

TE Verg Bescheid 2012/9/13 VKS-8125/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.09.2012

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 §21 Abs2,

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1 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 §75

BVergG 2006 §78 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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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 Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe eines "Rahmenvertrages über Baumeisterarbeiten in den Bezirken 1-23", Ausschreibungsnummer LV\WW DT\BT-BM-LOS-01-49-V00, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausschreibung der Antragsgegnerin in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Den Eventualanträgen wird wie folgt stattgegeben:

1. a)Litera a

Punkt 3.4 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 wird als nichtig gestrichen;

2. b)Litera b

in Punkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 wird im dritten Satz die Wortfolge ".. für jedes angebotene Los und insgesamt .." als nichtig gestrichen.

1. 3.Ziffer 3

Der Eventualantrag, in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge die Wortfolge ".. beim Preisaufschlag-/nachlassverfahren 50% der Vorgabesumme des jeweils angebotenen Loses .." für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von € 5.463,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 21 Abs. 2, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1 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, 75, 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, 21

Absatz 2, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 19, Absatz eins, 70, Absatz eins, 74, 75, 78, Absatz eins, 79, Absatz 2, 99, 106, Absatz 6, BVergG 2006.

Begründung

Das Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Baumeisterarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 5.7.2012, Zl. 2012/S127-210365 sowie auf der Webseite der Antragsgegnerin und im Amtsblatt der Stadt Wien vom 11.7.2012, Nummer 28, ordnungsgemäß erfolgt. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf einseitige, dreimalige Verlängerung um je ein Jahr abgeschlossen werden. Der geschätzte Auftragswert beträgt ohne USt rund € 391 Millionen. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden die Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist in insgesamt 48 Lose (Gebietsteile) und ein weiteres Los Nr. 49, das Baumeisterarbeiten für Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1-23 betrifft, gegliedert. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist ist der 28.9.2012, 8.00 Uhr. Die Angebotseröffnung soll anschließend stattfinden.

Mit dem am 30.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht sie geltend, die Antragstellerin habe mit ihrer Berichtigung vom 20.7.2012 Punkt 3.4 der Verfahrensbestimmungen betreffend das Verbot der mehrfachen Referenzverwertung derartig abgeändert, dass sie nunmehr gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoße. Punkt 3.4 in der angefochtenen Fassung etabliere ein System, wonach im Ergebnis vornehmlich jene Unternehmen, die schon bisher für die Auftraggeberin tätig gewesen seien, in jenem quantitativen Verhältnis als technisch leistungsfähig anerkannt werden, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzen im Ausmaß von 50% der Auftragssumme des jeweiligen Teillos nachweisen müssen. In dem Umfang, wie ein Bieter Referenzen für ein bestimmtes Teillos, für das er anbietet "einsetzt" bzw. "widmet" sollen diese Referenzen bei keinem weiteren Teillosangebot zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angeführt werden können. Damit ignoriere die Ausschreibung, dass die technische Leistungsfähigkeit im Sinne der Kapazität eines Bieters nicht schon durch die Angebotslegung, sondern erst durch eine konkrete Beauftragung gebunden und dadurch verbraucht werde. Dazu komme noch ein aleatorisches Element. Sei ein Bieter nämlich in einem Teillos, in dem er angeboten und vorhandene Referenzen "eingesetzt" hat, nicht Bestbieter, weil beispielsweise ein anderer Bieter preislich günstiger angeboten habe, könne er diese Referenzen nicht zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für ein anderes Teillos einsetzen, obwohl seine Kapazitäten ja gar nicht in jenem Los gebunden sein können, in dem er den Zuschlag nicht erhalten soll. Dieses System sei unsachlich und auch zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wenig geeignet. Die angefochtene Bestimmung enthalte zudem ein Verbot der mehrfachen Referenzverwertung für mehrere Teillose. Ein Bieter könne danach nur für einen quantitativen Umfang an Losen Angebote legen, wie er Referenzen vorlegen könne. Diese Anforderungen gingen weit über den taxativen Katalog der Nachweise, die ein Auftraggeber im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit verlangen dürfe, hinaus. Ein Verbot der mehrfachen Referenzverwertung und damit eine quantitative Koppelung des Auftragswertes der Referenzprojekte an den Auftragswert der Teillose, für die Angebote gelegt werden sollen, entbehre einer gesetzlichen Grundlage und stelle kein sachliches Kriterium zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit dar. Dazu werden von der Antragstellerin Belegstellen in der Literatur zitiert. Die angefochtene Verfahrensbestimmung sei auch diskriminierend, weil letztendlich nur Bieter in Betracht kämen, die bereits für die Auftraggeberin häufig tätig geworden seien und dadurch über die notwendige Anzahl an Referenzprojekten verfügten. Dazu komme, dass auch nur Referenzen anerkannt werden, wenn sie in Gebäuden erlangt wurden, die jenen im Sinne des § 119 Abs. 1 der Bauordnung für Wien vergleichbar sind. Damit wären Bauunternehmer diskriminiert, die sehr wohl die erforderlichen Fachkenntnisse und Expertise hätten, bislang aber erst ein geringeres Auftragsvolumen bearbeitet hätten und nicht für ihre gesamte Leistungskapazität Teillose anbieten könnten. Die losweise Erbringung unterschiedlicher Referenzen

