

TE Verg Bescheid 2012/2/16 VKS-11554/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.02.2012

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 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages "Krankenanstalt Rudolfstiftung - Südzubau, 307.02 Hubschrauber Plattform", durch die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PM Rudolfstiftung Werner Consult - Moser Architekten, Leithastraße 10, 1200 Wien, diese vertreten durch Fellner Wratzfeld Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.10.2011 wird für nichtig erklärt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die Pauschalgebühren für einen Nachprüfungsantrag in Höhe von Euro 2.731,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 5, 12 Abs. 3, 123, 124, 126, 128 und 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 5, 12 Absatz 3, 123, 124, 126, 128 und 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PM Rudolfstiftung Werner Consult - Moser Architekten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform im Zuge des Südzubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung. Bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses, dessen Wert im Unterschwellenbereich liegt. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Neben einem weiteren Bieter hat sich auch die Antragstellerin an diesem Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 28.10.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag dem Mitbewerber erteilen zu wollen. Als Begründung wurde lediglich angeführt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht das günstigste Angebot sei.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.11.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Schriftsatz, der über Aufforderung nach § 13 Abs. 3 AVG am 8.11.2011 verbessert wurde. Danach begehrt die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin in ihren einleitenden Schriftsätzen geltend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin wegen eines "eingeschränkten Gewerbescheins, beschränkt auf Stahlbau nicht die geforderten Eignungskriterien" erfülle. So könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin die verlangte Anzahl von Mitarbeitern während der letzten drei Geschäftsjahre nicht nachweisen, ebenso wenig den geforderten Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre. Zur gewerblichen Befugnis führt die Antragstellerin aus, dass ihrer Ansicht nach eine "uneingeschränkte Baumeisterbefugnis" für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich

sei. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.11.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Schriftsatz, der über Aufforderung nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG am 8.11.2011 verbessert wurde. Danach begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin in ihren einleitenden Schriftsätzen geltend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin wegen eines "eingeschränkten Gewerbescheins, beschränkt auf Stahlbau nicht die geforderten Eignungskriterien" erfülle. So könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin die verlangte Anzahl von Mitarbeitern während der letzten drei Geschäftsjahre nicht nachweisen, ebenso wenig den geforderten Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre. Zur gewerblichen Befugnis führt die Antragstellerin aus, dass ihrer Ansicht nach eine "uneingeschränkte Baumeisterbefugnis" für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sei.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin erkennbar in ihrem Recht, die ausgeschriebenen Leistungen selbst zugeschlagen zu erhalten, beeinträchtigt. Sie führt dazu aus, nach wie vor ein Interesse an der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen zu haben. Sollte sie jedoch den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Gewinnentgang von rund 15 % der Auftragssumme erleiden und eine Auslastungsgrundlage für die bevorstehenden Monate verlieren.

Ihrem Antrag, zur Sicherung ihrer Rechtsposition eine einstweilige Verfügung zu erlassen, wurde mit Bescheid vom 16.11.2011 nicht stattgegeben. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 16.11.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst vorgebracht, der Antrag würde nicht den Anforderungen des WVRG 2007 entsprechen, so enthalte er insbesondere keinen deutlich erkennbaren Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. Auch seien, so macht die Antragsgegnerin geltend, die erforderlichen Pauschalgebühren nicht in ausreichender Höhe entrichtet worden. Schließlich wird von der Antragsgegnerin geltend gemacht, dass der Antragstellerin überhaupt die Antragslegitimation fehlen würde, da deren Angebot wegen spekulativer Preisgestaltung auszuschneiden gewesen wäre. Dazu führt sie aus, dass die Baustellengemeinkosten mit einem Einheitspreis massiv über dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie der Kostenschätzung liegen würden. In insgesamt 13 Positionen, die näher bezeichnet werden, habe die Antragstellerin die Lohnkosten mit Euro 0 angesetzt. Weitere, wesentliche Abweichungen von der Kostenschätzung der Antragsgegnerin würden sich unter vier näher bezeichneten Positionen finden. Zusammenfassend wäre daher das Angebot der Antragstellerin wegen Anbietens von Positionsteilen des Leistungsverzeichnisses mit Euro 0 sowie überhöhter Positionen wegen spekulativer Preisgestaltung auszuschneiden gewesen.

Zum Vorbringen der Antragstellerin führt die Antragsgegnerin aus, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin überprüft wurde und jedenfalls gegeben sei. Auch die nach den Ausschreibungsbedingungen verlangte Firmengröße sei ebenso nachgewiesen wie entsprechende Referenzen. Die Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei ausreichend, da die ausgeschriebenen Leistungen ausschließlich aus Stahlkonstruktionen - die Grundkonstruktion sei ein massiver Stahlbau mit Aluprofil - bestünden. Eine Baumeisterbefugnis sei nicht erforderlich. Darüber hinaus hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Subunternehmer für vier Leistungsgruppen samt Vorlage der entsprechenden Nachweise namhaft gemacht.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Teilnehmerebene beigetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie bringt zusammengefasst vor, dass sie sowohl ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Umsatz nachgewiesen hätte. Auch habe sie Referenzen, die den Ausschreibungsunterlagen entsprechen würden, vorgelegt. Nach den Ausschreibungsbedingungen sei der Kollektivvertrag Schlosser - konstruktiver Stahlbau anzuwenden. Bei den Hauptleistungen handle es sich überwiegend um einen konstruktiven Stahlbau, für den die Teilnehmerebene einen gültigen Gewerbeschein besitze. Eine Baumeisterbefugnis sei weder verlangt noch notwendig.

