

TE Verg Bescheid 2012/11/29 VKS-10799/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.11.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §25 Abs1

BVergG 2006 §30 Abs1

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §96 Abs1

BVergG 2006 §97 Abs2

BVergG 2006 §106

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 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 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 30 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag des ***, vertreten durch Fux Neulinger Mitrofanova Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe "Baumkontrolle 2013 - 2014", Ausschreibungsnummer: MA 42-NB 300-MAT-032-12-O-BAUMKONTROLLE durch die Stadt Wien, MA 42 - Wiener Stadtgärten, Johannesgasse 35, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin "Baumkontrolle 2013 - 2014", Ausschreibungsnummer MA 42-NB 300-MAT-032-12-O-BAUMKONTROLLE zur Gänze für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 29.10.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Der Antragsteller hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 3, 25 Abs. 1, 30 Abs. 1, 78 Abs. 3, 96 Abs. 1, 97 Abs. 2, 106, 345 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz 4, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz 3, 25, Absatz eins, 30, Absatz eins, 78, Absatz 3, 96, Absatz eins, 97, Absatz 2, 106, 345, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, MA 42, Wiener Stadtgärten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Baumkontrolle in allen 23 Wiener Bezirken sowie in diversen Anlagen und Objekten in ihrem Zuständigkeitsbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Teilangebote sind zugelassen, Alternativangebote und Abänderungsangebote

jedoch nicht. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im Amtsblatt der EU ist am 22.9.2012, Zl. 2012/S 183-301174, ordnungsgemäß erfolgt. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in acht Gebietsteile (OG) gegliedert, denen jeweils diverse Anlagen und Objekte in einzelnen Bezirken sowie Bundesstraßen zugeordnet sind (ergänzende Festlegungen vom 19.9.2012). Das Ende der Angebotsfrist war der 31.10.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung sollte anschließend stattfinden. Mit dem am 23.10.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt der Antragsteller die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt er aus, er sei daran interessiert und auch befugt, die ausgeschriebenen Leistungen, zumindest im Gebietsteil 5 (OG 5) zu erbringen, habe jedoch auch Interesse an einem der anderen Lose oder an der ganzen Ausschreibung. Mangels eines geschätzten, bekanntgegebenen Auftragswertes könne er aber dies nicht abschließend beurteilen. Er werde durch Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen daran gehindert, ein erfolgsversprechendes Angebot zu legen. Zunächst macht er geltend, die Antragsgegnerin habe eine unzutreffende Wahl des Vergabeverfahrens vorgenommen, weil es sich bei den nachgefragten Leistungen um solche handle, die ihrer Natur nach oder wegen der, mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken, eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zuließen. Die ausgeschriebenen Leistungen seien in "Baudienstleistungen" und in "geistige Leistungen" zu unterteilen. Anstelle des offenen Verfahrens wäre ein Verhandlungsverfahren zu wählen gewesen. Die Leistungsbeschreibung sei unschlüssig, es würden notwendige Angaben für eine verlässliche Kalkulation fehlen. Bei der komplexen geistigen Leistung "gutachterliche Stellungnahme" sei es nicht möglich, einheitliche Preise je Los anzubieten. Es könne manchmal Stunden dauern zu beurteilen, ob der Baum stehen bleiben dürfe oder nicht, manchmal genügten fünf Minuten. Es sei daher nicht zulässig, in der Leistungsbeschreibung pauschal Preise für Gutachten einzusetzen. Nach der Ausschreibung sei auch völlig unklar, mit wievielen und welchen Regiearbeiten ein Bieter zu rechnen habe. Fallzahlen würden fehlen. Für nichtig zu erklären sei die Vorschrift über die Rechnungslegung, die Übernahme von möglicherweise ausufernden Schulungskosten durch den Bieter, die Festlegung, dass allfällige Mehraufwendungen im Winter den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden LV-Positionen abgegolten würden. Unsachlich und als nichtig aufzuheben sei auch die Festlegung, dass Teilangebote nur nach Obergruppen zugelassen sind. Unsachlich sei weiters die Festlegung, dass ein Auftragnehmer während der ganzen Vertragslaufzeit des Leistungsvertrages über Baumkontrollarbeiten nicht gleichzeitig Auftragnehmer der Antragsgegnerin für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten sein dürfe. Es sei klar, dass ein Baumkontrolleur sich nicht selbst überprüfen dürfe, wenn er jedoch im Los 5 kontrolliere, sei es diskriminierend, ihn als Bieter und potentiellen Auftragnehmer im Los 1 auszuschließen. Auch das Rabattierungssystem sei als nichtig aufzuheben, ebenso das System der OG-Nachlässe und Nachlässe auf den Gesamt-LV. Schließlich macht der Antragsteller geltend, dass die Ausschreibungsunterlagen auch den Anforderungen an die Qualifikation von Baumkontrolleuren, Baumpflegerinnen und Baumtechnikern widersprechen würden, weil die Erstellung von Befunden, Gutachten und der Vorschlag von Maßnahmen nur Baumtechnikern zustünde, nicht aber Baumkontrolleuren und Baumpflegerinnen. Die Wahl des Billigstbieterprinzips hält er für unzulässig, weil es sich bei den Leistungen eines Baumkontrolleurs auch um geistige Leistungen handle. Unzulässig sei es auch, in den Ausschreibungsunterlagen "faktisch keine Eignungskriterien und keine

Die Stadt Wien, MA 42, Wiener Stadtgärten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Baumkontrolle in allen 23 Wiener Bezirken sowie in diversen Anlagen und Objekten in ihrem Zuständigkeitsbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Teilangebote sind zugelassen, Alternativangebote und Abänderungsangebote jedoch nicht. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im Amtsblatt der EU ist am 22.9.2012, Zl. 2012/S 183-301174, ordnungsgemäß erfolgt. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in acht Gebietsteile (OG) gegliedert, denen jeweils diverse Anlagen und Objekte in einzelnen Bezirken sowie Bundesstraßen zugeordnet sind (ergänzende Festlegungen vom 19.9.2012). Das Ende der Angebotsfrist war der 31.10.2012, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung sollte anschließend stattfinden. Mit dem am 23.10.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt der Antragsteller die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt er aus, er sei daran interessiert und auch befugt, die ausgeschriebenen Leistungen, zumindest im Gebietsteil 5 (OG 5) zu erbringen, habe jedoch auch Interesse an einem der anderen Lose oder an der ganzen Ausschreibung. Mangels eines geschätzten, bekanntgegebenen Auftragswertes könne er aber dies nicht abschließend beurteilen. Er werde durch Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen daran gehindert, ein erfolgsversprechendes

