

TE Verg Bescheid 2011/3/17 VKS-744/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.03.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §69 Abs1

BVergG 2006 §83 und 94 GewO

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 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Raumsysteme GmbH, ***, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe von Bauleistungen im Zuge des Neubaus der Schule in 1110 Wien, Svetelskystraße 5, Mobilklassen in Containerbauweise, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 34 - Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1194 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 14.1.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 25.1.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13, 19, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 4, 12 Abs. 3, 19 Abs. 1, 69 Abs. 1, 83 BVergG 2006 und 94 GewO 1994. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, 19, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 4, 12 Absatz 3, 19, Absatz eins, 69, Absatz eins, 83, BVergG 2006 und 94 GewO 1994.

Begründung:

Die Stadt Wien - Magistratsabteilung 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich zur Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise, im Zuge des Neubaus der Schule in Wien 11, Svetelskystraße 5. Die Ausschreibung ist im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Abgabe von Alternativangeboten sowie Abänderungsangeboten war nicht zulässig. Das Angebotsende war der 10.12.2010, 10.00 Uhr. Am Vergabeverfahren hat sich unter anderem auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin zunächst als an dritter Stelle liegend verlesen. Nach Ausscheidung des Angebotes der zunächst an zweiter Stelle gereihten Bieterin kommt die Antragstellerin nunmehr mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen.

Mit Schreiben vom 14.1.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag dem aufgrund der Angebotseröffnung preislich an erster Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 20.1.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, weil diese nicht über ausreichende gewerbliche Befugnisse zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen verfüge.

Weiters fehle es der präsuntiven Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit. Aufgrund ihrer Branchentätigkeit gehe die Antragstellerin auch davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin die angebotenen Container nicht selbst fertige, sondern diese von Subunternehmern aus dem Ausland fertigen lasse. Damit gebe sie einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistungen in unzulässiger Weise weiter. Im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen sei es erforderlich, die einzelnen Elemente der einzelnen Container wie Boden, Steher und Dach, derart miteinander zu verschweißen, dass sie statischen Erfordernissen entsprechen. Die Durchführung von Schweißarbeiten sei jedoch gemäß der Gewerbeordnung 1994 ein reglementiertes Gewerbe. Österreichische Stahlbauunternehmen müssten sich regelmäßig einer Prüfung unterziehen, um zu gewährleisten, dass sie die technischen Voraussetzungen dafür erfüllen. Österreichische Schweißer müssten daher über ein bestätigtes und zertifiziertes Prüfbuch gemäß ÖNORM M 7812 verfügen. Die Antragstellerin gehe davon aus, "dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht über ein solches Prüfbuch verfügt". Aus diesen Gründen hätte das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen, womit die Antragstellerin mit ihrem Angebot den Zuschlag erhalten müsste. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 20.1.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre, weil diese nicht über ausreichende gewerbliche Befugnisse zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen verfüge. Weiters fehle es der präsuntiven Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit. Aufgrund ihrer Branchentätigkeit gehe die Antragstellerin auch davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin die angebotenen Container nicht selbst fertige, sondern diese von Subunternehmern aus dem Ausland fertigen lasse. Damit gebe sie einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistungen in unzulässiger Weise weiter. Im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen sei es erforderlich, die einzelnen Elemente der einzelnen Container wie Boden, Steher und Dach, derart miteinander zu verschweißen, dass sie statischen Erfordernissen entsprechen. Die Durchführung von Schweißarbeiten sei jedoch gemäß der Gewerbeordnung 1994 ein reglementiertes Gewerbe. Österreichische Stahlbauunternehmen müssten sich regelmäßig einer Prüfung unterziehen, um zu gewährleisten, dass sie die technischen Voraussetzungen dafür erfüllen. Österreichische Schweißer müssten daher über ein bestätigtes und zertifiziertes Prüfbuch gemäß ÖNORM M 7812 verfügen. Die Antragstellerin gehe davon aus, "dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht über ein solches Prüfbuch verfügt". Aus diesen Gründen hätte das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen, womit die Antragstellerin mit ihrem Angebot den Zuschlag erhalten müsste.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Ausscheidung von einem den Ausscheidungsbestimmungen widersprechenden Angebot, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes und letztlich in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt.

Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren erfolgreich in der Bereitstellung von Containern für Schulklassen tätig. Sie habe solche auch in großer Anzahl für die Antragsgegnerin bisher aufgestellt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein im einleitenden Schriftsatz näher bezifferter Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) zu entstehen. Dazu kämen die Kosten der frustrierten Angebotslegung sowie der bisherigen Rechtsverfolgung und der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.1.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.1.2011 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, über die erforderlichen Gewerbeberechtigungen zu verfügen. Dort wo dies nicht der Fall sei, habe sie für diese Leistungen bereits mit der Angebotsabgabe Subunternehmer namhaft gemacht, die erforderlichen Subunternehmererklärungen beigebracht und die aufrechten Gewerbeberechtigungen der Subunternehmer nachgewiesen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Teilnahmeberechtigte bereits seit mehr als sieben Jahren im Containerbau tätig. Da sie die wesentlichen Teile der Leistungen selbst erbringe, sei sie nicht verpflichtet gewesen für den Containerbau Subunternehmer namhaft zu machen. Auch von einer fehlenden technischen Leistungsfähigkeit könne nicht die Rede

sein, zumal die Teilnehmereberechtigte über entsprechende Fachkräfte verfüge. Hinsichtlich der Produktion der Metallcontainer führt die Teilnehmereberechtigte aus, dass sie zwar grundsätzlich die Möglichkeit habe, diese zur Gänze selbst zu fertigen, was jedoch unwirtschaftlich wäre. Erforderliche Stahlkonstruktionsteile würden daher über einen Lieferanten zugekauft. Dabei handle es sich um übliche Handelsware, die vom Lieferanten entsprechend den Vorgaben aus der Ausschreibung vorgefertigt werde. Die vorgefertigten Stahlträgerkonstruktionen würden im Werk der Teilnehmereberechtigten mittels Schraubenverbindungen zusammengebaut, die Durchführung von Schweißarbeiten sei nicht erforderlich. Die vorgefertigten Stahlträgerkonstruktionen müssen sodann auf der Baustelle nur mehr aufgestellt und der Container komplettiert werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erbringe alle wesentlichen Leistungen der Ausschreibung selbst, zumal sie unter anderen auch über die Gewerbeberechtigung für Metalltechnik (Metall- und Maschinenbau) verfüge. Sie sei daher zur Durchführung der ausgeschriebenen Arbeiten jedenfalls befugt. Die Teilnehmereberechtigte habe ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, für sämtliche Leistungen, für die sie keine Befugnis habe, Subunternehmer bekannt gegeben und Subunternehmerklärungen samt den geforderten Nachweisen mit dem Angebot vorgelegt. Da ihr Angebot sämtliche Anforderungen der Ausschreibung erfülle, sei ihr als Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 1.2.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und gleichfalls die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages begehrt. Im Wesentlichen führt sie aus, dass die Teilnehmereberechtigte für jene Leistungen geeignete Subunternehmer namhaft gemacht habe, für die sie selbst keine Befugnis besitze. In den Ausschreibungsunterlagen seien keine Referenzprojekte gefordert worden. Ungeachtet dessen verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über ausreichende Nachweise über Containerbauten. Schweißarbeiten seien weder aufgrund der Ausschreibungsvorgaben noch faktisch erforderlich, ebenso wenig würden geschulte Schweißaufsichtspersonen oder ein bestätigtes und zertifiziertes Prüfbuch gemäß ÖNORM M 7812 im Zuge der Leistungserbringung benötigt. Soweit die Antragstellerin behauptet, dass gemäß den Ausschreibungsbedingungen eine Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wäre, sei dies unrichtig. Nach dem Angebotsformblatt MDBD - SR 75 würden für die Angebotslegung die "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen" (Drucksorte VD 307) gelten. Dass die Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wäre, sei weder in der VD 307 noch im § 83 BVerGG 2006 vorgesehen. Nach den Angaben im Angebot der Teilnehmereberechtigten sei davon auszugehen, dass sie die wesentlichen Leistungsteile selbst erbringe. Soweit die Antragstellerin auf die VD 314 verweise, sehe diese in der derzeit gültigen Fassung (Stand 1.1.2007) kein Verbot der Weitergabe von wesentlichen Leistungsteilen an Subunternehmer vor. Mit Schriftsatz vom 1.2.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und gleichfalls die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages begehrt. Im Wesentlichen führt sie aus, dass die Teilnehmereberechtigte für jene Leistungen geeignete Subunternehmer namhaft gemacht habe, für die sie selbst keine Befugnis besitze. In den Ausschreibungsunterlagen seien keine Referenzprojekte gefordert worden. Ungeachtet dessen verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über ausreichende Nachweise über Containerbauten. Schweißarbeiten seien weder aufgrund der Ausschreibungsvorgaben noch faktisch erforderlich, ebenso wenig würden geschulte Schweißaufsichtspersonen oder ein bestätigtes und zertifiziertes Prüfbuch gemäß ÖNORM M 7812 im Zuge der Leistungserbringung benötigt. Soweit die Antragstellerin behauptet, dass gemäß den Ausschreibungsbedingungen eine Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wäre, sei dies unrichtig. Nach dem Angebotsformblatt MDBD - SR 75 würden für die Angebotslegung die "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen" (Drucksorte VD 307) gelten. Dass die Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wäre, sei weder in der VD 307 noch im Paragraph 83, BVerGG 2006 vorgesehen. Nach den Angaben im Angebot der Teilnehmereberechtigten sei davon auszugehen, dass sie die wesentlichen Leistungsteile selbst erbringe. Soweit die Antragstellerin auf die VD 314 verweise, sehe diese in der derzeit gültigen Fassung (Stand 1.1.2007) kein Verbot der Weitergabe von wesentlichen Leistungsteilen an Subunternehmer vor.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 4.2.2011 ausführlich Stellung genommen und im Wesentlichen zusammengefasst ausgeführt, die Teilnehmereberechtigte habe Container lediglich in Holzbauweise errichtet und daher nur diesbezüglich Referenzen. Da sie niemals Metallcontainer produziert, geliefert und montiert habe, "bleibt die Antragstellerin dabei, dass der mitbeteiligten Partei die diesbezügliche Leistungsfähigkeit, nämlich die technische Leistungsfähigkeit zum Bau von Metallcontainern fehlt". Zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit hätte sie daher einen geeigneten Subunternehmer benennen müssen, was weder von der Teilnehmereberechtigten noch von der Antragsgegnerin behauptet werde. Bei den ausgeschriebenen Containern handelt es sich nicht um Standardcontainer, sondern um solche, die nach Sondermaß gefertigt werden

