

TE Verg Bescheid 2012/10/4 VKS-8782/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.10.2012

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 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §70 Abs1

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §78 Abs1

BVergG 2006 §79 Abs2

BVergG 2006 §99

BVergG 2006 §106 Abs6

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 § 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 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 74 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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 99 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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den *** und die *** über den Antrag des ***, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages "Überprüfungsarbeiten an Blitzschutzanlagen in den Bezirken 1 bis 23", Ausschreibungsnummer:

LV/WWDT/HT-1-23-PRÜF-BLITZ-2012, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz hubermedek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin zur Vergabe eines Rahmenvertrages "Überprüfungsarbeiten an Blitzschutzanlagen in den Bezirken 1 bis 23", Ausschreibungsnummer: LV/WWDT/HT-1-23-PRÜF-BLITZ-2012, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die hilfsweise gestellten Anträge, folgende Punkte der Ausschreibung für nichtig zu erklären, und zwar

Bekanntmachung, Formblatt MD BD - SR-75 (2011);

Position 00.1701 im Lang-LV und Punkt II.2.1 der Bekanntmachung Position 00.1701 im Lang-LV und Punkt römisch zwei.2.1 der Bekanntmachung;

Punkt 10 "Arbeitshöhe" in den Vorbemerkungen des Lang-LV;

LG 01.01 im Lang-LV;

Position 98.12 im Lang-LV;

werden abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 27.8.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.622,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 19 Abs. 1, 70 Abs. 1, 74, 78 Abs. 1, 79 Abs. 2, 99, 106 Abs. 6 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, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 19, Absatz eins, 70, Absatz eins, 74, 78, Absatz eins, 79, Absatz 2, 99, 106, Absatz 6, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung der Überprüfungsarbeiten an Blitzschutzanlagen in den von ihr verwalteten Wohnhausanlagen in den Bezirken 1 bis 23. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich mit einer Vertragslaufzeit von 60 Monaten, mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung durch die Auftraggeberin um fünf Jahre. Eine losweise Vergabe ist nicht vorgesehen. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist (nach Verlängerung) ist der 24.10.2012, 8.30 Uhr. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist im Amtsblatt der EU vom 25.7.2012, Zl. 2012/S 141-236071, sowie auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt.

Mit dem am 21.8.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt der Antragsteller die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht er geltend, die angefochtene Ausschreibung stünde insgesamt mit dem BVergG 2006 nicht im Einklang, da sie unkalkulierbare und rechtswidrige Festlegungen beinhalte. Dadurch werde es dem Antragsteller unmöglich gemacht, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. Im Einzelnen fühlt er sich durch die Festlegungen zu den zu erbringenden Referenzen in der Bekanntmachung, dem Formblatt MD BD - SR-75 (2011) und Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen belastet. Darin werde für Referenzprojekte der letzten drei Jahre ein Auftragsvolumen von Euro 270.000,-- festgelegt. Der geschätzte Auftragswert bei einer Vertragslaufzeit von fünf Jahren inklusive einer einmaligen optionalen Verlängerung von weiteren fünf Jahren betrage laut Bekanntmachung Euro 900.000,--. Daraus errechne sich ein geschätzter Auftragswert mit einer jährlichen Abrufsumme von rund Euro 90.000,--. Die Höhe der Referenzsumme sei sachlich nicht gerechtfertigt und würde dazu führen, dass nur bereits für die Auftraggeberin häufig tätig gewordene Unternehmer als Bieter in Betracht kämen. Mit dem am 21.8.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt der Antragsteller die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht er geltend, die angefochtene Ausschreibung stünde insgesamt mit dem BVergG 2006 nicht im Einklang, da sie unkalkulierbare und rechtswidrige Festlegungen beinhalte. Dadurch werde es dem Antragsteller unmöglich gemacht, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. Im Einzelnen fühlt er sich durch die Festlegungen zu den zu erbringenden Referenzen in der Bekanntmachung, dem Formblatt MD BD - SR-75 (2011) und Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen belastet. Darin werde für Referenzprojekte der letzten drei Jahre ein Auftragsvolumen von Euro 270.000,-- festgelegt. Der geschätzte Auftragswert bei einer Vertragslaufzeit von fünf Jahren inklusive einer einmaligen optionalen Verlängerung von weiteren fünf Jahren betrage laut Bekanntmachung Euro 900.000,--. Daraus errechne sich ein geschätzter Auftragswert mit einer jährlichen Abrufsumme von rund Euro 90.000,--. Die Höhe der Referenzsumme sei sachlich nicht gerechtfertigt und würde dazu führen, dass nur bereits für die Auftraggeberin häufig tätig gewordene Unternehmer als Bieter in Betracht kämen.

In der Bekanntmachung und im Formblatt MD BD - SR-75 (2011) werde zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit das Bestehen einer Berufs-/Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckung von Euro 1.000.000,-- verlangt. Im Hinblick auf den ausgeschriebenen Leistungsumfang (im Wesentlichen Prüfen und Messen) könnten lediglich geringfügige Schäden entstehen. Der Eignungsnachweis sei daher sachlich nicht gerechtfertigt und damit rechtswidrig.