Angebot zu legen. Zunächst macht er geltend, die Antragsgegnerin habe eine unzutreffende Wahl des Vergabeverfahrens vorgenommen, weil es sich bei den nachgefragten Leistungen um solche handle, die ihrer Natur nach oder wegen der, mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken, eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zuließen. Die ausgeschriebenen Leistungen seien in "Baudienstleistungen" und in "geistige Leistungen" zu unterteilen. Anstelle des offenen Verfahrens wäre ein Verhandlungsverfahren zu wählen gewesen. Die Leistungsbeschreibung sei unschlüssig, es würden notwendige Angaben für eine verlässliche Kalkulation fehlen. Bei der komplexen geistigen Leistung "gutachterliche Stellungnahme" sei es nicht möglich, einheitliche Preise je Los anzubieten. Es könne manchmal Stunden dauern zu beurteilen, ob der Baum stehen bleiben dürfe oder nicht, manchmal genügen fünf Minuten. Es sei daher nicht zulässig, in der Leistungsbeschreibung pauschal Preise für Gutachten einzusetzen. Nach der Ausschreibung sei auch völlig unklar, mit wievielen und welchen Regiearbeiten ein Bieter zu rechnen habe. Fallzahlen würden fehlen. Für nichtig zu erklären sei die Vorschrift über die Rechnungslegung, die Übernahme von möglicherweise ausufernden Schulungskosten durch den Bieter, die Festlegung, dass allfällige Mehraufwendungen im Winter den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden LV-Positionen abgegolten würden. Unsachlich und als nichtig aufzuheben sei auch die Festlegung, dass Teilangebote nur nach Obergruppen zugelassen sind. Unsachlich sei weiters die Festlegung, dass ein Auftragnehmer während der ganzen Vertragslaufzeit des Leistungsvertrages über Baumkontrollarbeiten nicht gleichzeitig Auftragnehmer der Antragsgegnerin für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten sein dürfe. Es sei klar, dass ein Baumkontrolleur sich nicht selbst überprüfen dürfe, wenn er jedoch im Los 5 kontrolliere, sei es diskriminierend, ihn als Bieter und potentiellen Auftragnehmer im Los 1 auszuschließen. Auch das Rabattierungssystem sei als nichtig aufzuheben, ebenso das System der OG-Nachlässe und Nachlässe auf den Gesamt-LV. Schließlich macht der Antragsteller geltend, dass die Ausschreibungsunterlagen auch den Anforderungen an die Qualifikation von Baumkontrolleuren, Baumpflegerinnen und Baumtechnikern widersprechen würden, weil die Erstellung von Befunden, Gutachten und der Vorschlag von Maßnahmen nur Baumtechnikern zustünde, nicht aber Baumkontrolleuren und Baumpflegerinnen. Die Wahl des Billigstbieterprinzips hält er für unzulässig, weil es sich bei den Leistungen eines Baumkontrolleurs auch um geistige Leistungen handle. Unzulässig sei es auch, in den Ausschreibungsunterlagen "faktisch keine Eignungskriterien und keine

Referenzkriterien ... vorzusehen, eine Liste, der in den letzten drei Jahren

erbrachten Dienstleistungen zu verlangen, ohne dabei anzugeben, was Mindestanforderung ist".

Durch diese Ausschreibungsbestimmungen fühlt sich der Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, "dies auch dadurch, dass mir durch die mangelhaften Ausschreibungsunterlagen keine Chance eingeräumt wird, ein aussichtsreiches Angebot abzugeben", in einem Teilgebiet mit einem ausreichendem Angebot teilnehmen zu dürfen, auf Bekanntgabe aller kalkulationsrelevanten Umstände durch den Auftraggeber, auf eine hinreichend genaue, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung und letztlich in seinem Recht auf Ausschreibungsunterlagen, welche ihn nicht zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken zwingen, verletzt. Es sei ihm nicht möglich, den Angebotspreis zu kalkulieren. Sollte die von ihm bekämpfte Ausschreibung nicht zur Gänze für nichtig erklärt und durch eine neue Ausschreibung ersetzt werden, sei es ihm nicht möglich, ein kompetitives Angebot zu legen. Dadurch würde der Antragsteller einen nicht unbeträchtlichen Schaden, der von ihm dargestellt wird, an entgangenem Gewinn und durch Verlust eines wichtigen Referenzprojektes erleiden. Ob eine Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 erfolgt ist, kann dem Antrag nicht entnommen werden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Die zur Sicherung seiner Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 29.10.2012 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugewandten Bescheides verwiesen werden. Durch diese Ausschreibungsbestimmungen fühlt sich der Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, "dies auch dadurch, dass mir durch die mangelhaften Ausschreibungsunterlagen keine Chance eingeräumt wird, ein aussichtsreiches Angebot abzugeben", in einem Teilgebiet mit einem ausreichendem Angebot teilnehmen zu dürfen, auf Bekanntgabe aller kalkulationsrelevanten Umstände durch den Auftraggeber, auf eine hinreichend genaue, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung und letztlich in seinem Recht auf Ausschreibungsunterlagen, welche ihn nicht zur Übernahme unkalkulierbarer Risiken zwingen, verletzt. Es sei ihm nicht möglich, den Angebotspreis zu kalkulieren. Sollte die von ihm bekämpfte Ausschreibung nicht zur Gänze für nichtig erklärt und durch eine neue Ausschreibung ersetzt werden, sei es ihm nicht möglich, ein kompetitives Angebot zu legen. Dadurch würde der Antragsteller einen nicht unbeträchtlichen Schaden,

