

TE Verg Bescheid 2013/1/17 VKS-145800/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.01.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1

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 § 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 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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, ***, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Lieferung und Montage von Holzfenstern und Leichtbauwänden für das Geriatriezentrum Donaustadt durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Sozialmedizinisches Zentrum Ost, Geriatriezentrum Donaustadt, Langobardenstraße 122, 1220 Wien, diese vertreten durch die Magistratsdirektion - Geschäftsbereich Recht (MDR) - Gruppe Vergaberecht, 1082 Wien - Rathaus, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.12.2012 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben; die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 17.12.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser 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, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. a, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 19 Abs. 1, 75 Abs. 6, 125, 129 Abs. 1 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, sublit. a, 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 75, Absatz 6, 125, 129, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Sozialmedizinisches Zentrum Ost - Geriatriezentrum Donaustadt (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Auftrages, nämlich zur Lieferung und Montage von Holzfenstern und Leichtbauwänden für das Geriatriezentrum Donaustadt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit (Amtsblatt der EU vom 12.9.2012, Zl. 2012/S 175-288449) als auch auf der Webseite und im Amtsblatt der Antragsgegnerin erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.10.2012, 8.00 Uhr. Die Antragstellerin hat sich neben einem weiteren Bieter am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 4.12.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege 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 11.12.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach den Festlegungen im Leistungsverzeichnis für die einzubauenden Fenster-Tür-Kombinationen eine bestimmte Art der Schwellenausbildung barrierefrei mit einer Breite von ca. 1,6 m anzubieten war, wobei ein bestimmtes Leitprodukt genannt worden sei. Es sei entweder dieses Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt anzubieten gewesen. Die Antragstellerin führt aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu keinem Zeitpunkt vor Angebotsabgabe eine Preisanfrage nach dem Leitprodukt durchgeführt habe und daher anzunehmen sei, dass sie nicht das Leitprodukt sondern ein anderes Produkt angeboten habe. Auf dem Markt sei kein Produkt vorhanden, welches als gleichwertig zum Leitprodukt angesehen werden könne, sodass vermutet werden müsse, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Schwelle die Anforderungen des Leitproduktes nicht erfüllen könne. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin "von vornherein gewusst hat, dass sie anstelle des ausgeschriebenen Leitprodukts ein nicht gleichwertiges billigeres Produkt" anbieten werde, habe sie damit spekuliert, dass sie mit diesem Produkt den Nachweis der Gleichwertigkeit erbringen werde können. Im Ergebnis liege damit ein spekulatives Angebot vor, welches auszuschneiden sei. Hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Leitprodukt angeboten, wäre deren Gesamtangebotspreis "mit Sicherheit höher ausgefallen" als der Gesamtangebotspreis der Antragstellerin, womit diese Billigstbieterin geworden wäre. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 11.12.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach den Festlegungen im Leistungsverzeichnis für die einzubauenden Fenster-Tür-Kombinationen eine bestimmte Art der Schwellenausbildung barrierefrei mit einer Breite von ca. 1,6 m anzubieten war, wobei ein bestimmtes Leitprodukt genannt worden sei. Es sei entweder dieses Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt anzubieten gewesen. Die Antragstellerin führt aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu keinem Zeitpunkt vor Angebotsabgabe eine Preisanfrage nach dem Leitprodukt durchgeführt habe und daher anzunehmen sei, dass sie nicht das Leitprodukt sondern ein anderes Produkt angeboten habe. Auf dem Markt sei kein Produkt vorhanden, welches als gleichwertig zum Leitprodukt angesehen werden könne, sodass vermutet werden müsse, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Schwelle die Anforderungen des Leitproduktes nicht erfüllen könne. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin "von vornherein gewusst hat, dass sie anstelle des ausgeschriebenen Leitprodukts ein nicht gleichwertiges billigeres Produkt" anbieten werde, habe sie damit spekuliert, dass sie mit diesem Produkt den Nachweis der Gleichwertigkeit erbringen werde können. Im Ergebnis liege damit ein spekulatives Angebot vor, welches auszuschneiden sei. Hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Leitprodukt angeboten, wäre deren Gesamtangebotspreis "mit Sicherheit höher ausgefallen" als der Gesamtangebotspreis der Antragstellerin, womit diese Billigstbieterin geworden wäre. Nach Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als Billigstbieterin den Zuschlag erhalten.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin der Eintritt eines beträchtlichen, wirtschaftlichen Schadens, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt werde. Dazu käme der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes. Durch die vorliegende Zuschlagsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt. Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin der Eintritt eines beträchtlichen, wirtschaftlichen Schadens, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt werde. Dazu käme der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes. Durch die vorliegende Zuschlagsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauterer Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 17.12.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 17.12.2012 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie habe fristgerecht ein ordnungsgemäßes und ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Insbesondere habe sie in der Position 511920 AZ ein gleichwertiges Produkt angeboten. Dazu verweist sie auf ein von ihr vorgelegtes Gutachten des Magistrats der Stadt Wien, MA 39. Die Teilnahmeberechtigte habe auch einen angemessenen Preis kalkuliert, ihr Angebot sei in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen preisangemessen.

