

TE Verg Bescheid 2011/10/6 VKS-14243/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.10.2011

Norm

WVRG 2007 §1
WVRG 2007 §2
WVRG 2007 §11 Abs1
WVRG 2007 §Abs. 3
WVRG 2007 §13 Abs3
WVRG 2007 §19
WVRG 2007 §20
WVRG 2007 §33
WVRG 2007 §35
WVRG 2007 §37 Abs2 in Verbindung mit
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa
BVergG 2006 §3 Abs1 Z1
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §125
BVergG 2006 §129
BVergG 2006 §131 sowie
AVG §53 i. V. m.
AVG §7

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 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. AVG § 53 heute
2. AVG § 53 gültig ab 01.09.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2025
3. AVG § 53 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 53 gültig von 26.03.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2009
5. AVG § 53 gültig von 01.02.1991 bis 25.03.2009

1. AVG § 7 heute
2. AVG § 7 gültig ab 01.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2018
3. AVG § 7 gültig von 01.01.2008 bis 31.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
4. AVG § 7 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Doralt, Seist, Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, auf Erlassung eines Feststellungsbescheides betreffend die Vergabe von Rahmenverträgen zur Wartung von Straßenbeleuchtungen in allen 23 Wiener Bezirken und zwar

1. 1) Ziffer eins
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 1, MA 33 - A1 - VE/02576/2005-1, Bezirke 1., 6., 7., 8., 12. (= VKS - 2569/06);
2. 2) Ziffer 2
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 2, MA 33 - A1 - VE/02576/2005-2, Bezirke 2., 9., 10., 11., 20. (= VKS - 2570/06);
3. 3) Ziffer 3
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 3, MA 33 - A1 - VE/02576/2005-3, Bezirke 3., 4., 5., 13., 23. (= VKS - 2574/06);
4. 4) Ziffer 4
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 4, MA 33 - A1 - VE/02576/2005-4, Bezirke 14., 15., 16., 17., 18., 19. (= VKS - 2575/06);
5. 5) Ziffer 5
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 5, MA 33 - A1 - VE/02576/2005-5, Bezirke 21., 22. (= VKS - 2576/06),

durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - Wien Leuchtet, Senngasse 2, 1110 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1. Ziffer eins
Dem Antrag der Antragstellerin vom 23.8.2011, der Vergabekontrollsenat Wien möge den Sachverständigen DI *** seines Amtes entheben und einen neuen Sachverständigen zur Beantwortung der zu begutachtenden Fragen bestellen, wird nicht stattgegeben.
1. 2. Ziffer 2
Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge feststellen, dass im Vergabeverfahren
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 1 (MA33-A1-VE/02576/2005-1): Bezirke 1., 6., 7., 8., 12.,
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 2 (MA 33-A1-VE/02576-2): Bezirke 2., 9., 10., 11., 20.,
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 3 (MA33- A1-VE/02576/2005-3): Bezirke 3., 4., 5., 13., 23.,
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 4 (MA33-A1-VE/02576/2005-4): Bezirke 14., 15., 16., 17., 18., 19.,
Gruppenleuchtmitteltausch Gebiet 5 (MA33-A1-VE/02576/2005-5): Bezirke 21., 22.)

1. a)Litera a
wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigstem Angebot erteilt wurde;
1. b)Litera b
in eventu wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde;
1. c)Litera c
in eventu die am 10.08.2006 bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidungen zugunsten der Ing. *** GmbH rechtswidrig waren,

wird abgewiesen.

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin in allen fünf Nachprüfungsverfahren (einschließlich dem Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichteten Pauschalgebühren verhalten, wird abgewiesen. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2, 11 Abs. 1, Abs. 3, 13 Abs. 3, 19, 20, 33, 35, 37 Abs. 2 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 125, 129, 131 BVerG 2006 sowie § 53 i. V. m. § 7 AVG. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, 11, Absatz eins,, Absatz 3, 13, Absatz 3, 19, 20, 33, 35, 37, Absatz 2, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 125, 129, 131, BVerG 2006 sowie Paragraph 53, i. römisch fünf. m. Paragraph 7, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - Wien Leuchtet (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat in den Jahren 2005/2006 insgesamt fünf offene Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Wartung von Straßenbeleuchtungen in allen 23 Wiener Bezirken geführt. Gegenstand der Dienstleistungen war der Gruppentausch mit Reinigung, Leuchtmitteltausch und die elektrotechnische Prüfung und Dokumentation der Anlagen der öffentlichen Beleuchtung. Dazu hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung in fünf Gebietsteile gegliedert, wobei ein Gebietsteil jeweils mehrere Wiener Bezirke umfasste. Angebote konnten nach Gebietsteilen abgegeben werden, Teilangebote waren ebenso wenig zugelassen wie Alternativangebote. Die Kundmachung dieser Vergabeverfahren ist ordnungsgemäß im Amtsblatt der Europäischen Union sowie im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgt. Die Ausschreibungsbedingungen in den fünf Vergabeverfahren waren bis auf einzelne Daten, die sich auf das jeweilige Gebiet und den zu erwartenden Leistungsumfang bezogen, inhaltlich ident. Als Leistungsbeginn war der 1. Juni 2006 vorgesehen. Die Vergabe der Leistungen erfolgte nach dem einzigen Zuschlagskriterium "niedrigster Preis". Das Ende der Angebotsfrist war jeweils der 19.4.2006, 10.00 Uhr. An den fünf Vergabeverfahren haben sich insgesamt jeweils drei Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnungen wurden die Angebote der Antragstellerin jeweils an dritter Stelle gereiht. Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 33 - Wien Leuchtet (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat in den Jahren 2005 aus 2006, insgesamt fünf offene Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Wartung von Straßenbeleuchtungen in allen 23 Wiener Bezirken geführt. Gegenstand der Dienstleistungen war der Gruppentausch mit Reinigung, Leuchtmitteltausch und die elektrotechnische Prüfung und Dokumentation der Anlagen der öffentlichen Beleuchtung. Dazu hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung in fünf Gebietsteile gegliedert, wobei ein Gebietsteil jeweils mehrere Wiener Bezirke umfasste. Angebote konnten nach Gebietsteilen abgegeben werden, Teilangebote waren ebenso wenig zugelassen wie Alternativangebote. Die Kundmachung dieser Vergabeverfahren ist ordnungsgemäß im Amtsblatt der Europäischen Union sowie im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgt. Die Ausschreibungsbedingungen in den fünf Vergabeverfahren waren bis auf einzelne Daten, die sich auf das jeweilige Gebiet und den zu erwartenden Leistungsumfang bezogen, inhaltlich ident. Als Leistungsbeginn war der 1. Juni 2006 vorgesehen. Die Vergabe der Leistungen erfolgte nach dem einzigen Zuschlagskriterium "niedrigster Preis". Das Ende der Angebotsfrist war jeweils

der 19.4.2006, 10.00 Uhr. An den fünf Vergabeverfahren haben sich insgesamt jeweils drei Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnungen wurden die Angebote der Antragstellerin jeweils an dritter Stelle gereiht.