Zum Leistungsverzeichnis führt der Antragsteller aus, dass dieses an zahlreichen Stellen unkalkulierbare Risiken enthalte. Zur Position 00.1701 des Lang-LV (Punkt II.2.1 der Bekanntmachung) führt er aus, dass nach den Positionen im Leistungsverzeichnis im Regelfall Leistungen bis zu Euro 20.000,-- ohne USt. je Wohnhausanlage zur Vergabe kämen. Im Wohnhäuserverzeichnis seien über 400 Wohnhausanlagen angeführt. Rechne man bei jedem dieser Wohnhausanlagen mit einem Leistungsabruf von Euro 20.000,--, so ergebe sich ein geschätzter Auftragswert, nicht wie in der Bekanntmachung angegeben von Euro 900.000,-- sondern von über Euro 1,8 Mio. Der geschätzte Auftragswert

sei rechtswidrig ermittelt worden, dadurch werde die Kalkulation erschwert, die Ausschreibung wäre überhaupt zu widerrufen. Zum Leistungsverzeichnis führt der Antragsteller aus, dass dieses an zahlreichen Stellen unkalkulierbare Risiken enthalte. Zur Position 00.1701 des Lang-LV (Punkt römisch zwei.2.1 der Bekanntmachung) führt er aus, dass nach den Positionen im Leistungsverzeichnis im Regelfall Leistungen bis zu Euro 20.000,-- ohne USt. je Wohnhausanlage zur Vergabe kämen. Im Wohnhäuserverzeichnis seien über 400 Wohnhausanlagen angeführt. Rechne man bei jedem dieser Wohnhausanlagen mit einem Leistungsabruf von Euro 20.000,--, so ergebe sich ein geschätzter Auftragswert, nicht wie in der Bekanntmachung angegeben von Euro 900.000,-- sondern von über Euro 1,8 Mio. Der geschätzte Auftragswert sei rechtswidrig ermittelt worden, dadurch werde die Kalkulation erschwert, die Ausschreibung wäre überhaupt zu widerrufen.

Im Punkt 10 "Arbeitshöhe" der Vorbemerkungen des Lang-LV sei unklar und offen, wie die erforderlichen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei Durchführung der Kontrollarbeiten zu kalkulieren seien.

Die Leistungsgruppe 01.01 im Lang-LV betreffe die Baustelleneinrichtung, die nach Höhe des Einzelabrufes gestaffelt anzubieten sei. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung sei die Baustelleneinrichtung für eine Wohnhaus- oder Siedlungsanlage lediglich ein Mal in Rechnung zu stellen, auch wenn mehrere Einzelbestellungen erfolgen und für den Bieter öfters die darin zu kalkulierenden Leistungen anfallen. Es sei weder definiert noch festgelegt, in welchem Zeitraum die Leistungen je Wohnhausanlage zu erbringen seien bzw. ob Stiegen einzeln abgerufen würden. Die Baustellengemeinkosten könnten daher nicht kalkuliert werden. Die Festlegung sei damit rechtswidrig.

Zur Position 98.12 im Lang-LV macht der Antragsteller geltend, dass hier von der Auftraggeberin bei der Protokollierung der Prüftätigkeiten weitere Anforderungen, die über die ÖVE/ÖNORM-Standards hinausgingen, gestellt und in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden wären, weshalb sie auch nicht kalkuliert werden könnten.

Der Antragsteller erachtet sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Ausschreibung in seinem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Nichtigerklärung vergaberechtswidriger Bestimmungen in der Ausschreibung, in eventu in seinem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuerlichen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Insbesondere würden die unkalkulierbaren und rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen dazu führen, dass es dem Antragsteller unmöglich gemacht werde, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. Auch dies stelle eine Verletzung subjektiver Rechte dar.

Der Antragsteller habe ein Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren. Sollte es ihm nicht möglich sein, sich am Vergabeverfahren wegen der von ihm angefochtenen Bestimmungen zu beteiligen, würde er die bisher aufgewendeten Kosten für die Vorbereitung seines Angebotes ebenso verlieren, wie auch die Kosten der Rechtsverfolgung. Im Fall eines Zuschlages rechne er mit einem von ihm im Schriftsatz näher bezeichneten Deckungsbeitrag. Letztlich drohe ihm der Verlust eines für ihn wesentlichen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung seiner Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.8.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, es sei fraglich, ob der Antragsteller über die geforderten Gewerbeberechtigungen verfüge bzw. überhaupt leistungsfähig (und damit antragslegitimiert) sei. Sie nimmt im Einzelnen Stellung zu den Anfechtungspunkten des Antragstellers und legt dar, warum die behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht gegeben seien. Sie hält, wie sie im Einzelnen ausführt, die angefochtenen Festlegungen für gerechtfertigt und sachlich begründet. Sie weist darauf hin, dass sie am 23.8.2012 den geschätzten Auftragswert - unter Berücksichtigung der Vertragsverlängerungsoption - auf Euro 1,8 Mio. berichtigt und die Angebotsfrist bis 24.10.2012 verlängert habe. Schließlich nimmt die Antragsgegnerin zu den einzelnen Anfechtungspunkten ausführlich Stellung und legt dar, warum die Anfechtungen des Antragstellers unbegründet wären. Dieses Vorbringen hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 3.10.2012 beantwortet und zu seiner von der Antragsgegnerin in Frage gestellten Antragslegitimation ausgeführt,

dass er "selbstverständlich ... über die in der Ausschreibung verlangten

Eignungsnachweise und die zum Nachweis der Eignungskriterien erforderlichen Befugnisse" verfüge und darüber hinaus als zuverlässig i.S.d. §§ 69ff BVergG 2006 anzusehen sei. Im Übrigen erweitert der Antragsteller seine