Mit Schreiben vom 28.11.2011 hat die Antragstellerin zum Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnehmerebene Stellung genommen und ihr Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausdrücklich wiederholt.

Im Schriftsatz vom 19.12.2011 hat die Teilnahmeberechtigte darauf hingewiesen, dass ihrer Ansicht nach das Angebot der Antragstellerin "mit einer starken spekulativen Preisgestaltung versehen" sei, da "schon allein die Tatsache ausreicht, dass wesentliche Positionen nur im Sonstigen ausgepreist sind". Die Spekulation begründe sich auf die zu erwartenden erheblichen Indexsteigerungen bis zur tatsächlichen Ausführung. Auch wenn es sich um Subleistungen handeln sollte, werde wohl ein erheblicher Lohnanteil anfallen, der nur mit dem Lohnindex verändert werden dürfe. Das Umlegen von Leistungen in andere Positionen, als die dafür vorgesehenen, weise klar auf eine Spekulation hin. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes, der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16.2.2012 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Im Zuge der Errichtung eines Zubaus an das bestehende Zentralobjekt der Krankenanstalt Rudolfstiftung, führt die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Insgesamt haben sich nur zwei Bieter am Verfahren beteiligt, die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Nach dem Vorblatt zum Leistungsverzeichnis ist die Gesamtleistungsfrist mit 49 Wochen veranschlagt und die Bieter wurden darauf aufmerksam gemacht, dass die Leistungen abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen oder Überschneidungen durchgeführt werden müssen, sodass ein kontinuierlicher Ablauf unter Umständen nicht gegeben ist (Leistungsverzeichnis Seite 6/41). Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Krankenanstaltenverbund handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Im Zuge der Errichtung eines Zubaus an das bestehende Zentralobjekt der Krankenanstalt Rudolfstiftung, führt die Antragsgegnerin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 15.9.2011, 8.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Insgesamt haben sich nur zwei Bieter am Verfahren beteiligt, die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Nach dem Vorblatt zum Leistungsverzeichnis ist die Gesamtleistungsfrist mit 49 Wochen veranschlagt und die Bieter wurden darauf aufmerksam gemacht, dass die Leistungen abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen oder Überschneidungen durchgeführt werden müssen, sodass ein kontinuierlicher Ablauf unter Umständen nicht gegeben ist (Leistungsverzeichnis Seite 6/41).

Folgende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung:

1. "5.Ziffer 5

Kalkulationsvorschriften, vertiefte Angebotsprüfung

Die Kalkulation ist zwingend nach der ÖNORM B 2061 oder einer in Form und Inhalt vergleichbaren Weise durchzuführen.

Für alle Positionen des Angebotes, die als "wesentliche Positionen" (Kennzeichen "W" neben der Positionsüberschrift) gekennzeichnet sind, hat der Bieter eine nachvollziehbare Aufstellung der dem Einheitspreis zugrundegelegten Preiskomponenten auszufertigen und dem Angebot in einem eigenen Kuvert beizulegen. Diese Aufstellung umfasst je Position zumindest das K 7 - Blatt sowie für die Kalkulation des Mittellohnpreises das K 3 - Blatt (gemäß ÖNORM B 2061 oder in Form und Inhalt vergleichbar).

1. 14.Ziffer 14

Preise; Vergütung der Leistungen (in Ergänzung zur ÖNORM B 2110 und VD 314)

In Abänderung zur VD 314 erfolgen die Preisumrechnungen gemäß ÖNORM B 2111, Ausgabe 01-05-2007.

Die im Leistungsverzeichnis angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise gelten als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung, danach sind die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes veränderlich. Veränderungen werden gemäß ÖNORM B 2111 unter Anwendung der abgeminderten Indexwerte, wie sie unter Berücksichtigung der Empfehlungen des Bundesministeriums für Finanzen vom Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten verlautbart werden, berechnet. Falls für den gegenständlichen Auftrag in den Verlautbarungen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten die zutreffende Arbeitskategorie nicht vorhanden ist, erfolgt die Berechnung von allfälligen Veränderungen unter Anwendung des Verfahrens gemäß ÖNORM B 2111 Pkt. 5.4.

Überschreitet der Auftragnehmer die vereinbarten Durchführungstermine, so hat er nur in demselben Maß Anspruch auf Vergütung von Lohn- und Materialpreiserhöhungen, als diese Mehrkosten bei Einhaltung der vereinbarten Durchführungstermine zu vergüten gewesen wären.

Wird die Leistungserbringung (nur auf ausdrückliche Anordnung der örtlichen Bauaufsicht des Auftraggebers) mit Überstundenaufwand erforderlich, werden dem Auftragnehmer für die von ihm auf Anordnung des Auftraggebers bzw. dessen Vertreters erbrachten Leistungen folgende Zuschläge vergütet:

bei Leistungen mit Überstundenaufwand mit 50 % Überstundenzuschlag wird der Lohnanteil der betreffenden Normalposition mit einem Zuschlag von einem Drittel erhöht.

bei Leistungen mit Überstundenaufwand mit 100 % Überstundenzuschlag wird der Lohnanteil der betreffenden Normalposition mit einem Zuschlag von zwei Drittel erhöht.