Mit Schreiben vom 17.12.2012 (eingelangt am 18.12.2012) hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Ab- bzw. Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, es fehle der Antragstellerin an der Antragslegitimation, da sie die geforderten Referenzen nicht habe erbringen können. Die Arbeiten am Referenzprojekt "Geriatrizentrum Baumgarten" seien im Zeitpunkt der Angebotseröffnung noch nicht abgeschlossen gewesen, die Antragstellerin sei deshalb aufgefordert worden, eine andere, geeignete Referenz vorzulegen. Die Antragstellerin habe dieser Aufforderung zwar entsprochen und Unterlagen vorgelegt, aus denen hätten sich "jedoch bei Weitem nicht jene Angaben, die für die Prüfung der Referenz erforderlich waren" ergeben. Damit habe sie die erforderliche Eignung nicht nachgewiesen, weshalb die Ausscheidungsgründe nach § 129 Abs. 1 Z 1, 2 und 7 BVergG 2006 in Verbindung mit dem Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vorliegen würden. Auch der im Ermessen der Antragsgegnerin liegende Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 komme zum Tragen, dies ergebe sich "direkt aus dem Vergabeakt und wird nunmehr von der Auftraggeberin geltend gemacht sowie das Ermessen geübt". Da der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle wäre ihr Antrag zurückzuweisen. Mit Schreiben vom 17.12.2012 (eingelangt am 18.12.2012) hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Ab- bzw. Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, es fehle der Antragstellerin an der Antragslegitimation, da sie die geforderten Referenzen nicht habe erbringen können. Die Arbeiten am Referenzprojekt "Geriatrizentrum Baumgarten" seien im Zeitpunkt der Angebotseröffnung noch nicht abgeschlossen gewesen, die Antragstellerin sei deshalb aufgefordert worden, eine andere, geeignete Referenz vorzulegen. Die Antragstellerin habe dieser Aufforderung zwar entsprochen und Unterlagen vorgelegt, aus denen hätten sich "jedoch bei Weitem nicht jene Angaben, die für die Prüfung der Referenz erforderlich waren" ergeben. Damit habe sie die erforderliche Eignung nicht nachgewiesen, weshalb die Ausscheidungsgründe nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 BVergG 2006 in Verbindung mit dem Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 vorliegen würden. Auch der im Ermessen der Antragsgegnerin liegende Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 komme zum Tragen, dies ergebe sich "direkt aus dem Vergabeakt und wird nunmehr von der Auftraggeberin geltend gemacht sowie das Ermessen geübt". Da der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle wäre ihr Antrag zurückzuweisen.

Zu den von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdegründen führt die Antragsgegnerin aus, dass als Leitprodukt für die Schwellenausbildungen das Produkt "Alumat, Typ MFAT 10 oder glw" festgelegt worden sei. Die Teilnahmeberechtigte habe in dieser Position ein Produkt angeboten, das nach Prüfung durch die technische Projektbegleitung als nicht gleichwertig befunden worden wäre. In einem Aufklärungsgespräch sei der Teilnahmeberechtigten dieses Ergebnis mitgeteilt worden, worauf sie erklärt habe, dass das von ihr angebotene Produkt "tatsächlich in einigen Punkten dem Leitprodukt nicht gleichwertig sei", sie jedoch das Leitprodukt liefern werde, zumal sie eine entsprechende Erklärung im Angebotsformblatt angekreuzt habe. Damit habe die Teilnahmeberechtigte ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, weshalb ihr als Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen sei.

Ergänzend dazu hat die Teilnahmeberechtigte im Schriftsatz vom 14.1.2013 ausgeführt, dass sie sich bereits mit der Angebotslegung verpflichtet habe, im Falle, dass die Gleichwertigkeit des Alternativproduktes nicht nachgewiesen werden könne, das Leitprodukt als angeboten gelte. Ihr Angebot sei preisangemessen und kostendeckend und zwar unabhängig davon, ob das von ihr angeführte oder das Leitprodukt zugrunde gelegt werde. Der preisliche Unterschied zum Angebot der Antragstellerin resultiere offenkundig nicht daraus, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten spekulativ oder unterpreisig wäre sondern aus einem zu hoch kalkulierten Gewinn der Antragstellerin.

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 wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2013 ausgegangen.

Folgender Sachverhalt wird seiner Entscheidung zugrunde gelegt:

Bei der Antragsgegnerin 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, nämlich zur Lieferung und Montage von Holzfenstern inkl. Schwellenausbildung und Leichtbauwänden für das Geriatriezentrum Donaustadt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.10.2012, 8.00 Uhr. Die Antragstellerin hat sich neben einem weiteren Bieter am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot mit einer Gesamtangebotssumme von Euro 4.705.254,--, jenes des Billigstbieters mit Euro 4.115.378,40 verlesen. Bei der Antragsgegnerin 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, nämlich zur Lieferung und Montage von Holzfenstern inkl. Schwellenausbildung und Leichtbauwänden für das Geriatriezentrum Donaustadt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.10.2012, 8.00 Uhr. Die Antragstellerin hat sich neben einem weiteren Bieter am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot mit einer Gesamtangebotssumme von Euro 4.705.254,--, jenes des Billigstbieters mit Euro 4.115.378,40 verlesen.

Im Zuge der Sanierungs- und Umbauarbeiten am Geriatriezentrum Donaustadt hat die Antragsgegnerin die Lieferung und Montage von Fenstern/Türen aus Holz ausgeschrieben. Dabei hat die Antragsgegnerin eine besondere Schwellenausbildung, nämlich barrierefrei mit einer Breite von ca. 1,6 m festgelegt. Bei dieser Festlegung in Position 51.19.20A handelt es sich um eine unechte Bieterlücke, weil als Leitprodukt für die Schwellenausbildung das Produkt "Alumat, Typ MFAT 10 oder glw" festgelegt war.

