

TE Verg Bescheid 2011/4/7 VKS-2181/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.04.2011

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 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

§§

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

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 § 4 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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Leonhard Romig, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von "Betonarbeiten in Wien - Rahmenvertrag vom 1.1.2011 bis 31.12.2013 (Verlängerungsoption bis 31.12.2016)", Ausschreibungsnummer MA 28- GA-O-4136/10, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 28 - Straßenverwaltung und Straßenbau, Lienfeldergasse 96, 1171 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 18.2.2011 betreffend die Lose 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht in die von der Teilnahmeberechtigten mit ihrem Angebot vorgelegten Referenznachweise sowie in die Kalkulationsunterlagen ihres Angebotes, wird nicht stattgegeben.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 28.2.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 19 Abs. 1, 75, 125, 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 75, 125, 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 - Straßenverwaltung und Straßenbau (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Betonarbeiten in allen 23 Wiener Bezirken. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Der Auftragsgegenstand ist bezirksweise in 23 Obergruppen (Lose) unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach diesen Obergruppen. Die Bieter hatten die Möglichkeit für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt der EU am 10.7.2010, Zl. 2010/S132-202387 ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 30.7.2010, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig Teilangebote zu 18 Obergruppen gelegt, darunter auch zu den Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23. Im Zuge der Angebotseröffnung wurden ihre Angebote zu diesen Obergruppen als jene mit dem zweittiefsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 18.2.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung hinsichtlich aller Lose bekannt gegeben. Danach soll der Zuschlag u.a. für die Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23 der nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Bietergemeinschaft erteilt werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 24.2.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23, Erlassung einer einstweiligen Verfügung in diesem Umfang, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die für mehrere Obergruppen Angebote abgegeben habe, hätte die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Referenzen nicht in ausreichendem Maße nachgewiesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei für insgesamt neun Obergruppen für den Zuschlag vorgesehen. Um alle diese Obergruppen mit entsprechenden Mindestreferenzen gemäß den Ausschreibungsunterlagen abdecken zu können, hätte sie insgesamt 20.280 Referenzpunkte erzielen müssen. Dies hält die Antragstellerin in Kenntnis der Marktlage für nicht möglich. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 24.2.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23, Erlassung einer einstweiligen Verfügung in diesem Umfang, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die für mehrere Obergruppen Angebote abgegeben habe, hätte die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Referenzen nicht in ausreichendem Maße nachgewiesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei für insgesamt neun Obergruppen für den Zuschlag vorgesehen. Um alle diese Obergruppen mit entsprechenden Mindestreferenzen gemäß den Ausschreibungsunterlagen abdecken zu können, hätte sie insgesamt 20.280 Referenzpunkte erzielen müssen. Dies hält die Antragstellerin in Kenntnis der Marktlage für nicht möglich.

Es sei zu bezweifeln, dass die Antragsgegnerin die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzen ausreichend geprüft und ausschreibungskonform bewertet hätte. Mit den Referenzen hätte eine jährliche Auftragssumme über die Herstellung von ausschließlich Betondecken, die der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses entsprechen, erbracht werden müssen. Die Anforderungen der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses würden für alle Referenzen maßgeblich sein.

Es sei nicht möglich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für alle neun Lose, wo sie den Zuschlag erhalten soll, die entsprechende Mindestpunktzahl von insgesamt 20.280 Punkten erzielt hätte.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine unplausible und spekulative Preisgestaltung vorläge. Die Antragsgegnerin hätte für sämtliche Obergruppen nahezu identische Leistungen ausgeschrieben, wobei sich die Leistungen lediglich durch unterschiedliche Mengenansätze und unterschiedliche Leistungsorte unterscheiden würden. Wenn sich die inhaltlich identischen Leistungen der jeweiligen Obergruppen nur durch die im vorliegenden Fall kalkulatorisch kaum relevanten Mengenansätze des Leistungsverzeichnisses und den ebenfalls nur vage bestimmbaren Ort der Leistungserbringung unterscheiden, sollten die Einheitspreise für solche Leistungen im Wesentlichen übereinstimmen. Lediglich geringfügige Preisunterschiede seien durch topologische Unterschiede der jeweiligen Bezirke und die besondere Preisbildungsvorgabe der Ausschreibung (Preisauflags- und Preisnachlassverfahren) betriebswirtschaftlich erklärbar. Große Unterschiede der Einheitspreise für gleiche Leistungen seien dem gegenüber nur dadurch erklärbar, dass ein Bieter auf ein bestimmtes Abrufverhalten des Auftraggebers spekuliere, sodass ein solches Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 wegen nicht plausibler und spekulativer Preisgestaltung auszuschneiden wäre. Zumindest wäre aber die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin trotz gleicher Leistungen unterschiedliche Einheitspreise und trotz gleicher Leistungen und gleicher Mengen auch sehr unterschiedliche Obergruppen angeboten. Die Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien jedenfalls betriebswirtschaftlich nicht erklärbar, nicht plausibel und spekulativ, sodass

deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass beim Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin eine unplausible und spekulative Preisgestaltung vorläge. Die Antragsgegnerin hätte für sämtliche Obergruppen nahezu identische Leistungen ausgeschrieben, wobei sich die Leistungen lediglich durch unterschiedliche Mengenansätze und unterschiedliche Leistungsorte unterscheiden würden. Wenn sich die inhaltlich identen Leistungen der jeweiligen Obergruppen nur durch die im vorliegenden Fall kalkulatorisch kaum relevanten Mengenansätze des Leistungsverzeichnisses und den ebenfalls nur vage bestimmbar Ort der Leistungserbringung unterscheiden, sollten die Einheitspreise für solche Leistungen im Wesentlichen übereinstimmen. Lediglich geringfügige Preisunterschiede seien durch topologische Unterschiede der jeweiligen Bezirke und die besondere Preisbildungsvorgabe der Ausschreibung (Preisauflags- und Preisnachlassverfahren) betriebswirtschaftlich erklärbar. Große Unterschiede der Einheitspreise für gleiche Leistungen seien dem gegenüber nur dadurch erklärbar, dass ein Bieter auf ein bestimmtes Abrufverhalten des Auftraggebers spekuliere, sodass ein solches Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 wegen nicht plausibler und spekulativer Preisgestaltung auszuschneiden wäre. Zumindest wäre aber die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin trotz gleicher Leistungen unterschiedliche Einheitspreise und trotz gleicher Leistungen und gleicher Mengen auch sehr unterschiedliche Obergruppen angeboten. Die Preise der präsuntiven Zuschlagsempfängerin seien jedenfalls betriebswirtschaftlich nicht erklärbar, nicht plausibel und spekulativ, sodass deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG 2006, insbesondere in ihrem Recht auf Ausscheiden des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, auf Prüfung des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nach den in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien, auf Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, insbesondere hinsichtlich einer spekulativen Preisgestaltung, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags, auf Angebotsprüfung entsprechend der vergaberechtlichen Vorgaben, auf Gleichbehandlung und letztlich auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes entspricht, verletzt.