Falls nur Teilleistungsansätze mit Überstundenaufwand anfallen, wird seitens der örtlichen Bauaufsicht des Auftraggebers der verrechenbare Prozentsatz (Bewertung) vorgegeben."

Im Punkt 17 des Leistungsverzeichnisses ist geregelt, welche Eignungsnachweise (Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit) die Bieter mit ihrem Angebot zu erbringen hatten. Punkt 17 lautet auszugsweise wie folgt:

Gemäß Punkt 17 (3) der Angebotsbestimmungen war die Vorlage folgender Unterlagen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorgesehen:

"Ein Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung des Bieters sowie der beabsichtigten Subunternehmer für den gegenständlichen Auftrag mit mindestens EUR 1.000.000,-- - Deckung für den Bieter - (dem Angebot beizulegen);

Eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt - (dem Angebot beizulegen);

Eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in die die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht zu lange besteht - (siehe Formblatt "Umsatzerklärung");

Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer - (siehe Formblatt "Firmengrößenerklärung")."

Im Zusammenhang mit dem Umsatz waren folgende Kennwerte mindestens zu erfüllen:

Der Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre hat zusammen mindestens EUR 3.000.0000,-- exkl. USt zu betragen;

Der Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, hat für die letzten drei Geschäftsjahre EUR 3.000.000,00 exkl. USt zu betragen.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war gemäß Punkt 17 (4) der Angebotsbestimmungen die Vorlage folgender Nachweise vorgesehen:

"Eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen - (siehe Formblatt "Erklärung über Referenzen");

Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen - (siehe Formblatt "Firmengrößenerklärung");

Eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind - (siehe Formblatt "Firmengrößenerklärung");

Eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt - (siehe Formblatt "Subunternehmerbekanntgabe");

Die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt - (siehe Formblatt "Firmengrößenerklärung")."

Im Zusammenhang mit der Firmengröße waren folgende Kennwerte mindestens zu erfüllen:

Anzahl der insgesamt derzeit beschäftigten Dienstnehmer von mindestens 20 Personen;

jährliches Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren beschäftigten Personen von mindestens 20 Personen;

Anzahl der Führungskräfte im Mittel der letzten drei Jahre mindestens 20 Personen;

mindestens 20 Personen mit HTL Abschluss oder Meisterprüfung im gegenständlichen Gewerbe mit mindestens 5jähriger Berufserfahrung bei vergleichbaren Bauvorhaben im Objektbereich.

Die vorzulegenden Referenzen hatten folgende Mindestanforderungen zu erfüllen:

Referenzen der letzten fünf Jahre;

mindestens eine Hochhaus-Referenz (Objekt mit mehr als 10 Stockwerken über Terrain) mit einem Abrechnungswert von mindestens EUR 500.000,-- exkl. USt. und

drei weitere Referenzen mit einem jeweiligen Abrechnungswert von mindestens EUR 500.000,-- exkl. USt.

Sowohl von der Antragstellerin als auch von der Teilnehmberechtigten wurden sämtliche zum Nachweis der Leistungsfähigkeit verlangten Unterlagen mit den Angeboten abgegeben. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnehmberechtigte haben Subunternehmer genannt und zwar die Antragstellerin vier Subunternehmer mit dem Formular "Subunternehmer Bekanntgabe", die Teilnehmberechtigte einen Subunternehmer für vier Leistungsgruppen. Im Angebot der Antragstellerin finden sich jedoch Subunternehmererklärungen von insgesamt sechs Subunternehmern, wie etwa eines Unternehmens für Feuerschutz und Sicherheit, die im Formblatt nicht angeführt werden. Sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnehmberechtigte haben mit den von ihnen vorgelegten Nachweisen die in Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen verlangten Eignungsnachweisen vollständig und ausreichend erbracht.

Beim Angebot der Teilnehmberechtigten fällt auf, dass das Formblatt über die Subunternehmer-Bekanntgabe sowie die Erklärung des Subunternehmers vom 11.10.2011 (Angebotsöffnung 15.09.2011!) und die Führungsbestätigung nicht die Lochung (§ 118 Abs. 4 BVergG 2006) trägt, wie das übrige Angebot samt Beilagen. Diese Subunternehmer-Bekanntgabe samt Erklärung des Subunternehmers dürfte erst nachträglich zu den Vergabeakten gelangt sein, wobei nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht festgestellt werden kann, wann und auf welchem Wege dies letztlich erfolgte. Beim Angebot der Teilnehmberechtigten fällt auf, dass das Formblatt über die Subunternehmer-Bekanntgabe sowie die Erklärung des Subunternehmers vom 11.10.2011 (Angebotsöffnung 15.09.2011!) und die Führungsbestätigung nicht die Lochung (Paragraph 118, Absatz 4, BVergG 2006) trägt, wie das übrige Angebot samt Beilagen. Diese Subunternehmer-Bekanntgabe samt Erklärung des Subunternehmers dürfte erst nachträglich zu den Vergabeakten gelangt sein, wobei nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht festgestellt werden kann, wann und auf welchem Wege dies letztlich erfolgte.