stelle sich als unsachliches Kriterium dar und diskriminiere Bieter, die trotz unbestreitbaren Vorliegens ihrer technischen Leistungsfähigkeit über weniger (gleichartige) Referenzen verfügten. Mit dem am 30.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung, hilfsweise näher bezeichnete Festlegungen in derselben für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht sie geltend, die Antragstellerin habe mit ihrer Berichtigung vom 20.7.2012 Punkt 3.4 der Verfahrensbestimmungen betreffend das Verbot der mehrfachen Referenzverwertung derartig abgeändert, dass sie nunmehr gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoße. Punkt 3.4 in der angefochtenen Fassung etabliere ein System, wonach im Ergebnis vornehmlich jene Unternehmen, die schon bisher für die Auftraggeberin tätig gewesen seien, in jenem quantitativen Verhältnis als technisch leistungsfähig anerkannt werden, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzen im Ausmaß von 50% der Auftragssumme des jeweiligen Teillos nachweisen müssen. In dem Umfang, wie ein Bieter Referenzen für ein bestimmtes Teillos, für das er anbietet "einsetzt" bzw. "widmet" sollen diese Referenzen bei keinem weiteren Teillosangebot zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angeführt werden können. Damit ignoriere die Ausschreibung, dass die technische Leistungsfähigkeit im Sinne der Kapazität eines Bieters nicht schon durch die Angebotslegung, sondern erst durch eine konkrete Beauftragung gebunden und dadurch verbraucht werde. Dazu komme noch ein aleatorisches Element. Sei ein Bieter nämlich in einem Teillos, in dem er angeboten und vorhandene Referenzen "eingesetzt" hat, nicht Bestbieter, weil beispielsweise ein anderer Bieter preislich günstiger angeboten habe, könne er diese Referenzen nicht zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für ein anderes Teillos einsetzen, obwohl seine Kapazitäten ja gar nicht in jenem Los gebunden sein können, in dem er den Zuschlag nicht erhalten soll. Dieses System sei unsachlich und auch zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wenig geeignet. Die angefochtene Bestimmung enthalte zudem ein Verbot der mehrfachen Referenzverwertung für mehrere Teillose. Ein Bieter könne danach nur für einen quantitativen Umfang an Losen Angebote legen, wie er Referenzen vorlegen könne. Diese Anforderungen gingen weit über den taxativen Katalog der Nachweise, die ein Auftraggeber im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit verlangen dürfe, hinaus. Ein Verbot der mehrfachen Referenzverwertung und damit eine quantitative Koppelung des Auftragswertes der Referenzprojekte an den Auftragswert der Teillose, für die Angebote gelegt werden sollen, entbehre einer gesetzlichen Grundlage und stelle kein sachliches Kriterium zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit dar. Dazu werden von der Antragstellerin Belegstellen in der Literatur zitiert. Die angefochtene Verfahrensbestimmung sei auch diskriminierend, weil letztendlich nur Bieter in Betracht kämen, die bereits für die Auftraggeberin häufig tätig geworden seien und dadurch über die notwendige Anzahl an Referenzprojekten verfügten. Dazu komme, dass auch nur Referenzen anerkannt werden, wenn sie in Gebäuden erlangt wurden, die jenen im Sinne des Paragraph 119, Absatz eins, der Bauordnung für Wien vergleichbar sind. Damit wären Bauunternehmer diskriminiert, die sehr wohl die erforderlichen Fachkenntnisse und Expertise hätten, bislang aber erst ein geringeres Auftragsvolumen bearbeitet hätten und nicht für ihre gesamte Leistungskapazität Teillose anbieten könnten. Die losweise Erbringung unterschiedlicher Referenzen stelle sich als unsachliches Kriterium dar und diskriminiere Bieter, die trotz unbestreitbaren Vorliegens ihrer technischen Leistungsfähigkeit über weniger (gleichartige) Referenzen verfügten.

Die Antragstellerin sei ein Unternehmen der Baubranche und beabsichtige, sich - allenfalls in einer Bietergemeinschaft mit weiteren Unternehmen - an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen und ein Angebot zu legen. Eine Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sei ihr jedoch nur möglich bzw. wirtschaftlich sinnvoll, wenn die von ihr angefochtene Bestimmung in Punkt 3.4 der Verfahrensbestimmung in der Fassung der Berichtigung vom 20.7.2012 für nichtig erklärt werde. Sollte es ihr nicht möglich sein, sich am Vergabeverfahren wegen der von ihr angefochtenen Bestimmungen zu beteiligen, würde sie die bisher aufgewendeten Kosten für die Vorbereitung eines Angebotes, für die Rechtsverfolgung, die von ihr der Höhe nach näher beziffert werden, erleiden. Die Gesamtkosten für die Angebotslegung werden von ihr auf rund € 88.000,-- geschätzt.

Die Antragstellerin erachtet sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Ausschreibung in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung, auf Nichtigerklärung vergaberechtswidriger Bestimmungen in der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuerlichen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Nur nach Beseitigung der angefochtenen Festlegungen wäre es der Antragstellerin möglich, ein aussichtsreiches Angebot zu legen. In der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2012 hat der Senat im Einverständnis mit den Parteien gemäß § 21 Abs. 2 WVRG 2007 diesen

Gelegenheit zu einer gütlichen Einigung gegeben und hierfür eine Frist von zwei Wochen festgelegt. Eine gütliche Einigung ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Die Antragstellerin erachtet sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Ausschreibung in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung, auf Nichtigerklärung vergaberechtswidriger Bestimmungen in der Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuerlichen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Nur nach Beseitigung der angefochtenen Festlegungen wäre es der Antragstellerin möglich, ein aussichtsreiches Angebot zu legen. In der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2012 hat der Senat im Einverständnis mit den Parteien gemäß Paragraph 21, Absatz 2, WVRG 2007 diesen Gelegenheit zu einer gütlichen Einigung gegeben und hierfür eine Frist von zwei Wochen festgelegt. Eine gütliche Einigung ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen.

In ihrer Stellungnahme vom 22.8.2012 hat die Antragsgegnerin schließlich die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst vorgebracht, es sei zweifelhaft, ob die Antragstellerin im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Situation und den Sitz des Unternehmens überhaupt eigene Interessen verfolge. Die Antragsgegnerin geht davon aus, dass es der Antragstellerin nicht möglich wäre, die Mindesteignungsanforderungen auch nur für ein Los nachzuweisen. Damit würde aber der Antragstellerin die erforderliche Antragslegitimation fehlen. Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, die Anträge seien mehrfach unzulässig, weil sie überschießend und unpräzise wären und bei Stattgebung nicht zu einer Besserstellung der Antragstellerin führen könnten. Warum die gesamte Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 für nichtig erklärt werden soll, sei dem Antrag nicht zu entnehmen, zumal die Antragstellerin nur Punkt 3.4 (Verbot der mehrfachen Referenzverwertung) bekämpfe. Selbst wenn man ihrem diesbezüglichen Antrag stattgeben wollte, wäre für sie keine Besserstellung zu erwarten, weil die gar nicht angefochtene Festlegung in Punkt

3.1 sowie Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmung unangefochten blieben. Die Antragstellerin müsste weiterhin Referenzen für jedes einzelne angebotene Los in der Höhe von 50% der Vorgabesumme zuordnen und nachweisen.