der von ihm dargestellt wird, an entgangenem Gewinn und durch Verlust eines wichtigen Referenzprojektes erleiden. Ob eine Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 erfolgt ist, kann dem Antrag nicht entnommen werden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren ist nachgewiesen. Die zur Sicherung seiner Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 29.10.2012 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 6.11.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, die Erbringung geistiger Leistungen sei nicht ausgeschrieben, es handle sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages in einem offenen Verfahren. Die Leistungsbeschreibung sei detailliert und konstruktiv erfolgt. Die für die Kalkulation erforderlichen Angaben zum Mengengerüst seien in den Ausschreibungsunterlagen enthalten. Erwartet werde, dass ein Auftragnehmer "allein aufgrund seines Wissens und seiner Erfahrung" auf dem Gebiet der Baumkontrolle zu entscheiden (habe), ob und welche Maßnahmen gesetzt werden sollen". Der Leistungsgegenstand sei die sachkundige Sichtkontrolle mit Übernahme des Hafttrisikos und sei dies im Leistungsverzeichnis eindeutig beschrieben. Alternative Lösungsansätze, die die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens erforderlich machen würden, seien nicht vorhanden. Eine Anwendung unterschiedlicher technischer Verfahren sei nicht nachvollziehbar, da ausschließlich Leistungen der visuellen Verkehrssicherheitsprüfung zu erbringen wären. Die einzige technische Komponente sei der digitale Baumkataster, welcher von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellt werde und ausreichend beschrieben sei. Eine zusätzliche Kontrolle nach baumrelevanten Ereignissen (Sturm, Schadensfälle etc.) sei nicht Gegenstand der Ausschreibung. Eine Unschlüssigkeit der Leistungsbeschreibung liege nach Ansicht der Antragsgegnerin nicht vor, weil die nachgefragten Leistungen genau definiert wären. Zu den Regiearbeiten führt die Antragsgegnerin aus, dass deren Zahl im Leistungsverzeichnis angegeben sei. Eine Verrechnung von Regieleistungen erfolge immer dann, wenn der Auftragnehmer unvorhergesehen im Auftrag der Antragsgegnerin Leistungen ausführte, die nicht über die einzelnen (Leistungs-) Positionen des Leistungsverzeichnisses abgerechnet werden könnten. Die Fallzahlen seien in den der Ausschreibung beigefügten Listen festgehalten, der Gebietsaufteilung sei die Anzahl der Bezirke, den Objektlisten die Anzahl der einzelnen Objekte zu entnehmen. Zu den Schulungsmaßnahmen weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass ein Auftragnehmer über ausreichend fachkundiges Personal verfügen müsse. Die Kosten für Schulungsmaßnahmen würden in die unternehmerische Verantwortung des Auftragnehmers fallen, eine Verschiebung von Verantwortlichkeiten zu Lasten eines Bieters sei damit nicht gegeben. Zur Festlegung, wonach allfällige Mehraufwendungen im Winter laut Punkt 3.1.1 des LV mit den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden Position abgegolten würden, weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass diese Festlegung aus der Leistungsbeschreibung der Verkehrsinfrastruktur (ständige Vorbestimmungen), die bundesweit Geltung habe, und automatisch in den Vorbestimmungen angeführt werde, entstamme. Nach der ÖNORM L 1122 sei weiters zu dokumentieren, wenn die Verkehrssicherheit aus verschiedenen Gründen nicht in vollem Umfange beurteilt werden könne (z.B. dichte Schneedecke).

Die Obergruppen würden Gebietsteilen entsprechen, in denen alle Leistungen der Baumkontrolle durch einen Auftragnehmer erfolgen sollen. Die Festlegung, dass ein Auftragnehmer für die Dauer des Auftragsverhältnisses nicht auch Auftragnehmer für gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsmaßnahmen, welche auch die Durchführung von Baumpflegemaßnahmen beinhalten, sein dürfe, folge nur daraus, um allfällige Begünstigungen zu vermeiden. Soweit sich der Antragsteller gegen das "Rabbatierungssystem" wende, macht die Antragsgegnerin geltend, dass Nachlässe gewährt werden können, jedoch nicht müssen. Im Übrigen entspreche das System gesetzlichen Vorgaben und einschlägigen Normen.

Zur Qualifikation der eingesetzten Kontrolleure verweist die Antragsgegnerin darauf, dass von diesen weder Gutachten noch Maßnahmen verlangt würden.

Soweit sich der Antragsteller auf die ONR 121222: 2012 beziehe, sei diese zu Beginn des Vergabeverfahrens (19. September 2012) noch nicht "in Kraft" gestanden. Ein noch nicht anwendbares, für alle zugängliches Normenwerk in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen, wäre daher vergaberechtlich unzulässig gewesen. Die Wahl des Zuschlagsprinzips hält die Antragsgegnerin im Gegensatz zum Antragsteller für nicht vergaberechtswidrig. Abermals weist sie darauf hin, dass es sich bei den ausgeschriebenen Tätigkeiten des Baumkontrolleurs nicht um die Tätigkeit eines Sachverständigen handle. Die Eignungskriterien seien klar definiert und in angemessener Weise festgelegt, um

geeignete Unternehmer zu finden. Der Antragsgegnerin sei umfassendes fachliches Grundwissen wichtig, weshalb die Anforderungen bezüglich der Grundausbildung als Gärtnerin oder Forstwirt aufgenommen worden wären. Die festgelegten Mindestanforderungen würden die Anforderungen bezüglich Fachwissen und Erfahrung auf dem Gebiet der Baumkontrolle abdecken und dem Leistungsgegenstand entsprechen.

