

TE Verg Bescheid 2010/5/27 VKS-4922/10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2010

Norm

WVRG 2007 §1 abs.1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §12 abs.2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §29

BVergG 2006 §36

BVergG 2006 §42

BVergG 2006 §53

BVergG 2006 §60

BVergG 2006 §61

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §75

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 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 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 36 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 42 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 42 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 42 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 53 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 53 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 53 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 60 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 61 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag *** GmbH, ***, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages zur „Lieferung und (teilweise) Instandhaltung von Fahrzeugen“, Ausschreibungsnummer: MA48-V4-6465/2009, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, Einsiedlergasse 2, 1050 Wien, nach mündlicher Verhandlung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die gesamte Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) „Lieferung und (teilweise) Instandhaltung von Fahrzeugen“ der Antragsgegnerin zu MA 48-V4-6465/09 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Gemäß § 26 WVRG 2007 werden folgende Festlegungen in der angefochtenen Ausschreibungsunterlage für nichtig erklärt und zwar Punkt 2.3 Absatz 4, 3.2.5, Punkt
Gemäß Paragraph 26, WVRG 2007 werden folgende Festlegungen in der angefochtenen Ausschreibungsunterlage für nichtig erklärt und zwar Punkt 2.3 Absatz 4, 3.2.5, Punkt

5.3 lit. c. Dem darüber hinausgehenden Mehrbegehren wird nicht stattgegeben.
5.3 Litera c, Dem darüber hinausgehenden Mehrbegehren wird nicht stattgegeben.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 27.4.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin deren Pauschalgebühren von EUR 2.490,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 12 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 26, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. bb, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 29, 36, 42, 53, 60, 61, 70, 75 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 12, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 29, 36, 42, 53, 60, 61, 70, 75, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 48 (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein nicht offenes, beschleunigtes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Rahmenvertrages, nämlich zur Vergabe der Lieferung und teilweisen Instandhaltung von Fahrzeugen für die Stadt Wien in den Jahren 2011-2013 mit der Option zur dreimaligen Verlängerung dieses Lieferauftrages um jeweils ein weiteres Jahr. Auf Basis dieses Rahmenvertrages soll die Antragsgegnerin berechtigt und verpflichtet sein, die im Pkt. 1 Pkt. 2 der Teilnahmeunterlage näher bezeichneten Fahrzeuge pro Jahr zu bestellen, wobei die in den Teilnehmerunterlagen genannte Anzahl jeweils und pro Jahr um -20 % und +100 % über- bzw. unterschritten werden kann. Die Bekanntmachung wurde am 13.4.2010 im Amtsblatt der EU, Zl. 2010/S71- 106550, veröffentlicht, die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 9.4.2010. Die Ausschreibung ist in fünf Lose geteilt, eine getrennte Losvergabe ist vorgesehen, der Zuschlag soll auf das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Bieter können für alle 5 Lose, einige Lose oder auch nur für ein Los Angebote abgeben. Varianten und Alternativangebote sind zulässig. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 29.4.2010, 12 Uhr. Als Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die zur Teilnahme ausgewählten Bewerber war der 6.5.2010 vorgesehen.