In ihrer Stellungnahme nimmt sodann die Antragsgegnerin ausführlich zu den von ihr auch in der Vergangenheit durchgeführten Rahmenvertragsausschreibungen Stellung und gliedert dabei anhand einzelner Lose die Größenordnungen der Einzelabrufe sowie die für deren Durchführung geschätzte Mindestanzahl an Arbeitern auf. Zusammenfassend führt sie aus, dass die Referenzen den einzelnen angebotenen Losen zugeordnet werden müssten, weil nicht nur Gesamtangebote sondern auch Teilangebote gelegt werden könnten. Nach den von der Antragstellerin gar nicht angefochtenen Festlegungen in Punkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen müssten die Eignungskriterien für jedes angebotene Los und insgesamt für die Summe aller angebotenen Lose erfüllt sein. Um dies auch prüfen zu können, bedürfe es einer Zuordnung der Referenzen zu den angebotenen Losen. Wer sonst außer einem Bieter selbst - nur er kennt seine Referenzen und nur er entscheidet, welches Los er anbieten will - sollte diese Zuordnung vornehmen. Jeder Bieter müsse bei der Angebotslegung davon ausgehen, dass er - und zwar für alle angebotenen Lose - den Zuschlag erhalte. Daher müsse er auch beim hier gewählten offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung für sein gesamtes Angebot über die geforderte Eignung verfügen. Ob ein grundsätzlich geeignetes Angebot sodann für den Zuschlag in Betracht komme, sei erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich nach abgeschlossener Eignungsprüfung, zu prüfen. Mit dieser Vorgangsweise halte sich die Antragsgegnerin an die Vorschriften des BVergG 2006.

Auf diese Stellungnahme hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.9.2012 repliziert und zunächst im Hinblick auf die Ausführungen der Antragsgegnerin ihre Eventualanträge (rechtzeitig im Hinblick auf das Angebotsende 28.9.2012) dahingehend erweitert und zusammengefasst, dass sie neben dem Antrag auf Nichtigerklärung des Punktes 3.4 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge (Verbot der mehrfachen Referenzverwertung) auch die Nichtigerklärung des dritten Satzes in Punkt 3.1 der Ausschreibung (im Falle einer Teilvergabe müssen die Eignungskriterien für jedes angebotene Los und insgesamt für die Summe aller angebotenen Lose erfüllt sein) sowie in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge die Nichtigerklärung der Wortfolge "... beim Preisaufschlags-/Nachlassverfahren 50% der Vorgabesumme des jeweils angebotenen Loses" begehrt hat. Zu ihrer von der Antragsgegnerin bezweifelten Antragslegitimation hat die Antragstellerin darauf verwiesen, dass eine wirtschaftliche Gefährdung ihres Unternehmens nicht vorliege. Im Übrigen könnte sich die Antragstellerin zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer

Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters, der zwischen ihr und diesem Unternehmen bestehenden Verbindungen, stützen. Auch zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit könnte sich die Antragstellerin auf Subunternehmer, sonstige Dritte und allenfalls Mitglieder einer zu bildenden Bietergemeinschaft stützen. Die "Unterstellung der Auftraggeberin, dass die Antragstellerin gar nicht eigene, sondern vielmehr fremde Interessen geltend macht, entbehrt sohin jeglicher Grundlage". Im Übrigen führt sie zur Erweiterung ihrer Eventualanträge aus, dass sie ohnedies die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung begehrt habe. Sollte die Nachprüfungsbehörde für die Beseitigung der Rechtswidrigkeit zwar nicht die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung, wohl aber zusätzlich zu Punkt