Die Teilnehmberechtigte hat das Leistungsverzeichnis in allen Positionen, wo dies vorgesehen war, sowohl nach Lohn (Lo) als auch Sonstiges (So) ausgefüllt. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot in den folgenden Positionen die Lohnkosten mit Euro 0 angesetzt:

01.11040 Baustelle Einrichten/Vorhalten/Räumen

32.09120 Sicherheitsnetz Hubschrauberflugplatz

32.14010 Markierungsarbeiten Hubschrauberflugplatz

32.14020 Rettungs- und Bergeausrüstung

32.14030 Beschilderung Anlagen

32.14040 Beschilderung Landeplatz

32.14050 Sperrkreuz für Hubschrauberlandeplatz

32.14060 Windrichtungsanzeiger

32.14070 Landeplatzbefeuerung

32.14080 Hindernisbefeuerung

32.14090 Flugplatzleuchtfeuer

32.14120 Az. Farbbeschichtung

Über Vorhalt in der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Antragstellerin dazu erklärt, dass in all jenen Positionen wo in der Spalte Lohn 0 eingesetzt wurde, die dort angebotenen Leistungen an ihren Subunternehmer ausgelagert wurde. Über Vorhalt, wie ein Auftragnehmer ohne Bekanntgabe der Lohnanteile eine Preisangemessenheitsprüfung durchführen soll, hat der Vertreter der Antragstellerin erklärt, ohnedies im Schreiben vom 28.11.2011 (Angebotsöffnung 15.9.2011) der Antragsgegnerin angeboten zu haben, die Kalkulation auch hinsichtlich dieser Positionen offen zu legen (Protokoll Seite 2). Dass es sich bei diesen nicht ausgefüllten Lohnkomponenten keinesfalls um geringfügige Beträge handelt, ergibt sich bereits aus einer Gegenüberstellung der von der Teilnahmeberechtigten hier eingesetzten, deutlich über Euro 60.000,-- liegenden Beträge. Auf welche Beträge die Antragstellerin diese Lohnkomponenten schätzt, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen, die Antragsgegnerin hat sich mit diesem Problem im Zuge der Angebotsprüfung nicht auseinandergesetzt.

In den Vergabeakten findet sich ein Preisspiegel mit der Gegenüberstellung der Angebotspreise in den Angeboten der Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigten. Weiters findet sich in den Vergabeakten eine "Checklist" über die Prüfung der Angebote laut BVergG 2006/Niederschrift, betreffend die Eignungsnachweise mit einer Spalte "Vorlage, Gültigkeit", die entsprechend ausgefüllt wurde sowie einem Kapitel "Prüfung der Ausscheidungsgründe (§ 129 BVergG)", die ebenfalls eine Spalte "zutreffend/nicht zutreffend" aufweist, die jeweils bei beiden Angeboten mit "nicht zutreffend" ausgefüllt wurde. Diese "Checklist" ist von jenen Personen, die offenbar die Prüfung der Angebote vorgenommen haben, nicht gefertigt. Ebenso ist die aus sechs Seiten bestehende Niederschrift über die Angebotsprüfung und den Vergabevorschlag handschriftlich nicht gefertigt. Dass einzelne Positionen und mit welchem Ergebnis einer vertieften Prüfung unterzogen worden sind, kann der Niederschrift nicht entnommen werden. In den Vergabeakten findet sich ein Preisspiegel mit der Gegenüberstellung der Angebotspreise in den Angeboten der Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigten. Weiters findet sich in den Vergabeakten eine "Checklist" über die Prüfung der Angebote laut BVergG 2006/Niederschrift, betreffend die Eignungsnachweise mit einer Spalte "Vorlage, Gültigkeit", die entsprechend ausgefüllt wurde sowie einem Kapitel "Prüfung der Ausscheidungsgründe (Paragraph 129, BVergG)", die ebenfalls eine Spalte "zutreffend/nicht zutreffend" aufweist, die jeweils bei beiden Angeboten mit "nicht zutreffend" ausgefüllt wurde. Diese "Checklist" ist von jenen Personen, die offenbar die Prüfung der Angebote vorgenommen haben, nicht gefertigt. Ebenso ist die aus sechs Seiten bestehende Niederschrift über die Angebotsprüfung und den Vergabevorschlag handschriftlich nicht gefertigt. Dass einzelne Positionen und mit welchem Ergebnis einer vertieften Prüfung unterzogen worden sind, kann der Niederschrift nicht entnommen werden.

Insbesondere ist kein Hinweis in dieser Niederschrift dahingehend enthalten, dass jene Gründe vor Zuschlagsentscheidung aufgegriffen und geprüft worden wären, die die Antragsgegnerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren als Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin geltend gemacht hat.

Die Zuschlagsentscheidung vom 28.10.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 4.11.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich (Losregelung des § 18 WVRG 2007). Die Zuschlagsentscheidung vom 28.10.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 4.11.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im

Unterschwellenbereich (Losregelung des Paragraph 18, WVRG 2007).