und hohen qualitativen Anforderungen in Bezug auf Wärmedämmung, Schalldämmung, Brandschutz und Stabilität entsprechen müssten. Die fertige Raumhöhe habe 3 m zu betragen. Die Ausschreibungsunterlagen hätten auch Vorgaben für die Statik, insbesondere zur Erdbbensicherheit, enthalten. Danach müssten die Container aus statischen Gründen verschweißt werden, insbesondere seien zusätzlich 20 Stück Knotenbleche verschweißt auszuführen. Nur durch die Verschweißung könne den technischen Spezifikationen der Ausschreibung entsprochen werden. Da die Teilnahmeberechtigte selber einräume, Stahlkonstruktionsteile zuzukaufen, sei die entscheidende Frage, ob es sich bei den ausgeschriebenen Containern um Standardbauelemente oder nach spezifischen technischen Spezifikationen zu fertigende Maßbauwerke handle. Da es sich bei den gegenständlich ausgeschriebenen Containern nicht um Standardcontainer handle, sondern um Maßanfertigungen, hätte die Teilnahmeberechtigte die Fertigung und auch für die erforderlichen Schweißarbeiten einen geeigneten Subunternehmer benennen müssen. Sollte jedoch die Teilnahmeberechtigte lediglich Standardcontainer angeboten haben, was als Lieferauftrag anzusehen wären, entspräche ihr Angebot nicht der Ausschreibung und sei als unzulässiges Alternativangebot auszuschneiden.

Diesem ergänzenden Vorbringen sind sowohl die Teilnahmeberechtigte (Schriftsatz vom 8.3.2011) als auch die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 15.3.2011) entgegen getreten und haben im Wesentlichen ausgeführt, dass Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht gefordert gewesen seien. Die Ausschreibung sei mangels Bekämpfung bestandfest geworden. Die Frage von Referenzprojekten sei daher gegenständlich nicht zu prüfen. Die Teilnahmeberechtigte habe sich mit den in der Ausschreibung vorgegebenen Anforderungen und geforderten Spezifikationen (Wärme-, Schall- und Brandschutzstabilität) auseinandergesetzt und sei in der Lage, die Container entsprechend diesen Vorgaben herzustellen. Die Vorstatik sei mit den Angebotsunterlagen vorgelegen. Weder aus dieser noch sonst aus Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen sei zu entnehmen, dass die Container aus statischen Gründen verschweißt werden müssten, insbesondere 20 Stück Knotenbleche verschweißt auszuführen wären und die Böden und Dächer an den Quer- und Längsträgern zu verschweißen wären. Vielmehr gäbe die Ausschreibung die Möglichkeit vor, die Stahlrahmen entweder verschweißt oder verschraubt zu Raumelementen oder einzelnen Wandelementen herzustellen. Es bleibe daher den Bietern überlassen, wie sie letztendlich die Tragkonstruktion ausführen. Die Teilnahmeberechtigte verfüge über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Eignung und stelle die ausgeschriebenen Leistungen wie in der Ausschreibung beschrieben, her. Der Bezug vorgefertigter Bauteile, wie Stahlträger samt Bohrungen sowie mit Knotenblechen versehene Bauteile würden keine Subunternehmerleistungen darstellen, sondern Lieferleistungen, für die keine Bekanntgabepflichten bestünden. Dementsprechend sei die Teilnahmeberechtigte auch nicht verpflichtet gewesen, Subunternehmer für die zuzukaufenden vorgefertigten Bauteile namhaft zu machen. Letztlich verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die Teilnahmeberechtigten über die gewerberechtliche Befugnis, Schweißarbeiten durchzuführen, ohnedies verfüge. Jeder "Metalltechniker" gemäß § 94 Z 59 GewO 1994 - vormals "Schlosser" bzw. "Stahlbauer" - sei befugt, Schweißarbeiten durchzuführen. Über eine derartige Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau, verfüge die Teilnahmeberechtigte. Diesem ergänzenden Vorbringen sind sowohl die Teilnahmeberechtigte (Schriftsatz vom 8.3.2011) als auch die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 15.3.2011) entgegen getreten und haben im Wesentlichen ausgeführt, dass Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht gefordert gewesen seien. Die Ausschreibung sei mangels Bekämpfung bestandfest geworden. Die Frage von Referenzprojekten sei daher gegenständlich nicht zu prüfen. Die Teilnahmeberechtigte habe sich mit den in der Ausschreibung vorgegebenen Anforderungen und geforderten Spezifikationen (Wärme-, Schall- und Brandschutzstabilität) auseinandergesetzt und sei in der Lage, die Container entsprechend diesen Vorgaben herzustellen. Die Vorstatik sei mit den Angebotsunterlagen vorgelegen. Weder aus dieser noch sonst aus Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen sei zu entnehmen, dass die Container aus statischen Gründen verschweißt werden müssten, insbesondere 20 Stück Knotenbleche verschweißt auszuführen wären und die Böden und Dächer an den Quer- und Längsträgern zu verschweißen wären. Vielmehr gäbe die Ausschreibung die Möglichkeit vor, die Stahlrahmen entweder verschweißt oder verschraubt zu Raumelementen oder einzelnen Wandelementen herzustellen. Es bleibe daher den Bietern überlassen, wie sie letztendlich die Tragkonstruktion ausführen. Die Teilnahmeberechtigte verfüge über die zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Eignung und stelle die ausgeschriebenen Leistungen wie in der Ausschreibung beschrieben, her. Der Bezug vorgefertigter Bauteile, wie Stahlträger samt Bohrungen sowie mit Knotenblechen versehene Bauteile würden keine Subunternehmerleistungen darstellen, sondern Lieferleistungen, für die keine Bekanntgabepflichten bestünden. Dementsprechend sei die Teilnahmeberechtigte auch nicht verpflichtet gewesen, Subunternehmer für die zuzukaufenden vorgefertigten Bauteile namhaft zu machen. Letztlich verweist die