3.4 auch die Streichung des zweiten Satzes in Punkt 3.1 und der Wortfolge "beim Preisaufschlags-/Nachlassverfahren 50% der Vorgabesumme des jeweiligen angebotenen Loses" in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen als notwendig erachten, sei die Streichung dieser beiden Punkte als "minus" zum Hauptantrag mit umfasst und somit angefochten. Da jedoch die Anfechtungsfrist des § 24 Abs. 4 WVRG 2007 noch offen sei, ergänzt die Antragstellerin ihre Eventualanträge auf Nichtigerklärung auch dieser beiden Festlegungen. Zur Begründung verweist sie darauf, dass die in der Ausschreibung verlangten Mindestreferenzsummen sachlich im Hinblick auf die Höhe der einzelnen, abgerufenen Bauleistungen, nicht gerechtfertigt wären. Aus der von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz enthaltenen Auftrags-tabelle ergebe sich, dass in allen angeführten Losen mehr als 98% der "Einzelabrufe" einen Auftragswert von bis zu € 20.000,-- aufweisen würden. Bei einzelnen Losreferenzen bis € 3,8 Mio. nachweisen zu müssen, wäre daher überschießend. Gerade aufgrund der Kleinstbauleistungen sei die Forderung eines an den Auftragswert eines Loses gekoppelten Nachweises über Bauleistungen im Volumen von insgesamt 50% des jeweiligen drei-Jahresauftragswertes sachlich nicht gerechtfertigt. Die Koppelung der Referenzsumme an den Losauftragswert verstoße damit gegen § 75 BVergG 2006. Eine sachliche Rechtfertigung der Koppelung der Referenzsummen an die Auftragswerte der Lose könne ebenfalls nicht gefunden werden. Hinsichtlich der Zuordnung der Referenzen zu einzelnen Losen macht die Antragstellerin geltend, dass sich aus den vergaberechtlichen Bestimmungen die Pflicht der Bieter zur Zuordnung von Referenzen zu den von ihnen angebotenen Losen nicht herleiten ließe. 3.4 auch die Streichung des zweiten Satzes in Punkt 3.1 und der Wortfolge "beim Preisaufschlags-/Nachlassverfahren 50% der Vorgabesumme des jeweiligen angebotenen Loses" in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen als notwendig erachten, sei die Streichung dieser beiden Punkte als "minus" zum Hauptantrag mit umfasst und somit angefochten. Da jedoch die Anfechtungsfrist des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 noch offen sei, ergänzt die Antragstellerin ihre Eventualanträge auf Nichtigerklärung auch dieser beiden Festlegungen. Zur Begründung verweist sie darauf, dass die in der Ausschreibung verlangten Mindestreferenzsummen sachlich im Hinblick auf die Höhe der einzelnen, abgerufenen Bauleistungen, nicht gerechtfertigt wären. Aus der von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz enthaltenen Auftrags-tabelle ergebe sich, dass in allen angeführten Losen mehr als 98% der "Einzelabrufe" einen Auftragswert von bis zu € 20.000,-- aufweisen würden. Bei einzelnen Losreferenzen bis € 3,8 Mio. nachweisen zu müssen, wäre daher überschießend. Gerade aufgrund der Kleinstbauleistungen sei die Forderung eines an den Auftragswert eines Loses gekoppelten Nachweises über Bauleistungen im Volumen von insgesamt 50% des jeweiligen drei-Jahresauftragswertes sachlich nicht gerechtfertigt. Die Koppelung der Referenzsumme an den Losauftragswert verstoße damit gegen Paragraph 75, BVergG 2006. Eine sachliche Rechtfertigung der Koppelung der Referenzsummen an die Auftragswerte der Lose könne ebenfalls nicht gefunden werden. Hinsichtlich der Zuordnung der Referenzen zu einzelnen Losen macht die Antragstellerin geltend, dass sich aus den vergaberechtlichen Bestimmungen die Pflicht der Bieter zur Zuordnung von Referenzen zu den von ihnen angebotenen Losen nicht herleiten ließe.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit sondern hilfsweise vor allem 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 dem Inhalt der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingebrachten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 9.8.2012 und 13.9.2012 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 offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden Baumeisterarbeiten bzw. in einem Los von Erd- und Kanalbauarbeiten in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge,

es sind nach der Ausschreibung jedoch Einzelabrufe mit einem Auftragsvolumen zwischen wenigen hundert Euro und €Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraph 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden Baumeisterarbeiten bzw. in einem Los von Erd- und Kanalbauarbeiten in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch Einzelabrufe mit einem Auftragsvolumen zwischen wenigen hundert Euro und €

60.000,-- (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um dreimal ein Jahr. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 20.7.2012 berichtigt, die Berichtigung ist ebenfalls ordnungsgemäß bekanntgemacht worden. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (=Lose) und ein Los Nr. 49, das Baumeisterarbeiten für Erd- und Kanalbauarbeiten in den Bezirken 1 bis 23 umfasst, gegliedert. Die Bieter haben die Möglichkeit, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über rund € 391 Mio. ohne USt. Bei den einzelnen Losen ist jeweils der geschätzte Wert ohne USt angegeben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist ist der 28.9.2012, 8.00 Uhr. Die Angebotsöffnung soll anschließend stattfinden.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 30.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 4.9.2012 vorgenommene weitere Anfechtung einzelner, in diesem Schriftsatz näher bezeichneter Festlegungen, ist im Hinblick auf das Angebotsende gleichfalls rechtzeitig erfolgt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 30.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 4.9.2012 vorgenommene weitere Anfechtung einzelner, in diesem Schriftsatz näher bezeichneter Festlegungen, ist im Hinblick auf das Angebotsende gleichfalls rechtzeitig erfolgt. 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 ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007. 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 ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007.

Die Antragstellerin hat primär begehrt, die Ausschreibung in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 für nichtig zu erklären. Die Ausschreibungsunterlagen gliedern sich in die Vergabebekanntmachung, das Angebotsdeckblatt MDBD-SR75 (2011), das Leistungsverzeichnis für die Lose 1 bis 48 (LV1), das Leistungsverzeichnis für das Los 49 (LV2), die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307), die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für

Bauleistungen (WD 314), die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge (Verfahrensbestimmungen), die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge (Vertragsbestimmungen) und weitere umfangreiche Bestandteile. Weder dem einleitenden Schriftsatz noch der Stellungnahme vom 4.9.2012 ist zu entnehmen, aus welchen konkreten Gründen die "gesamte Ausschreibung" für nichtig erklärt werden sollte. Die Antragstellerin unterlässt es auch dezidiert

darzulegen, welche Gründe vorhanden sein sollten, die eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bedingen und ihr die Ausarbeitung eines Angebotes unmöglich machen würden (§ 23 Abs.1 Z 6 WVRG 2007). Die Antragstellerin hat auch in keiner Weise vorgebracht, wieso sie durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit an der Legung eines aussichtsreichen Angebotes behindert sein sollte. Mangels einer entsprechenden Begründung ihres Antrages war daher ihr Begehren, die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, abzuweisen. Bauleistungen (WD 314), die Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge (Verfahrensbestimmungen), die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge (Vertragsbestimmungen) und weitere umfangreiche Bestandteile. Weder dem einleitenden Schriftsatz noch der Stellungnahme vom 4.9.2012 ist zu entnehmen, aus welchen konkreten Gründen die "gesamte Ausschreibung" für nichtig erklärt werden sollte. Die Antragstellerin unterlässt es auch dezidiert darzulegen, welche Gründe vorhanden sein sollten, die eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bedingen und ihr die Ausarbeitung eines Angebotes unmöglich machen würden (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007). Die Antragstellerin hat auch in keiner Weise vorgebracht, wieso sie durch die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit an der Legung eines aussichtsreichen Angebotes behindert sein sollte. Mangels einer entsprechenden Begründung ihres Antrages war daher ihr Begehren, die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, abzuweisen.

Hilfsweise hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung einzelner Festlegungen in den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge, die sie in ihrem Schriftsatz vom 4.9.2012 zusammengefasst hat, begehrt.

