung" erbrachten Leistungen Gegenstand der Isolierarbeiten sein sollen, sondern auch die errichteten der Sanitär-, Wärmeversorgungs- und Wärmeerzeugungseinrichtungen, kommt auch die Bestimmung des § 32 GewO 1994 nicht zum Tragen, noch dazu, wo im Hinblick auf den Zeitpunkt der vergebenen Leistungen die Befugnis zu diesen Abschlussarbeiten im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (§ 69 Z 1 BVergG 2006), im gegenständlichen Verfahren (20.9.2012) noch gar nicht vergeben waren. Wenn man daher mit der Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre wegen Ausführung der Leistungen beim Los "5315 Klima Lüftung" bzw. zweier Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft bei der Ausführung der Leistungen zum Los "5230 Sanitär" berechtigt, die Isolierungsarbeiten, da diese sinnvollerweise zu den Grundleistungen gehören, im Rahmen der Berechtigung des § 32 GewO 1994 auszuführen, wäre für sie nichts gewonnen, da dies voraussetzen würde, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren die Leistungen zumindest in den beiden genannten Losen bereits vergeben und erbracht wurden. Dazu kommt, dass auch die Isolierungen und Brandschotten für das Los "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" ausgeschrieben sind, in welchem Los weder die Bietergemeinschaft noch einzelne Mitglieder derselben tätig gewesen sind. Nun hat das Verfahren gegenständlich ergeben, dass sich die vergebende Stelle der Antragsgegnerin bei der Prüfung des Nachweises der Befugnis der Bietergemeinschaft auf ihre Angebotsprüfung zum Los "5315 Klima Lüftung" bezogen hat, welches der antragstellenden Bietergemeinschaft zugeschlagen worden ist. Nun bedarf es aber für die Errichtung der Klima- und Lüftungsanlagen, Lüftungs-, Teilklima-, Klima-, Kälte- und Prozesslufttechnischen Anlagen nicht der Befugnis für das reglementierte Gewerbe der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO 1994. Da die ausgeschriebenen Leistungen nicht gemeinsam mit den Leistungen zu den drei Losen oder im unmittelbaren Anschluss daran zu erbringen sind, sondern getrennt davon ausgeschrieben wurden, wobei nicht nur die im Rahmen des Loses "5315 Klima Lüftung" erbrachten Leistungen Gegenstand der Isolierarbeiten sein sollen, sondern auch die errichteten der Sanitär-, Wärmeversorgungs- und Wärmeerzeugungseinrichtungen, kommt auch die Bestimmung des Paragraph 32, GewO 1994 nicht zum Tragen, noch dazu, wo im Hinblick auf den Zeitpunkt der vergebenen Leistungen die Befugnis zu diesen Abschlussarbeiten im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006), im gegenständlichen Verfahren (20.9.2012) noch gar nicht vergeben waren. Wenn man daher mit der Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre wegen Ausführung der Leistungen beim Los "5315 Klima Lüftung" bzw. zweier Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft bei der Ausführung der Leistungen zum Los "5230 Sanitär" berechtigt, die Isolierungsarbeiten, da diese sinnvollerweise zu den Grundleistungen gehören, im Rahmen der Berechtigung des Paragraph 32, GewO 1994 auszuführen, wäre für sie nichts gewonnen, da dies voraussetzen würde, dass im Zeitpunkt der Angebotseröffnung im gegenständlichen Vergabeverfahren die Leistungen zumindest in den beiden genannten Losen bereits vergeben und erbracht wurden. Dazu kommt, dass auch die Isolierungen und Brandschotten für das Los "5310 Wärmeversorgung, Wärmeerzeugung" ausgeschrieben sind, in welchem Los weder die Bietergemeinschaft noch einzelne Mitglieder derselben tätig gewesen sind.

Es hat daher die Bietergemeinschaft nachzuweisen, dass sie über Referenzen verfügt, wie sie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt worden sind. Die von der Bietergemeinschaft vorgelegten Referenzen wurden nach dem Inhalt der Vergabeakten zwar geprüft, Prüfvermerke auf den Referenznachweisen selbst sind nicht vorhanden. Spezielle Ausführungen zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit sind auch in der Prüfniederschrift nicht zu entnehmen, sodass derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann, ob die drei von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzen tatsächlich den Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung

entsprechen. Die Referenzbestätigungen lassen nicht erkennen, welches Unternehmen die im Referenznachweis bestätigten Leistungen erbracht hat, insbesondere ob dies die Bietergemeinschaft in der gegenständlichen Zusammensetzung gewesen ist oder jeweils ein Mitglied der Bietergemeinschaft als Einzelunternehmen. Diesbezüglich wäre die Antragsgegnerin, auch im Hinblick auf die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Beilage 13.06 des Formblattes MD BD - SR 75, Seite 2, angeführten Beteiligungsanteile verhalten gewesen, zu prüfen, ob tatsächlich jedes der drei Unternehmen über die für die Ausführung der gegenständlichen Arbeiten notwendige Befugnis verfügt.