Nach Ausscheidung der Angebote der präsuntiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung jeweils den Zuschlag für die 7 Lose erhalten.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag betreffend dieser 7 Lose nicht erhalten, drohe ihr der Verlust einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinns, der von ihr näher beziffert wird, sowie der Verlust der bisher aufgewendeten Kosten für die Rechtsverfolgung. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzauftrages.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 28.2.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 4.3.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe den Ausschreibungsbedingungen entsprechende Referenzen vorgelegt. Die Referenzbewertung, die nach den Festlegungen in der Ausschreibung erfolgt wäre, habe ergeben, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin tatsächlich weit mehr als die erforderlichen

20.280 Referenzpunkte erreicht habe. Ein Ausscheidungsgrund sei damit nicht gegeben.

Auch die von der Antragstellerin behauptete unplausible und spekulative Preisgestaltung liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe eine umfangreiche, vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen. Abgesehen davon, dass auch die Antragstellerin in ihren Teilangeboten hinsichtlich der angebotenen Nachlässe bei verschiedenen Obergruppen bei gleichen Massenbelegungen unterschiedlich angeboten habe, habe die Überprüfung der Kalkulation der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ergeben, dass die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklärbar sind. Ein Ausscheidungsgrund liege damit nicht vor.

Gleichfalls mit Schriftsatz vom 4.3.2011 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten und hat ihrerseits ausgeführt, sie habe alle zum Nachweis der Leistungsfähigkeit, wie dies in lit.

d der Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei, notwendigen Referenzen in erforderlichem Umfang nachgewiesen. Anders als die Antragstellerin vermeine, hätten sich die Referenzen nicht nur auf die Herstellung von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses beziehen müssen. Diese Anforderung sei lediglich für das Sub-Kriterium d2 "jährliche Auftragssumme" maßgeblich gewesen, für die restlichen Bewertungskriterien hätte diese Bedingung bzw. Einschränkung nicht gegolten. Dementsprechend hätten auch Leistungen aus dem Sektor "Tiefbau" als Referenzen genannt werden können. Da die Teilnahmeberechtigte den geforderten Wert von 20.280 Referenzpunkten bei weitem überschritten habe, sei die Zuschlagsentscheidung zu Recht zu ihren Gunsten ergangen. Gleichfalls mit Schriftsatz vom 4.3.2011 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten und hat ihrerseits ausgeführt, sie habe alle zum Nachweis der Leistungsfähigkeit, wie dies in Litera d, der Ausschreibungsunterlagen festgelegt sei, notwendigen Referenzen in erforderlichem Umfang nachgewiesen. Anders als die Antragstellerin vermeine, hätten sich die Referenzen nicht nur auf die Herstellung von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses beziehen müssen. Diese Anforderung sei lediglich für das Sub-Kriterium d2 "jährliche Auftragssumme" maßgeblich gewesen, für die restlichen Bewertungskriterien hätte diese Bedingung bzw. Einschränkung nicht gegolten. Dementsprechend hätten auch Leistungen aus dem Sektor "Tiefbau" als Referenzen genannt werden können. Da die Teilnahmeberechtigte den geforderten Wert von 20.280 Referenzpunkten bei weitem überschritten habe, sei die Zuschlagsentscheidung zu Recht zu ihren Gunsten ergangen.

Die von der Antragstellerin angebotenen Preise seien weder unplausibel noch unangemessen oder spekulativ. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei kostendeckend kalkuliert und die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Dies hätte eine vertiefte Angebotsprüfung der Antragsgegnerin eindeutig ergeben. Es treffe keineswegs zu, dass für jeden Bezirk die selben Kalkulationsgrundlagen und -annahmen anzuwenden wären. Gerade das Gegenteil sei der Fall. Es mache einen wesentlichen Unterschied, ob die Leistungen etwa in dicht besiedelten Städten zu erbringen sind oder aber in weniger dicht besiedelten Randbezirken. Der Aufwand sei in den dicht besiedelten innerstädtischen Bezirken wesentlich höher, weil sich alleine durch die stärkere Verkehrsbelastung andere Behinderungen ergeben würden, als in weniger dicht besiedelten Rand- und Außenbezirken. Weiters spiele eine Rolle, wo sich der Bauhof des jeweiligen Bieters befinde, bei wem das Material bzw. die Ressourcen zu beziehen sind. Je näher sich der Bauhof zu einem bestimmten Bezirk befinde, desto günstiger könne kalkuliert werden. Dazu komme, dass die Teilnahmeberechtigte bereits im Zeitraum 2001 bis 2004 in einigen Bezirken Kontrahent der Antragsgegnerin für die nun ausgeschriebenen Betonarbeiten gewesen sei. Nicht zuletzt auch aus diesem Auftrag sei es der Teilnahmeberechtigten möglich gewesen, alle für die Kalkulation relevanten, preisbildenden Faktoren und Umstände aus eigener Erfahrung zu verwerten. Die Behauptung, dass Unterschiede in den Einheitspreisen nur durch Spekulation erklärbar wären, sei daher unrichtig.