Diese Stellungnahme hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 26. November 2012 beantwortet und seine Argumente weiter ausgebaut. In diesem Schriftsatz macht der Antragssteller erstmalig weitere Rechtswidrigkeiten einzelner Bestimmungen unter den Rz 56 bis 98 bezüglich einzelner Festlegungen in den Leistungsverzeichnissen bzw. in den ergänzenden Festlegungen geltend. Der Schwerpunkt dieser Anfechtungen liege darin, dass entsprechend dieser nunmehr erstmalig angefochtenen Festlegungen es einem Bieter nicht möglich sei, ein entsprechend kalkuliertes Angebot zu legen. Zusammenfassend wiederholt er seinen Standpunkt, dass unzulässigerweise das Billigstbieterprinzip und das offene Verfahren von der Antragsgegnerin gewählt worden seien. Da der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Leistung nicht ausreichend definiert wäre und die Folgekosten der Baumkontrolle in der Ausschreibung keine Berücksichtigung fänden, hätte eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolgen und die Verfahrensart des Verhandlungsverfahrens gewählt werden müssen. Den Interessenten sei die Möglichkeit einer individuellen Kalkulation ihres Angebotes nicht gegeben worden, weil unterschiedliche Leistungen in Leistungsgruppen zusammengefasst und mehrere Leistungsgruppen zu Gesamtleistungsgruppen verbunden und damit die Aufschläge und Nachlässe auf diese Einheiten beschränkt worden seien. Das Mengengerüst der Antragsgegnerin sei untauglich, weil die Mengen in sich unschlüssig und "meist wohl willkürliche Annahmen" wären. Einerseits lasse die Antragsgegnerin unschlüssige Summen anbieten, andererseits gebe sie im Formblatt SR 75 an, dass mit 100 Baumersterfassungen (je Teilgebiet? im Gesamtauftrag?) bzw. 250 Sichtkontrollen je Woche gerechnet werden müsste. Andererseits spreche das ganze Leistungsverzeichnis etwa für OG 01 nur von 180 Ersterfassungen und von 12170 Sichtkontrollen. Trotz unterschiedlicher Anzahl von Bäumen und trotz völlig unterschiedlicher, in der Kalkulation zu berücksichtigender Eigenheiten würden die Bieter gezwungen, je Objekt zu Einsatzpauschalen anzubieten, die ihnen keine individuelle Kalkulation ermöglichen würden. Damit sei auch für einen Auftraggeber eine Vergleichbarkeit der Leistungen nicht gewährleistet und "schon gar keine (vertiefte) Angebotsprüfung möglich". Die Ausschreibungsunterlagen würden auch keine Garantie einer Bandbreite von Leistungsabrufen enthalten, sodass ein Bieter nicht damit rechnen könne, die ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich im angegebenen Umfang erbringen zu können. Letztlich sei die Ausschreibung schon alleine deshalb für nichtig zu erklären, weil die Antragsgegnerin von Baumkontrolleuren etwas verlange, was sie von ihrer Ausbildung her nicht dürften, nämlich gutachterliche Stellungnahmen zu Bäumen abzugeben.

Mit dem gegenständlichen Nichtigkeitsantrag bekämpft der Antragsteller die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen, sodass der Senat bei seiner Entscheidung vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingebrachten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 29.11.2012 ausgehen konnte.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Baumkontrolle in allen 23 Wiener Bezirken sowie in diversen Anlagen und Objekten in ihrem Zuständigkeitsbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Vertrag soll für die Jahre 2013 und 2014 gelten, wobei die Möglichkeit zur Verlängerung des Auftrages um maximal zwei Jahre besteht. Der Auftrag ist in acht Gebietsteile (OG 1 bis 8) gegliedert, wobei jedem Gebietsteil diverse Anlagen und Objekte in den einzelnen näher bezeichneten Bezirken sowie Bundesstraßen zugeteilt wurden. Das Ende der Angebotsfrist war der 31.10.2012, 10.00 Uhr. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Baumkontrolle in allen 23 Wiener Bezirken sowie in diversen Anlagen und Objekten in ihrem Zuständigkeitsbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Vertrag soll für die Jahre 2013 und 2014 gelten, wobei die Möglichkeit zur Verlängerung des Auftrages um maximal zwei Jahre besteht. Der Auftrag ist in acht Gebietsteile (OG 1 bis 8) gegliedert, wobei jedem Gebietsteil diverse Anlagen und Objekte in den einzelnen näher bezeichneten Bezirken sowie Bundesstraßen zugeteilt wurden. Das Ende der Angebotsfrist war der 31.10.2012, 10.00 Uhr.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 23.10.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 23.10.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. In seinem einleitenden Schriftsatz hat der Antragsteller sowohl sein Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihm allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihm gegenständlich die Angebotsbedingungen bekämpft werden. Dass er zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Sein Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. In seinem einleitenden Schriftsatz hat der Antragsteller sowohl sein Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihm allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihm gegenständlich die Angebotsbedingungen bekämpft werden. Dass er zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Sein Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor.

Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Bei seiner Entscheidung folgt der Senat im Wesentlichen der vom Antragsteller gewählten Systematik in seinem Anfechtungsantrag.

Der Antragsteller bemängelt zunächst, dass die Antragsgegnerin das offene Verfahren statt des - wie er meint - gegenständlich anzuwendenden Verhandlungsverfahrens gewählt habe. Die ausgeschriebenen Leistungen würden eine "vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen". Nur in einem Verhandlungsverfahren sei es möglich, anhand der betrieblichen Möglichkeiten der Bieter sowie der Rahmenbedingungen in den Gebietsteilen Vertragsbedingungen auszuarbeiten, auf deren Basis die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden könne. Zudem handle es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um geistige Leistungen, nämlich um die Entscheidung, welche baumrelevanten Maßnahmen zu ergreifen seien.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass die Wahl der Verfahrensart dem Auftraggeber frei stünde. Das Verhandlungsverfahren stelle ein Sonderverfahren dar, das nur unter bestimmten Voraussetzungen gewählt werden könne. Spezielle Dienstleistungen, nämlich geistige Leistungen, seien gegenständlich nicht verlangt.

Nach § 2 Z 18 BVergG 2006 liegen geistige Dienstleistungen dann vor, wenn sie nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung) möglich. Nach Paragraph 2, Ziffer 18, BVergG 2006 liegen geistige Dienstleistungen dann vor, wenn sie nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung) möglich.

Nachgefragt wird die Leistung des Baumkontrolleurs nach den Bestimmungen der ÖNORM L 1122. Bei jeder Obergruppe sind im Einzelnen unter der Position 27 die zu erbringenden Leistungen genau beschrieben. Sie reichen von der Ersterfassung über die Verortung des Baumbestandes, Sichtkontrolle des Baumbestandes vom Boden aus, Erstellen von Baumrodungsansuchen, Liefern von Baumnummernplättchen bis zur Montage von Baumnummernplättchen. Dabei werden die elektronisch gespeicherten Daten der bereits bestehenden Bäume abschnitts- bzw. objektweise dem Auftragnehmer von der Antragsgegnerin übergeben. Der Auftragnehmer hat jeweils