Unstrittig ist, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot für die Schwellenausbildung barrierefrei ein eigenes System angeboten hat, das dem Leitprodukt nicht gleichwertig ist. Dieser Umstand wurde von der Teilnahmeberechtigten sowohl im Zuge der Angebotsprüfung (Aufklärungsgespräch vom 22.10.2011) als auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2013 bestätigt.

Im Angebotsdeckblatt des Formblattes MD-BD SR 75 ist auf Seite 5 folgende Erklärung enthalten, die von den Bietern gegebenenfalls anzukreuzen war:

"Ich (Wir) erkläre(n), dass ich (wir) das (die) im Leistungsverzeichnis angegebene(n) Produkt(e) verwenden werde(n), falls mein(e) (unser/e) angebotene(s) Produkt(e) nicht gleichwertig ist (sind)".

Diese Erklärung hat die Teilnahmeberechtigte angekreuzt, womit - nachdem die in Pos. 51.19.20A festgelegte Art der Schwellenausbildung von ihr nicht angeboten wurde - bei dieser Position das ausgeschriebene Produkt "Alumat, Typ MFAT 10", als angeboten gilt.

In Pos. 00.16.71 findet sich folgende Festlegung zur "Gleichwertigkeit":

"Der Bieter hat die Möglichkeit durch Vorlage von entsprechenden technischen Unterlagen die Gleichwertigkeit der von ihm angebotenen Produkte nachzuweisen. Sollten im Zuge der Angebotsprüfung oder nach Auftragsvergabe begründete Zweifel an der Gleichwertigkeit von Produkten bestehen, so kann der AN innerhalb einer Frist von einer Woche auf Kosten des AN eine Prüfung auf Erfüllung oder Gleichwertigkeit der von ihm angebotenen Produkte, durch einen Sachverständigen (z.B. Ziviltechniker) durchführen lassen, die Ergebnisse (Gutachten) sind an den AG innerhalb der vereinbarten Frist zu übergeben. Das ausgeschriebene Produkt gilt als angeboten, wenn die Gleichwertigkeit des durch den AN in der Bieterlücke angegebenen Produktes, nach sachverständiger Prüfung, nicht bestätigt wird. Weiters gilt: Lässt der AN die oben angeführte Frist verstreichen so gilt das ausgeschriebene Erzeugnis als angeboten".

Da von der Teilnahmeberechtigten - auch nicht mit dem von ihr im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegten Prüfbericht der MA 39 - der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht erbracht werden konnte, gilt das Produkt Alumat als angeboten, zumal das von der MA 39 geprüfte Produkt zwar eine barrierefreie Bodenschwelle, jedoch ohne Magnetdichtung aufgewiesen hat. Ausdrücklich verlangt war nach den Ausschreibungsbedingungen unter Pos. Nr. 51.19.20AZ eine barrierefreie Schwellenausbildung bestehend aus Alu-Bodenprofil mit 3-facher thermischer Trennung und doppelter Wärmeisolierung ... Entwässerungsbohrungen sowie zwei Magnet-Dichtungsprofilen mit Ausklinkung ... bei einer Schlagregendichte von 9 A. Wie sich aus dem Prüfbericht der MA 39

ergibt, weist das von der Teilnahmeberechtigten angebotene System in der Bodenschwelle keine Magnetdichtung auf,

sondern eine Aluschwelle mit einer Streifdichtung und einer Lippendichtung, welche in einer Rinne der Bodenschwelle steckt. Damit steht fest, was letztlich auch von der Teilnahmeberechtigten gar nicht bestritten wird, dass das von ihr angebotene System nicht gleichwertig zum Leitprodukt "Alumat" ist.

Unter Punkt 13.081 der Angebotsbestimmungen findet sich als Mindestanforderung an die technische Leistungsfähigkeit Folgendes:

"Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung:

Angabe eines Mindestreferenzprojektes mit einem Mindestauftragsvolumen (Bereich Holzfenster) in der Höhe von mindestens 1,2 Mio. Euro (exklusive USt.)". Die Antragstellerin hat sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf die Lieferung von Holzfenstern für das Geriatriezentrum Baumgarten berufen. Dabei hat die Antragstellerin angegeben, dass die Arbeiten am Referenzprojekt erst im Dezember (2012) abgeschlossen sein würden. Die Antragsgegnerin hat daraufhin die Antragstellerin mit Schreiben vom 15.11.2012 zur Vorlage einer geeigneten Referenz aufgefordert. Dem hat die Antragstellerin insoweit entsprochen, als sie auf ein Referenzprojekt, das im Angebot in der Anlage 20 als Referenz angeführt war, verwiesen hat und dazu eine Schlussrechnung vorlegte.