Mit dem am 21.4.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007 i.d.F. LGBl. 2010/18) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, bzw. einzelne Festlegungen derselben, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt sie aus, die Ausschreibung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. So sei die Wahl des beschleunigten nichtoffenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung unzulässig, weil es mögliche Bieter infolge der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit benachteilige. Die Antragsgegnerin führe in der Bekanntmachung zwar aus, der Auftrag solle rasch vergeben werden, um die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise zu bekämpfen. Dennoch sei eine Dringlichkeit nicht erkennbar, weil der Vertragsbeginn erst mit 1.1.2011 vorgesehen sei und die Zuschlagsfrist 4 Monate ab Angebotsöffnung betrage. Unter diesen Umständen wäre es der Antragsgegnerin möglich gewesen, die Fristen eines nicht beschleunigten Verfahrens einzuhalten, zumindest aber ein beschleunigtes Verfahren mit Vorinformation durchzuführen, sodass die Bewerber bereits Vorbereitungen hätten treffen können. Das von der Auftraggeberin gewählte Vergabeverfahren habe zudem den Nachteil einer auf 10 Tage verkürzten Angebotsfrist, was alle Bieter außer dem bisherigen Vertragspartner, benachteilige. Mit dem am 21.4.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 in der Fassung LGBl. 2010/18) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, bzw. einzelne Festlegungen derselben, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt sie aus, die Ausschreibung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. So sei die Wahl des beschleunigten nichtoffenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung unzulässig, weil es mögliche Bieter infolge der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit benachteilige. Die Antragsgegnerin führe in der Bekanntmachung zwar aus, der Auftrag solle rasch vergeben werden, um die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise zu bekämpfen. Dennoch sei eine Dringlichkeit nicht erkennbar, weil der Vertragsbeginn erst mit 1.1.2011 vorgesehen sei und die Zuschlagsfrist 4 Monate ab Angebotsöffnung betrage. Unter diesen Umständen wäre es der Antragsgegnerin möglich gewesen, die Fristen eines nicht beschleunigten Verfahrens einzuhalten, zumindest aber ein

beschleunigtes Verfahren mit Vorinformation durchzuführen, sodass die Bewerber bereits Vorbereitungen hätten treffen können. Das von der Auftraggeberin gewählte Vergabeverfahren habe zudem den Nachteil einer auf 10 Tage verkürzten Angebotsfrist, was alle Bieter außer dem bisherigen Vertragspartner, benachteilige.

Weiters erachtet die Antragstellerin die Eignungskriterien, insbesondere den Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen als diskriminierend. Die Bestimmungen des § 70 (richtig) Abs. 2 BVergG, wonach Eignungsnachweise nur so weit verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei, werde von der Antragsgegnerin nicht eingehalten. In der Summe aller fünf ausgeschriebenen Lose seien 26 Fahrzeuge pro Jahr zu liefern. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien jedoch die Lieferung von insgesamt 260 Fahrzeugen genau dieser Bauart innerhalb der letzten drei Jahre als Referenz zu erbringen. Diese Forderungen von Referenzen erweise sich in mehrfacher Weise rechtswidrig. Nach der Festlegung in der Ausschreibung müssten die Referenzen von Gebietskörperschaften oder öffentlichen Unternehmen/Einrichtungen stammen. Dies sei diskriminierend, weil sämtliche privaten Unternehmen als Referenzgeber ausgeschlossen werden. In der Praxis sei gerade die Abfallentsorgung (für die entsprechende Aufbauten anzubieten sind) von vielen Gebietskörperschaften an private Unternehmen ausgelagert worden. Bei allen Losen seien Typenbezeichnungen der Fahrzeuge angegeben, die nicht produktneutral wären. Besonders bei den Losen 1 und 2 seien nur Fahrzeuge mit Aufbauten zugelassen (und für diese Referenzen zu erbringen), die genau dem bisher gelieferten Typ entsprechen. Solche Aufbauten seien aber nur von der Firma M.U.T. zu beziehen. Die als Referenz nachzuweisenden Stückzahlen seien im Vergleich zum Auftrag unangemessen hoch, sie betragen nämlich das 10-fache einer Jahreslieferung. Weiters erachtet die Antragstellerin die Eignungskriterien, insbesondere den Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen als diskriminierend. Die Bestimmungen des Paragraph 70, (richtig) Absatz 2, BVergG, wonach Eignungsnachweise nur so weit verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sei, werde von der Antragsgegnerin nicht eingehalten. In der Summe aller fünf ausgeschriebenen Lose seien 26 Fahrzeuge pro Jahr zu liefern. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit seien jedoch die Lieferung von insgesamt 260 Fahrzeugen genau dieser Bauart innerhalb der letzten drei Jahre als Referenz zu erbringen. Diese Forderungen von Referenzen erweise sich in mehrfacher Weise rechtswidrig. Nach der Festlegung in der Ausschreibung müssten die Referenzen von Gebietskörperschaften oder öffentlichen Unternehmen/Einrichtungen stammen. Dies sei diskriminierend, weil sämtliche privaten Unternehmen als Referenzgeber ausgeschlossen werden. In der Praxis sei gerade die Abfallentsorgung (für die entsprechende Aufbauten anzubieten sind) von vielen Gebietskörperschaften an private Unternehmen ausgelagert worden. Bei allen Losen seien Typenbezeichnungen der Fahrzeuge angegeben, die nicht produktneutral wären. Besonders bei den Losen 1 und 2 seien nur Fahrzeuge mit Aufbauten zugelassen (und für diese Referenzen zu erbringen), die genau dem bisher gelieferten Typ entsprechen. Solche Aufbauten seien aber nur von der Firma M.U.T. zu beziehen. Die als Referenz nachzuweisenden Stückzahlen seien im Vergleich zum Auftrag unangemessen hoch, sie betragen nämlich das 10-fache einer Jahreslieferung.