Argumentation zu den einzelnen als rechtswidrig angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung. Eignungsnachweise und die zum Nachweis der Eignungskriterien erforderlichen Befugnisse" verfüge und darüber hinaus als zuverlässig i.S.d. Paragraphen 69 f, f, BVergG 2006 anzusehen sei. Im Übrigen erweitert der Antragsteller seine Argumentation zu den einzelnen als rechtswidrig angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise auch einzelne Festlegungen in derselben bekämpft. 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 4.10.2012 ausgehen konnte.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung der Überprüfungsarbeiten an Blitzschutzanlagen in den von ihr verwalteten Wohnhausanlagen in den Bezirken 1 bis 23 (§§ 6, 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von fünf Jahren mit der Möglichkeit einer Verlängerung durch die Auftraggeberin um weitere fünf Jahre abgeschlossen werden. Eine losweise Vergabe ist nicht vorgesehen. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 29.8.2012. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung der Überprüfungsarbeiten an Blitzschutzanlagen in den von ihr verwalteten Wohnhausanlagen in den Bezirken 1 bis 23 (Paragraphen 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von fünf Jahren mit der Möglichkeit einer Verlängerung durch die Auftraggeberin um weitere fünf Jahre abgeschlossen werden. Eine losweise Vergabe ist nicht vorgesehen. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 29.8.2012,

8.30 Uhr. Im Hinblick auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren hat die Antragsgegnerin am 23.8.2012 die Angebotsfrist bis 24.10.2012, 8.30 Uhr, verlängert. Diese Berichtigung wurde ordnungsgemäß kundgemacht.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 21.8.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Eine Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, jedoch die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 21.8.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Eine Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, jedoch die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch 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 im Hinblick auf seine Erklärung im Schriftsatz vom 3.10.2012 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 auch 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 im Hinblick auf seine Erklärung im Schriftsatz vom 3.10.2012 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. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin nach Zugang des Nachprüfungsantrages vom 21.8.2012 mit der ersten Berichtigung der Ausschreibung vom 23.8.2012 den vom Antragsteller gerügten geschätzten Auftragswert unter Berücksichtigung der Vertragsverlängerungsoption von Euro 900.000,-- auf Euro 1,8 Mio. berichtigt hat. Gleichzeitig hat sie die Angebotsfrist bis 24.10.2012 verlängert. Diese erste Berichtigung ist von ihr ordnungsgemäß kundgemacht worden. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin nach Zugang des Nachprüfungsantrages vom 21.8.2012 mit der ersten Berichtigung der Ausschreibung vom 23.8.2012 den vom Antragsteller gerügten geschätzten Auftragswert unter Berücksichtigung der Vertragsverlängerungsoption von Euro 900.000,-- auf Euro 1,8 Mio. berichtigt hat. Gleichzeitig hat sie die Angebotsfrist bis 24.10.2012 verlängert. Diese erste Berichtigung ist von ihr ordnungsgemäß kundgemacht worden.

Vorauszuschicken ist, dass der Senat bei seiner Entscheidung, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten, jeweils Feststellungen aus den Ausschreibungsunterlagen zu den einzelnen Anfechtungspunkten trifft, sodann das Vorbringen des Antragstellers und die Stellungnahme der Antragsgegnerin dazu kurz wiedergibt, und im Anschluss daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vornimmt, wobei er der Gliederung des Antragstellers in seinem einleitenden Schriftsatz vom 21.8.2012 folgt.

Der Antragsteller hat zwar zunächst den Antrag gestellt, die gesamte Ausschreibung im gegenständlichen Verfahren für nichtig zu erklären, ohne jedoch in der Begründung seiner Anträge konkret auszuführen, warum die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit vergaberechtswidrig sein sollte. Wie nachfolgend dargestellt werden wird, handelt es sich bei den vom Antragsteller hilfsweise angefochtenen Bestimmungen in der Ausschreibung um solche, die nicht gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen. Bereits aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung nicht Folge zu geben.

Zu den einzelnen vom Antragsteller hilfsweise als vergaberechtswidrig angefochtenen Festlegungen:

Zur Bekanntmachung, Formblatt MD BD - SR-75 (2011):

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit haben die Bieter zumindest Referenzprojekte betreffend "Überprüfung von Blitzschutzanlagen" nachzuweisen, die ein Auftragsvolumen während dreier Jahre von Euro 270.000,-- abdecken. Hier argumentiert der Antragsteller, dass der geschätzte Auftragswert mit Euro 900.000,-- angegeben gewesen wäre, was bei einer zehnjährigen Laufzeit einer durchschnittlichen Referenzsumme von Euro 90.000,-- pro Jahr entspräche, womit das geforderte Referenzvolumen bei einem Referenzzeitraum vom 29.8.2009 bis 28.8.2012 somit 100% des geschätzten jährlichen Auftragswertes ausmache. Diese Festlegung in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen führe dazu, dass nur bereits für die Antragsgegnerin häufig tätig gewordene Unternehmen als Bieter in Betracht kämen.

Bei dieser Argumentation lässt der Antragsteller unberücksichtigt, dass die Antragsgegnerin mit ihrer ersten Berichtigung vom 23.8.2012 den geschätzten Auftragswert unter Berücksichtigung der Vertragsverlängerungsoption auf Euro 1,8 Mio. berichtigt hat. Im Hinblick darauf argumentiert die Antragsgegnerin, dass das von ihr für drei Jahre geforderte Referenzvolumen von Euro 270.000,-- genau 50 % des für drei Jahre anzunehmenden Auftragswertes beträgt. Der Antragsgegnerin stünde es im Übrigen frei, das Eignungsniveau festzulegen. Die Antragsgegnerin dürfte daher sogar ein Referenzvolumen von 100 % des Auftragswertes fordern.