Zunächst bekämpft die Antragstellerin die Festlegung im Punkt "3.4 Verbot der mehrfachen Referenzverwertung" in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012. Bei dieser Festlegung handelt es sich um einen Unterpunkt des Kapitels 3 "Eignung". Die angefochtene Festlegung betrifft das Verbot der mehrfachen Referenzverwertung und lautet nach Berichtigung wie folgt:

"3.4. Verbot der mehrfachen Referenzverwertung

3.4.1. Einzelbieter

Wenn Teilangebote zugelassen sind: Die Referenzen sind den angebotenen Losen konkret zuzuordnen. Übersteigt der Wert der angegebenen Referenz das für ein angebotenes Los geforderte Auftragsvolumen, so kann der Bieter angeben, ob das übersteigende Auftragsvolumen für ein anderes angebotenes Los verwendet werden soll. Diesfalls ist im Angebot genau zu bezeichnen, welche Referenz/welche Referenzen in welchem Ausmaß in welchem anderen Los/welchen anderen Losen verwendet werden soll/sollen ("Überhangsreferenzen"). Unterbleibt eine solche Angabe im Angebot (Excel-Liste), können die angegebenen Referenzen nur für jenes Los verwendet werden, dem sie der Bieter diese Referenz ursprünglich zugeordnet hat. Eine Angabe oder Änderung einer solchen Angabe nach Angebotslegung ist unzulässig. Wird dieselbe Referenz in mehreren Losen genannt, jedoch nicht angegeben, in welchem Ausmaß die Referenz bei welchem Los verwendet werden soll, so wird sie in keinem Los berücksichtigt ("Streichung").

3.4.2. Arbeitsgemeinschaft

Arbeitsgemeinschaften können die geforderte Leistungsfähigkeit gemeinsam erfüllen. Zu diesem Zweck hat jedes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft anzugeben, in welchem Ausmaß und mit welchen konkreten Referenzprojekten (EXCEL-Liste gemäß Pkt 3.3.2.) es zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Arbeitsgemeinschaft beiträgt. Kein Unternehmen kann mehr als 100% der von ihm nachgewiesenen Referenzen verbrauchen.

Wenn Teilangebote zugelassen sind: Die Referenzen sind den angebotenen Losen konkret zuzuordnen. Übersteigt der Wert der angegebenen Referenzen das für ein angebotenes Los geforderte Auftragsvolumen, so kann der Bieter angeben, ob das übersteigende Auftragsvolumen für ein anderes angebotenes Los verwendet werden soll. Diesfalls ist im Angebot genau zu bezeichnen, welche Referenz/welche Referenzen in welchem Ausmaß in welchem anderen Los/welchen anderen Losen verwendet werden soll/sollen ("Überhangsreferenzen") Unterbleibt eine solche Angabe im Angebot (Excel-Liste), können die angegebenen Referenzen nur für jenes Los verwertet werden, dem sie der Bieter diese Referenz ursprünglich zugeordnet hat. Eine Angabe oder Änderung einer solchen Angabe nach Angebotslegung ist unzulässig. Wird dieselbe Referenz in mehreren Losen genannt, jedoch nicht angegeben, in welchem Ausmaß die Referenz bei welchem Los verwendet werden soll, so wird sie in keinem Los berücksichtigt ("Streichung").

3.4.3. Subunternehmer

Bieter können die geforderte Befugnis und Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer erfüllen. Zum Zweck des

Nachweises der Leistungsfähigkeit hat der Subunternehmer anzugeben, in welchem Ausmaß und mit welchen konkreten Referenzprojekten (EXCEL-Liste gemäß Pkt 3.3.2.) er zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters beiträgt. Kein Unternehmen kann mehr als 100% der von ihm nachgewiesenen Referenzen verbrauchen.

Wenn Teilangebote zugelassen sind: Ein Unternehmen, das sich im gleichen Los mehrfach beteiligt (z.B.: bei zwei Arbeitsgemeinschaften als Subunternehmer tätig ist), darf seine Referenzprojekte in diesem Los auch mehrfach nennen (= ein und dasselbe Referenzprojekt beiden Arbeitsgemeinschaften zur Verfügung stellen). Die Referenzen sind den angebotenen Losen konkret zuzuordnen. Übersteigt der Wert der angegebenen Referenzen das für ein angebotenes Los geforderte Auftragsvolumen, so kann der Bieter angeben, ob das übersteigende Auftragsvolumen für ein anderes angebotenes Los verwendet werden soll. Diesfalls ist im Angebot genau zu bezeichnen, welche Referenz/welche Referenzen in welchem Ausmaß in welchem anderen Los/welchen anderen Losen verwendet werden soll/sollen ("Überhangsreferenzen"). Unterbleibt eine solche Angabe im Angebot (Excel-Liste), können die angegebenen Referenzen nur für jenes Los verwertet werden, dem sie der Bieter diese Referenz ursprünglich zugeordnet hat. Eine Angabe oder Änderung einer solchen Angabe nach Angebotslegung ist unzulässig. Wird dieselbe Referenz in mehreren Losen genannt, jedoch nicht angegeben, in welchem Ausmaß die Referenz bei welchem Los verwendet werden soll, so wird sie in keinem Los berücksichtigt ("Streichung")."