Im Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen verlange die Antragsgegnerin die Vorlage sämtlicher Eignungsweise bereits mit dem Teilnahmeantrag. Dies sei nach der am 5.3.2010 in Kraft getretenen Novelle zum BVergG 2006 nicht mehr zulässig, weil nunmehr ein Unternehmer nach § 70 Abs. 2 das Recht habe, eine Eigenerklärung vorzulegen. Diese Möglichkeit schließe die Antragsgegnerin in ihrer Teilnahmeunterlage aus, diese sei somit rechtswidrig. Im Punkt 2.3 der Teilnahmeunterlagen verlange die Antragsgegnerin die Vorlage sämtlicher Eignungsweise bereits mit dem Teilnahmeantrag. Dies sei nach der am 5.3.2010 in Kraft getretenen Novelle zum BVergG 2006 nicht mehr zulässig, weil nunmehr ein Unternehmer nach Paragraph 70, Absatz 2, das Recht habe, eine Eigenerklärung vorzulegen. Diese Möglichkeit schließe die Antragsgegnerin in ihrer Teilnahmeunterlage aus, diese sei somit rechtswidrig.

Letztlich wendet sich die Antragstellerin gegen die Festlegung bezüglich der Losgestaltung und findet die Entscheidungsmöglichkeit der Antragsgegnerin über eine Gesamt- oder Teilvergabe als diskriminierend. Die Lose 1 und 2 könnten nur mit einem LKW-Aufbau eines einzigen Herstellers am Markt angeboten werden. Alle Unternehmer wären daher von diesem Hersteller abhängig, der damit Unternehmer, die Fahrgestelle anbieten, willkürlich ausschließen oder bevorzugen könne. Da durch Referenz nachgewiesen werden müsse, dass die bei den Losen 1 und 2 angebotenen Müllfahrzeuge genau der nachgefragten Vergabespezifikation samt Aufbau an öffentliche Leistungsempfänger entsprechen, sei die Antragstellerin dazu nicht in der Lage. Damit könne sie Angebote nur für 3 Lose abgeben. Da das beste Gesamtangebot (Angebot eines Bieters, der alle Lose anbietet und allenfalls einen Nachlass für den Fall einer Gesamtvergabe gewähre) der besten Los-/Losgruppenkombination gegenüber gestellt