Grundsätzlich ist der Antragsgegnerin darin zuzustimmen, dass es ihr obliegen muss, das jeweilige Eignungsniveau festzulegen. Dieser Freiraum ist jedoch durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Die vorliegende Ausschreibung betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages mit einer Laufzeit von fünf Jahren. Wie sich aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt, handelt es sich dabei um eine Vielzahl von Abrufen notwendig werdender Einzelleistungen. Es ist daher der Antragsgegnerin zuzubilligen, aus den vorgelegten Referenzen nicht nur die (fach-)technische sondern auch die "organisatorische" Leistungsfähigkeit abzuleiten. Auch wenn dies im Gesetz nicht dezidiert genannt ist, muss deren Berücksichtigung zulässig sein. Denn die Abwicklung von vielen kleinteiligen Abrufen benötigt eine entsprechende Organisation und birgt (insbesondere bei längerfristigen Verträgen) das Risiko, den organisatorischen Aufwand zu unterschätzen, was wiederum zu einer Insolvenzgefahr führen kann. Die Höhe der festgelegten Referenzsumme beträgt etwa das 1,5fache des jährlichen Auftragswertes. Diese Summe kann jedoch

durch Referenzen aus drei Jahren nachgewiesen werden. Daraus ist abzuleiten, dass ein Unternehmen, das die Hälfte des jährlichen Auftragswertes in vergleichbaren Leistungen umsetzt, die Referenzsumme erreicht. Dies ist mit einer Regelung vergleichbar, nach der nachzuweisen ist, dass die Hälfte des jährlichen Loswertes mit vergleichbaren Aufträgen erwirtschaftet wird. Der Senat hält die festgelegte Referenzsumme für durchaus zulässig und im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen für sachlich gerechtfertigt. Fraglich könnte gegenständlich die strikte Begrenzung des Referenzzeitraumes sein. Damit wären junge Unternehmer diskriminiert, die zwar derzeit ein solches Volumen erwirtschaften, dieses aber nicht über den gesamten Betrachtungszeitraum nachweisen können. Diese Festlegung wurde vom Antragsteller jedoch nicht angefochten. Dem Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegungen war daher nicht stattzugeben.

Zur Haftpflichtversicherung Euro 1 Mio., Bekanntmachung Formblatt MD BD - SR- 75 (2011):

Zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit wird eine Berufs-/Betriebshaftpflichtversicherung mit einer Deckung von Euro 1 Mio. verlangt. Der Antragsteller hält diese Festlegung im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen (im Wesentlichen Prüfen und Messen) für sachlich nicht gerechtfertigt, weil bei diesen Tätigkeiten lediglich geringfügige Schäden entstehen könnten.

Die Antragsgegnerin hält die Höhe für angemessen, weil bei Überprüfungen Anlagenfehler unerkannt bleiben könnten. Dies könnte zu Gefährdungen ganzer Wohnhausanlagen und der darin aufhaltigen Mieter führen. Bei ihrer Argumentation bezieht sie sich auch auf das Gründerservice der WKÖ, wonach Firmengründern der Abschluss möglichst hoher Versicherungssummen empfohlen werde.

Als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann gemäß § 74 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ein Auftraggeber einen Nachweis über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung verlangen oder nach Abs. 2 leg. cit. für den Fall, dass ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 geforderten Nachweise nicht beibringen kann, andere geeignete Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen. Nach § 70 Abs. 1 BVergG 2006 dürfen Nachweise nur soweit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gerade im Hinblick darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen während der Tageszeit in bewohnten Anlagen der Antragsgegnerin zu erbringen sind, wobei der Antragsteller darauf hinweist, dass naturgemäß ein Großteil dieser Leistungen auf dem Dach der Anlagen durchzuführen ist, hält der Senat die geforderte Haftpflichtdeckungssumme für sachlich gerechtfertigt. Ein herabfallendes Werkzeug oder losgetretene Dachziegeln und eine damit verbundene Gefahr für Leib und Leben nicht beteiligter Dritter kann von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Auch haftet ein Auftragnehmer dafür, dass die Überprüfungen der Blitzschutzanlagen mit der notwendigen Sorgfalt durchgeführt werden, und dass vorhandene Fehler bei Anlagen aufgezeigt werden. Es bestehen daher seitens des Senates keine Bedenken daran, dass die geforderte Höhe der Haftpflichtsumme sachlich nicht gerechtfertigt wäre und nicht auch von einem Bieter im Rahmen der Kalkulation seines Angebotes entsprechend berücksichtigt werden könnte. Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegungen war daher abzuweisen.

Als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ein Auftraggeber einen Nachweis über eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung verlangen oder nach Absatz 2, leg. cit. für den Fall, dass ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Absatz eins, geforderten Nachweise nicht beibringen kann, andere geeignete Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen. Nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2006 dürfen Nachweise nur soweit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Gerade im Hinblick darauf, dass die ausgeschriebenen Leistungen während der Tageszeit in bewohnten Anlagen der Antragsgegnerin zu erbringen sind, wobei der Antragsteller darauf hinweist, dass naturgemäß ein Großteil dieser Leistungen auf dem Dach der Anlagen durchzuführen ist, hält der Senat die geforderte Haftpflichtdeckungssumme für sachlich gerechtfertigt. Ein herabfallendes Werkzeug oder losgetretene Dachziegeln und eine damit verbundene Gefahr für Leib und Leben nicht beteiligter Dritter kann von vornherein nicht ausgeschlossen werden. Auch haftet ein Auftragnehmer dafür, dass die Überprüfungen der Blitzschutzanlagen mit der notwendigen Sorgfalt durchgeführt werden, und dass vorhandene Fehler bei Anlagen aufgezeigt werden. Es bestehen daher seitens des Senates keine Bedenken daran, dass die geforderte Höhe der Haftpflichtsumme sachlich nicht gerechtfertigt wäre und nicht auch von einem Bieter im Rahmen der Kalkulation seines Angebotes entsprechend berücksichtigt werden könnte. Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Festlegungen war daher abzuweisen.