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten. Soweit Feststellungen daraus in das gegenständliche Verfahren übernommen wurden, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war eindeutig festzustellen, dass - wie von der Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung im Tatsächlichen zugestanden - eine Prüfung der Angemessenheit der Preise, bzw. eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des § 125 BVergG 2006 nicht durchgeführt wurde. Es dürften der Antragsgegnerin auch jene Mängel im Angebot der Antragstellerin, die sie nunmehr geltend macht, erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens aufgefallen sein. Dass bei Gegenüberstellung der Preise die deutlichen Abweichungen in einzelnen Positionen von der Antragsgegnerin näher hinterfragt worden wären, ist in den Vergabeakten jedenfalls nicht dokumentiert. Von der Antragsgegnerin wurde auch in keiner Weise der Umstand berücksichtigt oder hinterfragt, dass die Teilnahmberechtigte die Subunternehmererklärung bzw. das Subunternehmerverzeichnis nicht mit dem Angebot abgegeben haben dürfte, weil diese Dokumente keine Lochung tragen und die Subunternehmererklärung ein Datum nach Angebotsöffnung trägt. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten. Soweit Feststellungen daraus in das gegenständliche Verfahren übernommen wurden, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war eindeutig festzustellen, dass - wie von der Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung im Tatsächlichen zugestanden - eine Prüfung der Angemessenheit der Preise, bzw. eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 nicht durchgeführt wurde. Es dürften der Antragsgegnerin auch jene Mängel im Angebot der Antragstellerin, die sie nunmehr geltend macht, erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens aufgefallen sein. Dass bei Gegenüberstellung der Preise die deutlichen Abweichungen in einzelnen Positionen von der Antragsgegnerin näher hinterfragt worden wären, ist in den Vergabeakten jedenfalls nicht dokumentiert. Von der Antragsgegnerin wurde auch in keiner Weise der Umstand berücksichtigt oder hinterfragt, dass die Teilnahmberechtigte die Subunternehmererklärung bzw. das Subunternehmerverzeichnis nicht mit dem Angebot abgegeben haben dürfte, weil diese Dokumente keine Lochung tragen und die Subunternehmererklärung ein Datum nach Angebotsöffnung trägt.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

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 im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Errichtung des Südzubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen die Herstellung eines konstruktiven Stahlbaus mit einer geschätzten Auftragssumme von rund Euro 1.000.000,--. An dieser Ausschreibung haben sich zwei Unternehmen beteiligt, nämlich die Antragstellerin und die Teilnahmberechtigte. Die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Errichtung des Südzubaus zur Krankenanstalt Rudolfstiftung, nämlich zur Herstellung einer Hubschrauberplattform. Beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang handelt es sich um die Vergabe eines Loses. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen die Herstellung eines konstruktiven Stahlbaus mit einer geschätzten Auftragssumme von rund Euro 1.000.000,--. An dieser Ausschreibung haben sich zwei Unternehmen beteiligt, nämlich die Antragstellerin und die Teilnahmberechtigte. Die Antragstellerin wurde mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend erkennbar dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig

nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen, wobei hier die Losregelung des § 18 Abs. 3 WVRG 2007 anzuwenden war. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 28.10.2011 im Faxwege zugekommen, der am 4.11.2011 eingelangte und am 8.11.2011 verbesserte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend erkennbar dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen, wobei hier die Losregelung des Paragraph 18, Absatz 3, WVRG 2007 anzuwenden war. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 28.10.2011 im Faxwege zugekommen, der am 4.11.2011 eingelangte und am 8.11.2011 verbesserte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Zunächst hatte sich der Senat mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin zu befassen, der Antrag sei mangels Erfüllung der formalen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 zurückzuweisen. Zunächst hatte sich der Senat mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin zu befassen, der Antrag sei mangels Erfüllung der formalen Voraussetzungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 zurückzuweisen.

Die anwaltlich nicht vertretene Antragstellerin hat zunächst mit ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.11.2011 eine "Berufung zur Zuschlagsentscheidung gemäß BVergG 2006" begehrt. Da dieses Schreiben nicht den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 entsprochen hat, wurde eine Verbesserungsverfahren nach § 13 Abs. 3 AVG (der gemäß § 2 Abs. 2 WVRG 2007 subsidiär anzuwenden ist) eingeleitet. Daraufhin hat die Antragstellerin fristgerecht mit Schriftsatz vom 8.11.2011 eine Verbesserung ihres Antrages vorgenommen und einen Antrag auf Nichtigerklärung gestellt. Diesem Schriftsatz waren die im einleitenden Schriftsatz fehlenden Angaben, wenn auch eingeschränkt, zu entnehmen. Jedenfalls ist aus dem Verbesserungsschriftsatz klar zu erkennen, aus welchen Gründen die Antragstellerin vermeint, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Voraussetzungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt und ihr daher der Zuschlag nicht erteilt werden dürfte. Sowohl aus dem einleitenden Schriftsatz als auch aus dessen Verbesserung ist jedenfalls ableitbar, in welchen Rechten sich die Antragstellerin beeinträchtigt fühlt und welche Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung sie geltend macht. Im Zusammenhang mit der von ihr vorgelegten Zuschlagsentscheidung ist auch klar erkennbar, dass sie die "Beseitigung" dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung begehrt, wobei sie auch in diesem Zusammenhang ausdrücklich deren Nichtigerklärung beantragt. Die anwaltlich nicht vertretene Antragstellerin hat zunächst mit ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.11.2011 eine "Berufung zur Zuschlagsentscheidung gemäß BVergG 2006" begehrt. Da dieses Schreiben nicht den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 entsprochen hat, wurde eine Verbesserungsverfahren nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG (der gemäß Paragraph 2, Absatz 2, WVRG 2007 subsidiär anzuwenden ist) eingeleitet. Daraufhin hat die Antragstellerin fristgerecht mit Schriftsatz vom 8.11.2011 eine Verbesserung ihres Antrages vorgenommen und einen Antrag auf Nichtigerklärung gestellt. Diesem Schriftsatz waren die im einleitenden Schriftsatz fehlenden Angaben, wenn auch eingeschränkt, zu entnehmen. Jedenfalls ist aus dem Verbesserungsschriftsatz klar zu erkennen, aus welchen Gründen die Antragstellerin vermeint, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Voraussetzungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt und ihr daher der Zuschlag nicht erteilt werden dürfte. Sowohl aus dem einleitenden Schriftsatz als auch aus dessen Verbesserung ist jedenfalls ableitbar, in welchen Rechten sich die Antragstellerin beeinträchtigt fühlt und welche Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung sie geltend macht. Im Zusammenhang mit der von ihr vorgelegten Zuschlagsentscheidung ist auch klar erkennbar, dass sie die "Beseitigung" dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung begehrt, wobei sie auch in diesem Zusammenhang ausdrücklich deren Nichtigerklärung beantragt.