werde, die Lose 1 und 2 die größten Stückzahlen enthält und Fahrgestellanbieter wie die Antragstellerin auf Grund der diskriminierenden Referenzanforderungen de facto kein Gesamtangebot legen können, führe dies im Ergebnis dazu, dass jener Marktteilnehmer, der ein Gesamtangebot für Komplettmüllfahrzeuge und Fahrgestelle legen könne, einen unsachlichen Wettbewerbsvorteil habe. Dies sei klar der bisherige Lieferant der Antragsgegnerin. Darin liege eine unsachliche Bevorzugung des bisherigen Lieferanten und stelle einen Verstoß gegen § 19 BVergG 2006 dar. Letztlich wendet sich die Antragstellerin gegen die Festlegung bezüglich der Losgestaltung und findet die Entscheidungsmöglichkeit der Antragsgegnerin über eine Gesamt- oder Teilvergabe als diskriminierend. Die Lose 1 und 2 könnten nur mit einem LKW-Aufbau eines einzigen Herstellers am Markt angeboten werden. Alle Unternehmer wären daher von diesem Hersteller abhängig, der damit Unternehmer, die Fahrgestelle anbieten, willkürlich ausschließen oder bevorzugen könne. Da durch Referenz nachgewiesen werden müsse, dass die bei den Losen 1 und 2 angebotenen Müllfahrzeuge genau der nachgefragten Vergabespezifikation samt Aufbau an öffentliche Leistungsempfänger entsprechen, sei die Antragstellerin dazu nicht in der Lage. Damit könne sie Angebote nur für 3 Lose abgeben. Da das beste Gesamtangebot (Angebot eines Bieters, der alle Lose anbietet und allenfalls einen Nachlass für den Fall einer Gesamtvergabe gewähre) der besten Los-/Losgruppenkombination gegenüber gestellt werde, die Lose 1 und 2 die größten Stückzahlen enthält und Fahrgestellanbieter wie die Antragstellerin auf Grund der diskriminierenden Referenzanforderungen de facto kein Gesamtangebot legen können, führe dies im Ergebnis dazu, dass jener Marktteilnehmer, der ein Gesamtangebot für Komplettmüllfahrzeuge und Fahrgestelle legen könne, einen unsachlichen Wettbewerbsvorteil habe. Dies sei klar der bisherige Lieferant der Antragsgegnerin. Darin liege eine unsachliche Bevorzugung des bisherigen Lieferanten und stelle einen Verstoß gegen Paragraph 19, BVergG 2006 dar.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die in den Teilnahmeunterlagen vorgesehenen, umfassenden, im ausschließlichen Ermessen des Auftraggebers stehenden, einseitigen Rechte zum Abruf der Fahrzeuge, Mengenänderungen und Ziehung der Optionen (Punkt 1.4, Punkt 4.1.2 der Teilnahmeunterlagen), eine Planbarkeit und Kalkulierbarkeit der tatsächlich zu erwartenden Mengen durch den Bieter nicht ermöglichen. Dadurch sei das Mengenrisiko nicht kalkulierbar und die Ausschreibung auch in diesem Punkte rechtswidrig.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende und klar ausgestaltete Teilnahmeunterlagen, Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote und auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Die Antragstellerin habe als geeignetes Unternehmen Interesse einen Teilnahmeantrag und in weiterer Folge ein Angebot abzugeben. Der Antragstellerin drohe bei dieser Sachlage ein Schaden in der Höhe der angefallenen Kosten für die Rechtsverfolgung. Darüber hinaus entginge ihr die Möglichkeit einer erfolgreichen Beteiligungen an einem rechtskonformen Verfahren, einer möglichen Zuschlagserteilung und der Erzielung eines angemessenen Gewinns. Dazu käme noch der Verlust eines Referenzprojektes.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der Anträge der Antragstellerin begehrt und ausgeführt, die besondere Dringlichkeit der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens liege in der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.12.2008, IP08/2040, wonach die aktuelle Wirtschaftslage den Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren in den Jahren 2009 und 2010 für alle größeren öffentlichen Projekte rechtfertige. Davon habe die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht. Ein früherer Beginn des Vergabeverfahrens sei wegen der derzeitigen unsicheren Budgetlage nicht möglich gewesen, die viermonatige Zuschlagsfrist berücksichtige, dass im Zuge der Angebotsprüfung zahlreiche Zuschlagskriterien zu prüfen sein werden.

Zur Festlegung bezüglich der Mindestreferenzen führt die Antragsgegnerin aus, es sei bei der Bemessung der Referenzzahlen auch zu berücksichtigen, dass bei vollständigem Abruf der Optionen insgesamt 182 Fahrzeuge zu liefern sein werden. Damit sei sicherzustellen, dass der gegenständliche Auftrag nicht zur Folge haben dürfe, dass die Produktionskapazität des Auftragnehmers für die Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten nicht ausreiche. Daher sei für die Bemessung der technischen Leistungsfähigkeit ein Vielfaches der ausgeschriebenen Menge heranzuziehen.