Mit Schreiben vom 26.5.2006 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin davon verständigt, dass ihre Angebote in den fünf Verfahren ausgeschieden werden sollen. Am gleichen Tage hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung getroffen, wonach in allen fünf Gebietsteilen jeweils das Unternehmen "Ing. *** GmbH" als Zuschlagsempfängerin den Auftrag erhalten sollte.

Sowohl die Ausscheidungsentscheidungen als auch die Zuschlagsentscheidungen betreffend die Gebiete 1 bis 5 wurden von der Antragstellerin rechtzeitig mit Nichtigerklärungsanträgen angefochten. Aufgrund dieser Anfechtungen wurden die Nachprüfungsverfahren zu VKS - 2569/06, VKS - 2570/06, VKS - 2574/06, VKS - 2575/06 und VKS - 2576/06 eröffnet. Mit Bescheid vom 7.9.2006, VKS - 2569/06 wurden die fünf Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, wobei das Verfahren VKS - 2569/06 als führend bestimmt wurde.

In der Folge sind die Anträge auf Nichtigerklärung der fünf Zuschlagsentscheidungen je vom 26.5.2006 mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 3.10.2006 abgewiesen worden. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien seinerzeit zugegangenen Bescheides verwiesen werden. In der Folge hat die Antragstellerin den Bescheid mit Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochten, der ihrer Beschwerde mit Erkenntnis vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, stattgegeben hat und den angefochtenen Bescheid in seinen Spruchpunkten 1 (Abweisung der Nichtigerklärungsanträge) und 3 (Kostenausspruch) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben hat. Dieser Bescheid wurde der Antragstellerin am 22.11.2010 zugestellt. Nach Zustellung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes hat die Antragstellerin am 22.12.2010 den vorliegenden Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides mit dem aus dem Spruch Punkt 2 ersichtlichen Inhalt gestellt. Die aufgrund der Ergebnisse der Angebotseröffnung mit ihren Angeboten an dritter Stelle gereichte Antragstellerin macht darin im Wesentlichen geltend, dass sowohl die Angebote der Zuschlagsempfängerin als auch jene der zweitgereihten Bieterin mangels plausibler Preisgestaltung auszuschneiden gewesen wären. Die von der Billigstbieterin Ing. *** GmbH (im Folgenden kurz *** genannt) angebotenen Positionspreise könnten nicht plausibel sein, da diese Positionen die elektronische Erfassung des Ist-Bestandes nicht umfassten und die Leistungen überaus umfangreich wären. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei äußerst spekulativ. Aber auch die Angebote der zweitgereihten Bieterin *** wären aus den selben Gründen, wäre sie zum Zug gekommen, auszuschneiden gewesen.

Die Antragsgegnerin hat dazu ihre Vergabeakten vorgelegt und mitgeteilt, dass der Zuschlag am 14.12.2006 hinsichtlich aller fünf Gebiete an *** erteilt worden ist. Nach Verlängerung der ursprünglichen Vertragslaufzeit um zwei Jahre haben die Rahmenverträge mit *** am 31.12.2009 geendet.

In seinem aufhebenden Erkenntnis vom 5.11.2010 - das beiden Parteien vorliegt - hat das Höchstgericht, nach Zitierung der Bestimmung des § 125 BVergG 2006 wie folgt ausgeführt: In seinem aufhebenden Erkenntnis vom 5.11.2010 - das beiden Parteien vorliegt - hat das Höchstgericht, nach Zitierung der Bestimmung des Paragraph 125, BVergG 2006 wie folgt ausgeführt:

"In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass es gemäß § 125 BVergG 2006 Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen." "In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass es gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen."

Zur Aufgabe der Vergabekontrollbehörde hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2004/04/0032, zur Rechtslage des BVergG 2002 (die insoweit, was die Kriterien für die Prüfung der Angemessenheit der Preise betrifft, vergleichbar ist) ausgeführt, dass die Behörde nicht nur zu prüfen hat, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist.

Vielmehr hat die Vergabekontrollbehörde nach dem zitierten Erkenntnis - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in den Z. 1 bis 3 des § 93 Abs. 4 BVergG 2002 (nunmehr: § 125 Abs. 4 Z. 1 bis 3 BVergG 2006) genannten

Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei, so der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis weiter, um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Vielmehr hat die Vergabekontrollbehörde nach dem zitierten Erkenntnis - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in den Ziffern eins bis 3 des Paragraph 93, Absatz 4, BVergG 2002 (nunmehr: Paragraph 125, Absatz 4, Ziffern eins bis 3 BVergG 2006) genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei, so der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis weiter, um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

Ausgehend davon hatte die belangte Behörde im vorliegenden Fall zuerst zu prüfen, ob die Auftraggeberin die Angemessenheit der Preise der erst- und zweitgereihten Bieter überhaupt nach den richtigen Kriterien beurteilt hat. Die Angemessenheit der Preise ist nämlich gemäß § 125 Abs. 1 BVergG 2006 einerseits in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und andererseits unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Da es im vorliegenden Fall um kein Alternativangebot geht, war die Preisangemessenheit zufolge § 125 Abs. 1 BVergG 2006 jedenfalls in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen und nicht etwa in Bezug auf einen (aus der Ausschreibung nicht hervorgehenden) bloß eingeschränkten Leistungsumfang. Ausgehend davon hatte die belangte Behörde im vorliegenden Fall zuerst zu prüfen, ob die Auftraggeberin die Angemessenheit der Preise der erst- und zweitgereihten Bieter überhaupt nach den richtigen Kriterien beurteilt hat. Die Angemessenheit der Preise ist nämlich gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 einerseits in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und andererseits unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Da es im vorliegenden Fall um kein Alternativangebot geht, war die Preisangemessenheit zufolge Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 jedenfalls in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen und nicht etwa in Bezug auf einen (aus der Ausschreibung nicht hervorgehenden) bloß eingeschränkten Leistungsumfang.

Die ausgeschriebene Leistung ergibt sich, soweit gegenständlich relevant, aus dem wiedergegebenen Leistungsverzeichnis, das bei der Prüfung der elektrischen Betriebssicherheit (Position 02.01) die "Anlagenprüfung laut ÖVE-ÖNORM E 8001- 6-61 bis E 8001-6-63" verlangt, wobei auch die "Messung" nach der genannten ÖNORM durchzuführen ist.