Nach § 13a AVG 1991 hat die Behörde Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die

zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Aus dem Antrag in seiner verbesserten Form geht zumindest schlüssig hervor, welches Begehren die Antragstellerin stellt und hat sie auch die neun Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 ausreichend dargestellt. Bei diesem Sachverhalt den Antrag aus Formalgründen zurückzuweisen, steht nach Ansicht des erkennenden Senates nicht im Einklang mit den besonderen Manuduktionspflichten nach § 13a AVG 1991. Nach Paragraph 13 a, AVG 1991 hat die Behörde Personen, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen in der Regel mündlich zu geben und sie über die mit diesen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren. Aus dem Antrag in seiner verbesserten Form geht zumindest schlüssig hervor, welches Begehren die Antragstellerin stellt und hat sie auch die neun Voraussetzungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 ausreichend dargestellt. Bei diesem Sachverhalt den Antrag aus Formalgründen zurückzuweisen, steht nach Ansicht des erkennenden Senates nicht im Einklang mit den besonderen Manuduktionspflichten nach Paragraph 13 a, AVG 1991.

Wenn nun in weiteren Folge die Antragsgegnerin erstmalig im eingeleiteten Nachprüfungsverfahren vorbringt, das Angebot der Antragstellerin wäre aus verschiedenen, von ihr näher bezeichneten Gründen auszuschneiden, ist zunächst darauf zu verweisen, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten diese von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründe der Antragstellerin nicht vorgehalten wurden, sie also bisher im Vergabeverfahren keine Gelegenheit hatte, dazu ausführlich Stellung zu nehmen (vgl. VwGH 12.5.2011, Zl. 2007/04/0012). Bei den von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründen handelt es sich allenfalls um unzulässige Kostenverlagerungen. Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote (Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses) zwingend die Bestimmungen der ÖNORM B 2061 einzuhalten. Dabei hatten die Bieter für alle Positionen des Angebotes, die als wesentliche Positionen gekennzeichnet waren, eine nachvollziehbare Aufstellung der dem Einheitspreis zugrunde gelegten Preiskomponenten auszufertigen und dem Angebot beizulegen. Nach dem Leistungsverzeichnis waren im Sinne des Punktes 9.1.2 die Preisanteile für Lohn und für Sonstiges pro Position anzugeben. Der Preisanteil Lohn ergibt sich dabei aus den Einzellohnkosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages, der Preisanteil Sonstiges ergibt sich aus den Einzelmaterialkosten und den Einzelgerätekosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages. Wenn die Preise aufzugliedern sind in Lohn und Sonstiges, hat jeder Bieter die entsprechenden Beträge in den entsprechenden Spalten der Positionen einzusetzen. Eine wie von der Antragstellerin bei den im Rahmen der Feststellungen zitierten Positionen vorgenommene Vorgangsweise, den Gesamtbetrag, der vom Subunternehmer für diese Leistung veranschlagt wird, unter Sonstiges einzusetzen, verstößt eindeutig gegen diese Kalkulationsvorschriften. Ob es sich bei diesen Verstößen um gravierende Verstöße handelt, die in ihren Auswirkungen Einfluss auf den Gesamtpreis haben, kann nach der Aktenlage derzeit nicht festgestellt werden. Gerade die von der Antragstellerin gewählte Art der Kalkulation ermöglicht ihr im Ergebnis eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation, da nach den Angebotsbestimmungen (Punkt 14 Abs. 2 des Leistungsverzeichnisses) die angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung gelten, danach die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes jedoch veränderlich sind. Die Veränderungen werden gemäß der ÖNORM B 2111 berechnet. Die Angebotseröffnung fand am 15.9.2011 statt, die Gesamtleistungsfrist ist mit 49 Wochen angenommen, wobei die Leistungen auch abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen ausgeführt werden müssen. Mit den Arbeiten wurde bisher nicht begonnen. Damit ist jedenfalls davon auszugehen, dass es zu einer Preisanpassung im Sinne des Punktes 14 des Leistungsverzeichnisses kommen wird. Berücksichtigt man nun, dass Preisänderungen unter Sonstiges zumindest in der Vergangenheit höhere Preissteigerungen aufgewiesen haben, als die Steigerung bei Lohn, besteht hier die Möglichkeit zur Spekulation, weil der Lohnanteil nicht bereits im Angebot festgelegt ist. Die Antragsgegnerin wird im fortgesetzten Verfahren zu prüfen haben, inwieweit eine derartige spekulative Preisgestaltung im Angebot der Antragstellerin gegeben sein kann und wird in diesem Zusammenhang auch der Antragstellerin Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben haben. Da die von der Antragsgegnerin erstmalig im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Ausscheidungsgründe zum Angebot der Antragstellerin nicht offenkundig sind, waren sie vom erkennenden Senat nicht weiter aufzugreifen. Dieser hat daher die Antragslegitimation der Antragstellerin vorläufig als gegeben erachtet. Wenn nun in weiteren Folge die Antragsgegnerin erstmalig im eingeleiteten Nachprüfungsverfahren vorbringt, das Angebot der Antragstellerin wäre aus verschiedenen, von ihr näher bezeichneten Gründen auszuschneiden, ist zunächst darauf zu verweisen, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten diese von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründe der Antragstellerin