Da sich der kommunale Bereich in den Anforderungen wesentlich vom normalen Frächtergeschäft unterscheide und auch besonderer Wert auf den Umweltschutz gelegt werde, sei die Lieferung von Fahrzeugen, wie den ausgeschriebenen an private Transportunternehmen nicht vergleichbar. Unterschiede seien auch bei der

Instandhaltung der Fahrzeuge gegeben, wobei die Antragsgegnerin wesentliche Eigenleistungen erbringe. Letztlich wären Referenzbestätigungen von öffentlichen Auftraggebern leichter zu prüfen.

Die technischen Merkmale je Los seien sehr allgemein gehalten und würden sich auf einige wesentliche Grundmerkmale der Fahrzeuge beschränken, unternehmensbezogene Kriterien seien darin nicht enthalten.

Da das Vergabeverfahren bereits im November 2009 eingeleitet worden sei „wäre es nach der damals geltenden Rechtslage fortzusetzen“. Die Änderungen der Novelle zum BVergG 2006 seien daher nicht zu berücksichtigen.

Bei der Gliederung des Auftrages in Lose und bei der Gestaltung der Gesamt- und Teilvergabe habe sich die Antragsgegnerin an ihrer letzten derartigen Ausschreibung im Jahre 2002 orientiert. Die Festlegung im angefochtenen Punkt 5.3 würden es Unternehmen ermöglichen, auch nur für einzelne Lose Angebote zu legen. Es sei unrichtig, dass nur die Firma M.U.T. als Hersteller der Aufbauten in Frage komme, es gäbe zahlreiche alternative Aufbauhersteller in Österreich und Europa.

Die Schwankungsbreite bei den Optionen hält die Antragsgegnerin für berechtigt, weil die zukünftigen Anforderungen zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht restlos geklärt wären. Für größere Hersteller mache dies nahezu keinen Unterschied im Produktionsablauf. Jedenfalls sei zusätzlich im Punkt 4.1.2 der Teilnahmeunterlage geregelt, dass der Auftragnehmer Mehrmengen beim Abruf der Optionen (über 20 %) ablehnen könne.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.4.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhalts der von der Antragsgegnerin (vollständig?) vorgelegten Akten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein nicht offenes, wegen Dringlichkeit beschleunigtes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Gegenstand des Verfahrens ist die Vergabe eines Rahmenvertrages über die Lieferung und teilweise Instandhaltung von Fahrzeugen. Auf Basis dieses Rahmenvertrages soll die Antragsgegnerin berechtigt und verpflichtet sein, die im Anhang zur Teilnahmeunterlage näher bezeichneten Fahrzeuge pro Jahr zu bestellen, wobei die genannte Anzahl jeweils pro Jahr um -20 und +100 % über- bzw. unterschritten werden kann. Das hohe Ausmaß der möglichen Überschreitung ist durch die derzeit außergewöhnlich unsichere Budgetzuteilung in den Folgejahren (Finanz- und Wirtschaftskrise) begründet. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin mehr als +20 % der Fahrzeuge abrufen, ist der Auftragnehmer berechtigt, diese Mehrmengen mit eingeschriebenem Brief abzulehnen. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist am 13.4.2010 ordnungsgemäß erfolgt. Die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 9.4.2010.

Die Ausschreibung ist in 5 Lose geteilt, eine getrennte Losvergabe ist vorgesehen, der Zuschlag soll auf das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 29.4.2010, 12.00 Uhr. Als Tag der Absendung der Aufforderung an ausgewählte Bewerber zur Angebotsabgabe war der 6.5.2010 vorgesehen.