Zu Position 00.1701 Lang-LV und Punkt II.2.1 der Bekanntmachung
Zu Position 00.1701 Lang-LV und Punkt römisch zwei.2.1 der Bekanntmachung:

Die Festlegung zur Position 00.1701 Z lautet: "Höhe der Aufträge:

Im Regelfall gelangen Leistungen nach sämtlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses bis zu Euro 20.000,-- exkl. USt. je Wohnhausanlage zur Vergabe".

Hier macht der Antragsteller abermals geltend, dass ein Widerspruch zu Punkt II.2.1 der Bekanntmachung bestehe, wonach der geschätzte Auftragswert Euro 900.000,-- betrage, während sich nach dem Wohnhäuserverzeichnis mit über 400 Wohnhausanlagen und einem Auftragswert von Euro 20.000,-- je Wohnhausanlage ein geschätzter Auftragswert von über Euro 8 Mio. ergeben müsste. Der geschätzte Auftragswert sei rechtswidrig bzw. bei falscher Berechnung des Auftragswertes überhaupt zu widerrufen. Hier macht der Antragsteller abermals geltend, dass ein Widerspruch zu Punkt römisch zwei.2.1 der Bekanntmachung bestehe, wonach der geschätzte Auftragswert Euro 900.000,-- betrage, während sich nach dem Wohnhäuserverzeichnis mit über 400 Wohnhausanlagen und einem Auftragswert von Euro 20.000,-- je Wohnhausanlage ein geschätzter Auftragswert von über Euro 8 Mio. ergeben müsste. Der geschätzte Auftragswert sei rechtswidrig bzw. bei falscher Berechnung des Auftragswertes überhaupt zu widerrufen.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass nach dem klaren Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen Leistungen bis zu Euro 20.000,-- ohne USt. je Wohnhausanlage zur Vergabe gelangten, es sich bei diesem Betrag um einen Höchstbetrag handle, nicht aber um eine Durchschnittsmenge und schon gar nicht um einen Fixbetrag, der für jeden Auftrag gelten solle. Spätestens beim Lesen der Pos. 01.0101 bis Pos. 01.0105, die eine nach der Nettoverdienstsumme gestaffelte Vergütung für die Baustelleneinrichtung enthalten, müsste klar sein, dass nicht jeder Auftrag einen Auftragswert von Euro 20.000,-- haben werde.

Worin durch eine vermeintlich falsche Schätzung des Auftragswertes eine Beschwer des Antragstellers gegeben sein könnte, ist für den Senat nicht ersichtlich. Mit der Vorbemerkung im Leistungsverzeichnis stellt die Antragsgegnerin Informationen zur Verfügung, wobei für einen mit der Durchführung von Rahmenverträgen vertrauten Unternehmer jedenfalls klar sein müsste, dass nicht jeder Abruf mit einem Auftragswert von Euro 20.000,-- gleichzusetzen ist. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auf die Festlegungen zu den Pos. 01.0101 bis Pos. 01.0105, wo sich aus der Staffelung der Nettoverdienstsummen mit der jeweils geschätzten Anzahl der Abrufe die jeweilige gestaffelte Vergütung für die Baustelleneinrichtung ergibt. In der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2012 hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass das Leistungsverzeichnis mit Pauschalen gestaffelt ist. Aus dem Leistungsverzeichnis unter der Leistungsgruppe 01 sei auch ablesbar, dass der Hauptteil der Aufträge bei den einzelnen Wohnhausanlagen bis Euro 500,-- erfolge, für die Staffel Euro 5.000,-- bis Euro 20.000,-- etwa 30 Aufträge vorgesehen seien (Protokoll Seite 3/4).

In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin auch darauf hingewiesen, dass eine Anfrage im Sinne des § 106 Abs. 6 BVergG 2006 vom Antragsteller nicht an sie gerichtet worden sei. Wäre dies der Fall gewesen, hätte sie dem Antragsteller die nunmehr gegebene Aufklärung erteilt. Der Senat hält die angefochtenen Festlegungen nicht für vergaberechtswidrig, weshalb dem Antrag auf Nichtigerklärung derselben nicht stattzugeben war. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin auch darauf hingewiesen, dass eine Anfrage im Sinne des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 vom Antragsteller nicht an sie gerichtet worden sei. Wäre dies der Fall gewesen, hätte sie dem Antragsteller die nunmehr gegebene Aufklärung erteilt. Der Senat hält die angefochtenen Festlegungen nicht für vergaberechtswidrig, weshalb dem Antrag auf Nichtigerklärung derselben nicht stattzugeben war.

Zu Punkt 10 "Arbeitshöhe" der Vorbemerkungen des Lang-LV:

Diese Festlegung lautet: "Alle Leistungen gelten ohne Unterschied der Geschoße.

11. Arbeitshöhen:

Alle Arbeiten/Leistungen sind bis zu einer Arbeitshöhe von 4 m in die Einheitspreise einkalkuliert. Die Arbeitshöhe ist jene Höhe über dem Fußbodenniveau (über dem Geländenniveau) oder über der Aufstellfläche der Aufstiegshilfe, in der sich die zu erbringende Leistung befindet".

Der Antragsteller macht hier geltend, dass zur Erfüllung der Leistungen primär eine Begehung der Dächer erforderlich sei. Es sei unklar und offen, wie die erforderlichen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen zu kalkulieren seien, da

Positionen hierfür fehlen. Mangels näherer Beschreibung der Situierung der Anlagen sei eine Kalkulation nicht möglich.