nicht vorgehalten wurden, sie also bisher im Vergabeverfahren keine Gelegenheit hatte, dazu ausführlich Stellung zu nehmen (vergleiche VwGH 12.5.2011, Zl. 2007/04/0012). Bei den von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründen handelt es sich allenfalls um unzulässige Kostenverlagerungen. Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter bei der Kalkulation ihrer Angebote (Punkt 5 des Leistungsverzeichnisses) zwingend die Bestimmungen der ÖNORM B 2061 einzuhalten. Dabei hatten die Bieter für alle Positionen des Angebotes, die als wesentliche Positionen gekennzeichnet waren, eine nachvollziehbare Aufstellung der dem Einheitspreis zugrunde gelegten Preiskomponenten auszufertigen und dem Angebot beizulegen. Nach dem Leistungsverzeichnis waren im Sinne des Punktes 9.1.2 die Preisanteile für Lohn und für Sonstiges pro Position anzugeben. Der Preisanteil Lohn ergibt sich dabei aus den Einzellohnkosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages, der Preisanteil Sonstiges ergibt sich aus den Einzelmaterialekosten und den Einzelgerätekosten für die zutreffende Leistung zuzüglich des jeweiligen Gesamtzuschlages. Wenn die Preise aufzugliedern sind in Lohn und Sonstiges, hat jeder Bieter die entsprechenden Beträge in den entsprechenden Spalten der Positionen einzusetzen. Eine wie von der Antragstellerin bei den im Rahmen der Feststellungen zitierten Positionen vorgenommene Vorgangsweise, den Gesamtbetrag, der vom Subunternehmer für diese Leistung veranschlagt wird, unter Sonstiges einzusetzen, verstößt eindeutig gegen diese Kalkulationsvorschriften. Ob es sich bei diesen Verstößen um gravierende Verstöße handelt, die in ihren Auswirkungen Einfluss auf den Gesamtpreis haben, kann nach der Aktenlage derzeit nicht festgestellt werden. Gerade die von der Antragstellerin gewählte Art der Kalkulation ermöglicht ihr im Ergebnis eine vergaberechtlich unzulässige Spekulation, da nach den Angebotsbestimmungen (Punkt 14 Absatz 2, des Leistungsverzeichnisses) die angebotenen Einheits-, Pauschal- und Regiepreise als Festpreise für die Dauer eines Jahres ab Angebotseröffnung gelten, danach die Preise im Sinne des Bundesvergabegesetzes jedoch veränderlich sind. Die Veränderungen werden gemäß der ÖNORM B 2111 berechnet. Die Angebotseröffnung fand am 15.9.2011 statt, die Gesamtleistungsfrist ist mit 49 Wochen angenommen, wobei die Leistungen auch abschnittsweise und gegebenenfalls mit Unterbrechungen ausgeführt werden müssen. Mit den Arbeiten wurde bisher nicht begonnen. Damit ist jedenfalls davon auszugehen, dass es zu einer Preisanpassung im Sinne des Punktes 14 des Leistungsverzeichnisses kommen wird. Berücksichtigt man nun, dass Preisänderungen unter Sonstiges zumindest in der Vergangenheit höhere Preissteigerungen aufgewiesen haben, als die Steigerung bei Lohn, besteht hier die Möglichkeit zur Spekulation, weil der Lohnanteil nicht bereits im Angebot festgelegt ist. Die Antragsgegnerin wird im fortgesetzten Verfahren zu prüfen haben, inwieweit eine derartige spekulative Preisgestaltung im Angebot der Antragstellerin gegeben sein kann und wird in diesem Zusammenhang auch der Antragstellerin Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben haben. Da die von der Antragsgegnerin erstmalig im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Ausscheidungsgründe zum Angebot der Antragstellerin nicht offenkundig sind, waren sie vom erkennenden Senat nicht weiter aufzugreifen. Dieser hat daher die Antragslegitimation der Antragstellerin vorläufig als gegeben erachtet.