Folgende Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen, die von der Antragstellerin bekämpft werden, werden für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren als Sachverhaltsfeststellungen übernommen:

Teilvergabe

Die Lieferung und (teilweise) Instandhaltung von Fahrzeugen für die Stadt Wien wird in folgende fünf Lose geteilt. Teilangebote und Teilvergaben hinsichtlich dieser fünf Lose sind zulässig:

Teilangebote/Teilvergaben sind hinsichtlich folgender Lose zulässig:

- -Strichaufzählung
Los 1: LKW mit Kommunalaufbau; Drehtrommelaufbau und Schüttung
- -Strichaufzählung
Los 2: LKW mit Kommunalaufbau; Preßmüllaufbau und Schüttung

- -Strichaufzählung
Los 3: LKW-Fahrgestell für ein höchst zulässiges Gesamtgewicht bis inkl. 10 Tonnen
- -Strichaufzählung
Los 4: LKW-Fahrgestell für ein höchst zulässiges Gesamtgewicht bis inkl. 18 Tonnen
- -Strichaufzählung
Los 5: LKW-Fahrgestell für ein höchst zulässiges Gesamtgewicht bis inkl. 26 Tonnen

Bieter haben ein Angebot zu legen, das zumindest eines dieser Lose zur Gänze erfasst (insb die gesamte Grundausstattung sowie die Sonderausstattung oder gleichwertige andere Ausstattung). Sie sind je Los verpflichtet, alle darin zusammengefassten Fahrzeugtypen anzubieten. Der Auftraggeber ist berechtigt, den Zuschlag bloß eines einzelnen Loses eines Gesamtangebots eines Bieters zu erteilen und im Übrigen den Zuschlag anderen Teilangeboten zu erteilen. Jeder Bieter eines Teil- oder Gesamtangebots ist verpflichtet mit jedem anderen Auftragnehmer soweit zusammenzuarbeiten, als dies für die Erfüllung des zu vergebenden Gesamtauftrags erforderlich ist.

Im Einzelnen sind folgende Fahrzeuge pro Jahr zu liefern (-20 %; + 100 %):

Los 1

Typenbezeichnung	Ausführung:	Technische Grundmerkmale:	Stück/Jahr
G30-T26/M23	3-achsiges Fahrgestell mit Preßmüllaufbau 18 m3	Dieselmotor mit mind. 235 kW; 26 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	7

Los 2

Typenbezeichnung	Ausführung:	Technische Grundmerkmale:	Stück/Jahr
E30-T26/M23	3-achsiges Fahrgestell mit Preßmüllaufbau 18 m3	Dieselmotor mit mind. 235 kW; 26 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	5

Los 3

Typenbezeichnung	Ausführung:	Technische Grundmerkmale:	Stück/Jahr
A21-T10/M16	Fahrgestell vorbereitet für Pritsche	Dieselmotor mit mind. 160 kW; 10 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	1
B4D-T10/M12	Fahrgestell vorbereitet für Pritsche	Dieselmotor mit mind. 120 kW; 10 t hzGG; mind. 6 Vorwärtsgänge	2

Los 4

Typenbezeichnung	Ausführung:	Technische Grundmerkmale:	Stück/Jahr
E30-T18/M23	Fahrgestell vorbe- reitet für Hakenlift- aufbau	Dieselmotor mit mind. 235 kW; 18 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	5
A30-T18/M29	Sattelfahrzeug	Dieselmotor mit mind. 290 kW; 18 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	1

Los 5

Typenbezeichnung	Ausführung:	Technische Grundmerkmale:	Stück/Jahr
B30-T26/M26	Fahrgestell vorbe- reitet für Hakenlift- aufbau	Dieselmotor mit mind. 260 kW; 26 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	2
A1C-T26/M23	Fahrgestell vorbe- reitet für Kipperaufbau mit Ladekran Front	Dieselmotor mit mind. 235 kW; 26 t hzGG; automatisiertes Schaltgetriebe	1
B1E-T26/M23	Fahrgestell für Hochdruck-, Saug- und Spülfahrzeug	Dieselmotor mit mind. 280 kW; 26 t hzGG; mind. 12 Vorwärtsgänge	2