Auftraggeber beim Projekt Geriatriezentrum Baumgarten war und ist die Antragsgegnerin. Im Zuge der Abwicklung dieses Bauauftrages hat die Antragstellerin im Frühjahr 2012 begonnen, Fenster und Türen zu liefern und einzubauen. Die von ihr erbrachten Leistungen waren weitgehend im Herbst 2012 und zwar mit rund 90 bis 95 % fertiggestellt. Der Auftragswert hat rund 1,5 Mio. Euro betragen. Die Antragstellerin, die bei diesem Projekt als Subunternehmerin tätig gewesen ist, hat ihrem Auftraggeber gegenüber die Leistungen jeweils in Rechnung gestellt. Ein Großteil der Leistungen war zum 3.10.2012 (Zeitpunkt der Angebotseröffnung) auch vom Vertragspartner der Antragstellerin abgenommen und bezahlt worden. Eine Abnahme der von der Antragstellerin erbrachten Leistungen durch die Antragsgegnerin ist zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung beim Projekt Geriatriezentrum Baumgarten noch nicht erfolgt (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2013, Seiten 3 und 5). Ohne weiter die Referenz der Antragstellerin zu hinterfragen, hat die Antragsgegnerin sodann am 22.10.2012 ihre Niederschrift zur Vergabeentscheidung verfasst, in der bezüglich der Antragstellerin festgehalten wird, dass sie die Mindesteignungskriterien erreicht. Diese Niederschrift wurde in der Folge der Vergabekommission vorgelegt. Im Zuge der Behandlung des Vergabevorschlages, der auf die Teilnahmeberechtigte lautete, wurde die Referenz der Antragstellerin betreffend das Projekt Geriatriezentrum Baumgarten thematisiert. Eine Vertreterin der vergebenden Stelle hat während der Sitzung der Vergabekommission nachgefragt, ob seitens der Auftraggeberin die Leistungen der Antragstellerin bei diesem Projekt schon abgenommen worden sind. Nachdem dies verneint wurde, hat die Antragsgegnerin offenbar diese Referenz - diesbezüglich findet sich kein Vermerk in den Vergabeakten - nicht anerkannt. Soweit die Antragstellerin auf eine andere Referenz verwiesen hat, wurde diese von der Antragsgegnerin nicht anerkannt, weil sie aus dem Jahre 2007 stammt. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin eine Ausscheidung hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin nicht getroffen, weil "wir unter Zeitdruck gestanden sind". Einen weiteren Vorhalt hinsichtlich der Referenzproblematik hat die Antragsgegnerin nicht vorgenommen, insbesondere der Antragstellerin nicht vorgehalten, dass die von ihr weiters geltend gemachte Referenz aus dem Jahre 2007 "zu alt" wäre (Protokoll Seite 5).

Aus der Niederschrift zur Vergabeentscheidung ergibt sich, dass die Antragsgegnerin den von der Teilnahmeberechtigten ausgewiesenen Gesamtpreis aufgrund der von ihr vorgenommenen Prüfung als angemessen erachtet hat. Wie diese Prüfung der Angemessenheit des Preises vor der angefochtenen Zuschlagsentscheidung erfolgt ist, kann den Vergabeakten nicht entnommen werden. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde jedoch von der Antragsgegnerin eine Niederschrift zur Prüfung der Preisangemessenheit der Positionen 51.13.01.I (Holzfenster) und 51.19.20.A (Schwellenausbildung barrierefrei) vom 13.12.2012 vorgelegt. Aus der Kostengegenüberstellung, Kostenanschlag Teilnahmeberechtigter und Antragstellerin ergibt sich zwischen den Angeboten der Teilnahmeberechtigten und der Antragstellerin, beim Preisanteil Lohn und Sonstiges eine Gesamtdifferenz von 35,4 %. Ein großer Preisunterschied findet sich vor allem beim Materialanteil für die Bodenschwelle, wie sich aus den von der Teilnahmeberechtigten und der Antragstellerin vorgelegten K 7 - Blättern ergibt.

Eine Systemprüfung (Schlagregendichte etc.) einer Prüfanstalt für eine Holz-Alu-Dreh-Einfachfenstertüre der Teilnahmeberechtigten mit barrierefreier Bodenschwelle und dem System Alumat liegt nicht in den Vergabeakten.

Nachdem die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung zum Ergebnis gelangt ist, dass die Teilnahmeberechtigte,

deren angebotenes System als nicht gleichwertig beurteilt wurde, verpflichtet wäre, das Leitprodukt "Alumat" zu liefern, hat sie sich - wie in der mündlichen Verhandlung (Seite 8) erklärt - erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erkundigt, ob auch andere Unternehmen als der von der Antragstellerin angegebene Lieferant in der Lage ist, dieses System zu liefern. Den Positionspreis hinsichtlich der Bodenschiene der beiden Unternehmen habe die Antragsgegnerin zwar nachgefragt und zur Ermittlung der marktüblichen Preise eine Referenz-Datenbank verwendet. Sowohl die von ihr gesetzten Schritte als auch das Ergebnis dieser Prüfung sind in den Vergabeakten jedoch nicht enthalten. Auch weitere Prüfschritte insbesondere zur Preisgestaltung wurden von der Antragsgegnerin - wie von ihr in der mündlichen Verhandlung zugestanden - nicht dokumentiert, sondern nur in einer - gleichfalls nicht in den Vergabeakten erliegenden - Zusammenfassung (Protokoll Seite 8f) festgehalten.