Dazu macht die Antragstellerin geltend, diese Festlegung fördere ein System, in dem vornehmlich jene Unternehmer beauftragt würden, die bereits bisher Leistungen für die Auftraggeberin erbracht hätten (in dem Verhältnis, in dem sie auch bisher tätig gewesen seien). Weiters berücksichtige dieses System nicht, ob die Ressourcen tatsächlich gebunden sind (Verbrauch der Referenzen nur dann, wenn der Bieter als Bestbieter ermittelt wird), was als unsachlich zu betrachten sei. Referenzen sollten sich auch nur zum Nachweis des Know-How eignen, nicht jedoch zum Nachweis von technischen Kapazitäten. Dabei wäre auf Gerätschaften und Mitarbeiter abzustellen. Die Verpflichtung zur Zuordnung sowie das Verbot der mehrfachen Referenzverwertung gingen über den taxativen Katalog der Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit hinaus, die Festlegung sei daher vergaberechtswidrig. Bieter, die zwar über ausreichende Fachkenntnisse verfügen würden, aber nicht bereits häufig für die Antragsgegnerin tätig gewesen wären, werde die Teilnahme unzulässig erschwert und dadurch der Wettbewerb eingeschränkt. Zusammenfassend vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, dass der losweise Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen ein unsachliches Eignungskriterium darstelle.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, es obliege ihr, Art und Umfang der geforderten Referenzen (im Rahmen des gesetzlichen Ermessens) festzulegen. Sie hält auch die 50% - Festlegung für gerechtfertigt, wobei sie auf die verschiedenen Tabellen in ihrem Schriftsatz vom 22.8.2012 verweist. Dabei rechnet sie selbst Auftragsvolumina über Kennzahlen in Arbeitspartien und tätige Personen um und argumentiert mit Mindestpersonalausstattungen. Ihrer Ansicht nach seien Referenzsummen mit 50% der Lossummen nicht zu hoch gegriffen, Bieter die ausschließlich in solchen Gebäuden gearbeitet hätten, könnten ihren Jahresumsatz dadurch sogar verdoppeln. Die daraus resultierenden notwendigen Anschaffungen und Personalgänzungen würden wesentliche Vorfinanzierungskosten auslösen, die nicht außer Acht gelassen werden dürften. Sie hält den Katalog der Eignungsnachweise für frei wählbar (keine Verpflichtung zu bestimmten Nachweisen) und führt aus, dass die von ihr gewählte derzeitige Vorgangsweise ein bestes und taugliches Mittel sei, um Angebote von tatsächlich geeigneten Bietern zu erhalten. Aus den Referenznachweisen sei implizit auch die finanzielle und personelle Ausstattung der Bieter "ablesbar".

Dazu hat der Senat erwogen, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit es gemäß § 75 Abs. 6 Z 1 BVergG 2006 zulässig ist, bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen. Wie diese Nachweise zu erbringen sind, kann der Auftraggeber festlegen, ihre Ausgestaltung muss jedoch auf den Leistungsgegenstand sowie den Leistungsumfang abgestimmt und diesem entsprechend sein. Die Forderung von vergleichbaren Referenzaufträgen in bestimmter Höhe ist grundsätzlich zulässig. Die technische Leistungsfähigkeit allein nach den Referenzsummen zu beurteilen, ist vorliegend nicht ausreichend, da eine große Referenz nicht die Erfahrungen bei der Abwicklung von zahlreichen Kleinstaufträgen zu belegen vermag. Fällt die "Koppelung" an "Los-Werte" weg (Festlegung eines konkreten Wertes), würde dies entweder die Erfahrung in der Abwicklung von etwa 350 oder mehr Kleinstaufträgen pro Los nicht belegen oder der Wert wäre für ein Los mit weniger als 20 Aufträgen im Jahr unangemessen. Bleibt der Referenzwert unberücksichtigt, kann er lediglich die technische Fachkompetenz (der Bieter kann die Leistung technisch erbringen) belegen, nicht aber die organisatorische Kompetenz. In diesem Sinne ist der Argumentation der Antragsgegnerin zuzustimmen, dass die Leistungsfähigkeit für das gelegte Angebot (insgesamt)