1.3 Option

1.4.1 Option 1 – Mengenschwankungen, Abruf Liefermengen

Zu den jeweiligen Typen der einzelnen Lose, ist der Auftraggeber berechtigt um -20% und +100% (es gelten die allgemeinen Rundungsregeln) mehr oder weniger Fahrzeuge abzurufen und dadurch seinen Abnahmepflichten/ -rechten zur Gänze nachzukommen/einzufordern. Eine derartige Mehr-/Minderabrufung führt in den Folgejahren zu keiner geänderten Menge an zu liefernden/abzunehmenden Fahrzeugen. Die angebotenen Preise und Rabatte werden durch die Ausübung dieses Rechts des Auftraggebers nicht berührt. Für den Fall, dass der AG mehr als + 20% abruf, ist der AN berechtigt, diese Mehrmenge mittels eingeschriebenen Brief abzulehnen.

Unbeschadet der Regelung im vorstehenden Absatz liegt es im ausschließlichen Ermessen des AGs, den/die Zeitpunkt(e) zu bestimmen, zu denen die – in ihrer Anzahl durch das Vergabeverfahren und einer allfälligen

Konkretisierung im Sinne des obigen Absatzes bestimmten – Fahrzeuge zu übergeben sind: Der AG hat das Recht durch einseitige, an den Auftragnehmer gerichtete Erklärung, eine jede Teilmenge (Ausstattungen können zu den angegebenen Fahrzeugen variieren) des Vertragsgegenstandes zu einem von ihm bestimmten Termin abzurufen. Der Auftraggeber ist berechtigt, die in einem Jahr/einer Vertragsperiode nicht abgerufenen Fahrzeuge auf das Folgejahr zu übertragen und auch noch nicht im Folgejahr abgerufene Fahrzeuge auf das nächste Folgejahr zu übertragen. Diese Übertragungsmöglichkeit auf das jeweilige Folgejahr gilt solange, bis die bestellte/konkretisierte Liefermenge zur Gänze abgerufen ist. Der Auftraggeber ist zur Übertragung der noch nicht abgerufenen Fahrzeuge auf das jeweilige Folgejahr uneingeschränkt berechtigt. Der Liefer- bzw. Übergabezeitpunkt wird vom Auftraggeber nach Maßgabe der budgetären Bedeckung bestimmt.

3.2.5 Technische Leistungsfähigkeit

Der Bewerber, alle Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw. Bewerber unter Berücksichtigung der Subunternehmer müssen in Summe ihrer technischen Leistungsfähigkeit durch Angabe von Referenzaufträgen in EU bzw. EWR und Angaben zum vom Fahrzeughersteller eingehaltenen Qualitätsmanagementsystem und Umweltmanagement nachweisen. Diese Nachweise haben folgenden Anforderungen und Mindestkriterien zu entsprechen:

Für Los 1 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 70 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation (vgl. Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden. Für Los 1 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 70 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation vergleiche Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden.

Für Los 2 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 50 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation (vgl. Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden. Für Los 2 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 50 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation vergleiche Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden.

Für Los 3 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 30 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation (vgl. Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden. Für Los 3 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 30 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation vergleiche Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden.

Für Los 4 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 60 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation (vgl. Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden. Für Los 4 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 60 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation vergleiche Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden.

Für Los 5 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 50 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation (vgl. Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden. Für Los 5 Nachweis, dass seit 1.1.2007 bis Abgabe des Teilnahmeantrags an zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen in Summe zumindest 50 Fahrzeuge, die der jeweiligen Vergabespezifikation vergleiche Pkt 1.2) entsprechen, mängelfrei ausgeliefert wurden.

Für diese Referenzen sind jeweils folgende Angaben zu machen bzw. Unterlagen dem Teilnahmeantrag beizulegen:

- -Strichaufzählung
Zuordnung der Referenz zu einem hier ausgeschriebenen Los

- -Strichaufzählung
Datum der Auftragserteilung, Datum der Übernahme durch den jeweiligen Auftraggeber
- -Strichaufzählung
Auftraggeber einschließlich Ansprechperson beim Auftraggeber (Name, Tel. Nr., Fax. Nr.)
- -Strichaufzählung
genaue Beschreibung der gelieferten Fahrzeuge, zum Aufbau, zum Gesamtgewicht, zu Motorleistung und Radstand
- -Strichaufzählung
Auftraggeberbestätigung über die mängelfreie Übergabe der Fahrzeuge

Punkt 4.3.1 vorl. Abs.