Die Antragstellerin hat zunächst geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden, weil sie nicht über die für die Herstellung der Hubschrauberplattform benötigte Gewerbeberechtigung verfügt. Nach den von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Urkunden verfügt sie über das Recht zur Ausübung des reglementierten Gewerbes "Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf den Stahlbau" (§ 94 Z 58 GewO 1994). Diese Gewerbeberechtigung ist für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen, bei denen es sich ausschließlich um Leistungen des konstruktiven Stahlbaus handelt, ausreichend. Nach der Leistungsbeschreibung fehlt jeglicher Ansatzpunkt dafür, dass zur Durchführung dieser Leistungen die Gewerbeberechtigung als "Baumeister" (§ 94 Z 5 GewO 1994) erforderlich wäre. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll die vom Auftragnehmer hergestellte Hubschrauberplattform auf den Südzubau aufgesetzt und dort verankert werden. Soweit es Elektroarbeiten betrifft, hat die Teilnahmeberechtigte überdies einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht, wobei freilich - wie oben ausgeführt - noch zu klären sein wird, wann das Formblatt mit der Nennung des Subunternehmers bzw. die Subunternehmererklärung zu den Vergabeakten gelangt ist. Die Antragstellerin hat zunächst geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden, weil sie nicht über die für die Herstellung der Hubschrauberplattform benötigte Gewerbeberechtigung verfügt. Nach den von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Urkunden verfügt sie über das Recht zur Ausübung des reglementierten Gewerbes "Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau, eingeschränkt auf den Stahlbau" (Paragraph 94, Ziffer 58, GewO 1994). Diese Gewerbeberechtigung ist für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen, bei denen es sich ausschließlich um Leistungen des konstruktiven Stahlbaus handelt, ausreichend. Nach der Leistungsbeschreibung fehlt jeglicher Ansatzpunkt dafür, dass zur Durchführung dieser Leistungen die Gewerbeberechtigung als "Baumeister" (Paragraph

94, Ziffer 5, GewO 1994) erforderlich wäre. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll die vom Auftragnehmer hergestellte Hubschrauberplattform auf den Südzubau aufgesetzt und dort verankert werden. Soweit es Elektroarbeiten betrifft, hat die Teilnahmeberechtigte überdies einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht, wobei freilich - wie oben ausgeführt - noch zu klären sein wird, wann das Formblatt mit der Nennung des Subunternehmers bzw. die Subunternehmererklärung zu den Vergabeakten gelangt ist.

Die Teilnahmeberechtigte ist am 12.1.2009 gegründet worden. Soweit zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach Punkt 17 der Angebotsbestimmungen eine entsprechende Geschäftstätigkeit für mindestens drei bzw. fünf Jahre nachzuweisen war, ist nach Ansicht des Senates davon auszugehen, dass es sich bei diesen vorgegebenen Zeiten nur um einen Zeitrahmen handelt, sodass nicht festgelegt wurde, dass BieterInnen zwingend bereits mindestens drei bzw. fünf Jahre bestehen müssten. Die in diesem Zeitrahmen nachzuweisenden Zahlen an MitarbeiterInnen, der Umsätze und der Referenzen wurden nach der Aktenlage von der Teilnahmeberechtigten mit ihrem Angebot erbracht. Eine vertiefte Prüfung dieser Angaben ist jedoch aus den Vergabeakten nicht nachvollziehbar dokumentiert.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller BewerberInnen und BieterInnen an befugte, leistungsfähige und zuverlässige UnternehmerInnen, zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz seine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, dann ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien 13.12.2011, VKS - 12011/11). Nach der Aktenlage ist nicht klar ersichtlich, ob und in welchem Umfang die Antragsgegnerin die ihr vorliegenden Angebote einer Prüfung unterzogen hat, obwohl dies hinsichtlich der Kalkulation einzelner Positionen durchaus angezeigt gewesen wäre. Wie aufgezeigt und von der Antragsgegnerin erst im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin geltend gemacht, liegen in beiden Angeboten Mängel vor, die einer eingehenden Prüfung zu unterziehen sind. Nach der Aktenlage, insbesondere nach dem Inhalt der Vergabeakten, ist es dem Senat nicht möglich, eine abschließende Beurteilung dahingehend vorzunehmen, ob die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit den vergaberechtlichen Vorschriften im Einklang steht oder nicht. Es kann nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde sein, die vom Auftraggeber unterlassene Angebotsprüfung durchzuführen (vgl. VwGH 28.09.2011, Zl. 2007/04/0102 ua). Aus diesen Gründen war daher dem Antrag der Antragstellerin Folge zu geben und die Zuschlagsentscheidung wie aus dem Spruche ersichtlich, für nichtig zu erklären. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller BewerberInnen und BieterInnen an befugte, leistungsfähige und zuverlässige UnternehmerInnen, zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz seine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, dann ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien 13.12.2011, VKS - 12011/11). Nach der Aktenlage ist nicht klar ersichtlich, ob und in welchem Umfang die Antragsgegnerin die ihr vorliegenden Angebote einer Prüfung unterzogen hat, obwohl dies hinsichtlich der Kalkulation einzelner Positionen durchaus angezeigt gewesen wäre. Wie aufgezeigt und von der Antragsgegnerin erst im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin geltend gemacht, liegen in beiden Angeboten Mängel vor, die einer eingehenden Prüfung zu unterziehen sind. Nach der Aktenlage, insbesondere nach dem Inhalt der Vergabeakten, ist es dem Senat nicht möglich, eine abschließende Beurteilung dahingehend vorzunehmen, ob die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit den vergaberechtlichen Vorschriften im Einklang steht oder nicht. Es kann nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde sein, die vom Auftraggeber unterlassene Angebotsprüfung durchzuführen (vgl. VwGH 28.09.2011, Zl. 2007/04/0102 ua). Aus diesen Gründen war daher dem Antrag der Antragstellerin Folge zu geben und die Zuschlagsentscheidung wie aus dem Spruche ersichtlich, für nichtig zu erklären.

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

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Mangelhafte Angebotsprüfung;

Zuletzt aktualisiert am

26.03.2012

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