Die Antragsgegnerin vertritt dazu den Standpunkt, dass die Messung des Erdungswiderstandes im Klemmkasten (knapp über Grundniveau) erfolge. Die Prüfung der Leitfähigkeit würde in der Regel durch Begehen des Daches erfolgen. Die Sicherheitsmaßnahmen, die dabei einzuhalten sind, seien gesetzlich geregelt (insbesondere in der Bauarbeiterschutverordnung) und müssten vom Auftragnehmer wie auch alle anderen Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer zwingend eingehalten werden. Die damit verbundenen üblichen Kosten seien in die Einheitspreise einzukalkulieren. Zur Situierung der Anlagen führt die Antragsgegnerin aus, dass das Wohnhäuserverzeichnis als Teil der Ausschreibung vorliege und jedem Unternehmer eine Besichtigung frei stehe.

Wenn auch diese Festlegung sprachlich nicht optimal gelungen sein dürfte, kommt jedoch deutlich zum Ausdruck, dass Arbeiten bis 4 m über Referenzniveau in die Preise einzukalkulieren sind. Für Höhen darüber können daher allenfalls zusätzliche Kosten, z.B. für Hubsteiger oder Arbeitsgerüste, geltend gemacht werden. Da ein Auftragnehmer bei Ausführung der Prüftätigkeiten die dafür geltenden Sicherheitsvorschriften einzuhalten hat, muss es ihm auch möglich sein, den damit verbundenen Aufwand entsprechend zu kalkulieren. Da diese Sicherheitsvorschriften einem einschlägigen Unternehmer auch bekannt sein müssen, war es nicht erforderlich, wie vom Antragsteller begehrt, eine eigene Position im Leistungsverzeichnis für die erforderlichen Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen vorzusehen. Eine Vergaberechtswidrigkeit ist in dieser angefochtenen Festlegung nicht zu erblicken, weshalb dem Anfechtungsbegehren nicht stattzugeben war.

Zu LG 01.01 Lang-LV:

Nach der angefochtenen Festlegung ist die Baustelleneinrichtung gestaffelt nach der Höhe des Einzelabrufes anzubieten. Für die Abrechnung einer Wohnhaus- oder Siedlungsanlage sind alle Einzelbestellungen in einer Rechnung zusammenzufassen. Entsprechend der Höhe des Nettorechnungsbetrages wird die Baustelleneinrichtung verrechnet (unabhängig von der Anzahl der Einzelbestellungen).

Hier fühlt sich der Antragsteller dadurch beschwert, dass die Baustelleneinrichtung für eine Wohnhaus- oder Siedlungsanlage lediglich ein Mal in Rechnung gestellt werden kann, auch wenn mehrere Einzelbestellungen erfolgen. Es sei auch nicht definiert und festgelegt, in welchem Zeitraum die Leistungen je Wohnhausanlage zu erbringen seien oder ob Stiegen einzeln abgerufen würden. Baustellengemeinkosten könnten daher nicht kalkuliert werden. Weiters sollten mit den Baustellengemeinkosten "allfällige notwendige Vorbereitungsarbeiten" abgegolten sein. Mangels näherer Definition sei dies ein weiterer Grund für die Unkalkulierbarkeit. Auch das Erfordernis eines allfälligen Zutritts zu Wohnungen und sich daraus ergebende Koordinationsaufwendungen seien nicht geregelt.

Dazu verweist die Antragsgegnerin auf Punkt 3.1.1 der Besonderen Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge. Danach erfolgen Sammelbestellungen im Jänner jeden Jahres, grundsätzlich in Form einer Sammelliste, in der für jede zu überprüfende Stiege eine eigene Bestellnummer angegeben wird. Die mit einer Sammelliste bestellten Leistungen sind bis spätestens 30.11. des jeweiligen Jahres fertig zu stellen. Dazu wird in den Besonderen Vertragsbestimmungen ein Berechnungsbeispiel gegeben.

Der Senat hält den Bestellvorgang ausreichend geregelt. Der Auftragnehmer hat die Möglichkeit, die Bestellung während eines Jahres weitgehend frei abzuwickeln und sich die Leistungen frei einzuteilen. Auch die Verrechnung der Baustelleneinrichtung ist eindeutig geregelt, weil für jede in der Sammelbestellung genannte Wohnhausanlage genau eine Baustelleneinrichtung verrechnet werden kann. Dabei hat sich der Auftragnehmer an die Staffelung, wie sie in den Positionen 01.0101 bis 01.0105 dargestellt wird, zu halten. Bei diesen Positionen ist auch die jeweilige Anzahl der voraussichtlichen Abrufe angeführt. Mehr als ein Leistungsabruf pro Wohnhausanlage ist in der Regel nicht zu erwarten, zumal es im Einflussbereich des Auftragnehmers liegt, die mit der Sammelliste bestellten Leistungen in einer Wohnhausanlage in einem Zuge durchzuführen. Eine mehrmalige Baustelleneinrichtung wird daher in der Regel nicht erforderlich sein. Kommt es jedoch fallweise zu Einzelaufträgen (nach Angaben der Antragsgegnerin maximal in 10% der Fälle), steht dem Auftragnehmer nach Punkt 3.1.2 der Besonderen Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge eine eigene Vergütung der Baustelleneinrichtung zu. Die Einzelbestellungen betreffen außerordentliche Blitzschutzüberprüfungsleistungen, die unabhängig von Bestellungen über Sammellisten anfallen können. Im Hinblick auf diese klaren Regelungen sowohl in den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge als auch im Leistungsverzeichnis hält der Senat die angefochtene Festlegung für sachlich gerechtfertigt und vergaberechtlich.

unbedenklich - zumal nicht ersichtlich ist, wieso und in welchem Ausmaß dadurch die Kalkulation eines vergaberechtskonformen Angebotes erschwert oder unmöglich gemacht werden könnte. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegungen war daher abzuweisen.