Da dies nicht geschehen ist, nach der Aktenlage auch nicht ersichtlich ist, inwieweit die präsumtive Zuschlagsempfängerin tatsächlich die Referenzanforderungen erfüllt, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grunde stattzugeben. Die Antragsgegnerin wird im fortzusetzenden Verfahren zu prüfen haben, in welchem Ausmaß die präsumtive Zuschlagsempfängerin die geforderten Referenzen erbracht hat und ob dies mit ausreichender Befugnis der Mitglieder der Bietergemeinschaft erfolgte (Brandschutz).

Im Hinblick darauf, dass die Frage der Referenznachweise primär zu prüfen ist, ob hinsichtlich eines Angebotes ein Ausscheidungsgrund vorliegt, hat der Senat von der Behandlung der übrigen Anfechtungspunkte abgesehen. Bemerkt sei lediglich, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten eine vertiefte Angebotsprüfung von der vergebenden Stelle vorgenommen worden ist. Auch der Argumentation der Antragstellerin folgend, bei sechs von ihr näher bezeichneten Positionen müsse eine unplausible, bzw. spekulative Preisgestaltung vorliegen, nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht angenommen werden kann, zumal eine relevante Differenz bei diesen Positionen in den Angeboten der Parteien nicht gefunden werden kann. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da nicht erkennbar wäre, welchem Unternehmen konkret zugeschlagen werden soll, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass es ihr freigestanden wäre, im Zuge der Angebotseröffnung, bei der sie anwesend gewesen ist, diesen Umstand entsprechend zu rügen bzw. zu hinterfragen. Allfällige Unklarheiten hätten daher von ihr geltend gemacht werden können. Der Senat hält die Mitteilung, dass der Bietergemeinschaft "B\*\*\* - C\*\*\* - O\*\*\*" der Zuschlag erteilt werden soll für gerade noch ausreichend, zumal diese Ungenauigkeit nicht von wesentlichem Einfluss im Sinne des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein kann. Im Hinblick darauf, dass die Frage der Referenznachweise primär zu prüfen ist, ob hinsichtlich eines Angebotes ein Ausscheidungsgrund vorliegt, hat der Senat von der Behandlung der übrigen Anfechtungspunkte abgesehen. Bemerkt sei lediglich, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten eine vertiefte Angebotsprüfung von der vergebenden Stelle vorgenommen worden ist. Auch der Argumentation der Antragstellerin folgend, bei sechs von ihr näher bezeichneten Positionen müsse eine unplausible, bzw. spekulative Preisgestaltung vorliegen, nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht angenommen werden kann, zumal eine relevante Differenz bei diesen Positionen in den Angeboten der Parteien nicht gefunden werden kann. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da nicht erkennbar wäre, welchem Unternehmen konkret zugeschlagen werden soll, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass es ihr freigestanden wäre, im Zuge der Angebotseröffnung, bei der sie anwesend gewesen ist, diesen Umstand entsprechend zu rügen bzw. zu hinterfragen. Allfällige Unklarheiten hätten daher von ihr geltend gemacht werden können. Der Senat hält die Mitteilung, dass der Bietergemeinschaft "B\*\*\* - C\*\*\* - O\*\*\*" der Zuschlag erteilt werden soll für gerade noch ausreichend, zumal diese Ungenauigkeit nicht von wesentlichem Einfluss im Sinne des Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 für den Ausgang des Vergabeverfahrens sein kann.

Aus all diesen Gründen war wie im Spruch Punkt 1 zu entscheiden und dem Anfechtungsantrag stattzugeben.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 11.12.2012 erlassenen einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Punkt 2). Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 11.12.2012 erlassenen einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Punkt 2).

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides

zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

**Schlagworte**

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; mangelhafte Prüfung der Referenzen sowie der Befugnis einer Bietergemeinschaft;

**Zuletzt aktualisiert am**

29.04.2013

**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)