Dem gegenüber ist die belangte Behörde davon ausgegangen, es sei eine "vereinfachte Messmethode" ausreichend, sodass die Frage der Angemessenheit der Preise in Bezug auf diese vereinfachte Messmethode zu beurteilen sei. Diese Annahme hat die belangte Behörde offensichtlich aus dem Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vom 3. Oktober 2006 übernommen, in der diese angegeben hat, ein "renommierter Ziviltechniker" habe ihr gesagt, "dass es genügen müsste", die vereinfachte Messmethode anzuwenden. Über Vorhalt eines an der gegenständlichen Entscheidung mitwirkenden Mitgliedes der belangten Behörde, dass in den Ausschreibungen kein Hinweis auf die sogenannte vereinfachte Messmethode enthalten sei, erklärte die Auftraggeberin in der Verhandlung (Niederschrift Seite 8), dass die Ausschreibungsunterlagen deshalb keinen diesbezüglichen Hinweis enthalten hätten, "weil jeder, der die verlangten Leistungen kennt, weiß, was zu messen ist" (womit die mitbeteiligte Auftraggeberin offenbar verkannt hat, dass sich die zu erbringenden Leistungen nach der Ausschreibung richten und nicht nach den individuellen Kenntnissen einzelner Bieter).

Indem daher gegenständlich die Auftraggeberin - und ihr folgend die belangte Behörde - die Angemessenheit der Preise der erst- und zweitgereihten Bieter (diese stellten sogar nach den Angaben der Auftraggeberin "ungewöhnliche Abweichungen

zur Kostenschätzung" dar; vgl. angefochtener Bescheid Seite 14) nicht entsprechend § 125 Abs. 1 BVergG 2006 in Bezug auf die "ausgeschriebenen" Leistungen geprüft hat (was zunächst Feststellungen erfordert hätte, in welchem Umfang die einschlägigen ÖNORMEN, auf die in der Ausschreibung verwiesen wird, eine Anlagenprüfung vorsehen), hat die belangte Behörde die Rechtslage verkannt. zur Kostenschätzung" dar; vergleiche angefochtener Bescheid Seite 14) nicht entsprechend Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 in Bezug auf die "ausgeschriebenen" Leistungen geprüft hat (was zunächst Feststellungen erfordert hätte, in welchem Umfang die einschlägigen ÖNORMEN, auf die in

der Ausschreibung verwiesen wird, eine Anlagenprüfung vorsehen), hat die belangte Behörde die Rechtslage verkannt. Gleiches gilt auch für die Prüfung der Angemessenheit des Preises der Position 02.02050, weil in dieser Position nach dem eindeutigen Wortlaut eine "Überprüfung der aufgelisteten Objekte" verlangt wird. Wenn die belangte Behörde dem gegenüber (Bescheid Seite 23) davon ausgeht, dass die Überprüfungstätigkeit nur jene Objekte zu erfassen habe, an denen der Auftragnehmer eine konkrete Tätigkeit verrichtet habe, so findet sich für diese Annahme in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses keine Grundlage."

In der mündlichen Verhandlung vom 17.2.2011 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Feststellungsbegehren ausgesprochen und ausgeführt, der Auftrag sei bereits erteilt und durchgeführt worden. Der Auftragnehmer (***) habe alle Messungen entsprechend der ÖNORM vorgenommen, der von ihm angebotene Preis habe den Marktverhältnissen entsprochen. Jeder Bieter habe entsprechend der ÖNORM zu messen, zu beurteilen seien nachträglich die Messergebnisse. Dazu hat die Antragsgegnerin ausgeführt, das "vereinfachte Verfahren" beziehe sich nicht auf die Messungen der einzelnen Leuchtpunkte, sondern auf die Auswertung der Prüfprotokolle, die der Auftragnehmer vor Ort angefertigt hat. Diese vereinfachte Prüfung besteht darin, dass ein externer, von der Auftraggeberin bestellter Ziviltechniker Leuchtpunkte vorab in verschiedene Gefahrenklassen einteilt und dem Auftragnehmer sagt, auf welche Lichtpunkte eine besondere Aufmerksamkeit bei der Prüfung zu legen ist (Protokoll vom 17.2.2011, Seite 3).

Gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat gehalten, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin rechtswidrig war. Entsprechend der oben wiedergegebenen, dem Senat überbundenen Rechtsansicht des Höchstgerichtes war daher zu prüfen, in welchem Umfang die einschlägigen ÖNORMEN, basierend auf den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zur Anwendung kommen. Auf Grundlage dieser Umstände war sodann zu prüfen, ob die Kalkulation der Angebote der Zuschlagsempfängerin sowie des zweitgereihten Unternehmens sowohl unter Zugrundelegung des im Leistungsverzeichnis umschriebenen Leistungsumfanges (Prüfung nach der ÖNORM bzw. Erstellung des Anlagenersatzbuches) als auch nach vergaberechtlichen Gesichtspunkten plausibel und nachvollziehbar angesehen werden kann. Im Zuge der Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 17.2.2011 ist der Senat übereinstimmend mit den Parteien zum Ergebnis gelangt, dass zur Prüfung dieser Fragen das Gutachten eines externen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Elektrotechnik und Kalkulation notwendig ist. Da die Antragstellerin mit ihren Angeboten im Vergabeverfahren nur an dritter Stelle gereiht war, hat der Senat zunächst die Prüfung der Plausibilität der Angebote auf jene der zweitgereihten Bieterin beschränkt, weil dann, wenn die Angebote der zweitgereihten Bieterin nicht auszuschneiden gewesen wären, der Antragstellerin eine Antragslegitimation auch für das gegenständliche Feststellungsbegehren nicht zukommt. Vorweg hatte der Senat gemäß den §§ 2 Abs. 3 WVRG 2007, 53 Abs. 2 AVG über den von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.8.2011 gestellten Antrag auf Enthebung des Sachverständigen DI *** und Bestellung eines neuen Sachverständigen zu entscheiden. In ihrem Ablehnungsantrag macht die Antragstellerin geltend, der Bruder des Sachverständigen sei bei einem Unternehmen beschäftigt und dort für Ausschreibungen, die dieses Unternehmen im Auftrag von öffentlichen Auftraggebern durchführe, tätig. So sei der Bruder des Sachverständigen in diesem Unternehmen mit der Abwicklung des Vergabeverfahrens "Projektersteigerung der Effizienz der öffentlichen Beleuchtung der Stadt Wien" für die Magistratsabteilung 33 der Stadt Wien tätig gewesen. "Der Bruder des bestellten Sachverständigen stehe daher in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zur Antragsgegnerin. Es (sei) daher naheliegend, dass der Sachverständige DI *** dem gegenständlichen Fall nicht vollkommen objektiv gegenüber steht, existiert doch zwischen ihm bzw. seinem Bruder und der Antragsgegnerin (zumindest indirekt) eine besondere wirtschaftliche Beziehung." Gemäß Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat gehalten, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin rechtswidrig war. Entsprechend der oben wiedergegebenen, dem Senat überbundenen Rechtsansicht des Höchstgerichtes war daher zu prüfen, in welchem Umfang die einschlägigen ÖNORMEN, basierend auf den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen zur Anwendung kommen. Auf Grundlage dieser Umstände war sodann zu prüfen, ob die Kalkulation der Angebote der Zuschlagsempfängerin sowie des zweitgereihten Unternehmens sowohl unter Zugrundelegung des im Leistungsverzeichnis umschriebenen Leistungsumfanges (Prüfung nach der ÖNORM bzw. Erstellung des