Antragsgegnerin darauf, dass die Teilnahmerechtigten über die gewerberechtliche Befugnis, Schweißarbeiten durchzuführen, ohnedies verfüge. Jeder "Metalltechniker" gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 - vormals "Schlosser" bzw. "Stahlbauer" - sei befugt, Schweißarbeiten durchzuführen. Über eine derartige Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau, verfüge die Teilnahmerechtigte.

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 17.3.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise im Zuge des Neubaus der Schule Wien 11, Svetelskystraße 5. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 10.12.2010, 10.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin zunächst als an dritter Stelle liegend verlesen. Nach Ausscheidung des vor ihr liegenden Bieters ist die Antragstellerin nunmehr mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise im Zuge des Neubaus der Schule Wien 11, Svetelskystraße 5. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 10.12.2010, 10.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin zunächst als an dritter Stelle liegend verlesen. Nach Ausscheidung des vor ihr liegenden Bieters ist die Antragstellerin nunmehr mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht.

Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen waren sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote nicht zugelassen. Gemäß Punkt 1 des Angebotsdeckblattes MDBD - SR 75 gelten für die Angebotslegung sowohl die "Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen" (Drucksorte VD 307) als auch die "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen" (Drucksorte VD 314 mit Stand 1.1.2007).

Punkt 3.1.5 der VD 307 lautet: "Der Bieter hat sämtliche Teile des Auftrages, die er jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben.

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hievon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt.

Für jeden genannten Subunternehmer ist die "Erklärung des Subunternehmers" (Beilage 13.07.3 des Formblattes "Angebot" MDBD - SR 75) dem Angebot beizulegen. Mit der rechtsgültigen Unterfertigung dieser Erklärung erklärt sich der Subunternehmer für den Fall, dass er den Bieter auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt, gleichzeitig damit einverstanden, im Falle des Ausfalles des Auftragnehmers für sämtliche Schäden, insbesondere auch bei Inanspruchnahme durch Dritte, den Auftraggeber Stadt Wien schad- und klaglos zu halten!"

Punkt 5.20.1.3 der VD 314 (Stand 1.1.2007) lautet:

"Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig. Ausgenommen hievon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Eignung besitzt

... "

Für den Zubau sind Metallcontainer in Verbundbauweise zu errichten. Ihre Ausgestaltung ist in den Ausschreibungsunterlagen unter der Position 00.11010Z "Leistungsumfang" näher beschrieben. Dabei sind auch als Ausschreibungsunterlagen die Ausführungs- und Detailpläne des planenden Architekten dem Angebot zu Grunde zu legen. Darunter befindet sich auch die "Bauphysik DI Baumgarten".