Die Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 11.12.2012 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. Die Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 11.12.2012 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 auf vornehmlich auf den Inhalt des unbedenklichen, jedoch nicht vollständigen Vergabeaktes sowie auf das Vorbringen der Antragsgegnerin, vor allem in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2013. Nach den Vergabeakten sowie dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten kann als unstrittig angesehen werden, dass die von ihr unter der Pos. Nr. 51.19.20.A angebotene Schwellenausbildung barrierefrei nicht dem Leitprodukt "Alumat" gleichwertig ist und damit nicht die im Leistungsverzeichnis geforderten Kennwerte erfüllt. Dies wurde von der Teilnahmeberechtigten auch im Aufklärungsgespräch vom 22.10.2012 bestätigt. Unstrittig ist auch, dass die Teilnahmeberechtigten auf Seite 5 des Angebotsdeckblattes die Erklärung abgegeben hat, das ausgeschriebene Leitprodukt zu verwenden, falls das von ihr angebotene Produkt nicht gleichwertig ist. Dass diese in der Leistungsbeschreibung geforderte Schwellenausbildung wesentlich teurer sein dürfte, als die von der Teilnahmeberechtigten angebotene, ergibt sich aus dem Angebot der Antragstellerin, die das Produkt "Alumat" anbietet und selbst zukaufen muss. Dazu kann auf die im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nachgereichte Niederschrift über die Prüfung der Preisangemessenheit vom 13.12.2012 verwiesen werden. Diese Niederschrift vom 13.12.2012 kann jedoch, da erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 errichtet, nicht dazu dienen, die von der Antragsgegnerin nach der Aktenlage unterlassene vertiefte Angebotsprüfung insbesondere beim Schwellenpreis, zu ersetzen. Auch die im Zuge der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung, die Antragsgegnerin hätte die Frage, ob die Teilnahmeberechtigten überhaupt in der Lage wäre, die Schiene "Alumat" zu liefern, geprüft, ist durch die Aktenlage mangels entsprechender Dokumentation der Prüfschritte nicht nachgewiesen. Dass diese Prüfschritte in den Vergabeakten nicht dokumentiert wurden, hat die Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung zugestanden. Die Feststellungen betreffend die von der Antragstellerin gelegten Referenzen gründen sich ebenfalls auf den Inhalt der Vergabeakten sowie die Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung. Dass die Antragstellerin im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Geriatriezentrum Baumgarten als Subunternehmerin, die von ihr gelieferte Fenstersandschwellenausbildung im Zeitpunkt der Angebotslegung mit rund 90 bis 95 % erfüllt hatte, sowie ihre Erklärung, dass von ihrem Vertragspartner diese Leistungen bereits abgenommen und die Rechnungen beglichen worden wären, gründen sich auf das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dem seitens der Antragsgegnerin nicht widersprochen wurde. Dass eine zeitmäßige Begrenzung der Referenzen nicht festgelegt war, ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen. Worin im Verhalten der Antragstellerin der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Ausschlussgrund des § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 iVm § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 liegen soll, wurde nicht näher ausgeführt. Diese Feststellungen gründen sich auf vornehmlich auf den Inhalt des unbedenklichen, jedoch nicht vollständigen Vergabeaktes sowie auf das Vorbringen der Antragsgegnerin, vor allem in der mündlichen Verhandlung vom 17.1.2013. Nach den Vergabeakten sowie dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten kann als unstrittig angesehen werden, dass die von ihr unter der Pos. Nr. 51.19.20.A angebotene Schwellenausbildung barrierefrei nicht dem Leitprodukt "Alumat" gleichwertig ist und damit nicht die im Leistungsverzeichnis geforderten Kennwerte erfüllt. Dies wurde von der Teilnahmeberechtigten auch im Aufklärungsgespräch vom 22.10.2012 bestätigt. Unstrittig ist auch, dass die Teilnahmeberechtigten auf Seite 5 des Angebotsdeckblattes die Erklärung abgegeben hat,

das ausgeschriebene Leitprodukt zu verwenden, falls das von ihr angebotene Produkt nicht gleichwertig ist. Dass diese in der Leistungsbeschreibung geforderte Schwellenausbildung wesentlich teurer sein dürfte, als die von der Teilnahmeberechtigten angebotene, ergibt sich aus dem Angebot der Antragstellerin, die das Produkt "Alumat" anbietet und selbst zukaufen muss. Dazu kann auf die im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nachgereichte Niederschrift über die Prüfung der Preisangemessenheit vom 13.12.2012 verwiesen werden. Diese Niederschrift vom 13.12.2012 kann jedoch, da erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 errichtet, nicht dazu dienen, die von der Antragsgegnerin nach der Aktenlage unterlassene vertiefte Angebotsprüfung insbesondere beim Schwellenpreis, zu ersetzen. Auch die im Zuge der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung, die Antragsgegnerin hätte die Frage, ob die Teilnahmeberechtigte überhaupt in der Lage wäre, die Schiene "Alumat" zu liefern, geprüft, ist durch die Aktenlage mangels entsprechender Dokumentation der Prüfschritte nicht nachgewiesen. Dass diese Prüfschritte in den Vergabeakten nicht dokumentiert wurden, hat die Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung zugestanden. Die Feststellungen betreffend die von der Antragstellerin gelegten Referenzen gründen sich ebenfalls auf den Inhalt der Vergabeakten sowie die Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung. Dass die Antragstellerin im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Geriatriezentrum Baumgarten als Subunternehmerin, die von ihr gelieferte Fenstersandschwellenausbildung im Zeitpunkt der Angebotslegung mit rund 90 bis 95 % erfüllt hatte, sowie ihre Erklärung, dass von ihrem Vertragspartner diese Leistungen bereits abgenommen und die Rechnungen beglichen worden wären, gründen sich auf das Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dem seitens der Antragsgegnerin nicht widersprochen wurde. Dass eine zeitmäßige Begrenzung der Referenzen nicht festgelegt war, ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen. Worin im Verhalten der Antragstellerin der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Ausschlussgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 liegen soll, wurde nicht näher ausgeführt.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie beabsichtigt im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Lieferung und Montage von Holzfenstern inklusive Schwellenausbildung barrierefrei für das Geriatriezentrum Donaustadt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie beabsichtigt im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Lieferung und Montage von Holzfenstern inklusive Schwellenausbildung barrierefrei für das Geriatriezentrum Donaustadt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit 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 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 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 4.12.2012 im Faxwege zugegangen ist, ist ihr am 11.12.2012 eingelangter 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 Nichtigserklärung 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 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 4.12.2012 im Faxwege zugegangen ist, ist ihr am 11.12.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007).