Anlagenersatzbuches) als auch nach vergaberechtlichen Gesichtspunkten plausibel und nachvollziehbar angesehen werden kann. Im Zuge der Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 17.2.2011 ist der Senat übereinstimmend mit den Parteien zum Ergebnis gelangt, dass zur Prüfung dieser Fragen das Gutachten eines externen Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Elektrotechnik und Kalkulation notwendig ist. Da die Antragstellerin mit ihren Angeboten im Vergabeverfahren nur an dritter Stelle gereiht war, hat der Senat zunächst die Prüfung der Plausibilität der Angebote auf jene der zweitgereihten Bieterin beschränkt, weil dann, wenn die Angebote der zweitgereihten Bieterin nicht auszuschneiden gewesen wären, der Antragstellerin eine Antragslegitimation auch für das gegenständliche Feststellungsbegehren nicht zukommt. Vorweg hatte der Senat gemäß den Paragraphen 2, Absatz 3, WVRG 2007, 53 Absatz 2, AVG über den von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.8.2011 gestellten Antrag auf Enthebung des Sachverständigen DI *** und Bestellung eines neuen Sachverständigen zu entscheiden. In ihrem Ablehnungsantrag macht die Antragstellerin geltend, der Bruder des Sachverständigen sei bei einem Unternehmen beschäftigt und dort für Ausschreibungen, die dieses Unternehmen im Auftrag von öffentlichen Auftraggebern durchführe, tätig. So sei der Bruder des Sachverständigen in diesem Unternehmen mit der Abwicklung des Vergabeverfahrens "Projektersteigerung der Effizienz der öffentlichen Beleuchtung der Stadt Wien" für die Magistratsabteilung 33 der Stadt Wien tätig gewesen. "Der Bruder des bestellten Sachverständigen stehe daher in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zur Antragsgegnerin. Es (sei) daher naheliegend, dass der Sachverständige DI *** dem gegenständlichen Fall nicht vollkommen objektiv gegenüber steht, existiert doch zwischen ihm bzw. seinem Bruder und der Antragsgegnerin (zumindest indirekt) eine besondere wirtschaftliche Beziehung."

Dazu käme, dass zwischen dem bestellen Sachverständigen sowie seinem Bruder "nicht nur ein geschwisterliches, familiäres Naheverhältnis besteht" sondern "stehen die beiden auch in wirtschaftlicher Beziehung zueinander. Die Brüder *** präsentieren sich nämlich öffentlich als gemeinsame Ansprechpartner für Planungstätigkeiten im Bauwesen, haben eine gemeinsame Homepage und eine gemeinsame Kontaktadresse". Diese Umstände würden naturgemäß die völlige Unbefangenheit des bestellten Sachverständigen ausschließen, bzw. bestehe angesichts dieses Sachverhaltes ein hinreichender Grund, dessen Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Von diesem Naheverhältnis habe die Antragstellerin erst nach Bestellung des Sachverständigen DI *** Kenntnis erlangt und sei "auch der Befangenheitsgrund erst jetzt zu Tage getreten, da das Gutachten des Sachverständigen tendenziös ist".

Zum Ablehnungsantrag hat der Sachverständige am 31.8.2011 eine umfangreiche Stellungnahme abgegeben und ausgeführt, dass keinerlei wirtschaftliche Verpflichtungen zwischen jenem Unternehmen, bei dem sein Bruder angestellt ist oder war, noch zwischen ihm als Person oder zwischen Unternehmen bei denen sein Bruder beteiligt ist mit dem Ingenieur-Büro des Sachverständigen bestünden. Bei jenem Unternehmen, das im Ablehnungsantrag angeführt wird, sei sein Bruder erst am 4.4.2011 also nach Übernahme des Gutachtensauftrages [8.3.2011] eingetreten. Dem Sachverständigen sei nicht bekannt gewesen, dass dieses Unternehmen für Projekte der MA 33 arbeitet. Es bestünde aus Sicht des Sachverständigen keinerlei Befangenheitsgrund und auch kein hinreichender Grund der die Unbefangenheit des Sachverständigen auch nur in Zweifel ziehen würde, er fühle sich jedenfalls nicht befangen.

Auch die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz vom 31.8.2011 keinerlei Anlass gesehen, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen.

Gemäß § 53 Abs. 1 AVG sind die Bestimmungen des § 7 AVG auch auf "andere Sachverständige" anzuwenden, wenn einer der Gründe des § 7 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 5 zutrifft. Außerdem können Sachverständige von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellen. Die Ablehnung kann dabei vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Gründe, die in § 7 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 5 AVG angeführt sind, liegen unstrittig nicht vor. Gemäß Paragraph 53, Absatz eins, AVG sind die Bestimmungen des Paragraph 7, AVG auch auf "andere Sachverständige" anzuwenden, wenn einer der Gründe des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 5 zutrifft. Außerdem können Sachverständige von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellen. Die Ablehnung kann dabei vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, wenn die Partei

glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unüberwindbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Gründe, die in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 5 AVG angeführt sind, liegen unstrittig nicht vor.

Entgegen der Stellungnahme der Antragsgegnerin hält der Senat die Geltendmachung der Ablehnungsgründe nicht für verspätet. Im Wesentlichen stützt sich die Antragstellerin dabei auf den Umstand, dass der Bruder des Sachverständigen für ein Unternehmen tätig ist, das seinerseits Aufträge der MA 33 ausführt. Der Sachverständige wurde mit Bescheid vom 8.3.2011 bestellt, sein Bruder hat die Stelle bei dem Unternehmen, das auch für die MA 33 Leistungen erbringt, am 4.4.2011 angetreten. Zum Zeitpunkt des Einverständnisses der Parteien zur Bestellung des Sachverständigen, die mit Schriftsatz vom 2.3.2011 erfolgte, konnte dieser Sachverhalt der Antragstellerin daher noch nicht bekannt sein.