Unter der Position 25.9201AZ wird der anzubietende Container eingehend beschrieben. Einleitend heißt es in dieser

Leistungsposition des Lang-LV unter "Containerrohbau" zur Tragkonstruktion wie folgt: "Stahlrahmen verschweißt oder verschraubt zu Raumelementen oder einzelnen Wandelementen, sendzimirverzinkt und im Sichtbereich lackiert". Die Beschreibung der anzubietenden Container erstreckt sich über die Seiten 13 bis 37 des Leistungsverzeichnisses.

In der Beilage 13.08.1 "Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise" werden keine Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit verlangt, insbesondere keine Referenznachweise.

In den Ausschreibungsunterlagen sind keine Festlegungen enthalten, wonach die Container nur verschweißt gefertigt werden dürfen.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt grundsätzlich über die Befugnis zum Containerbau und zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen. Sie verfügt jedoch nicht über die Gewerbeberechtigung für elektrotechnische, gas- und sanitärtechnische sowie zur Durchführung der heizungs- und lüftungstechnischen Arbeiten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat für diese Leistungen bereits mit der Angebotsabgabe Subunternehmer namhaft gemacht und die in der Ausschreibung vorgesehenen Subunternehmererklärungen samt den geforderten Nachweisen, insbesondere die Nachweise der aufrechten Gewerbeberechtigung der Subunternehmer, beigebracht. Die Eignung der Subunternehmer wurde, wie sich aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ergibt, von der Antragsgegnerin geprüft und zutreffend für gegeben erachtet. Insbesondere hat die Teilnahmeberechtigte nachgewiesen, dass sie auch über die Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau gemäß § 94 Z 59 GewO 1994 verfügt und damit berechtigt ist, Schweißarbeiten durchzuführen. Die Teilnahmeberechtigte verfügt grundsätzlich über die Befugnis zum Containerbau und zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen. Sie verfügt jedoch nicht über die Gewerbeberechtigung für elektrotechnische, gas- und sanitärtechnische sowie zur Durchführung der heizungs- und lüftungstechnischen Arbeiten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat für diese Leistungen bereits mit der Angebotsabgabe Subunternehmer namhaft gemacht und die in der Ausschreibung vorgesehenen Subunternehmererklärungen samt den geforderten Nachweisen, insbesondere die Nachweise der aufrechten Gewerbeberechtigung der Subunternehmer, beigebracht. Die Eignung der Subunternehmer wurde, wie sich aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ergibt, von der Antragsgegnerin geprüft und zutreffend für gegeben erachtet. Insbesondere hat die Teilnahmeberechtigte nachgewiesen, dass sie auch über die Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 verfügt und damit berechtigt ist, Schweißarbeiten durchzuführen.

Die Teilnahmeberechtigte hat ein ordnungsgemäß, den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot erstellt, das von der Antragsgegnerin einer eingehenden Prüfung unterzogen worden ist. Dabei hat die Antragsgegnerin nicht nur die gewerberechtlichen Befugnisse der Teilnahmeberechtigten sondern auch die Befugnisse der von der Teilnahmeberechtigten namhaft gemachten Subunternehmer eingehend und nachvollziehbar geprüft.

Die Teilnahmeberechtigte beabsichtigt, nach Zuschlagserteilung die für den Bau der Container notwendigen Stahlteile als übliche Handelsware in teilweise vorgefertigter Form zuzukaufen. Dabei werden vom Lieferanten Stahlträger nach den Vorgaben und Berechnungen der Teilnahmeberechtigten zugerichtet und teilweise auch in verschweißter Form angeliefert. Diese teilweise vorgefertigten Bauteile werden zu Rohcontainern zusammengebaut, wobei die Teile nach der Absicht der Teilnahmeberechtigten größtenteils miteinander verschraubt werden sollen. Die Rohcontainer werden dann an Ort und Stelle komplettiert. Die Kosten der Herstellung eines Rohcontainers belaufen sich nach Angabe der Teilnahmeberechtigten auf etwa 15 bis 20 % der Gesamtauftragssumme, nach Angaben der Antragstellerin auf rund 30 % (Protokoll Seite 8). Die Teilnahmeberechtigte ist auch als Stahlbauer tätig und verfügt über die dafür erforderlichen Befugnisse.

Die Bieter waren nicht verpflichtet zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit Referenznachweise zu erbringen. Dennoch hat die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot drei Referenzen, wobei es sich vornehmlich um Containerbauten in Holzbauweise handelt, beigebracht.

Nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens handelt es sich beim Angebot der Teilnahmeberechtigten um jenes mit dem billigsten Preis.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 14.1.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 20.1.2011 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 für

ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 14.1.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 20.1.2011 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 für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des gründlich und übersichtlich geführten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde. Soweit aus den Ausschreibungsunterlagen Festlegungen in die Feststellungen übernommen worden sind, ist die jeweilige Belegstelle angeführt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens steht fest, dass die Bieter nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verhalten waren, Referenzen nachzuweisen. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass die Teilnahmberechtigte entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sehr wohl über die notwendigen Befugnisse verfügt und für jene Aufgabenbereiche, wo diese Befugnisse nicht gegeben sind, entsprechende Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft gemacht hat. Die Eignung dieser Subunternehmer ist nach den gründlich geführten Vergabeakten in nachvollziehbarer Weise von der Antragsgegnerin überprüft und für gegeben erachtet worden. Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, dass die Teilnahmberechtigte als Metalltechniker gemäß § 94 Z 59 GewO 1994 befugt ist, Schweißarbeiten durchzuführen. Ungeachtet dessen hat der Senat aufgrund der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass der Zusammenbau der Container den Bietern überlassen bleibt und dieser Zusammenbau entweder durch Verschrauben oder Verschweißen erfolgen kann. Bei den Feststellungen, in welcher Art und Weise die Teilnahmberechtigte den Containerbau durchführen wird und in welchem Ausmaß sie beabsichtigt teilweise vorgefertigte Stahlkonstruktionsteile über einen Lieferanten zuzukaufen, ist der Senat neben den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 28.1.2011 im Wesentlichen ihrer Darstellung im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 gefolgt (Protokoll Seite 6f). Diese Darstellung bezüglich des Zukaufes von Material ist nicht nur in sich schlüssig und glaubwürdig, sie entspricht auch den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des gründlich und übersichtlich geführten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde. Soweit aus den Ausschreibungsunterlagen Festlegungen in die Feststellungen übernommen worden sind, ist die jeweilige Belegstelle angeführt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens steht fest, dass die Bieter nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verhalten waren, Referenzen nachzuweisen. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass die Teilnahmberechtigte entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sehr wohl über die notwendigen Befugnisse verfügt und für jene Aufgabenbereiche, wo diese Befugnisse nicht gegeben sind, entsprechende Subunternehmer bereits mit dem Angebot namhaft gemacht hat. Die Eignung dieser Subunternehmer ist nach den gründlich geführten Vergabeakten in nachvollziehbarer Weise von der Antragsgegnerin überprüft und für gegeben erachtet worden. Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, dass die Teilnahmberechtigte als Metalltechniker gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 befugt ist, Schweißarbeiten durchzuführen. Ungeachtet dessen hat der Senat aufgrund der Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass der Zusammenbau der Container den Bietern überlassen bleibt und dieser Zusammenbau entweder durch Verschrauben oder Verschweißen erfolgen kann. Bei den Feststellungen, in welcher Art und Weise die Teilnahmberechtigte den Containerbau durchführen wird und in welchem Ausmaß sie beabsichtigt teilweise vorgefertigte Stahlkonstruktionsteile über einen Lieferanten zuzukaufen, ist der Senat neben den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 28.1.2011 im Wesentlichen ihrer Darstellung im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 gefolgt (Protokoll Seite 6f). Diese Darstellung bezüglich des Zukaufes von Material ist nicht nur in sich schlüssig und glaubwürdig, sie entspricht auch den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts 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 Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich die Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise im Zuge des Neubaus der Schule in Wien 11, Svetelskystraße 5. Die Ausschreibung ist im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 10.1.2010, 10.00 Uhr. Am Vergabeverfahren

hat sich auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde deren Angebot zunächst als dritter Stelle liegend verlesen, jenes der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle. Nach Ausscheidung des Angebotes der zunächst an zweiter Stelle gereihten Bieterin kommt die Antragstellerin nunmehr mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen, womit ihre Antragslegitimation im Sinne des § 20 WVRG 2007 gegeben ist. 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 Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich die Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise im Zuge des Neubaus der Schule in Wien 11, Svetelskystraße 5. Die Ausschreibung ist im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 10.1.2010, 10.00 Uhr. Am Vergabeverfahren hat sich auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Abgabe eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde deren Angebot zunächst als dritter Stelle liegend verlesen, jenes der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle. Nach Ausscheidung des Angebotes der zunächst an zweiter Stelle gereihten Bieterin kommt die Antragstellerin nunmehr mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen, womit ihre Antragslegitimation im Sinne des Paragraph 20, WVRG 2007 gegeben ist. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen 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 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 14.1.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 20.1.2011 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 dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen 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, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 14.1.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 20.1.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

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

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Die Antragsgegnerin hat die Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise ausgeschrieben und dazu detaillierte und umfassende Angebotsunterlagen verfasst. Diese Ausschreibungsunterlagen sind nicht angefochten und damit bestandfest geworden. Nach den Ausschreibungsunterlagen steht unstrittig fest, dass von den Bietern zur technischen Leistungsfähigkeit keine Nachweise zu erbringen waren (Beilage 13.08.1 des