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

Die Antragsgegnerin hat zunächst vorgebracht, der Nachprüfungsantrag wäre zurückzuweisen, da das Angebot der Antragstellerin mangels entsprechender Referenzen zwingend nach § 129 Abs. 1 Z 1, 2 und 7 BVergG 2006 in Verbindung mit dem Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Hilfsweise komme auch der im Ermessen der Antragsgegnerin stehende Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 zum Tragen. Richtig ist, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit durch Vorlage entsprechender Referenzen über einen Auftragswert von mindestens 1,2 Mio. Euro (exklusive USt) nachzuweisen hatten. Dazu hat sich die Antragstellerin auf die Referenz "Geriatrizentrum Baumgarten" berufen. Dabei hat die Antragstellerin selbst angegeben, dass die Arbeiten am Referenzprojekt erst im Dezember (2012) abgeschlossen sein würden. Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin auch Auftraggeberin beim Projekt "Geriatrizentrum Baumgarten" war und ist, die Referenz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht werden sollte, wäre zu erwarten gewesen, dass die Antragsgegnerin sich bei der Projektleitung Geriatrizentrum Baumgarten erkundigt, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin dort ihre Leistungen als Sublieferantin ordnungsgemäß erbracht hat. Dies umso mehr, als die Antragstellerin dazu ausgeführt hat, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung die von ihr gelieferten Fenster inklusive Schwellenausbildung zu 90 % montiert, abgerechnet und bezahlt waren. Selbst wenn man davon ausgehen will, dass die Antragsgegnerin zu diesen Ermittlungen nicht verhalten gewesen wäre (die sie immerhin während der Sitzung der Vergabekommission dann doch durchgeführt hat), hat die Antragstellerin auf eine andere bereits mit dem Angebot abgegebene Referenz aus dem Jahre 2007 verwiesen. Diese Referenz wurde von der Antragsgegnerin, ohne dies der Antragstellerin vorzuhalten, nicht anerkannt, da sie älter als fünf Jahre war. Zutreffend hat die Antragstellerin darauf verwiesen, dass in den Ausschreibungsbestimmungen eine zeitliche Befristung der Referenzen im Sinne des § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006 nicht enthalten ist. Der Senat teilt die Ansicht der Antragstellerin, dass die Frage der Anerkennung der von der Antragstellerin gelegten Referenzen von der Antragsgegnerin noch zu erfolgen haben wird. Dies umso mehr, als die Antragsgegnerin in der Niederschrift zur Vergabeentscheidung beim Angebot der Antragstellerin ausdrücklich ausgeführt hat, dass "die Mindesteignungskriterien durch die Bieterin erreicht" wurden. Die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe sind daher mangels entsprechender Dokumentation in den Vergabeakten nicht in einem Ausmaß offenkundig, die es dem Senat ermöglichen würde, über die Antragslegitimation der Antragstellerin abschließend zu entscheiden. Die Antragsgegnerin hat zunächst vorgebracht, der Nachprüfungsantrag wäre zurückzuweisen, da das Angebot der Antragstellerin mangels entsprechender Referenzen zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, 2 und 7 BVergG 2006 in Verbindung mit dem Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Hilfsweise komme auch der im Ermessen der Antragsgegnerin stehende Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 zum Tragen. Richtig ist, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit durch Vorlage entsprechender Referenzen über einen Auftragswert von mindestens 1,2 Mio. Euro (exklusive USt) nachzuweisen hatten. Dazu hat sich die Antragstellerin auf die Referenz "Geriatrizentrum Baumgarten" berufen. Dabei hat die Antragstellerin selbst angegeben, dass die Arbeiten am Referenzprojekt erst im Dezember (2012) abgeschlossen sein würden. Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin auch Auftraggeberin beim Projekt "Geriatrizentrum Baumgarten" war und ist, die Referenz zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erbracht werden sollte, wäre zu erwarten gewesen, dass die Antragsgegnerin sich bei der Projektleitung Geriatrizentrum Baumgarten erkundigt, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin dort ihre Leistungen als Sublieferantin ordnungsgemäß erbracht hat. Dies umso mehr, als die Antragstellerin dazu ausgeführt hat, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung die von ihr gelieferten Fenster inklusive Schwellenausbildung zu 90 % montiert, abgerechnet und bezahlt waren. Selbst wenn man davon ausgehen will, dass die Antragsgegnerin zu diesen Ermittlungen nicht verhalten gewesen wäre (die sie immerhin während der Sitzung der