Mit Schriftsatz vom 6.4.2011 hat die Teilnahmeberechtigte ergänzend vorgebracht, dass in der Ausschreibung klare Festlegungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit enthalten wären. Insbesondere verweist sie darauf, dass bei den Subkriterien zum Eignungskriterium "Leistungsfähigkeit" weder beim Jahresumsatz noch beim Personal (Arbeiter/technische Führungskräfte) ein Hinweis oder Bezug auf den Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses enthalten wäre. Lediglich und ausschließlich bei der Bewertung des zweiten Kriteriums "jährliche Auftragssumme" sei eine Bewertung des monetären Wertes der "Herstellungspositionen", d.h. des Einbaus von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses enthalten. Aus dem in der Ausschreibung vorgegebenen Bewertungsschema zu den Referenzen ergebe sich unzweifelhaft, dass auch solche Referenzen zugelassen waren, die sich nicht auf den Einbau von Betondecken oder die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen bezogen haben. Bieter, deren Referenzen nicht den Einbau von Betondecken betrafen, seien jedoch insofern schlechter bewertet worden, als sie insgesamt nur weniger Gesamtpunkte erhalten konnten, weil gemäß der Bewertungsformel der Wert für die Punkte A_i mit "0" anzusetzen war. Dies ergebe sich auch aus der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bewertungsformel. Damit erwiesen sich die Schlussfolgerungen der Antragstellerin als "schlichtweg nicht nachvollziehbar".

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 7.4.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Betonarbeiten in allen 23 Wiener Bezirken. Der Auftragsgegenstand ist bezirksweise in 23 Obergruppen (Lose) unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach diesen Obergruppen. Die Bieter hatten die Möglichkeit für alle Lose, einzelne Lose oder auch für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit kundgemacht worden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 30.7.2010, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23 als preislich an zweiter Stelle liegend, jenes der Teilnahmeberechtigten als Angebot mit dem jeweils niedrigsten Preis verlesen. Nach den Ausschreibungsunterlagen (Besondere Angebotsbestimmungen, Seite 5ff) war von den Bietern ihre technische Leistungsfähigkeit, insbesondere durch (maximal 23) Referenzen nachzuweisen. Die diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zeigen, dass die Antragsgegnerin durch die Abfrage und Bewertung der Referenzen die vorhandenen Erfahrungen der Bieter werten wollte. Anders als vielfach üblich sollten die Referenzen nicht fünf Kriterien entsprechen müssen, um gewertet zu werden, sondern es konnten Referenzen frei eingereicht werden. Die besten 23 Referenzen wurden nach festgelegten Formeln bewertet. Erfüllt eine Referenz einen Aspekt wenig oder gar nicht, so werden für diesen Aspekt eben weniger oder gar keine Punkte vergeben. Die Referenzen selbst wurden nach den nachstehend wiedergegebenen Subkriterien bewertet und dazu Bewertungsbeispiele gegeben: Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Betonarbeiten in allen 23 Wiener Bezirken. Der Auftragsgegenstand ist bezirksweise in 23 Obergruppen (Lose) unterteilt, die Vergabe erfolgt getrennt nach diesen Obergruppen. Die Bieter hatten die Möglichkeit für alle Lose, einzelne Lose oder auch für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag soll jeweils auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit kundgemacht worden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 30.7.2010, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Obergruppen 11, 12, 14, 17, 18, 20 und 23 als preislich an zweiter Stelle liegend, jenes der Teilnahmeberechtigten als Angebot mit dem jeweils niedrigsten Preis verlesen. Nach den Ausschreibungsunterlagen (Besondere Angebotsbestimmungen, Seite 5ff) war von den Bietern ihre technische Leistungsfähigkeit, insbesondere durch (maximal 23) Referenzen nachzuweisen. Die diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zeigen, dass die Antragsgegnerin durch die Abfrage und Bewertung der Referenzen die vorhandenen Erfahrungen der Bieter werten wollte. Anders als vielfach üblich sollten die Referenzen nicht fünf Kriterien entsprechen müssen, um gewertet zu werden, sondern es konnten Referenzen frei eingereicht werden. Die besten 23 Referenzen wurden nach festgelegten Formeln bewertet. Erfüllt eine Referenz einen Aspekt wenig oder gar nicht, so werden für diesen Aspekt eben weniger oder gar keine Punkte vergeben. Die Referenzen selbst wurden nach den nachstehend wiedergegebenen Subkriterien bewertet und dazu Bewertungsbeispiele gegeben:

Auszug aus den besonderen Angebotsbestimmungen der MA 28 Seite 5 ff.

1. d)Litera d

Referenz:

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind maximal 23 vom Bieter ausgewählte Referenzen aus den letzten fünf Jahren vorzulegen. Es ist die Anlage R (Bescheinigung - Referenz) zu verwenden. Diese ist vom Auftraggeber der Referenzleistung zu bestätigen. Die Bewertung der Referenzen erfolgt an Hand der untenstehenden Kriterien, wobei für jedes dieser Kriterien Bewertungspunkte ermittelt werden.

d1) Kriterium 1: Anzahl der Einzelabrufe

Bewertet wird die Anzahl der Leistungsabrufe (z.B. mittels Auftragsschreiben oder Bestellscheinen) aus dem Referenzauftrag innerhalb von zwölf, vom Bieter ausgewählten, zusammenhängenden Monaten gemäß nachfolgender Formel:

$$\text{Punkte E} = (\text{Anzahl der Leistungsabrufe} \times \text{Anzahl der Leistungsabrufe}) / 25$$

Je Referenz wird für dieses Kriterium die maximale Punkteanzahl von 1,00 vergeben.

Ein Auftragsschreiben für ein Einzelbauvorhaben wird wie ein Einzelabruf gewertet.

d2) Kriterium 2: jährliche Auftragssumme

Bewertet wird der monetäre Wert (exkl. USt.) der "Herstellungspositionen" (d.h. Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnis) gemäß nachfolgender Formel:

$$\text{Punkte A} = (1.000 / 300.000) \times \text{jährlicher Auftragssumme (exkl. USt.)}$$

Bei mehrjährigen Bauverträgen wird ein Anteil von 12 zusammenhängenden Monaten für die Bewertung herangezogen.