Der Ablehnungsantrag ist jedoch nicht begründet. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die fachliche Qualifikation des Sachverständigen von der Antragstellerin nicht in Zweifel gestellt wird. Die von ihr jedoch angeführten "wirtschaftlichen Interessen" wegen der Berücksichtigung der Tätigkeit seines Bruders reichen nach Ansicht des Senates nicht aus, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu stellen. Bei dem von der Antragstellerin vorgetragenen Sachverhalt handelt es sich um bloße Vermutungen, die von ihr in keiner Weise durch ein konkretes Verhalten des Sachverständigen glaubhaft gemacht wurden. Ohne dass konkrete Ansatzpunkte für diese Vermutungen im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen von der Antragstellerin aufgezeigt werden, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Sachverständige aus persönlichen Interessen ein unrichtiges Gutachten erstellt hätte. Sofern die Antragstellerin mit dem Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen nicht einverstanden ist, weil es nicht zu dem von ihr gewünschten Ergebnis führt, kann dies keinen Befangenheitsgrund darstellen, wie das Höchstgericht bereits mehrfach erkannt hat (vgl. VwGH 29.4.2011, 2010/09/0230). Aus diesen Gründen war daher dem Begehren der Antragstellerin, den Sachverständigen abuberufen, nicht Folge zu geben (Spruch Punkt 1). Der Ablehnungsantrag ist jedoch nicht begründet. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass die fachliche Qualifikation des Sachverständigen von der Antragstellerin nicht in Zweifel gestellt wird. Die von ihr jedoch angeführten "wirtschaftlichen Interessen" wegen der Berücksichtigung der Tätigkeit seines Bruders reichen nach Ansicht des Senates nicht aus, die Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu stellen. Bei dem von der Antragstellerin vorgetragenen Sachverhalt handelt es sich um bloße Vermutungen, die von ihr in keiner Weise durch ein konkretes Verhalten des Sachverständigen glaubhaft gemacht wurden. Ohne dass konkrete Ansatzpunkte für diese Vermutungen im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen von der Antragstellerin aufgezeigt werden, fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Sachverständige aus persönlichen Interessen ein unrichtiges Gutachten erstellt hätte. Sofern die Antragstellerin mit dem Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigen nicht einverstanden ist, weil es nicht zu dem von ihr gewünschten Ergebnis führt, kann dies keinen Befangenheitsgrund darstellen, wie das Höchstgericht bereits mehrfach erkannt hat (vergleiche VwGH 29.4.2011, 2010/09/0230). Aus diesen Gründen war daher dem Begehren der Antragstellerin, den Sachverständigen abuberufen, nicht Folge zu geben (Spruch Punkt 1).

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Gutachtens des bestellten externen Sachverständigen DI *** und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen vom 17.2.2011 sowie 6.10.2011 trifft der Vergabekontrollsenat nachfolgende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin hat im Jahre 2005/2006 insgesamt fünf offene Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Wartung von Straßenbeleuchtungen in allen 23 Wiener Bezirken geführt. Gegenstand der Dienstleistungen war der Gruppentausch mit Reinigung, Leuchtmitteltausch und die elektrotechnische Prüfung und Dokumentation der Anlagen der öffentlichen Beleuchtung. Die Antragsgegnerin hatte ihre Ausschreibung in fünf Gebietsteile gegliedert, wobei ein Gebietsteil jeweils mehrere Wiener Bezirke umfasste. Die Rahmenverträge hatten eine Laufzeit vom 1.6.2006 bis 31.12.2007 mit einer Option zu einer zweijährigen Verlängerung. Einziges Zuschlagskriterium war der billigste Preis. Teilangebote und Alternativangebote waren nicht zugelassen. Das Ende der Angebotsfrist war jeweils der 19.4.2006, 10.00 Uhr. An den Vergabeverfahren haben sich drei Bieter, darunter auch die Antragstellerin durch Abgabe von Angeboten für alle fünf Teile beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen. Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin hat im Jahre 2005 aus 2006, insgesamt fünf offene Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Wartung von Straßenbeleuchtungen in allen 23 Wiener Bezirken geführt. Gegenstand der Dienstleistungen war der Gruppentausch mit Reinigung, Leuchtmitteltausch und die

elektrotechnische Prüfung und Dokumentation der Anlagen der öffentlichen Beleuchtung. Die Antragsgegnerin hatte ihre Ausschreibung in fünf Gebietsteile gegliedert, wobei ein Gebietsteil jeweils mehrere Wiener Bezirke umfasste. Die Rahmenverträge hatten eine Laufzeit vom 1.6.2006 bis 31.12.2007 mit einer Option zu einer zweijährigen Verlängerung. Einziges Zuschlagskriterium war der billigste Preis. Teilangebote und Alternativangebote waren nicht zugelassen. Das Ende der Angebotsfrist war jeweils der 19.4.2006, 10.00 Uhr. An den Vergabeverfahren haben sich drei Bieter, darunter auch die Antragstellerin durch Abgabe von Angeboten für alle fünf Teile beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an dritter Stelle liegend verlesen.

Mit Zuschlagsentscheidungen je vom 10.8.2006 hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass sie beabsichtigt, die Zuschläge in allen fünf Vergabeverfahren dem Unternehmen *** als Billigstbieter erteilen zu wollen. Diese Zuschlagsentscheidungen wurden von der Antragstellerin mit fünf Nichtigerklärungsanträgen vom 24.8.2006 angefochten. Die fünf Nachprüfungsverfahren wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und von der Nachprüfungsbehörde mit Bescheid vom 3.10.2006, VKS - 2569/06, abgewiesen. Der dagegen gerichteten Beschwerde der Antragstellerin an den Verwaltungsgerichtshof hat dieser mit Erkenntnis vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, Folge gegeben und den angefochtenen Bescheid aufgehoben. Daraufhin hat die Antragstellerin am 22.12.2010 den vorliegenden Feststellungsantrag nach § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gestellt. Mit Zuschlagsentscheidungen je vom 10.8.2006 hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, dass sie beabsichtigt, die Zuschläge in allen fünf Vergabeverfahren dem Unternehmen *** als Billigstbieter erteilen zu wollen. Diese Zuschlagsentscheidungen wurden von der Antragstellerin mit fünf Nichtigerklärungsanträgen vom 24.8.2006 angefochten. Die fünf Nachprüfungsverfahren wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und von der Nachprüfungsbehörde mit Bescheid vom 3.10.2006, VKS - 2569/06, abgewiesen. Der dagegen gerichteten Beschwerde der Antragstellerin an den Verwaltungsgerichtshof hat dieser mit Erkenntnis vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, Folge gegeben und den angefochtenen Bescheid aufgehoben. Daraufhin hat die Antragstellerin am 22.12.2010 den vorliegenden Feststellungsantrag nach Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 gestellt.

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

"02.01 Z Prüfung der elektrischen Betriebssicherheit

Anlagenprüfung laut ÖVE/ÖNORM E 8001-6-61 bis E 8001-6-63

Die Arbeiten umfassen:

- -Strichaufzählung
Annahme der Unterlagen vom AG
- -Strichaufzählung
Sicherungsmaßnahme
- -Strichaufzählung
Besichtigung und Begehung
- -Strichaufzählung
Messung lt. E 8001-6-61
- -Strichaufzählung
Erstellung eines Ersatzanlagenbuches lt. Vorgaben der MA 33 (Das Formular des Ersatzanlagenbuches wird bei Projektbeginn seitens des AG übergeben. Der AG behält sich geringfügige Änderungen im Formular vor).
- -Strichaufzählung
Übergabe an den AG in Papierform sowie in elektronischer Form (PDF, Word)
- -Strichaufzählung
Detaillierte schriftliche Rückmeldungen bei Differenzen von den AG-Unterlagen zum Bestand

1 Lichtpunkt entspricht einer Lichtstelle unabhängig der Anzahl der Leuchten bzw. Leuchtmittel.

02.01010 Z Anlagenersatzbuch erstellen < 5 LP W

Erstellen des Anlagenersatzbuches bis 5 Lichtpunkte pro Kabelabgang.