Vergabekommission dann doch durchgeführt hat), hat die Antragstellerin auf eine andere bereits mit dem Angebot abgegebene Referenz aus dem Jahre 2007 verwiesen. Diese Referenz wurde von der Antragsgegnerin, ohne dies der Antragstellerin vorzuhalten, nicht anerkannt, da sie älter als fünf Jahre war. Zutreffend hat die Antragstellerin darauf verwiesen, dass in den Ausschreibungsbestimmungen eine zeitliche Befristung der Referenzen im Sinne des Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006 nicht enthalten ist. Der Senat teilt die Ansicht der Antragstellerin, dass die Frage der Anerkennung der von der Antragstellerin gelegten Referenzen von der Antragsgegnerin noch zu erfolgen haben wird. Dies umso mehr, als die Antragsgegnerin in der Niederschrift zur Vergabeentscheidung beim Angebot der Antragstellerin ausdrücklich ausgeführt hat, dass "die Mindesteignungskriterien durch die Bieterin erreicht" wurden. Die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe sind daher mangels entsprechender Dokumentation in den Vergabeakten nicht in einem Ausmaß offenkundig, die es dem Senat ermöglichen würde, über die Antragslegitimation der Antragstellerin abschließend zu entscheiden.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotene Schwellenausbildung barrierefrei nicht dem in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Leitprodukt "Alumat Typ MFAT 10" gleichwertig ist. Dies wurde auch von der Antragsgegnerin festgestellt und von der Teilnahmeberechtigten im Aufklärungsgespräch vom 22.10.2012 anerkannt. Im Hinblick auf die von der Teilnahmeberechtigten auf Seite 5 des Angebotsdeckblattes abgegebene Erklärung hat sie sich verpflichtet, das Leitprodukt zu liefern. Ob die Teilnahmeberechtigte in der Lage ist, tatsächlich (was von der Antragstellerin bestritten wird) das Leitprodukt zu liefern, hat die Antragsgegnerin nicht näher geprüft. Die Antragsgegnerin hat auch nicht näher geprüft, ob bei Lieferung des Leitproduktes der von der Teilnahmeberechtigten kalkulierte Gesamtpreis plausibel ist oder nicht. Dies wäre schon deshalb zu verlangen gewesen, weil bei der unter Pos. 51.19.20A "Schwelle barrierefrei" angebotenen Schwelle von der Antragstellerin ein Betrag eingesetzt wurde, der um ein Vielfaches über jenem Betrag liegt, der von der Teilnahmeberechtigten hier eingesetzt wurde. Wenn sich die Antragsgegnerin zu dieser Problematik auf die Prüfung der Preisangemessenheit dieser Position auf die Niederschrift vom 13.12.2012 beruft, ist für sie nichts gewonnen, da diese Prüfung der Preisangemessenheit von wesentlichen Positionen erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 erfolgt ist. Auch in der Niederschrift zur Vergabeentscheidung vom 22.10.2012 setzt sich die Antragsgegnerin mit der Prüfung der Preisangemessenheit im Angebot der Teilnahmeberechtigten auseinander, wobei sie offenbar nur deshalb die Preisangemessenheit dieses Angebotes angenommen hat, weil die vorgelegten K 7 - Blätter in den wesentlichen Positionen von der Schwelle, die von der Teilnahmeberechtigten angeboten wurde, ausgeht und nicht berücksichtigt, dass diese Schwelle mangels Gleichwertigkeit nicht geliefert werden kann. Ob die Preisangemessenheit auch dann noch angenommen werden kann, wenn von der Teilnahmeberechtigten die Schwelle "Alumat" geliefert wird, kann nach der derzeitigen Aktenlage nicht gesagt werden, zumal eine Prüfung dieser Frage vor Zuschlagsentscheidung von der Antragsgegnerin unterblieben ist. Es kann daher auch nicht beurteilt werden, ob der Vorwurf der Antragstellerin, das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei ein "speklatives Angebot, welches auszuschneiden ist", zutrifft, da die Teilnahmeberechtigte anstelle des ausgeschriebenen Leitproduktes ein nicht gleichwertiges, billigeres Produkt angeboten hat. Soweit sich die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zur Frage der Prüfung der Plausibilität des Angebots der Teilnahmeberechtigten auf teilweise mündlich geführte Erhebungen und Nachfragen berufen hat, ist für sie nichts gewonnen, weil diese Schritte in den Vergabeakten nicht dokumentiert sind, wie von ihr selbst zugestanden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2011, RsC 19/00; VKS Wien zuletzt 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.v.a.). Diesen Anforderungen entspricht, was die Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung betrifft, das von der Antragsgegnerin geführte Verfahren mangels entsprechender Dokumentation in keiner Weise. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang sie die Plausibilität von Preisen geprüft hat, insbesondere dann, wenn sich aus dem Vergleich von wesentlichen Positionen in Angeboten bedeutende Abweichungen ergeben (vgl. § 125 Abs. 1 und 2 BVergG 2006). Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Niederschrift zur Vergabeentscheidung vom 22.10.2012 beruft ist ihr zu entgegnen, dass die darin dargestellte vertiefte Angebotsprüfung nicht den Vorgaben des BVergG 2006 gerecht wird. Inwieweit die in den K 7 - Blättern dargestellte Kalkulation sich "für den Prüfer als plausibel" darstellt, kann diesen Ausführungen nicht entnommen werden, zumal - wie der Prüfer selbst festhält - die Teilnahmeberechtigte die bei den oben angeführten Positionen (Fensterbeschläge, Sichtbeschläge-Holzfenster, Schwellenausbildung barrierefrei, Breite ca. 1,6 m)