Je Referenz wird die maximale Punkteanzahl von 1.000,00 (für eine Netto-Auftragssumme der "Herstellungspositionen" größer oder gleich EUR 300.000,00) vergeben.

Für den Fall, dass ein Referenzauftrag als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft erbracht worden ist, wird nur der monetäre Anteil des betrachteten Unternehmens bewertet. Subunternehmerleistungen werden ausnahmslos dem Hauptauftragnehmer zugerechnet.

d3) Kriterium 3: Entwässerungsarbeiten

Bewertet wird, ob im Zuge des Referenzauftrages Arbeiten zur Straßenentwässerung und zwar

1. a.Litera a
Herstellung von Schächten und
2. b.Litera b
Herstellung von Rohrkanälen

Durchgeführt wurden und zwar wie folgt:

1. a.Litera a
Arbeiten zur Straßenentwässerung wurden nicht durchgeführt:

Punkte = 0,90

1. b.Litera b
Arbeiten zur Straßenentwässerung wurden durchgeführt:

Punkte = 1,10

d4) Kriterium 4: Bevölkerungsdichte

Zur Bewertung wird als Vergleichswert eine Bevölkerungsdichte von

3.738 Einwohner pro km² (=Durchschnittswert für Wien) herangezogen:

In Abhängigkeit von der Bevölkerungsdichte (auf Basis der Volkszählung vom 15. Mai 2001) des politischen Bezirkes (Bezirkshauptmannschaft bzw. Gemeindebezirk in Wien) des Ortes der Leistungserbringung des Referenzauftrages werden folgende Punkte vergeben:

$$\text{Punkte B} = (1.000 / 3.738) \times \text{Bevölkerungsdichte Referenzauftrag}$$

Hinsichtlich der Bevölkerungsdichte wird auf die Homepage der Statistik Austria (www.statistik.at) verwiesen.

d5) Kriterium 5: Anteil betreuter Flächen

Zur Bewertung wird der Anteil der im Rahmen des Referenzauftrages betreuten Flächen, d.s.

1. a.Litera a
Fahrbahn- und Gehsteigflächen, Abstellflächen (Parkstreifen),
2. b.Litera b
Fußgängerzonen
3. c.Litera c
Fuß- und Radwege,
4. d.Litera d
Verkehrsinself,
5. e.Litera e
Entwässerungseinrichtungen für die Straßenentwässerung (Z.B. Gerinne)
6. f.Litera f

unbefestigte Flächen im öffentlichen Gut (z.B. Bankette) an der Gesamtfläche der Gebietskörperschaft (bei Referenzaufträgen aus Wien der Gemeindebezirk) herangezogen.

In Abhängigkeit des Durchschnittswertes von Wien (8,00 %) werden folgende Punkte vergeben:

Punkte F = $(1.000 / 8,00) \times \text{Anteil betreute Fläche Referenzauftrag [\%]}$

d6) Gesamtbewertung Referenz

Die Gesamtpunkteanzahl für eine Anzahl von i (max. 23) Referenzen ergibt sich wie folgt:

max. 23

Punkte Gesamt = $G \{ \text{Punkte Ei} \times (\text{Punkte Ai} + \text{Punkte Wi} + \text{Punkte Bi} + \text{Punkte Fi}) \}$

i = 1

Die ermittelte Punkteanzahl je Referenz i wird gemäß ÖNORM A 6403 auf die

1. 2.Ziffer 2

Nachkommastellen gerundet.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die jeweils zu vergebende Obergruppe muss vom Bieter die in Tabelle 2 angeführte Mindestpunkteanzahl dieser Obergruppe erzielt werden.

In der Ausschreibung sind pro Obergruppen (Los) Mindestpunkteanzahlen vorgegeben. Für die gegenständlichen 7 Lose hatte die Teilnahmberechtigte 17.060 Punkte nachzuweisen. Dem pro Obergruppen ermittelten Bestbieter werden diese vorgegebenen Punkte "abgezogen", sodass für weitere Obergruppen, für die er Angebote gelegt hat, nur mehr eine reduzierte Punktesumme zur Verfügung steht. Im Hinblick auf alle von der Teilnahmberechtigten angebotenen Lose, hatte sie mit Referenzen insgesamt 20.280 Referenzpunkte nachzuweisen.

Im Zuge der Angebotserstellung hat die Teilnahmberechtigte sich mit Schreiben vom 19.7.2010 mit einer Anfrage zur Auslegung unter anderem der Bestimmungen zu den Referenzen (Punkt d der Angebotsbestimmungen) gewandt. Dieses Aufklärungsersuchen wurde von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.7.2010 beantwortet, worin diese unter anderem erklärte, dass "eine Bindung an die

Leistungsgruppe 10 alleine ... nicht gegeben (ist) und wurde auch nicht in den

Ausschreibungsunterlagen so angegeben". Ein weiteres Aufklärungsersuchen der Teilnahmberechtigten vom 21.7.2010, das teilweise auch Fragen zur Auslegung der Bestimmungen betreffend die Referenzwertung betroffen hat, wurde von der Antragsgegnerin am 22.7.2010 beantwortet. Darin hat die Antragsgegnerin ausdrücklich erklärt, dass "eine ausschließliche Beschränkung auf den Einbau von Betondecken in der Ausschreibung nicht bedungen" wurde.