Einzelkontrollen je Baum durchzuführen, ohne Unterschied, ob es sich um Bäume in Anlagen oder Objekten handelt oder Bäumen auf Straßen. Die Reihenfolge der Kontrollen wird dem Auftragnehmer von der Auftraggeberin vorgeschrieben, wobei nach der ÖNORM einjährige Kontrollen vorgesehen sind. Mit dem von der Antragsgegnerin verfassten elektronischen Verzeichnis der Bäume wurde ein Kontrollzyklus begonnen, der im Zuge der gegenständlichen Auftragsvergabe jeweils durch Einzelaufträge nach Objekten von einem Auftragnehmer kontinuierlich abgearbeitet werden soll (Protokoll Seite 4). Damit ist nach Ansicht des Senates die erwartete Leistung ausreichend beschrieben und ist davon auszugehen, dass von einem Auftragnehmer nur eine Sichtkontrolle vom Boden aus verlangt wird. Den Ausschreibungsunterlagen ist auch (Beilage 10) ein entsprechendes Mengengerüst angeschlossen, in dem nach Bezirken geordnet etwa die Wiener Kindergärten, Kinderheime, Amtshäuser, Bäder und Anlagen der Feuerwehr mit genauen Adressen angeführt sind. Unter Beilage 7 werden als Kalkulationshilfe an den einzelnen Hauptstraßen B die Anzahl der Bäume sortiert nach Stammumfang (1 bis 50, 51 bis 100 und ab 101 cm) angeführt. Weiters findet sich, bezeichnet als Kalkulationsunterlage, ein Bäumeverzeichnis, sortiert nach Stammumfang und Objekten, in dem die Anzahl der Bäume je Bezirk angeführt sind. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich eindeutig, dass die Anzahl der Einsatzpauschalen der Anzahl der zu prüfenden Objekte entspricht. Bei den einzelnen OG sind die jeweils erwarteten Ersterfassungen eines Baumes stückzahlmäßig angeführt (Pos. 27.4602), ebenso die Anzahl der Sichtkontrollen des Baumbestandes vom Boden aus (Pos. 27.4604). Je nach OG sind hier unterschiedliche Stückzahlen angeführt. Nach den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Mengengerüsten (die teilweise auch vom Antragsteller "als ordentlich gemacht" bezeichnet wurden; Protokoll Seite 4), muss es einem in der Branche tätigen Bieter möglich sein, sein Angebot ohne Übernahme unzumutbarer oder unkalkulierbarer Risiken zu erstellen.

Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich zweifellos um Leistungen, die der Kenntnis und der Erfahrung eines Fachmannes entsprechen und von Arbeitskräften, wie sie in den Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit in der Beilage 13.08.1, Seite 2, verlangt werden, erwartet werden können. Danach sind Baumkontrolleure mit einer mindestens dreijährigen nachweisbaren Berufserfahrung als Baumprüfer (Baumkontrolleur), mindestens gelernte Gärtner oder Forstwirte mit zusätzlicher fachspezifischer Ausbildung und Zertifizierung wie z.B. ISA, FLL oder Gleichwertiges auf dem Gebiet der Verkehrssicherheit von Bäumen, einzusetzen. Wenn auch die Beurteilung der Sicherheit eines Baumes im öffentlichen Raum zweifellos diese geforderte Ausbildung und Erfahrung voraussetzt, bedarf es dazu weder der Lösung einer bestimmten Aufgabenstellung noch einer besonderen geistigen Leistung, wie etwa bei Erstellung von Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibungsabwicklung für die Bestbieterermittlung von Energiesparkontraktoren (vgl. BVA 20.4.2002, N 136/01-41). Nachdem die ausgeschriebenen Leistungen im Sinne einer konstruktiven Leistungsbeschreibung ausreichend genau definiert wurden, kann von einer geistigen Dienstleistung nicht gesprochen werden. Damit bestehen auch keinerlei Bedenken gegen die Wahl des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich zweifellos um Leistungen, die der Kenntnis und der Erfahrung eines Fachmannes entsprechen und von Arbeitskräften, wie sie in den Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit in der Beilage 13.08.1, Seite 2, verlangt werden, erwartet werden können. Danach sind Baumkontrolleure mit einer mindestens dreijährigen nachweisbaren Berufserfahrung als Baumprüfer (Baumkontrolleur), mindestens gelernte Gärtner oder Forstwirte mit zusätzlicher fachspezifischer Ausbildung und Zertifizierung wie z.B. ISA, FLL oder Gleichwertiges auf dem Gebiet der Verkehrssicherheit von Bäumen, einzusetzen. Wenn auch die Beurteilung der Sicherheit eines Baumes im öffentlichen Raum zweifellos diese geforderte Ausbildung und Erfahrung voraussetzt, bedarf es dazu weder der Lösung einer bestimmten Aufgabenstellung noch einer besonderen geistigen Leistung, wie etwa bei Erstellung von Ausschreibungsunterlagen und der Ausschreibungsabwicklung für die Bestbieterermittlung von Energiesparkontraktoren vergleiche BVA 20.4.2002, N 136/01-41). Nachdem die ausgeschriebenen Leistungen im Sinne einer konstruktiven Leistungsbeschreibung ausreichend genau definiert wurden, kann von einer geistigen Dienstleistung nicht gesprochen werden. Damit bestehen auch keinerlei Bedenken gegen die Wahl des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin.

Das Verfahren hat auch ergeben, dass die erwarteten Leistungen ausschließlich Leistungen der visuellen Verkehrssicherheitsprüfung sind, wobei dem Auftragnehmer seitens der Antragsgegnerin der jeweilige digitale Baumkataster zur Verfügung gestellt wird, den der Auftragnehmer im Zuge seiner Tätigkeit auf seine Richtigkeit zu

kontrollieren und gegebenenfalls zu ergänzen hat. Auch dieser Vorgang ist nach Ansicht des Senates nach den Ausschreibungsunterlagen ausreichend und verständlich definiert, sodass sich diesbezüglich ein gravierendes Kalkulationshindernis nicht ergibt.

Soweit der Antragsteller eine Unschlüssigkeit der Leistungsbeschreibung geltend macht, ist er abermals auf die Festlegungen im Leistungsverzeichnis zu verweisen. Die Abgabe einer "gutachterlichen Stellungnahme" wird von ihm nach dem Leistungsverzeichnis nicht verlangt, sondern lediglich ein Befund in Form einer Zustandsbeschreibung, der dann (hier ist auf Beilage 9 zu verweisen) die Grundlage für die gutachterliche Stellungnahme des "Amtssachverständigen" sein soll. Damit ist klar geregelt, dass die Befundaufnahme durch den Baumkontrolleur erfolgen soll, die gutachterliche Stellungnahme im Sinne des Wiener Baumschutzgesetzes, nämlich ob der Baum entfernt werden soll oder nicht, jedoch vom Amtssachverständigen getroffen wird. Auch hier müsste es einem Sachkundigen möglich sein, aufgrund seiner Berufserfahrung diese Leistung entsprechend pauschal zu kalkulieren.