Angebotsformblattes). Wenn die Teilnahmeberechtigte ungeachtet dessen Informationen zu drei von ihr ausgeführten Containerbauten mit dem Angebot abgegeben hat, hat es sich dabei lediglich um eine Information gehandelt, nicht aber um den Nachweis von (nicht verlangten) Referenzprojekten. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang argumentiert, die von der Teilnahmeberechtigten genannten Referenzprojekte wären "ungeeignet", war darauf nicht näher einzugehen, weil mangels entsprechender Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit Referenzprojekte nicht zu beurteilen waren. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Die Antragsgegnerin hat die Errichtung von Mobilklassen in Containerbauweise ausgeschrieben und dazu detaillierte und umfassende Angebotsunterlagen verfasst. Diese Ausschreibungsunterlagen sind nicht angefochten und damit bestandfest geworden. Nach den Ausschreibungsunterlagen steht unstrittig fest, dass von den Bietern zur technischen Leistungsfähigkeit keine Nachweise zu erbringen waren (Beilage 13.08.1 des Angebotsformblattes). Wenn die Teilnahmeberechtigte ungeachtet dessen Informationen zu drei von ihr ausgeführten Containerbauten mit dem Angebot abgegeben hat, hat es sich dabei lediglich um eine Information gehandelt, nicht aber um den Nachweis von (nicht verlangten) Referenzprojekten. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang argumentiert, die von der Teilnahmeberechtigten genannten Referenzprojekte wären "ungeeignet", war darauf nicht näher einzugehen, weil mangels entsprechender Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit Referenzprojekte nicht zu beurteilen waren.

Die Antragstellerin hat weiters geltend gemacht, die Teilnahmeberechtigte würde nicht über die erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse verfügen. Nach § 69 Z 1 BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte jene Befugnisse, über die sie selbst verfügt, bereits mit dem Angebot nachgewiesen hat. Jene Befugnisse, bei denen die Teilnahmeberechtigte nicht über die Gewerbeberechtigung etwa für elektrotechnische, gas- und sanitärtechnische sowie heizungs- und lüftungstechnische Arbeiten verfügt, hat sie durch geeignete Subunternehmer ebenfalls bereits mit dem Angebot erbracht. Dazu hat sie die in der Ausschreibung vorgesehene Subunternehmererklärung samt den geforderten Nachweisen, insbesondere auch den Nachweisen der aufrechten Gewerbeberechtigung der Subunternehmer, beigelegt. Diese Angaben und Beilagen wurden nachvollziehbar von der Auftraggeberin auf deren Richtigkeit überprüft. Letztlich hat die Teilnahmeberechtigte, worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist, auch nachgewiesen, dass sie über die Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau gemäß § 94 Z 59 GewO 1994 und damit über die Berechtigung zur Durchführung von Schweißarbeiten verfügt. Damit ist sie nicht nur befugt, sondern auch in der Lage, die allenfalls notwendig werdenden Schweißarbeiten beim Zusammenbau der Container selbst auszuführen. Ob sie diese Container durch Schweißen bzw. Verschrauben zusammenfügt, ist nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen dem Bieter überlassen. Diesbezüglich hat sich die Teilnahmeberechtigte entschieden, die Container - um eine spätere Wiederverwendung zu ermöglichen - zusammen zu schrauben. Dass die Art der Verbindung der Container dabei den statischen Vorgaben der Auftraggeberin (Gutachten DI Baumgartner) entsprechen muss, ergibt sich aus dem Leistungsvertrag. Die Antragstellerin hat weiters geltend gemacht, die Teilnahmeberechtigte würde nicht über die erforderlichen gewerberechtlichen Befugnisse verfügen. Nach Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte jene Befugnisse, über die sie selbst verfügt, bereits mit dem Angebot nachgewiesen hat. Jene Befugnisse, bei denen die Teilnahmeberechtigte nicht über die Gewerbeberechtigung etwa für elektrotechnische, gas- und sanitärtechnische sowie heizungs- und lüftungstechnische Arbeiten verfügt, hat sie durch geeignete Subunternehmer ebenfalls bereits mit dem Angebot erbracht. Dazu hat sie die in der Ausschreibung vorgesehene Subunternehmererklärung samt den geforderten Nachweisen, insbesondere auch den Nachweisen der aufrechten Gewerbeberechtigung der Subunternehmer, beigelegt. Diese Angaben und Beilagen wurden nachvollziehbar von der Auftraggeberin auf deren Richtigkeit überprüft. Letztlich hat die Teilnahmeberechtigte, worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist, auch nachgewiesen, dass sie über die Befugnis für das reglementierte Gewerbe Metallbau, eingeschränkt auf Stahlbau gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 und damit über die Berechtigung zur Durchführung von Schweißarbeiten verfügt. Damit ist sie nicht nur befugt, sondern auch in der Lage, die allenfalls notwendig werdenden Schweißarbeiten beim Zusammenbau der Container selbst auszuführen. Ob sie diese Container durch Schweißen bzw. Verschrauben zusammenfügt, ist nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen dem Bieter überlassen. Diesbezüglich hat

sich die Teilnahmeberechtigte entschieden, die Container - um eine spätere Wiederverwendung zu ermöglichen - zusammen zu schrauben. Dass die Art der Verbindung der Container dabei den statischen Vorgaben der Auftraggeberin (Gutachten DI Baumgartner) entsprechen muss, ergibt sich aus dem Leistungsvertrag.