..... 40,00 VE

02.01030 Z Anlagenersatzbuch erstellen > = 5 LP < 15 LP W

Erstellen des Anlagenersatzbuches ab 6 Lichtpunkte bis 14 Lichtpunkte pro

Kabelabgang.

..... 90,00 VE

02.01050 Z Anlagenersatzbuch erstellen > = 15 LP W

Erstellen des Anlagenersatzbuches ab 15 Lichtpunkte pro Kabelabgang.

..... 220 VE

02.02 Z Anlagendokumentation

Im Zuge der Anlageninspektion

02.02050 Z Elektronische Datenlieferung W

Die Position gliedert sich in folgende Gruppen:

- -Strichaufzählung
Übernahme bestehender elektronischer Planunterlagen sowie Planausdrucke des aufzunehmenden Gebietes vom Planungsreferat MA 33.
- -Strichaufzählung
Überprüfung der aufgelisteten Objekte (Schaltstellen, Leuchten Masten, Schächte und sonstige Bauten der MA 33) nach Type und Material.
- -Strichaufzählung
Vervollständigen der Datenfelder des dxf-Files bzw. MS-Access Datenbasis
- -Strichaufzählung
Aufnahme von Abweichungen in elektronischer Form
- -Strichaufzählung
Abgabe des Datenfiles im Planungsreferat
- -Strichaufzählung
Die Schnittstellendefinition für die Datenlieferung an das LichtGIS der Magistratsabteilung 33 ist in der letztgültigen Version des entsprechenden Handbuches, welches in der Kanzlei der MA 33 aufliegt, festgelegt. Der AG behält sich vor geringfügige Änderungen in der Datenstruktur im Zuge des Projektes durchzuführen.

Eine Verrechnungseinheit entspricht einer zu instand haltenden Schaltstelle (die Instandhaltung erfolgt nach gesonderten Positionen).

..... 200,00 VE....."

In den besonderen Bestimmungen werden in Punkt 3.1.4 jene Gesetze und Normen im Einzelnen angeführt, die bei Durchführung der Arbeiten einzuhalten sind.

Im Punkt 3.2.1 wird festgehalten, dass sich der Auftragnehmer zur Erstellung der Dokumentation (Anlagenbuch, Anlagenersatzbuch) nach der ÖNORM E 8001-6-61 bis 63 verpflichtet. Danach "sind sorgfältig und vollständig alle eingesetzten Materialien (z.B. Klassifikation der Materialien nach den äußeren Einflüssen ...) zu überprüfen und ein Anlagenprüfprotokoll auszuarbeiten".

Im Einvernehmen mit den Parteien (Zustimmung der Antragsgegnerin vom 1.3.2011, der Antragstellerin vom 2.3.2011) wurde mit Bescheid vom 8.3.2011 DI ***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für die Fachgebiete Niederspannungsanlagen (FG-Nr. 65.20), Netzwerktechnik (FG-Nr. 66.27) und Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung (FG-Nr. 72.03) mit dem Auftrag bestellt, die Angemessenheit der Preise der Angebote des zweitgereihten Bieters, insbesondere in den Positionen 02.01050Z "Anlagenersatzbucherstellen >= 15LP" und Position 02.02050Z "Elektronische Datenlieferung" sowie die Kalkulation der diesen Positionen zu Grunde liegenden Zeitansätze zu prüfen und ein Gutachten darüber zu erstellen, ob die in den Angeboten des zweitgereihten Bieters aufscheinenden Gesamtpreise plausibel und angemessen sind.

Unter Einbindung der Parteien hat der Sachverständige in der Folge das mit 4.8.2011 datierte, mit 9.8.2011 eingelangte, 37 seitige Gutachten erstellt. Er kommt darin zusammenfassend zum Ergebnis, dass "nach den vorgelegten Unterlagen,

den Ergebnissen der Befundaufnahmen und den getroffenen Abschätzungen... die

in den Angeboten des zweitgereihten Bieters aufscheinenden Gesamtpreise für plausibel und angemessen beurteilt" werden. Der Sachverständige hat sein Gutachten unter Berücksichtigung der einschlägigen Fachvorschriften, die in seinem Gutachten auf Seite 2 im Detail angeführt sind, sowie unter Berücksichtigung der ihm von der Antragsgegnerin über seine Aufforderung übergebenen Unterlagen erstellt. Er hat sich auch im Detail mit einzelnen, wesentlichen Leistungspositionen auseinander gesetzt und seine Ergebnisse mit den Ansätzen in den Angeboten der gegenständlichen drei Bieter verglichen. Das Gutachten enthält auch umfangreiche Kalkulationen zur notwendigen Arbeitszeit, wobei der Sachverständige (Seite 35 von 37) zum Ergebnis kommt, dass die Angebote der Antragstellerin eine um 300% längere Arbeitszeit als die Angebote der zweitgereihten Bieterin, die "sehr exakt im Ergebnis der Kalkulation des SV" entsprechen, aufweisen. Die kalkulierte Arbeitszeit im Angebot der Zuschlagsempfängerin belaufe sich auf etwa ein Zehntel, also um 90% weniger, als der vom Sachverständigen kalkulierten Arbeitszeit.

Zum Gutachten hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.8.2011, die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.8.2011 Stellung genommen.

Die Antragstellerin hat das Gutachten in zahlreichen Teilen bemängelt, weil der Sachverständige keinerlei Zeitansätze für die An- und Abfahrt zu den zu befundenden Stellen kalkuliert, nur eine stichprobenartige Überprüfung kalkuliert, eine unklare Trennung zwischen Zeit- und Lohnstunden vorgenommen habe sowie Synergieeffekte aus den Leistungen für das Anlagenersatzbuch mit der Leuchtenreinigung und dem Leuchtmitteltausch angenommen habe. Dazu hat sie ein Gutachten des SV Prof. DI Dr. *** vorgelegt.

Die Antragsgegnerin hat unter Bezugnahme auf dieses Gutachten lediglich ausgeführt, dass sich daraus ergebe, dass die Antragstellerin weit überpreisige Angebote gelegt hat und die Angebote der zweitgereihten Bieterin *** jedenfalls plausibel wären. Da die Antragstellerin an dritter Stelle gereiht sei, hätte sie keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt, sie sei hiermit nicht antragslegitimiert. In der mündlichen Verhandlung vom 6.10.2011 hat sich der Sachverständige mit jenen Kritikpunkten der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 23.8.2011 auseinander gesetzt und entsprechende Ergänzungen und Aufklärungen abgegeben.