Zum Kriterium 1 "Anzahl der Einzelabrufe" (Punkt d1 der Angebotsbestimmungen) hat die Antragsgegnerin erklärt, dass bei diesem Kriterium "die technische Leistungsfähigkeit des Bieters betrachtet (wird), einen "Globalauftrag" zu bearbeiten. Eine Bindung an die Leistungsgruppe 10 ist hiebei nicht gegeben. Die in Abs. 5 des Punktes 2 gestellte Frage betreffend Rahmenvertrag aus dem Sektor Tiefbau etc. ist daher zu bejahen. Dieses Kriterium berücksichtigt daher, ob der Bieter Erfahrungen mit derartigen Bauaufträgen (z.B. kurzfristige Klein- und Kleinstabrufe an unterschiedlichen Örtlichkeiten im jeweiligen Auftragsgebiet), welche ein Spezifikum eines Rahmenvertrages darstellt, hat. Dies ist unabhängig davon zu sehen, ob Betondecken eingebaut wurden oder nicht. Erfahrungen mit der Herstellung von Betondecken werden mit d2 "Kriterium 2: jährliche Auftragssumme" berücksichtigt. Zum Kriterium 1 "Anzahl der Einzelabrufe" (Punkt d1 der Angebotsbestimmungen) hat die Antragsgegnerin erklärt, dass bei diesem Kriterium "die technische Leistungsfähigkeit des Bieters betrachtet (wird), einen "Globalauftrag" zu bearbeiten. Eine Bindung an die Leistungsgruppe 10 ist hiebei nicht gegeben. Die in Absatz 5, des Punktes 2 gestellte Frage betreffend Rahmenvertrag aus dem Sektor Tiefbau etc. ist daher zu bejahen. Dieses Kriterium berücksichtigt daher, ob der Bieter Erfahrungen mit derartigen Bauaufträgen (z.B. kurzfristige Klein- und Kleinstabrufe an unterschiedlichen Örtlichkeiten im jeweiligen Auftragsgebiet), welche ein Spezifikum eines Rahmenvertrages darstellt, hat. Dies ist unabhängig davon zu sehen, ob Betondecken eingebaut wurden oder nicht. Erfahrungen mit der Herstellung von Betondecken werden mit d2 "Kriterium 2: jährliche Auftragssumme" berücksichtigt.

Sowohl die Anfragen als auch die Beantwortung dieser Anfragen wurden von der Antragsgegnerin in entsprechend anonymisierter Form und unter dem selben Link wie die Ausschreibungsunterlagen allen Bietern zur Verfügung gestellt.

In den Vergabeakten ist ausführlich und nachvollziehbar dokumentiert, dass die Bewertung der Referenzen der Teilnahmeberechtigten entsprechend den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt ist. Jede eingereichte Referenzbescheinigung ist mit einem Stempel und einer Paraffe versehen, Prüfvermerke finden sich auf den Referenzen. Die Bewertung der Referenzen, soweit sie von der Teilnahmeberechtigten abgegeben wurden, wurde ausreichend dokumentiert vorgenommen. Diese vom Senat vorgenommene Überprüfung hat teilweise Abweichungen in den von der Antragsgegnerin ermittelten Punkteanzahlen pro Referenz ergeben. Diese Abweichungen waren jedoch insoweit nicht gravierend, als die Überprüfung der Gesamtpunkteanzahl der von der Teilnahmeberechtigten gelegten Referenzen ergeben hat, dass sie deutlich mehr als die insgesamt notwendigen 20.280 Punkte, nämlich jedenfalls über 32.000 Punkte erreicht hat. Damit ist, entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin eindeutig nachgewiesen, dass die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Referenzen ausreichen, deren technische Leistungsfähigkeit für alle von ihr angebotenen Lose, nachzuweisen.

Aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ergibt sich weiters, dass die Teilnahmeberechtigte während der Angebotsfrist in die der Ausschreibung zu Grunde liegenden Kalkulationen Einsicht genommen hat. Da die Unterlagen seitens der Antragsgegnerin nur zur Einsicht zur Verfügung gestellt wurden, hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin daraus Abschriften angefertigt (AV vom 27.7.2010 in den Vergabeakten).

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin auch - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - eine umfangreiche und ausführliche Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten vorgenommen. So hat sie am 27.8.2010 die Teilnahmeberechtigte aufgefordert, die Kalkulationsgrundlagen und Detailkalkulationen für "auffällige" Leistungsgruppen vorzulegen. Diesem Wunsch hat die Teilnahmeberechtigte mit der Übermittlung der Unterlagen (zwei A4 - Ordner) fristgerecht entsprochen. Diese Unterlagen wurden geprüft und beispielsweise in den K7-Blättern Auffälligkeiten - im Vergleich zu den Amtsansätzen - markiert. Dazu finden sich entsprechende Vermerke auf den Kalkulationsblättern. Am 16.12.2010 wurde zu diesem Thema ein kommissionelles Aufklärungsgespräch im Beisein des rechtsfreundlichen Vertreters der Teilnahmeberechtigten geführt, worüber sich ein umfangreiches Protokoll in den Vergabeakten findet. Schließlich wurde die Teilnahmeberechtigte mit 10-seitigem Schreiben vom 3.1.2011 um schriftliche Stellungnahme zu mehreren weiteren Punkten ersucht. Diese Stellungnahme wurde (nach Fristerstreckung) abgegeben. Dazu finden sich in den Vergabeakten umfangreiche Prüfvermerke, die schließlich zu dem Ergebnis geführt haben, dass von der Antragsgegnerin die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Aufschläge und Nachlässe als "betriebswirtschaftlich erklärbar" qualifiziert wurden (AV vom 4.2.2011 in den Vergabeakten).

Den Vergabeakten ist zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Teilnahmeberechtigten konkrete Vorhaltungen gemacht hat, die von dieser vollständig ausgeräumt wurden. Die diesbezügliche Dokumentation ist umfangreich, ordentlich und nachvollziehbar. Die Kalkulationsgrundlagen sind nachvollziehbar geprüft worden und die Erklärungen im Zuge der Aufklärung sind entsprechend dokumentiert und ihre Plausibilität aus dem Inhalt der Vergabeakten ableitbar.

Die in den Akten dokumentierte vertiefte Angebotsprüfung zeigt auch, dass die Antragsgegnerin hinsichtlich der Frage, ob die Preise der präsumtiven Zuschlagsempfänger den "erklärbaren Rahmen" überschreiten, eine entsprechende Prüfung vorgenommen hat. Bei allen 23 Losen wurden die jeweils ermittelten Bestbieter zu Aufklärungen aufgefordert, sobald Abweichungen von mehr als 10 % von den Vorgabepreisen gegeben waren.