Nach Ansicht des Senates kann eine Unklarheit, inwiefern Regiearbeiten zu kalkulieren sind, nach den Ausschreibungsunterlagen nicht angenommen werden. In den Leistungsverzeichnissen hat ein Bieter unter Pos. 9801 Regieleistungen für einen Arbeiter zu kalkulieren, wobei auch auf die ergänzenden Festlegungen Seite 1 zu verweisen ist. Nach dem Aufbau der Leistungsverzeichnisse ist klar ersichtlich, dass Regieleistungen nur dann anfallen, wenn diese von der Antragsgegnerin ausdrücklich angeordnet werden und diese Leistungen nicht in den sonstigen Leistungspositionen des Leistungsverzeichnisses enthalten sind. Diese Position soll daher jene Leistungen treffen, die in den sonstigen Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht angeführt sind. Soweit der Antragsteller begehrt, die Vorschriften über die Rechnungslegung für nichtig zu erklären, weil ihm nicht klar sei, wie und auf welche Weise er bezirksmäßig, gebäudemäßig etc. abrechnen soll, ist er zunächst auf die ergänzenden Festlegungen (Seite 3), auf den mit "Abrechnungsfestlegungen" bezeichneten Abschnitt zu verweisen. Nach Ansicht des Senates ist damit im Zusammenhang mit dem Verzeichnis über die Gebietsaufteilungen und den Objektlisten klar geregelt, wie die Abrechnung zu erfolgen hat. Ein damit verbundenes, nicht kalkulierbares Risiko ist in dieser Festlegung nicht zu erblicken.

Hinsichtlich der Schulungskosten verweist die Antragsgegnerin zutreffend darauf, dass die Durchführung von Schulungsmaßnahmen etwa für neue Mitarbeiter bzw. zur Überprüfung vorhandener Kenntnisse in den Aufgabenbereich des Auftragnehmers fällt, der deshalb auch die damit verbundenen Kosten zu tragen hat. Es muss einem Unternehmer möglich sein, die erwarteten Kosten derartiger Maßnahmen entsprechend zu kalkulieren.

Der Antragsteller bekämpft auch Punkt 3.1.1 des Leistungsverzeichnisses, wonach Arbeiten im Winter nicht ausgeschlossen sind und im Leistungsverzeichnis keine diesbezüglichen Positionen vorgesehen wurden. Auch hier sollen allfällige Mehraufwendungen mit den Einheitspreisen der sachlich entsprechenden LV-Position abgegolten sein. Der Senat teilt die Ansicht der Antragsgegnerin, dass die allenfalls entstehenden Mehrkosten kein unkalkulierbares Risiko darstellen, sondern - nach der Erfahrung des jeweiligen Bieters - in den Einheitspreisen berücksichtigt werden können. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch darauf, dass nach der ÖNORM L 1122 dieser Umstand zu dokumentieren ist, womit jedenfalls die Fallpauschale ausgelöst wird.

Der Antragsteller macht geltend, dass die Festlegung, dass Teilangebote nur nach Obergruppen zugelassen sind, unsachlich wäre und daher als nichtig aufzuheben sei.

Die Obergruppen entsprechen Gebietsteilen, in denen alle Leistungen der Baumkontrolle, die ein Auftragnehmer erfüllen soll, angeführt werden. In der Regelung, dass ein Auftragnehmer während der ganzen Vertragslaufzeit des Leistungsvertrages über Baumkontrollarbeiten nicht gleichzeitig Auftragnehmer der MA 42 betreffend gärtnerische Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten sein darf, kann keine Unsachlichkeit erblickt werden (ergänzende Festlegungen Seite 2). Bei diesen gärtnerischen Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten ist die Durchführung von Baumpflegemaßnahmen nicht ausgeschlossen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass durch diese Festlegung vermieden werden soll, dass sich für die Baumkontrolle zuständige Unternehmer bei Gebietsüberschneidungen selbst begünstigen könnten, ist dies nachvollziehbar und wird vom Senat für sachlich gerechtfertigt erachtet.

Das vom Antragsteller bekämpfte "Rabattierungssystem" entspricht den gesetzlichen Vorgaben, etwa der ÖNORM A 2063. Es handelt sich dabei um eine Möglichkeit für den Bieter, die von ihm durchaus kalkuliert werden kann, nicht jedoch um eine Verpflichtung, Nachlässe anzubieten. Die Gefahr, dass dadurch Angebote nicht vergleichbar sein

könnten, wird vom Senat nicht gesehen. Das bemängelnde "Rabattierungssystem" erweist sich damit als vergaberechtlich unbedenklich.

Der Antragsteller bemängelt, dass in der Ausschreibung von den Baumkontrolloren verlangt werde, Befunde, Gutachten und Maßnahmen zu erstellen. Dies sei unzulässig, da diese Tätigkeit dem Baumtechniker nach der ONR 121222:2012 vorbehalten sei.

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass nach den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere nach Beilage 8, die Abgabe von Gutachten von den Baumkontrolloren nicht verlangt wird. Der Baumkontrollor soll lediglich eine Zustandsbeschreibung (bestehende Fehler und Schäden) geben, die gutachterliche Stellungnahme im Sinne der Bestimmungen des Wiener Baumschutzgesetzes hat sodann der Amtssachverständige vorzunehmen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass im Zeitpunkt der Bekanntmachung die vom Antragsteller angesprochene ONR 121122:2012 noch nicht wirksam war und dass für die Baumkontrolle die Qualifikation eines "Baumtechnikers" nicht erforderlich sei. Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus den Leistungsverzeichnissen ist festzustellen, dass es bei den ausgeschriebenen Leistungen einzig um die Baumkontrolle nach den ÖNORMEN L 1111, L 1112, L 1122 und B 2241 geht (27f). Bei diesen Leistungen handelt es sich nicht um Aufgaben, deren Lösung und Beurteilung einem Baumtechniker vorbehalten wäre. Dass aber die ausgeschriebenen Leistungen von Baumkontrolloren, die die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, wie sie in Beilage 13.08.1, Seite 2, verlangt werden, erbracht werden können, wird konkret vom Antragsteller gar nicht bestritten.