Nach den Ergebnissen des ursprünglich geführten Vergabeverfahrens war die Antragstellerin mit ihren Angeboten in den fünf Gebieten jeweils an dritter Stelle gereiht, das Unternehmen *** an zweiter Stelle und die Zuschlagsempfängerin *** an erster Stelle. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere nach dem Inhalt des Gutachtens des DI *** im Zusammenhang mit den von ihm in der mündlichen Verhandlung vom 6.10.2011 gegebenen Ergänzungen und Aufklärungen steht fest, dass die Angebote der an zweiter Stelle gereihten Bieterin *** nicht auszuschneiden gewesen wären, diese Angebote also eine plausible Kalkulation und angemessene Gesamtpreise aufweisen. Weiters steht fest, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat.

Mit Schriftsatz vom 7.9.2011 (Seite 2) hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass die zweitgereichte Bieterin *** auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre, weil diese maximal nur über 5 Mitarbeiter verfüge. Abgesehen davon, dass dies von der Antragstellerin bisher nicht vorgebracht wurde (vgl. § 35 Abs. 1 Z 7 WVRG 2007) ergibt sich aus den Vergabeakten, dass die Antragsgegnerin sehr wohl die Leistungsfähigkeit auch der Bieterin *** geprüft hat und dass diese jedenfalls gegeben ist. Mit Schriftsatz vom 7.9.2011 (Seite 2) hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass die zweitgereichte Bieterin *** auch deshalb auszuschneiden gewesen wäre, weil diese maximal nur über 5 Mitarbeiter verfüge. Abgesehen davon, dass dies von der Antragstellerin bisher nicht vorgebracht wurde vergleiche Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 7, WVRG 2007) ergibt sich aus den Vergabeakten, dass die Antragsgegnerin sehr wohl die Leistungsfähigkeit auch der Bieterin *** geprüft hat und dass diese jedenfalls gegeben ist.

Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.11.2010, Zl.2006/04/0245-7, ist der Antragstellerin am 22.11.2010 zugestellt worden. Ihr Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides nach § 37 Abs. 2 WVRG 2007 ist am 22.12.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, ist der Antragstellerin am 22.11.2010 zugestellt worden. Ihr Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides nach Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 ist am 22.12.2010 in der Geschäftsstelle des

Vergabekontrollsenates eingelangt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund des Gutachtens des von ihm bestellten externen Sachverständigen DI ***. Das Gutachten ist gründlich und umfassend gearbeitet, der den Sachverständigen erteilte Auftrag wurde schlüssig und nachvollziehbar behandelt, das Ergebnis, dass die Angebote der an zweiter Stelle gereihten Bieterin plausibel sind, ist eingehend begründet. Der Sachverständige hat auch ausführlich und im Detail zum Inhalt des von der Antragsgegnerin mit ihrem Schriftsatz vom 23.8.2011 vorgelegten Gutachten des Univ. Prof. DI Dr. *** vom 22.8.2011 in der mündlichen Verhandlung vom 6.10.2011 Stellung genommen. Die von Univ. Prof. DI Dr. *** ausgeführten Bemängelungen konnte der Sachverständige dabei klar und nachvollziehbar entkräften. So hat etwa der SV *** in der mündlichen Verhandlung durch eigene Berechnungen versucht darzustellen, wieso ein Ansatz zum Arbeitszeitaufwand beim Hochfahren zum Lichtpunkt, Öffnen, Ab- und Anklemmen, Wiederverschließen der Leuchte im Gutachten *** falsch sein sollte. Nachdem der Sachverständige dazu Stellung genommen hat und den Berechnungsvorgang des SV *** wiederholte, ist er zu einem gänzlich anderen, weitaus geringerem Ansatz gekommen. Dass diese Berechnung richtig war, wurde daraufhin vom Sachverständigen *** zugestanden (Protokoll Seite 13/14). Der Senat hat daher seinen Feststellungen das unbedenkliche, nachvollziehbare und schlüssige Gutachten des SV DI *** zu Grunde gelegt und dessen Ergebnis, dass die Angebote der zweitgereihten Bieterin plausible und angemessene Preise aufweisen, übernommen und zu Grund gelegt.

Aufgrund dieser Ergebnisse bedurfte es auch nicht der Bestellung eines "Obergutachters", wie von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 23.8.2011 begehrt. Der Senat hat - wie dargestellt - keine Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens des SV ***. Es war daher auch dem im selben Schriftsatz gestellten Antrag auf Durchführung eines Ortsaugenscheins nicht Folge zu geben.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag nach § 6 BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Zur Vergabe gelangten insgesamt fünf Rahmenverträge mit einer Laufzeit vom 1.6.2006 bis 31.12.2007 mit einer Verlängerungsoption um zwei Jahre. Alternativangebote, Teilangebote und Änderungsangebote waren nicht zugelassen. Die fünf Rahmenverträge wurden zwischenzeitig an das Unternehmen *** vergeben, die Leistungserbringung ist zwischenzeitig abgeschlossen. Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungsauftrag nach Paragraph 6, BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Zur Vergabe gelangten insgesamt fünf Rahmenverträge mit einer Laufzeit vom 1.6.2006 bis 31.12.2007 mit einer Verlängerungsoption um zwei Jahre. Alternativangebote, Teilangebote und Änderungsangebote waren nicht zugelassen. Die fünf Rahmenverträge wurden zwischenzeitig an das Unternehmen *** vergeben, die Leistungserbringung ist zwischenzeitig abgeschlossen.

Nachdem der Bescheid des Senates vom 3.10.2006, VKS - 2569/06 u.a., mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, aufgehoben wurde, hat die Antragstellerin am 22.12.2010 einen Feststellungsantrag nach § 37 Abs. 2 WVRG 2007 gestellt. Zur Behandlung dieses Antrages ist der Vergabekontrollsenat des Landes Wien nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 berufen. Nachdem der Bescheid des Senates vom 3.10.2006, VKS - 2569/06 u.a., mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.11.2010, Zl. 2006/04/0245-7, aufgehoben wurde, hat die Antragstellerin am 22.12.2010 einen Feststellungsantrag nach Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 gestellt. Zur Behandlung dieses Antrages ist der Vergabekontrollsenat des Landes Wien nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2007 berufen.

Nach § 37 Abs. 2 WVRG 2007 ist dann, wenn ein Bescheid des Vergabekontrollsenates vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und vor der Entscheidung des Höchstgerichtes der Zuschlag rechtswirksam erteilt wurde, der Senat zuständig auf Antrag jenes Unternehmers oder jener Unternehmerin, der oder die den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes, festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin rechtswidrig war. In seinem aufhebenden Erkenntnis, an dessen Rechtsansicht der Senat gebunden ist, hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen bemängelt, der Senat hätte seiner Entscheidung nicht einen eingeschränkten Leistungsinhalt zugrunde legen dürfen, sondern auf jene Leistungen, wie sie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergeben, abstellen müssen.