Die vorliegenden sieben Lose (Gebietsteile) unterscheiden sich nicht nur in ihrer Lage sondern auch in ihrer Struktur. Damit sind unterschiedliche Ansätze wie etwa für "Anfahrtszeiten" oder unterschiedliche Ansätze wegen Verkehrserschweris erklärbar. Derartige unterschiedliche Ansätze finden sich sowohl im Angebot der Antragstellerin wie auch der übrigen Bieter.

Nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens handelt es sich beim Angebot der Teilnahmeberechtigten hinsichtlich der gegenständlichen 7 Lose um jenes mit dem "niedrigsten Preis".

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 18.2.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zu gekommen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 24.2.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der

Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne der Regelung des § 18 Abs. 2 WVRG 2007. Da von der Antragstellerin gegenständlich die Zuschlagsentscheidungen betreffend 7 Obergruppen angefochten wurde, der geschätzte Auftragswert dieser Obergruppen jedenfalls über dem Schwellenwert für Bauaufträge nach § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 liegt, war von der Antragstellerin für diese Lose die Pauschalgebühr entsprechend einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zu entrichten. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 18.2.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zu gekommen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 24.2.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne der Regelung des Paragraph 18, Absatz 2, WVRG 2007. Da von der Antragstellerin gegenständlich die Zuschlagsentscheidungen betreffend 7 Obergruppen angefochten wurde, der geschätzte Auftragswert dieser Obergruppen jedenfalls über dem Schwellenwert für Bauaufträge nach Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 liegt, war von der Antragstellerin für diese Lose die Pauschalgebühr entsprechend einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zu entrichten.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten, aus denen sich nachvollziehbar ergibt, dass die Antragsgegnerin die von der Teilnahmeberechtigten gelegten Referenzen einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Die Einsicht in die Referenzen selbst, die von der Teilnahmeberechtigten unter Verwendung des Formblattes "R" erstellt wurden, hat ergeben, dass dort, wo die Teilnahmeberechtigte Referenzen nur auf dem Gebiet des Hochbaus geltend gemacht hat, jene Zeile nicht ausgefüllt wurde bzw. eine 0 eingesetzt wurde, die den Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses betroffen hat. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass von der Antragsgegnerin unter dem den Bietern bekannten Link auch die Beantwortung der Fragen der Teilnahmeberechtigten zur Auslegung der Referenzbestimmungen zur Verfügung gestellt worden sind. Wenn auch der Vertreter der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung erklärt hat, der Inhalt dieser Auskünfte sei auf der Homepage veröffentlicht worden, so wurde "die Relevanz dieser Anfragebeantwortung (haben wir) damals nicht erkannt" (Protokoll Seite 3). Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist erwiesen, dass diese auf der Homepage veröffentlichten Auskünfte jedenfalls von den Bietern nicht bekämpft worden sind. Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, dass die Antragsgegnerin nur beim Kriterium 2 den Zusammenhang mit "Betonarbeiten im Straßenbereich" herstellen wollte, die Ausschreibungsunterlagen sonst keine grundsätzliche Einschränkung der Referenzen enthalten. Besondere Hinweise zur Bewertung von ARGE-Referenzen finden sich nur beim Referenzkriterium d2). Bei den anderen Kriterien hat die Antragsgegnerin ARGE-Referenzen wie Einzelunternehmerreferenzen behandelt. Die Feststellung, dass die Teilnahmeberechtigte für die von ihr angebotenen Obergruppen insgesamt 20.280 Referenzpunkte nachzuweisen hatte, ist sowohl in den Ausschreibungsunterlagen begründet als auch im Vorbringen der Parteien.

Die Feststellungen, dass die Antragsgegnerin eine sorgfältig geführte vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat, insbesondere auch im Angebot der Teilnahmeberechtigten umfangreiche Preispositionen hinterfragt hat, ist aus den Vergabeakten unzweifelhaft abzuleiten. Damit erweist sich der Vorwurf der Antragstellerin, die Antragsgegnerin hätte eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, als nicht erwiesen.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes 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 Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Betonarbeiten in allen 23 Wiener Bezirken. Der Auftragsgegenstand ist bezirksweise in 23 Obergruppen (Lose) unterteilt, wobei die Vergabe getrennt nach diesen Obergruppen erfolgt. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag je Los soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preise erfolgen. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Angebotsende war der 30.7.2010, 9.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich der gegenständlichen 7 Lose an zweiter Stelle, jenes der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle liegend verlesen. 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 Rahmenvertrages, nämlich zur Durchführung von Betonarbeiten in allen 23 Wiener Bezirken. Der Auftragsgegenstand ist bezirksweise in 23 Obergruppen (Lose) unterteilt, wobei die Vergabe getrennt nach diesen Obergruppen erfolgt. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für alle Lose, einzelne Lose oder auch nur für ein Los Angebote abzugeben. Der Zuschlag je Los soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preise erfolgen. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Angebotsende war der 30.7.2010, 9.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich der gegenständlichen 7 Lose an zweiter Stelle, jenes der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle liegend verlesen. 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 den 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 Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit 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 Zuschlagsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend 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 Abs. 2 WVRG 2007 (Losregelung) geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 18.2.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 24.2.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag 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 den 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 Rechtswidrigkeiten beantragen, soweit 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 Zuschlagsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend 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, Absatz 2, WVRG 2007 (Losregelung) geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 18.2.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 24.2.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 7.4.2011 (Seite 6) unter anderem begehrt, ihr Einsicht in die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Referenzen und Kalkulationsgrundlagen zu gewähren. Diesem Antrag konnte seitens des angerufenen Senates nicht stattgegeben werden. Aus §§ 23 Abs. 1 iVm 128 BVergG 2006 ergibt sich deutlich, dass die Einsichtnahme eines Bieters in Aktenbestandteile betreffend die Prüfung von Angeboten anderer Bieter nicht zulässig ist. Dem Bieter steht vielmehr nur das Recht zu, die geprüften Gesamtpreise bzw. Teilgesamtpreise der anderen Bieter zu erfahren. Den Anträgen auf Einsicht in Aktenbestandteile betreffend die Angebotsprüfung konnte daher nur mit dieser Einschränkung stattgegeben werden. Eine darüber hinausgehende Gestattung der Einsicht in die Vergabeakten der Auftraggeberin, ohne deren ausdrückliche Zustimmung (die jedoch nicht erteilt wurde), kommt grundsätzlich nicht in Frage (vgl. VwGH 12.12.2007, Zl. 2006/04/0065-22). Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 7.4.2011 (Seite 6) unter anderem begehrt, ihr Einsicht in die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Referenzen und Kalkulationsgrundlagen zu gewähren. Diesem Antrag konnte seitens des angerufenen Senates nicht stattgegeben werden. Aus Paragraphen 23, Absatz eins, in Verbindung mit 128 BVergG 2006 ergibt sich deutlich, dass die Einsichtnahme eines Bieters in Aktenbestandteile betreffend die Prüfung