Soweit der Antragsteller in der Wahl des Billigstbieterprinzips einen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen erblickt, sind diese nach Ansicht des Senates nicht gegeben. Die Antragsgegnerin hat die von ihr benötigten Leistungen klar und eindeutig definiert und den Leistungsumfang im Sinne des § 96 Abs. 1 BVergG 2006 vollständig und neutral beschrieben, sodass damit die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet erscheint. Sie hat sich dabei für die Beschreibung der Leistungen geeigneter Leitlinie wie ÖNORMEN und standardisierter Leistungsbeschreibungen bedient (§ 97 Abs. 2 BVergG 2006). Damit ist der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Leistungen klar und eindeutig beschrieben, sodass die Wahl des Billigstbieterprinzips unbedenklich ist (vgl. BVA 26.5.2008, N/0045-BVA/13/2008-14 u.a.). Dass bei der Tätigkeit eines Baumkontrollors zweifellos die berufliche Ausbildung und Erfahrung eine wesentliche Rolle spielt, ist unstrittig, sie erreicht jedoch nicht jenen qualitativen Umfang, dass - wie oben ausgeführt - von der Tätigkeit eines Sachverständigen gesprochen werden könnte. Geistige Dienstleistungen im Sinne des § 2 Z 18 BVergG 2006, die nach den Bestbieterprinzip zu vergeben wären, liegen damit nicht vor. Soweit der Antragsteller in der Wahl des Billigstbieterprinzips einen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen erblickt, sind diese nach Ansicht des Senates nicht gegeben. Die Antragsgegnerin hat die von ihr benötigten Leistungen klar und eindeutig definiert und den Leistungsumfang im Sinne des Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006 vollständig und neutral beschrieben, sodass damit die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet erscheint. Sie hat sich dabei für die Beschreibung der Leistungen geeigneter Leitlinie wie ÖNORMEN und standardisierter Leistungsbeschreibungen bedient (Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006). Damit ist der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Leistungen klar und eindeutig beschrieben, sodass die Wahl des Billigstbieterprinzips unbedenklich ist vergleiche BVA 26.5.2008, N/0045-BVA/13/2008-14 u.a.). Dass bei der Tätigkeit eines Baumkontrollors zweifellos die berufliche Ausbildung und Erfahrung eine wesentliche Rolle spielt, ist unstrittig, sie erreicht jedoch nicht jenen qualitativen Umfang, dass - wie oben ausgeführt - von der Tätigkeit eines Sachverständigen gesprochen werden könnte. Geistige Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 18, BVergG 2006, die nach den Bestbieterprinzip zu vergeben wären, liegen damit nicht vor.

Der Antragsteller rügt letztlich, dass es unzulässig wäre "faktisch keine Eignungskriterien und keine Referenzkriterien in der Ausschreibung vorzusehen". Dieses Vorbringen findet keine Deckung in den Ausschreibungsunterlagen. Hier ist der Antragsteller zunächst auf die Beilage 13.08.1, Seite 2, des MD BD Formblattes SR 75 zu verweisen, wo eindeutig festgelegt ist, welche Mindestanforderungen der Bieter für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen hat. Weiters enthalten die ergänzenden Festlegungen, Seite 2, Ergänzungen zur technischen Leistungsfähigkeit. Diese Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit sind inhaltlich durchaus geeignet, entsprechend der Bestimmung des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 festzustellen, ob die Vergabe an einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer erfolgen kann. Wenn der Antragsteller rügt, es sei unklar, "warum und wieso der Baumkontrollor Gärtner oder Forstwirt sein muss und was als Zertifizierung wie z.B. ISA, FLL oder Gleichwertiges zu verstehen ist", erscheint dies hinsichtlich des Vorbringens zur Zertifizierung schwer verständlich, zumal, der Antragsteller im Rahmen der

mündlichen Verhandlung über Vorhalt zugestanden hat "Präsident der ISA Österreich" zu sein und Fortbildungskurse für Baumpflege im großen Umfange abzuhalten. Es werden dabei auch Baumkontrolleure und Baumpfleger weiter fortgebildet und vom Antragsteller über diese Teilnahme an den Fortbildungsveranstaltungen Zeugnisse ausgestellt. Bei der Zulassung zu diesen Fortbildungsveranstaltungen "legen wir schon Wert darauf, dass er einschlägige Vorerfahrungen hat, entweder bei einem Baupfleger oder eine landwirtschaftliche Prüfung (auch Landschaftsgärtner, Forstfacharbeiter, usw.)" (Seite 3 des Protokolls). Damit ist anzunehmen, dass dem Antragsteller sehr wohl der Inhalt dieser von der Antragsgegnerin unter den Mindestanforderungen angeführte Vorschriften bekannt ist. Diese Mindestanforderungen decken die Anforderungen bezüglich Fachwissen und Erfahrung auf dem Gebiet der Baumkontrolle vollkommen ab, sodass von einem Bieter, der diese Mindestanforderungen nachweisen kann, anzunehmen ist, dass er die ausgeschriebenen Leistungen im erwarteten Umfang auch tatsächlich erbringen kann. Der Antragsteller rügt letztlich, dass es unzulässig wäre "faktisch keine Eignungskriterien und keine Referenzkriterien in der Ausschreibung vorzusehen". Dieses Vorbringen findet keine Deckung in den Ausschreibungsunterlagen. Hier ist der Antragsteller zunächst auf die Beilage 13.08.1, Seite 2, des MD BD Formblattes SR 75 zu verweisen, wo eindeutig festgelegt ist, welche Mindestanforderungen der Bieter für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen hat. Weiters enthalten die ergänzenden Festlegungen, Seite 2, Ergänzungen zur technischen Leistungsfähigkeit. Diese Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit sind inhaltlich durchaus geeignet, entsprechend der Bestimmung des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 festzustellen, ob die Vergabe an einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer erfolgen kann. Wenn der Antragsteller rügt, es sei unklar, "warum und wieso der Baumkontrollor Gärtner oder Forstwirt sein muss und was als Zertifizierung wie z.B. ISA, FLL oder Gleichwertiges zu verstehen ist", erscheint dies hinsichtlich des Vorbringens zur Zertifizierung schwer verständlich, zumal, der Antragsteller im Rahmen der mündlichen Verhandlung über Vorhalt zugestanden hat "Präsident der ISA Österreich" zu sein und Fortbildungskurse für Baumpflege im großen Umfange abzuhalten. Es werden dabei auch Baumkontrolleure und Baumpfleger weiter fortgebildet und vom Antragsteller über diese Teilnahme an den Fortbildungsveranstaltungen Zeugnisse ausgestellt. Bei der Zulassung zu diesen Fortbildungsveranstaltungen "legen wir schon Wert darauf, dass er einschlägige Vorerfahrungen hat, entweder bei einem Baupfleger oder eine landwirtschaftliche Prüfung (auch Landschaftsgärtner, Forstfacharbeiter, usw.)" (Seite 3 des Protokolls). Damit ist anzunehmen, dass dem Antragsteller sehr wohl der Inhalt dieser von der Antragsgegnerin unter den Mindestanforderungen angeführte Vorschriften bekannt ist. Diese Mindestanforderungen decken die Anforderungen bezüglich Fachwissen und Erfahrung auf dem Gebiet der Baumkontrolle vollkommen ab, sodass von einem Bieter, der diese Mindestanforderungen nachweisen kann, anzunehmen ist, dass er die ausgeschriebenen Leistungen im erwarteten Umfang auch tatsächlich erbringen kann.