gegeben sein muss. Andernfalls müsste eine eindeutige Regelung existieren, nach der die Losvergabe abläuft um willkürliche Auswahllemente hintanzuhalten. Wenn die Leistungsfähigkeit für das gelegte Angebot insgesamt gegeben sein muss, können die Referenzen auch nicht stufenweise verbraucht werden. Es ergibt sich daher die Frage, wenn die technische Leistungsfähigkeit für das Gesamtangebot gegeben sein muss, wozu dann eine Loszuordnung dienen soll. Entweder reicht die Leistungsfähigkeit für alle angebotenen Lose oder nicht. Bei Losvergaben muss die Eignung für jene Lose gegeben sein, für die eine Beauftragung möglich ist. Dies sind jedoch alle, die angeboten werden. Eine andere Sichtweise würde Regelungen erforderlich machen (z.B. die Verpflichtung der Bieter Prioritätenlisten abzugeben oder das Recht für die Auftraggeber zu entscheiden, für welche Lose die Leistungsfähigkeit fehlt). Zutreffend ist, dass gemäß § 69 Z 1 BVergG 2007 die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Zu diesem Zeitpunkt muss der Bieter für sein gesamtes Angebot, gleichgültig ob sich dieses auf ein Los oder mehrere bzw. alle Lose bezieht, geeignet sein. Es trifft auch zu, dass jeder Bieter grundsätzlich damit rechnen muss, für alle angebotenen Lose den Zuschlag zu erhalten. Kann sohin ein Bieter die erforderlichen Referenzen für die von ihm angebotenen Lose in ihrer Gesamtheit nachweisen, ist grundsätzlich seine technische Eignung als gegeben anzusehen. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass vergaberechtliche Bestimmungen fehlen, wonach ein Bieter verpflichtet wäre, bei mehreren Losen eine Zuordnung von Referenzen zu den einzelnen Losen vorzunehmen. Der Senat hält daher die Pflicht zur Zuordnung der Referenzen für sachlich nicht gerechtfertigt, womit auch die Regelung hinsichtlich einer Mehrfachnennung einer Referenz nicht länger notwendig ist. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin folgend Punkt 3.4 "Verbot der mehrfachen Referenzverwertung" in den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 als nichtig zu streichen. Ob damit das Ziel der Antragstellerin für mehr Lose anzubieten, als es ihre Leistungsfähigkeit zulässt, erreicht wird, mag dahingestellt bleiben. Dazu hat der Senat erwogen, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit es gemäß Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer eins, BVergG 2006 zulässig ist, bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen zu verlangen. Wie diese Nachweise zu erbringen sind, kann der Auftraggeber festlegen, ihre Ausgestaltung muss jedoch auf den Leistungsgegenstand sowie den Leistungsumfang abgestimmt und diesem entsprechend sein. Die Forderung von vergleichbaren Referenzaufträgen in bestimmter Höhe ist grundsätzlich zulässig. Die technische Leistungsfähigkeit allein nach den Referenzsummen zu beurteilen, ist vorliegend nicht ausreichend, da eine große Referenz nicht die Erfahrungen bei der Abwicklung von zahlreichen Kleinstabrufen zu belegen vermag. Fällt die "Koppelung" an "Los-Werte" weg (Festlegung eines konkreten Wertes), würde dies entweder die Erfahrung in der Abwicklung von etwa 350 oder mehr Kleinstaufträgen pro Los nicht belegen oder der Wert wäre für ein Los mit weniger als 20 Abrufen im Jahr unangemessen. Bleibt der Referenzwert unberücksichtigt, kann er lediglich die technische Fachkompetenz (der Bieter kann die Leistung technisch erbringen) belegen, nicht aber die organisatorische Kompetenz. In diesem Sinne ist der Argumentation der Antragsgegnerin zuzustimmen, dass die Leistungsfähigkeit für das gelegte Angebot (insgesamt) gegeben sein muss. Andernfalls müsste eine eindeutige Regelung existieren, nach der die Losvergabe abläuft um willkürliche Auswahllemente hintanzuhalten. Wenn die Leistungsfähigkeit für das gelegte Angebot insgesamt gegeben sein muss, können die Referenzen auch nicht stufenweise verbraucht werden. Es ergibt sich daher die Frage, wenn die technische Leistungsfähigkeit für das Gesamtangebot gegeben sein muss, wozu dann eine Loszuordnung dienen soll. Entweder reicht die Leistungsfähigkeit für alle angebotenen Lose oder nicht. Bei Losvergaben muss die Eignung für jene Lose gegeben sein, für die eine Beauftragung möglich ist. Dies sind jedoch alle, die angeboten werden. Eine andere Sichtweise würde Regelungen erforderlich machen (z.B. die Verpflichtung der Bieter Prioritätenlisten abzugeben oder das Recht für die Auftraggeber zu entscheiden, für welche Lose die Leistungsfähigkeit fehlt). Zutreffend ist, dass gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2007 die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen muss. Zu diesem Zeitpunkt muss der Bieter für sein gesamtes Angebot, gleichgültig ob sich dieses auf ein Los oder mehrere bzw. alle Lose bezieht, geeignet sein. Es trifft auch zu, dass jeder Bieter grundsätzlich damit rechnen muss, für alle angebotenen Lose den Zuschlag zu erhalten. Kann sohin ein Bieter die erforderlichen Referenzen für die von ihm angebotenen Lose in ihrer Gesamtheit nachweisen, ist grundsätzlich seine technische Eignung als gegeben anzusehen. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass vergaberechtliche Bestimmungen fehlen, wonach ein Bieter verpflichtet wäre, bei mehreren Losen eine Zuordnung von Referenzen zu den einzelnen Losen vorzunehmen. Der Senat hält daher die Pflicht zur Zuordnung der Referenzen für sachlich nicht gerechtfertigt, womit auch die Regelung hinsichtlich einer Mehrfachnennung einer Referenz nicht länger notwendig ist. Es war daher dem Antrag der Antragstellerin folgend Punkt 3.4 "Verbot der

mehrfachen Referenzverwertung" in den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012 als nichtig zu streichen. Ob damit das Ziel der Antragstellerin für mehr Lose anzubieten, als es ihre Leistungsfähigkeit zulässt, erreicht wird, mag dahingestellt bleiben.

Die Antragstellerin hat hilfsweise beantragt in Punkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge der Ausschreibung den dritten Satz als nichtig zu streichen. Die angefochtene Festlegung lautet:

"3.1. Allgemeines

Als geeignet gelten Unternehmer, die befugt, leistungsfähig und zuverlässig gemäß den Ausschreibungsunterlagen und dem BVergG 2006 sind. Die Eignungskriterien müssen im Falle einer Gesamtvergabe für das Gesamtangebot erfüllt sein. Im Fall einer Teilvergabe müssen die Eignungskriterien für jedes angebotene Los und insgesamt für die Summe aller angebotenen Lose erfüllt sein."

Diese Festlegung steht in enger Beziehung zu der zunächst behandelten Festlegung zu Punkt 3.4. Dies wurde von der Antragstellerin auch klar erkannt, indem sie mit Schriftsatz vom 4.9.2012 auch diese Festlegung angefochten hat. Da die Festlegung zu Punkt 3.4 "Verbot der mehrfachen Referenzverwertung" als nichtig gestrichen wurde, war auch in dem angefochtenen Satz die Wortfolge ".. für jedes angebotene Los und insgesamt .." als nichtig zu streichen. Dazu kann auf die voranstehende Begründung verwiesen werden. Durch den Entfall der genannten Wortfolge ist eindeutig festgelegt, dass im Falle einer Teilvergabe die Eignungskriterien für die Summe aller angebotenen Lose erfüllt sein müssen. Diese Fassung entspricht den vergaberechtlichen Vorgaben und ist im Hinblick auf den Auftragsgegenstand auch als sachlich gerechtfertigt anzusehen.

Hingegen war dem Eventualbegehren der Antragstellerin, in Punkt 3.3.2 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge die Wortfolge "beim Preisauflags-/nachlassverfahren 50% der Vorgabensumme des jeweils angebotenen Loses" für nichtig zu erklären, nicht stattzugeben.