ausgeschriebenen Produkte zu liefern hat, ohne sie in den K 7 - Blättern berücksichtigt zu haben. Es ist somit für den Senat nicht nachvollziehbar, ob das Angebot der Teilnehmereberechtigten auch dann noch als preisangemessen und plausibel bewertet werden kann, wenn sie die festgelegten Leitprodukte zu liefern und zu montieren hat. Da die Antragsgegnerin diese Frage nach der Aktenlage bisher nicht einer abschließenden Beurteilung unterzogen hat, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben. Aus diesen Gründen war dem Nichtigerklärungsantrag stattzugeben (Spruch Punkt 1). Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dass die von der Teilnehmereberechtigten angebotene Schwellenausbildung barrierefrei nicht dem in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Leitprodukt "Alumat Typ MFAT 10" gleichwertig ist. Dies wurde auch von der Antragsgegnerin festgestellt und von der Teilnehmereberechtigten im Aufklärungsgespräch vom 22.10.2012 anerkannt. Im Hinblick auf die von der Teilnehmereberechtigten auf Seite 5 des Angebotsdeckblattes abgegebene Erklärung hat sie sich verpflichtet, das Leitprodukt zu liefern. Ob die Teilnehmereberechtigte in der Lage ist, tatsächlich (was von der Antragstellerin bestritten wird) das Leitprodukt zu liefern, hat die Antragsgegnerin nicht näher geprüft. Die Antragsgegnerin hat auch nicht näher geprüft, ob bei Lieferung des Leitproduktes der von der Teilnehmereberechtigten kalkulierte Gesamtpreis plausibel ist oder nicht. Dies wäre schon deshalb zu verlangen gewesen, weil bei der unter Pos. 51.19.20A "Schwelle barrierefrei" angebotenen Schwelle von der Antragstellerin ein Betrag eingesetzt wurde, der um ein Vielfaches über jenem Betrag liegt, der von der Teilnehmereberechtigten hier eingesetzt wurde. Wenn sich die Antragsgegnerin zu dieser Problematik auf die Prüfung der Preisangemessenheit dieser Position auf die Niederschrift vom 13.12.2012 beruft, ist für sie nichts gewonnen, da diese Prüfung der Preisangemessenheit von wesentlichen Positionen erst nach der Zuschlagsentscheidung vom 4.12.2012 erfolgt ist. Auch in der Niederschrift zur Vergabeentscheidung vom 22.10.2012 setzt sich die Antragsgegnerin mit der Prüfung der Preisangemessenheit im Angebot der Teilnehmereberechtigten auseinander, wobei sie offenbar nur deshalb die Preisangemessenheit dieses Angebotes angenommen hat, weil die vorgelegten K 7 - Blätter in den wesentlichen Positionen von der Schwelle, die von der Teilnehmereberechtigten angeboten wurde, ausgeht und nicht berücksichtigt, dass diese Schwelle mangels Gleichwertigkeit nicht geliefert werden kann. Ob die Preisangemessenheit auch dann noch angenommen werden kann, wenn von der Teilnehmereberechtigten die Schwelle "Alumat" geliefert wird, kann nach der derzeitigen Aktenlage nicht gesagt werden, zumal eine Prüfung dieser Frage vor Zuschlagsentscheidung von der Antragsgegnerin unterblieben ist. Es kann daher auch nicht beurteilt werden, ob der Vorwurf der Antragstellerin, das Angebot der Teilnehmereberechtigten sei ein "spekulatives Angebot, welches auszuschneiden ist", zutrifft, da die Teilnehmereberechtigte anstelle des ausgeschriebenen Leitproduktes ein nicht gleichwertiges, billigeres Produkt angeboten hat. Soweit sich die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zur Frage der Prüfung der Plausibilität des Angebots der Teilnehmereberechtigten auf teilweise mündlich geführte Erhebungen und Nachfragen berufen hat, ist für sie nichts gewonnen, weil diese Schritte in den Vergabeakten nicht dokumentiert sind, wie von ihr selbst zugestanden. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2011, RsC 19/00; VKS Wien zuletzt 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.v.a.). Diesen Anforderungen entspricht, was die Vorbereitung der Zuschlagsentscheidung betrifft, das von der Antragsgegnerin geführte Verfahren mangels entsprechender Dokumentation in keiner Weise. Die Antragsgegnerin ist grundsätzlich verpflichtet, alle Schritte und Überlegungen, die zu einer Zuschlagsentscheidung führen, entsprechend zu dokumentieren, insbesondere ob und in welchem Umfang sie die Plausibilität von Preisen geprüft hat, insbesondere dann, wenn sich aus dem Vergleich von wesentlichen Positionen in Angeboten bedeutende Abweichungen ergeben (vergleiche Paragraph 125, Absatz eins und 2 BVergG 2006). Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Niederschrift zur Vergabeentscheidung vom 22.10.2012 beruft ist ihr zu entgegnen, dass die darin dargestellte vertiefte Angebotsprüfung nicht den Vorgaben des BVergG 2006 gerecht wird. Inwieweit die in den K 7 - Blättern dargestellte Kalkulation sich "für den Prüfer als plausibel" darstellt, kann diesen Ausführungen nicht entnommen werden, zumal - wie der Prüfer selbst festhält - die Teilnehmereberechtigte die bei den oben angeführten Positionen (Fensterbeschläge, Sichtbeschläge-Holzfenster, Schwellenausbildung barrierefrei, Breite ca. 1,6 m) ausgeschriebenen Produkte zu liefern hat, ohne sie in den K 7 - Blättern berücksichtigt zu haben. Es ist somit für den Senat nicht nachvollziehbar, ob das Angebot der Teilnehmereberechtigten auch dann noch als preisangemessen und plausibel bewertet werden kann, wenn sie die festgelegten Leitprodukte zu liefern und zu montieren hat. Da die

Antragsgegnerin diese Frage nach der Aktenlage bisher nicht einer abschließenden Beurteilung unterzogen hat, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben. Aus diesen Gründen war dem Nichtigerklärungsantrag stattzugeben (Spruch Punkt 1).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 17.12.2012 erlassene 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 17.12.2012 erlassene 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; Fehlende vertiefte Angebotsprüfung; Fehlende Transparenz durch mangelhafte Dokumentation;

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