Nachdem bereits im Zuge der Behandlung der einzelnen, vom Antragsteller als rechtswidrig angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung jeweils auch eine konkrete rechtliche Beurteilung vorgenommen wurde, ist ergänzend auszuführen:

Nach § 78 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionelle Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich hat der Antragsteller zahlreiche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen mit seinem einleitenden Schriftsatz konkret bekämpft, wobei es ihm nicht gelungen ist, die Rechtswidrigkeit einzelner Festlegungen nachzuweisen. Das Nachprüfungsverfahren hat gezeigt, dass die nachgefragten Leistungen im Zuge einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral beschrieben wurden, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (§ 96 Abs. 1 BVergG 2006). Dazu ist zu bemerken, dass durch einfache Nachfrage im Sinne des § 106 Abs. 6 BVergG 2006 ein nicht unwesentlicher Teil der vom Antragsteller behaupteten Unklarheiten bzw. Rechtswidrigkeiten hätte beseitigt werden können. Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionelle Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Gegenständlich hat der Antragsteller zahlreiche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen mit seinem einleitenden Schriftsatz konkret bekämpft, wobei es ihm nicht gelungen ist, die Rechtswidrigkeit einzelner Festlegungen nachzuweisen. Das Nachprüfungsverfahren hat gezeigt, dass die nachgefragten Leistungen im Zuge einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral

beschrieben wurden, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (Paragraph 96, Absatz eins, BVergG 2006). Dazu ist zu bemerken, dass durch einfache Nachfrage im Sinne des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 ein nicht unwesentlicher Teil der vom Antragsteller behaupteten Unklarheiten bzw. Rechtswidrigkeiten hätte beseitigt werden können.

In seinem am 26. November 2012 eingelangten Schriftsatz macht der Antragsteller unter den RZ 44-99 geltend, dass weitere, von ihm bis dahin nicht gerügte Festlegungen vergaberechtswidrig wären. Es handelt sich dabei um Festlegungen, die den Wiener (Richtlinien) Baumkataster, unzulässige Verknüpfungen von Gesamtleistungsgruppen, Positionen und Mengenangaben sowie eine unzureichende Regelung der Rechnungslegung betreffen. Da das Ende der Angebotsfrist auf den 31.10.2012 gefallen ist, hält der Senat diese ergänzenden, im Schriftsatz vom 26.11.2012 enthaltenen Bemängelungen der Ausschreibungsunterlagen nach § 24 Abs. 4 WVRG 2007 für verfristet. Gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2007 hat ein Antrag gemäß § 20 jedenfalls zu enthalten "... 5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller oder die Antragstellerin als verletzt erachtet". Ein Nichtigkeitsantrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen ist nach § 24 Abs. 4 WVRG 2007 bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen. Werden Rechtswidrigkeiten nach Ablauf dieser Frist - wie vorliegend - geltend gemacht, so sind sie verspätet, weshalb der Senat bei seiner Entscheidung darauf nicht näher einzugehen hatte. Die nicht rechtzeitig bekämpften Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind damit als bestandfest geworden zu werten (vgl. VKS - 8435/10; VKS - 13169/10 u.v.a.). In seinem am 26. November 2012 eingelangten Schriftsatz macht der Antragsteller unter den RZ 44-99 geltend, dass weitere, von ihm bis dahin nicht gerügte Festlegungen vergaberechtswidrig wären. Es handelt sich dabei um Festlegungen, die den Wiener (Richtlinien) Baumkataster, unzulässige Verknüpfungen von Gesamtleistungsgruppen, Positionen und Mengenangaben sowie eine unzureichende Regelung der Rechnungslegung betreffen. Da das Ende der Angebotsfrist auf den 31.10.2012 gefallen ist, hält der Senat diese ergänzenden, im Schriftsatz vom 26.11.2012 enthaltenen Bemängelungen der Ausschreibungsunterlagen nach Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 für verfristet. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 hat ein Antrag gemäß Paragraph 20, jedenfalls zu enthalten "... 5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller oder die Antragstellerin als verletzt erachtet". Ein Nichtigkeitsantrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen ist nach Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu stellen. Werden Rechtswidrigkeiten nach Ablauf dieser Frist - wie vorliegend - geltend gemacht, so sind sie verspätet, weshalb der Senat bei seiner Entscheidung darauf nicht näher einzugehen hatte. Die nicht rechtzeitig bekämpften Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind damit als bestandfest geworden zu werten vergleiche VKS - 8435/10; VKS - 13169/10 u.v.a.).

Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen. Da auch einzelne Festlegungen in der angefochtenen Ausschreibung nicht als vergaberechtswidrig erkannt werden konnten, war auch die Grundlage zur Anwendung der Bestimmung des § 26 Abs. 2 WVRG 2007 nicht gegeben. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen. Da auch einzelne Festlegungen in der angefochtenen Ausschreibung nicht als vergaberechtswidrig erkannt werden konnten, war auch die Grundlage zur Anwendung der Bestimmung des Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 nicht gegeben.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 29.10.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 2). Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 29.10.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 2).

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 3). Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren

gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 3).

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

Ausschreibung; Abweisung; Vergaberechtskonforme Ausschreibung;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2013

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