Zur Pos. 98.12 Lang-LV:

Die Pos. 98.12 Lang-LV betrifft die Festlegungen des Leistungsumfanges im Rahmen einer wiederkehrenden Blitzschutzüberprüfung. Unter anderem wird darin festgelegt:

"Die Protokollierung hat mindestens ÖVE/ÖNORM E 8049-1: 2001-07-01 zu entsprechen. Dies ist mit Wiener Wohnen abzustimmen und von Wiener Wohnen freizugeben".

Durch diese Festlegung fühlt sich der Antragsteller insoweit beschwert, als er annimmt, "dass offensichtlich weitere Anforderungen der Auftraggeberin bestehen, die über die ÖVE/ÖNORM-Standards hinausgehen". Die darüber hinausgehenden Anforderungen seien nicht bekannt gegeben worden, sie könnten daher auch nicht kalkuliert werden.

Die Antragsgegnerin hat dazu ausgeführt, die gerügte Ausschreibungsfestlegung diene lediglich dazu, die Form des Prüfformulars zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam festzulegen, sodass dieses für die Auftraggeberin leicht lesbar und aufgrund der Struktur problemlos abspeicherbar sei. Dazu hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2012 ergänzend ausgeführt, dass Anforderungen, die über die gesetzlichen und die ÖNORM Vorschriften hinausgingen weder verlangt werden noch notwendig seien. Die Ausformung der Protokollierung soll die EDV-mäßige Verarbeitung im Büro der Antragsgegnerin erleichtern (Protokoll Seite 4).

Mit dieser Erklärung der Antragsgegnerin ist sichergestellt, dass in der angefochtenen Festlegung eine Protokollierung, die über die gesetzlichen Vorschriften hinausgeht, nicht verlangt wird. Dem Antragsteller ist zuzustimmen, dass die angefochtene Festlegung nicht klar genug formuliert ist, weil dann, wenn eine Protokollierung nach dem Normenstandard vorgesehen ist, die Einfügung des Wortes "mindestens" entbehrlich erscheint. Auch hier ist jedoch nach der Aktenlage festzustellen, dass eine entsprechende Aufklärung durch die Antragsgegnerin erfolgt wäre, hätte der Antragsteller sich an sie unter Hinweis auf § 106 Abs. 6 BVergG 2006 gewendet. Ein derartiges Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung ist jedoch nach der Aktenlage unterblieben. Im Hinblick auf die nunmehr erfolgte Klarstellung, die auch bereits vor Anfechtung dieser Festlegung hätte erlangt werden können, sieht der Senat keinen Anlass, die angefochtene Festlegung für nichtig zu erklären. Mit dieser Erklärung der Antragsgegnerin ist sichergestellt, dass in der angefochtenen Festlegung eine Protokollierung, die über die gesetzlichen Vorschriften hinausgeht, nicht verlangt wird. Dem Antragsteller ist zuzustimmen, dass die angefochtene Festlegung nicht klar genug formuliert ist, weil dann, wenn eine Protokollierung nach dem Normenstandard vorgesehen ist, die Einfügung des Wortes "mindestens" entbehrlich erscheint. Auch hier ist jedoch nach der Aktenlage festzustellen, dass eine entsprechende Aufklärung durch die Antragsgegnerin erfolgt wäre, hätte der Antragsteller sich an sie unter Hinweis auf Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 gewendet. Ein derartiges Ersuchen des Antragstellers um Klarstellung ist jedoch nach der Aktenlage unterblieben. Im Hinblick auf die nunmehr erfolgte Klarstellung, die auch bereits vor Anfechtung dieser Festlegung hätte erlangt werden können, sieht der Senat keinen Anlass, die angefochtene Festlegung für nichtig zu erklären.

Nachdem bereits im Zuge der Behandlung der einzelnen, vom Antragsteller hilfsweise 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 eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechtes 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. Es bestand daher kein Anlass für den Senat, die "Ausschreibung im gegenständlichen Verfahren", wie vom Antragsteller gewünscht, in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären. 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 eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, BVergG 2006 erfolgt - ohne umfangreiche

Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit sind durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechtes 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. Es bestand daher kein Anlass für den Senat, die "Ausschreibung im gegenständlichen Verfahren", wie vom Antragsteller gewünscht, in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären.

Zu den hilfsweise angefochtenen, oben dargestellten Festlegungen ist abschließend auszuführen, dass diese nach Sicht des Senates weder unsachlich noch überschießend sind. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Bekanntmachung und der Festlegungen im Formblatt MD BD - SR-75 (2011) hat sich als unberechtigt erwiesen. Zur Position 00.1701 Lang-LV ist anzumerken, dass die Auftraggeberin lediglich Informationen bereitstellt. Es ist nicht ersichtlich, worin der Antragsteller bzw. ein Bieter durch diese Informationsbereitstellung beschwert sein könnte. Punkt II.2.1 der Bekanntmachung wurde nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens berichtigt und gilt in der angefochtenen Form nicht mehr. Selbst wenn diese Berichtigung nicht erfolgt wäre, ist für einen Bieter in der falschen Berechnung des geschätzten Auftragswertes kein konkreter Nachteil zu erblicken (wie z.B. die Wahl eines nicht zulässigen Verfahrens). Zu den hilfsweise angefochtenen, oben dargestellten Festlegungen ist abschließend auszuführen, dass diese nach Sicht des Senates weder unsachlich noch überschießend sind. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Bekanntmachung und der Festlegungen im Formblatt MD BD - SR-75 (2011) hat sich als unberechtigt erwiesen. Zur Position 00.1701 Lang-LV ist anzumerken, dass die Auftraggeberin lediglich Informationen bereitstellt. Es ist nicht ersichtlich, worin der Antragsteller bzw. ein Bieter durch diese Informationsbereitstellung beschwert sein könnte. Punkt römisch zwei.2.1 der Bekanntmachung wurde nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens berichtigt und gilt in der angefochtenen Form nicht mehr. Selbst wenn diese Berichtigung nicht erfolgt wäre, ist für einen Bieter in der falschen Berechnung des geschätzten Auftragswertes kein konkreter Nachteil zu erblicken (wie z.B. die Wahl eines nicht zulässigen Verfahrens).