Schließlich hat die Antragstellerin vorgebracht, die Teilnahmeberechtigte hätte ausschreibungswidrig angeboten, weil die ausgeschriebenen Container Maßanfertigungen wären und nicht als übliche Handelsware zugekauft werden könnten. Sie stellt in den Raum, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin beabsichtige, die Container überhaupt zuzukaufen und nicht selbst herzustellen.

Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte beabsichtigt, für den Containerbau teilweise vorgefertigte Teile von Lieferanten zuzukaufen, wobei die teilweise vorgefertigten Teilen nach den Vorgaben der Teilnahmeberechtigten herzustellen sind. Diese von den Zulieferanten gekauften Stahlkonstruktionsteile werden von der Teilnahmeberechtigten an Ort und Stelle durch Schraubverbindungen zusammengebaut und sodann die Stahlträgerkonstruktionen entsprechend komplettiert. Sowohl aus dem Vorbringen der Antragstellerin als auch der Teilnahmeberechtigten ergibt sich, dass der Wert der Stahlträgerkonstruktionen maximal mit 30 % der Gesamtauftragssumme anzunehmen ist, was sich auch aus der Einsicht in die gelegten Angebote ergibt und den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates entspricht.

Nach den Ausschreibungsbedingungen steht fest, dass darin keine Festlegung enthalten ist, wonach die Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wären. Nach § 83 Abs. 1 BVergG 2006 ist nur die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, es sei denn, es handelt sich um Kaufverträge. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin auf die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Antragsgegnerin VD 307 und VD 314 verweist, ist diesen - die den Angeboten zugrunde zu legen waren - ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Teile ebenfalls nicht zu entnehmen. Beide Angebotsbestimmungen decken sich diesbezüglich mit dem Wortlaut des § 83 Abs. 1 BVergG 2006. Nach den Ausschreibungsbedingungen steht fest, dass darin keine Festlegung enthalten ist, wonach die Weitergabe wesentlicher Teile des Auftrages unzulässig wären. Nach Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2006 ist nur die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, es sei denn, es handelt sich um Kaufverträge. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragstellerin auf die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Antragsgegnerin VD 307 und VD 314 verweist, ist diesen - die den Angeboten zugrunde zu legen waren - ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Teile ebenfalls nicht zu entnehmen. Beide Angebotsbestimmungen decken sich diesbezüglich mit dem Wortlaut des Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2006.

Wenn daher die Teilnahmeberechtigte zur Errichtung des Containerbaus Stahlträger und Stahlelemente in jeglicher Form, teilweise vorgefertigt nach ihren Angaben, von Produktlieferanten zukaufte, handelt es sich nicht um Leistungen eines Subunternehmers, weshalb auch diesbezüglich ein Subunternehmer im Angebot nicht genannt werden musste. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Teilnahmeberechtigte darauf, dass es sich bei Ankauf von Stahlträgern und Stahlträgerteilen ähnlich verhält, wie bei der Anschaffung von Baustoff- und Bauteilen für Bauleistungen. Die Lieferanten von Baustoff- und Bauteilen sind grundsätzlich nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden keine Bauunternehmer. Ein Bauteilelieferant würde nur dann zum Subunternehmer, wenn er gelieferte Bauteile auch selbst einbaut oder an Ort und Stelle verarbeitet, was jedoch nach den Ergebnissen des Verfahrens und dem Inhalt des Angebotes der Teilnahmeberechtigten nicht der Fall ist. Damit liegt auch der von der Antragstellerin behauptete Ausscheidungsgrund zum Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht vor.

Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte jene Container angeboten hat, die auch ausgeschrieben waren, die von ihr angebotenen Leistungen den in den Ausschreibungsunterlagen genannten Anforderungen entsprechen und dass die Teilnahmeberechtigte über die notwendige Eignung verfügt, die gegenständlichen Aufträge fach- und sachgerecht auszuführen. Für jene Leistungen, für die sie über keine entsprechende Befugnis verfügt, hat sie entsprechende Subunternehmer genannt. Zur Errichtung der von ihr angebotenen Container kauft sie Stahlteile und teilweise vorgefertigte Produkte zu, sodass sie diesbezüglich einen Subunternehmer nicht namhaft zu machen hatte. Da das Angebot der Teilnahmeberechtigten jenes mit dem niedrigsten Preis ist, erweist sich die Zuschlagsentscheidung als vergaberechtlich unbedenklich.

Damit ist die Anfechtung der Antragstellerin in allen Punkten nicht berechtigt, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen war.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 25.1.2011 erlassene

einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 25.1.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostentscheidung 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; keine Referenzen verlangt; dennoch vorgelegte Referenzen sind nicht zu prüfen;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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