von Angeboten anderer Bieter nicht zulässig ist. Dem Bieter steht vielmehr nur das Recht zu, die geprüften Gesamtpreise bzw. Teilgesamtpreise der anderen Bieter zu erfahren. Den Anträgen auf Einsicht in Aktenbestandteile betreffend die Angebotsprüfung konnte daher nur mit dieser Einschränkung stattgegeben werden. Eine darüber hinausgehende Gestattung der Einsicht in die Vergabeakten der Auftraggeberin, ohne deren ausdrückliche Zustimmung (die jedoch nicht erteilt wurde), kommt grundsätzlich nicht in Frage vergleiche VwGH 12.12.2007, ZI. 2006/04/0065-22).

Die Antragstellerin hat mit ihrem Nichtigerklärungsantrag im Wesentlichen die Bewertung der Referenzen der Teilnahmeberechtigten nur hinsichtlich des Kriteriums 2 in Frage gestellt. Sie vertritt die Ansicht, dass alle vorgelegten Referenzen dahingehend zu prüfen gewesen wären, ob sie der Leistungsgruppe 10 des Leistungsverzeichnisses entsprechen.

Nach § 75 Abs. 3 BVergG 2006 kann ein Auftraggeber zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit unter anderem die Erbringung von Referenzen verlangen. Dies hat die Antragsgegnerin getan, wobei sich ihre Festlegungen zu den Referenzen durchaus im Rahmen des § 75 Abs. 6 BVergG 2006 halten. Die Festlegungen zur d) Referenz beziehen sich nur im Kriterium 2 "jährliche Auftragssumme" darauf, dass der monetäre Wert "Herstellungspositionen" (d.h. Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses), womit "Betonarbeiten im Straßenbereich" abgefragt werden, betrifft. In keiner anderen Festlegung zu den Referenzen findet sich ein derartiger Bezug, wie er von der Antragstellerin herzustellen versucht wird. Aus dem Akt ergibt sich dazu, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin während der Angebotsfrist drei Anfragen zur Referenzbewertung gestellt hat. Die Beantwortung hat die Antragsgegnerin der Teilnahmeberechtigten übermittelt und unter dem selben Link wie die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt. Fragen zur Ausschreibung waren daher möglich, sodass nichts auf potentielle Ungleichbehandlung von Fragestellern hindeutet. Aus den Vergabeakten war auch eindeutig feststellbar, dass zu dieser Frage lediglich die Teilnahmeberechtigte um Aufklärung ersucht hat und die von der Antragsgegnerin dazu gegebenen Beantwortungen von keinem der Bieter angefochten worden sind. Im Wesentlichen geben die Antworten der Antragsgegnerin die von ihr später gewählte Vorgangsweise wieder, die sich auch aus der Formulierung der Ausschreibung eindeutig (insbesondere zur Notwendigkeit der Betonarbeiten) ableiten lässt. Nach Paragraph 75, Absatz 3, BVergG 2006 kann ein Auftraggeber zum Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit unter anderem die Erbringung von Referenzen verlangen. Dies hat die Antragsgegnerin getan, wobei sich ihre Festlegungen zu den Referenzen durchaus im Rahmen des Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006 halten. Die Festlegungen zur d) Referenz beziehen sich nur im Kriterium 2 "jährliche Auftragssumme" darauf, dass der monetäre Wert "Herstellungspositionen" (d.h. Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses), womit "Betonarbeiten im Straßenbereich" abgefragt werden, betrifft. In keiner anderen Festlegung zu den Referenzen findet sich ein derartiger Bezug, wie er von der Antragstellerin herzustellen versucht wird. Aus dem Akt ergibt sich dazu, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin während der Angebotsfrist drei Anfragen zur Referenzbewertung gestellt hat. Die Beantwortung hat die Antragsgegnerin der Teilnahmeberechtigten übermittelt und unter dem selben Link wie die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt. Fragen zur Ausschreibung waren daher möglich, sodass nichts auf potentielle Ungleichbehandlung von Fragestellern hindeutet. Aus den Vergabeakten war auch eindeutig feststellbar, dass zu dieser Frage lediglich die Teilnahmeberechtigte um Aufklärung ersucht hat und die von der Antragsgegnerin dazu gegebenen Beantwortungen von keinem der Bieter angefochten worden sind. Im Wesentlichen geben die Antworten der Antragsgegnerin die von ihr später gewählte Vorgangsweise wieder, die sich auch aus der Formulierung der Ausschreibung eindeutig (insbesondere zur Notwendigkeit der Betonarbeiten) ableiten lässt.

Nach Ansicht des Senates sind die Festlegungen in der Ausschreibung unter dem Punkt d) Referenz so zu verstehen, dass die Antragsgegnerin nur beim Kriterium 2 den Zusammenhang mit Betonarbeiten im Straßenbau herstellen wollte. Dazu kommt die von der Antragsgegnerin auf die Homepage gestellte Beantwortung und Aufklärung zu diesen Festlegungen, die, ebenso wie die Ausschreibungsunterlagen, von den Bietern bei Erstellung ihrer Angebote zu beachten waren, aber auch von der Auftraggeberin bei Bewertung der Angebote.