Die Antragstellerin hält die Höhe der geforderten Referenzsummen pro Los im Hinblick auf die zu erwartenden Kleinstbauleistungen durch Koppelung an den Auftragswert eines Loses über Bauleistungen im Volumen von insgesamt 50% des jeweiligen drei-Jahresauftragswertes für sachlich nicht gerechtfertigt. Ein Bauunternehmen, das die ordnungsgemäße Erbringung von - beispielsweise 20 - Kleinbauleistungen nachweisen könne, werde ebenso geeignet sein wie eines, das tausend derartige Leistungen nachweisen könne.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, sie habe sich bei der Festlegung der Referenzhöhe pro Los an den Katalog des § 75 BVergG 2006 gehalten. Es stünde der Auftraggeberin auch zu, die Referenzsumme festzusetzen, wobei sie nach herrschender Meinung und Rechtsprechung bis zur Höhe des künftigen Auftragsvolumens gehen könne. Sie hält den von ihr festgelegten Nachweis über Referenzprojekte als bestes und taugliches Mittel, auch Angebote von tatsächlich geeigneten Unternehmern zu erhalten. Aus den Referenzen könne auch abgeleitet werden, ob sie über die personelle und technische Ausstattung zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen verfügen. Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, sie habe sich bei der Festlegung der Referenzhöhe pro Los an den Katalog des Paragraph 75, BVergG 2006 gehalten. Es stünde der Auftraggeberin auch zu, die Referenzsumme festzusetzen, wobei sie nach herrschender Meinung und Rechtsprechung bis zur Höhe des künftigen Auftragsvolumens gehen könne. Sie hält den von ihr festgelegten Nachweis über Referenzprojekte als bestes und taugliches Mittel, auch Angebote von tatsächlich geeigneten Unternehmern zu erhalten. Aus den Referenzen könne auch abgeleitet werden, ob sie über die personelle und technische Ausstattung zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen verfügen.

Rechtlich gesehen ist der Antragsgegnerin zunächst dahin zuzustimmen, dass sie mit diesem Referenznachweis den Rahmen des § 75 Z 6 BVergG 2006 nicht überschritten hat, da sie ja lediglich Referenzen fordert. Die Zahl der Nachweise hängt einerseits von der Größe der Referenz(en) ab und andererseits von den angebotenen Losen. Die 50%-Schwelle hält der Senat als durchaus im sachlichen Rahmen gelegen. Allgemein ist anerkannt, dass aus betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ein einzelner Auftrag nicht mehr als 20% des Unternehmensumsatzes ausmachen soll bzw. der Umsatz mit einem einzelnen Auftraggeber nicht mehr als 50% des Unternehmensumsatzes betragen soll. Allgemein begründet werden diese "Regeln" damit, dass andernfalls kalkulatorische Fehler bzw. Insolvenzen von Auftraggebern existenzgefährdend werden. Es steht auch grundsätzlich einem Auftraggeber zu, die Mindesteignung (und damit sein Schutzniveau) festzulegen, solange dies nicht diskriminierend oder übertrieben wettbewerbsbeschränkend erfolgt. Nach Ansicht des Senates ist durch die vorliegende Regelung weder eine

Diskriminierung möglicher Bieter, noch eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Wenn die Auftraggeberin vermeint, durch die von ihr festgelegte Referenzhöhe eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern zu erhalten, wird dies durch die Argumentation der Antragstellerin nicht widerlegt. Da sohin die angefochtene Regelung als sachlich und dem Leistungsgegenstand entsprechend gewertet werden kann, war der Antrag auf Nichtigklärung dieser Festlegungen als unbegründet abzuweisen. Insgesamt kann gesagt werden, dass die Ausschreibungsunterlagen, nach Entfall der Festlegungen in Pkt 3.4 und Pkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen i.d.F. der ersten Berichtigung vom 20.7.2012, durchaus vergleichbare Angebote i.S. der §§ 78 Abs. 3 ff BVergG 2006 erwarten lassen. Rechtlich gesehen ist der Antragsgegnerin zunächst dahin zuzustimmen, dass sie mit diesem Referenznachweis den Rahmen des Paragraph 75, Ziffer 6, BVergG 2006 nicht überschritten hat, da sie ja lediglich Referenzen fordert. Die Zahl der Nachweise hängt einerseits von der Größe der Referenz(en) ab und andererseits von den angebotenen Losen. Die 50%-Schwelle hält der Senat als durchaus im sachlichen Rahmen gelegen. Allgemein ist anerkannt, dass aus betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ein einzelner Auftrag nicht mehr als 20% des Unternehmensumsatzes ausmachen soll bzw. der Umsatz mit einem einzelnen Auftraggeber nicht mehr als 50% des Unternehmensumsatzes betragen soll. Allgemein begründet werden diese "Regeln" damit, dass andernfalls kalkulatorische Fehler bzw. Insolvenzen von Auftraggebern existenzgefährdend werden. Es steht auch grundsätzlich einem Auftraggeber zu, die Mindesteignung (und damit sein Schutzniveau) festzulegen, solange dies nicht diskriminierend oder übertrieben wettbewerbsbeschränkend erfolgt. Nach Ansicht des Senates ist durch die vorliegende Regelung weder eine Diskriminierung möglicher Bieter, noch eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Wenn die Auftraggeberin vermeint, durch die von ihr festgelegte Referenzhöhe eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern zu erhalten, wird dies durch die Argumentation der Antragstellerin nicht widerlegt. Da sohin die angefochtene Regelung als sachlich und dem Leistungsgegenstand entsprechend gewertet werden kann, war der Antrag auf Nichtigklärung dieser Festlegungen als unbegründet abzuweisen. Insgesamt kann gesagt werden, dass die Ausschreibungsunterlagen, nach Entfall der Festlegungen in Pkt 3.4 und Pkt 3.1 der Verfahrensbestimmungen in der Fassung der ersten Berichtigung vom 20.7.2012, durchaus vergleichbare Angebote i.S. der Paragraphen 78, Absatz 3, ff BVergG 2006 erwarten lassen.

Aus diesen Gründen war dem Nachprüfungsantrag, wie aus dem Spruche ersichtlich teilweise stattzugeben.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007. Da die Antragstellerin in zwei Punkten obsiegt hat, hat ihr die Antragsgegnerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007. Da die Antragstellerin in zwei Punkten obsiegt hat, hat ihr die Antragsgegnerin die entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Schlagworte

Ausschreibung; tlw. Nichtigklärung; Pflicht zur Zuordnung von Referenzen zu einzelnen Losen sachlich nicht gerechtfertigt; Höhe der geforderten Referenzsumme pro Los sachlich und dem Leistungsgegenstand entsprechend;

Zuletzt aktualisiert am

06.02.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>