Die Festlegung zur Arbeitshöhe in der Ausschreibung ist erforderlich und zweckmäßig, weil einerseits definiert wird, wie die Arbeitshöhe berechnet wird, und zum anderen klargestellt wird, dass lediglich Arbeitshöhen bis 4 m kalkuliert werden müssen, dass bis zu dieser Höhe also keine besonders aufwendigen Aufstiegshilfen zu berücksichtigen sind. Auch hier ist fraglich, wo die Beschwer des Antragstellers liegen könnte. Würde dieser Punkt für nichtig erklärt werden, würden die angebotenen Preise für alle Höhen gelten, der Einsatz erforderlicher Hubsteiger würde dann als Nebenleistung zu sehen sein (vergleiche Punkt 2.2.3 der ebenfalls bedungenen WD 314). Im Falle der Nichtigerklärung dieser Festlegung wäre die Kalkulierbarkeit weiter erschwert.

Bei der Anfechtung der Festlegung zur LG 01.01 lässt der Antragsteller die weiteren damit in Zusammenhang stehenden Festlegungen der Ausschreibung außer Betracht. Eine in der Sammelbestellung angeführte Wohnhausanlage ist nur ein Mal pro Jahr zu prüfen, dementsprechend kann auch nur ein Mal eine Baustelleneinrichtung verrechnet werden. Wird diese Wohnhausanlage im Folgejahr wieder angeführt, ist sie erneut zu prüfen, und kann in diesem Fall die Baustelleneinrichtung auch neuerlich verrechnet werden.

Wenn auch die Formulierung in Pos. 9812 des Lang-LV geeignet erscheint, eine andere Sichtweise hervorzurufen, als jene, die die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vertreten hat, ist anzumerken, dass die vom Antragsteller aufgeworfene Problematik im Wege eines Hinweises bzw. eines Aufklärungsersuchens im Sinne des § 106 Abs. 6 BVergG 2006 im kurzen Wege hätte beseitigt werden können. Dass diese Klarstellung erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgt ist, kann jedoch nicht dazu führen, die angefochtene Festlegung als vergaberechtswidrig zu streichen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Antragsteller die wortidentische Formulierung in Pos. Wenn auch die Formulierung in Pos. 9812 des Lang-LV geeignet erscheint, eine andere Sichtweise hervorzurufen, als jene, die die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vertreten hat, ist anzumerken, dass die vom Antragsteller aufgeworfene Problematik im Wege eines Hinweises bzw. eines Aufklärungsersuchens im Sinne des Paragraph 106, Absatz 6, BVergG 2006 im kurzen Wege hätte beseitigt werden können. Dass diese Klarstellung erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgt ist, kann jedoch nicht dazu führen, die angefochtene Festlegung als vergaberechtswidrig zu streichen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Antragsteller die wortidentische Formulierung in Pos.

98.13 nicht angefochten hat.

Aus diesen Gründen war daher sowohl der Antrag auf Nichtigkeitklärung der gesamten Ausschreibung als auch die hilfsweise gestellten Anträge auf Nichtigkeitklärung einzelner Festlegungen abzuweisen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 27.8.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 27.8.2012 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007. Der Antragsteller hat mit seinem Nichtigkeitsantrag unter anderem geltend gemacht, der in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen angegebene, geschätzte Auftragswert sei von der Antragsgegnerin falsch berechnet worden. Diese Bemängelung hat die Antragsgegnerin nach Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes zum Anlass genommen, den von ihr zunächst in Höhe von Euro 900.000,-- geschätzten Auftragswert unter Berücksichtigung auch der Verlängerungsoption auf Euro 1,8 Mio. zu erhöhen. Diese Berichtigung wurde von ihr auch entsprechend bekannt gemacht. Damit ist aber davon auszugehen, dass der Antragsteller mit seinem Anfechtungsantrag zumindest in einem Punkt, wenn auch nur teilweise, obsiegt hat, weshalb er gegenüber der Antragsgegnerin Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 18 WVRG 2007 entrichteten Gebühren hat. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007. Der Antragsteller hat mit seinem Nichtigkeitsantrag unter anderem geltend gemacht, der in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen angegebene, geschätzte Auftragswert sei von der Antragsgegnerin falsch berechnet worden. Diese Bemängelung hat die Antragsgegnerin nach Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes zum Anlass genommen, den von ihr zunächst in Höhe von Euro 900.000,-- geschätzten Auftragswert unter Berücksichtigung auch der Verlängerungsoption auf Euro 1,8 Mio. zu erhöhen. Diese Berichtigung wurde von ihr auch entsprechend bekannt gemacht. Damit ist aber davon auszugehen, dass der Antragsteller mit seinem Anfechtungsantrag zumindest in einem Punkt, wenn auch nur teilweise, obsiegt hat, weshalb er gegenüber der Antragsgegnerin Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 18, WVRG 2007 entrichteten Gebühren hat.

Schlagworte

Ausschreibung; Abweisung; kein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen;

Zuletzt aktualisiert am

08.03.2013

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