Im Hinblick auf diesen klaren Wortlaut der Referenzbestimmungen bleibt für eine Auslegung im Sinne des §§ 914ff ABGB kein Raum. Ausschreibungsunterlagen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie dies der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist

vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157 u.a.). Gerade im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin, in ihren beiden Schreiben vom 21.7. und 22.7.2010 gegebenen Aufklärungen, die allen Bietern zur Verfügung gestellt wurden, musste allen Bietern, auch der Antragstellerin klar sein, dass die im Kriterium Punkt d2) "jährliche Auftragssumme" verlangte Nachweis zum Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses, nur für dieses Kriterium maßgeblich war, nicht aber für die sonst geltend gemachten Referenzen. Wenn die Antragstellerin die Relevanz dieser Antworten nicht erkannte, hat sie dies selbst zu vertreten. Im Hinblick auf diesen klaren Wortlaut der Referenzbestimmungen bleibt für eine Auslegung im Sinne des Paragraphen 914 f, f, ABGB kein Raum. Ausschreibungsunterlagen sind nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie dies der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vergleiche VwGH 29.3.2006, Zl. 2004/04/0144, 0156, 0157 u.a.). Gerade im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin, in ihren beiden Schreiben vom 21.7. und 22.7.2010 gegebenen Aufklärungen, die allen Bietern zur Verfügung gestellt wurden, musste allen Bietern, auch der Antragstellerin klar sein, dass die im Kriterium Punkt d2) "jährliche Auftragssumme" verlangte Nachweis zum Einbau von Betondecken entsprechend der Leistungsgruppe 10 des beiliegenden Leistungsverzeichnisses, nur für dieses Kriterium maßgeblich war, nicht aber für die sonst geltend gemachten Referenzen. Wenn die Antragstellerin die Relevanz dieser Antworten nicht erkannte, hat sie dies selbst zu vertreten.

Die Überprüfung der von der Teilnahmeberechtigten gelegten Referenzen hat ergeben, dass die Bewertung durch die Antragsgegnerin ausschreibungskonform erfolgt ist und die Teilnahmeberechtigte weit mehr als die von ihr nachzuweisenden

20.280 Punkte erreicht hat. Damit hat die Teilnahmeberechtigte aber auch nachgewiesen, dass ihre technische Leistungsfähigkeit durchaus ausreicht, die für die 7 Lose notwendige Punkteanzahl zu überschreiten.

Die Antragstellerin hat als weiteren Ausscheidungsgrund geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten würde eine unplausible und spekulative Preisgestaltung aufweisen. Das Nachprüfungsverfahren hat dazu ergeben, dass die Antragsgegnerin eine den Bestimmungen des § 125 BVergG 2006 entsprechende vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und detailliert sowie nachvollziehbar dokumentiert hat. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung ist es der Teilnahmeberechtigten gelungen, alle Vorhaltungen der Antragsgegnerin zufriedenstellend und nachvollziehbar aufzuklären und die von ihr angebotenen Preise plausibel zu erklären. Da sich die vorliegenden Lose (Bezirke) nicht nur in ihrer Lage sondern auch in ihrer Struktur unterscheiden, ist es durchaus verständlich und entspricht auch den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates bei Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen, dass unterschiedliche Ansätze etwa bei Anfahrtszeiten, Lage von Bauhöfen, Lage von Betonmischwerken sowie wegen Verkehrserschwerisse in innerstädtischen Bezirken kalkuliert werden. Nicht zuletzt auch alle anderen Bieter und die Antragstellerin selbst haben derartig unterschiedliche Ansätze bei durchaus vergleichbaren Leistungen, je nach betroffenen Bezirk, vorgenommen. Letztlich spiegeln unterschiedliche Preise auf Basis identer Kalkulation auch das unterschiedliche Interesse von Bietern an einzelnen Gebietsteilen wider. Diese "unternehmerische Freiheit" kann nicht nur für Einzelausschreibungen gelten, sondern muss auch bei mehreren Losen einer Ausschreibung möglich sein. Die Antragstellerin hat als weiteren Ausscheidungsgrund geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten würde eine unplausible und spekulative Preisgestaltung aufweisen. Das Nachprüfungsverfahren hat dazu ergeben, dass die Antragsgegnerin eine den Bestimmungen des Paragraph 125, BVergG 2006 entsprechende vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und detailliert sowie nachvollziehbar dokumentiert hat. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung ist es der Teilnahmeberechtigten gelungen, alle Vorhaltungen der Antragsgegnerin zufriedenstellend und nachvollziehbar aufzuklären und die von ihr angebotenen Preise plausibel zu erklären. Da sich die vorliegenden Lose (Bezirke) nicht nur in ihrer Lage sondern auch in ihrer Struktur unterscheiden, ist es durchaus verständlich und entspricht auch den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates bei Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen, dass unterschiedliche Ansätze etwa bei Anfahrtszeiten, Lage von Bauhöfen, Lage von Betonmischwerken sowie wegen Verkehrserschwerisse in innerstädtischen Bezirken kalkuliert werden. Nicht zuletzt auch alle anderen Bieter und die Antragstellerin selbst haben derartig unterschiedliche Ansätze bei durchaus vergleichbaren Leistungen, je nach

betroffenen Bezirk, vorgenommen. Letztlich spiegeln unterschiedliche Preise auf Basis identer Kalkulation auch das unterschiedliche Interesse von Bietern an einzelnen Gebietsteilen wider. Diese "unternehmerische Freiheit" kann nicht nur für Einzelausschreibungen gelten, sondern muss auch bei mehreren Losen einer Ausschreibung möglich sein.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung erweist sich damit als im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen stehend und somit vergaberechtskonform. Weder der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 noch jener des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 liegt vor, weshalb der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen war. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung erweist sich damit als im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen stehend und somit vergaberechtskonform. Weder der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 noch jener des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 liegt vor, weshalb der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 28.2.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 28.2.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

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