Danach sei bei der Prüfung der elektrischen Betriebssicherheit eine Anlagenprüfung laut ÖVE-ÖNORMen vorzunehmen, wie sie im Leistungsverzeichnis angeführt werden. In diesem Sinne sei daher weder der Senat noch die Auftraggeberin bei der Beurteilung der Angemessenheit der Preise von den Kriterien des § 125 BVergG 2006 ausgegangen. Zur Prüfung der Angemessenheit der Preise, vor allem im Angebot der zweitgereihten Bieterin ***, hat der Senat einen externen Sachverständigen bestellt. Das BVergG 2006 konkretisiert nämlich nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar. Vielmehr ist dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit aus sachverständiger Sicht zu ermitteln (vgl. VwGH 25.1.2011, Zl. 2008/04/0082-11). Es hat daher der Senat auf der Grundlage des Gutachtens des von ihm bestellten Sachverständigen jene Argumente nachgeprüft, die von der Antragstellerin gegen die Plausibilität der Preise in den Angeboten der vor ihr liegenden Mitbewerberin geführt wurden. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Angebote der an zweiter Stelle gereihten Bieterin eine plausible Kalkulation und eine angemessene Preisgestaltung aufweisen. Damit steht aber auch fest, dass selbst bei Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin die Antragstellerin mit ihren an dritter Stelle liegenden Angeboten nicht hätte zum Zug kommen können. Damit hätte ihr aber auch im ursprünglichen Vergabeverfahren durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden nicht entstehen können. Auch für ein sekundäres Feststellungsverfahren ist Voraussetzung, dass der Antragstellerin durch das behauptete rechtswidrige Verhalten der Auftraggeberin ein Schaden hätte entstehen können oder entstanden ist. Selbst bei einem rechtmäßigen Ablauf des Vergabeverfahrens hätte die Antragstellerin keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt. Damit hat sich auch erübrigt, den Einwand der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 24.8.2011 näher zu prüfen, dass die Angebote der Antragstellerin ohnedies auszuschneiden gewesen wären, weil sie "weit überpreisige Angebote gelegt" hat. Nach den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens habe die Antragstellerin "sehr genau einen um 300% höheren Preis" kalkuliert, als die vom Sachverständigen für preisangemessen befundenen Ansätze der zweitgereihten Bieterin ***. Die Antragsgegnerin hält daher die Preisgestaltung der Antragstellerin für spekulativ. Nach Paragraph 37, Absatz 2, WVRG 2007 ist dann, wenn ein Bescheid des Vergabekontrollsenates vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und vor der Entscheidung des Höchstgerichtes der Zuschlag rechtswirksam erteilt wurde, der Senat zuständig auf Antrag jenes Unternehmers oder jener Unternehmerin, der oder die den Antrag gemäß Paragraph 20, gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes, festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin rechtswidrig war. In seinem aufhebenden Erkenntnis, an dessen Rechtsansicht der Senat gebunden ist, hat der Verwaltungsgerichtshof im Wesentlichen bemängelt, der Senat hätte seiner Entscheidung nicht einen eingeschränkten Leistungsinhalt zugrunde legen dürfen, sondern auf jene Leistungen, wie sie sich aus dem Leistungsverzeichnis ergeben, abstellen müssen. Danach sei bei der Prüfung der elektrischen Betriebssicherheit eine Anlagenprüfung laut ÖVE-ÖNORMen vorzunehmen, wie sie im Leistungsverzeichnis angeführt werden. In diesem Sinne sei daher weder der Senat noch die Auftraggeberin bei der Beurteilung der Angemessenheit der Preise von den Kriterien des Paragraph 125, BVergG 2006 ausgegangen. Zur Prüfung der Angemessenheit der Preise, vor allem im Angebot der zweitgereihten Bieterin ***, hat der Senat einen externen Sachverständigen bestellt. Das BVergG 2006 konkretisiert nämlich nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar. Vielmehr ist dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit aus sachverständiger Sicht zu ermitteln (vergleiche VwGH 25.1.2011, Zl. 2008/04/0082-11). Es hat daher der Senat auf der Grundlage des Gutachtens des von ihm bestellten Sachverständigen jene Argumente nachgeprüft, die von der Antragstellerin gegen die Plausibilität der Preise in den Angeboten der vor ihr liegenden Mitbewerberin geführt wurden. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Angebote der an zweiter Stelle gereihten Bieterin eine plausible Kalkulation und eine angemessene Preisgestaltung aufweisen. Damit steht aber auch fest, dass selbst bei Ausscheiden der Angebote der Zuschlagsempfängerin die Antragstellerin mit ihren an dritter Stelle liegenden Angeboten nicht hätte zum Zug kommen können. Damit hätte ihr aber auch im ursprünglichen Vergabeverfahren durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden nicht entstehen können. Auch für ein sekundäres Feststellungsverfahren ist Voraussetzung, dass der Antragstellerin durch das behauptete rechtswidrige Verhalten der Auftraggeberin ein Schaden hätte entstehen können oder entstanden ist. Selbst bei einem rechtmäßigen Ablauf des Vergabeverfahrens hätte die Antragstellerin keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt. Damit hat sich auch erübrigt, den Einwand der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 24.8.2011 näher zu prüfen, dass die Angebote der Antragstellerin ohnedies auszuschneiden gewesen wären, weil sie "weit überpreisige Angebote gelegt" hat. Nach den Ergebnissen des

Sachverständigengutachtens habe die Antragstellerin "sehr genau einen um 300% höheren Preis" kalkuliert, als die vom Sachverständigen für preisangemessen befundenen Ansätze der zweitgereihten Bieterin ***. Die Antragsgegnerin hält daher die Preisgestaltung der Antragstellerin für spekulativ.

Aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens, wonach die Antragstellerin auch bei einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren nicht hätte den Zuschlag erhalten können, ergibt sich, dass es ihr an der auch für ein Feststellungsverfahren erforderlichen Antragslegitimation mangelt (vgl. VwGH 20.5.2010, Zl. 2007/04/0077 u.a.). Aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens, wonach die Antragstellerin auch bei einem ordnungsgemäß geführten Vergabeverfahren nicht hätte den Zuschlag erhalten können, ergibt sich, dass es ihr an der auch für ein Feststellungsverfahren erforderlichen Antragslegitimation mangelt (vergleiche VwGH 20.5.2010, Zl. 2007/04/0077 u.a.).

Es war daher das Feststellungsbegehren wie aus dem Spruch Punkt 2 ersichtlich, abzuweisen.

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

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

Schlagworte

Feststellung; Abweisung; keine echte Chance auf Zuschlag;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

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