Vom Bieter der Fahrgestelle für Müllwagenaufbauten (Los 1 und Los 2) ist der komplette Müllwagen, das bedeutet Fahrgestell, inklusive Müllaufbau und Schüttungen anzubieten.

5.3 Entscheidung Teil- oder Gesamtvergabe

Die Ermittlung des bzw. der Bestbieter(s) erfolgt in drei Stufen:

1. a) Litera a
Ermittlung des Bestangebots hinsichtlich der einzelnen Lose (Los 1, Los 2, Los 3, Los 4 und Los 5) und der einzelnen Losgruppen (z.B. Los 1, 2 und 3 abzüglich Rabatte; Los 1, 3 und 4 abzüglich Rabatt, etc.) gemäß in den Ausschreibungsunterlagen definierten Bewertungsmodus,
2. b) Litera b
Entscheidung über Vergabe in einzelnen Losen oder Losgruppen oder in einer Kombination Losgruppen und Lose:
Die jeweils besten Angebote hinsichtlich der einzelnen Lose und Losgruppen werden derart kombiniert, dass sie unter Berücksichtigung allfälliger Rabatte für Losgruppen gemäß dem in der Aufforderung zur Angebotsabgabe definierten Bewertungsmodus die niedrigste Punktzahl von allen möglichen Los/Losgruppenkombinationen erhält.
3. c) Litera c
Entscheidung über Teilvergabe (Vergabe an einzelne Lose oder Losgruppen) und Gesamtvergabe nach folgendem Bewertungsmodus:
Die beste Los-/Losgruppenkombination wird mit dem besten Gesamtangebot (Angebot eines Bieters der alle Lose anbietet und allenfalls einen Nachlass für den Fall einer Gesamtvergabe gewährt) verglichen. Bestangebot ist jene Los(gruppen)kombination/Gesamtangebot, das entsprechend den Bestbieterkriterien die niedrigste Gesamtpunktzahl gemäß dem in der Aufforderung zur Angebotsabgabe definierten Bewertungsmodus erhält.

In diesem Sinne erhalten den Zuschlag entweder Teilangebote oder das beste Gesamtangebot, dass die niedrigste Gesamtpunktzahl nach dem in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (2. Stufe) definierten Bewertungsmodus erhält. Teilangebote können einzelne Lose oder eine Kombination mehrerer Lose erfassen.

Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten enthalten ihre Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren vom 26.4.2010, die Bestätigung über die EU-weite Bekanntmachung sowie die Teilnahmeunterlagen. Den Vergabeakten sind die Gründe, die die Antragsgegnerin zur Wahl des beschleunigten Vergabeverfahrens veranlasst haben, nicht zu entnehmen. Ebenso wenig ist ein Motivenbericht enthalten wie auch eine Schätzung des voraussichtlichen Auftragswertes. Ob eine Vorinformation über den beabsichtigten Beschaffungsvorgang erfolgte, ist den Vergabeakten ebenfalls nicht zu entnehmen. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch vorgebracht, eine Anfrage an die Antragsgegnerin gerichtet zu haben, die von dieser mit Schreiben vom 16.4.2010 beantwortet worden sei. Es findet sich weder die Anfrage der Antragstellerin noch die ihr erteilte Antwort in den Vergabeakten. Obwohl die Antragsgegnerin mit Übermittlung des einleitenden Schriftsatzes auf die Bestimmung des § 12 WVRG 2007 ausdrücklich hingewiesen wurde, dürfte sie ihre Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt haben. Dazu hat der Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erklärt, „es sei richtig, dass eine Begründung für die Wahl des Vergabeverfahrens in unseren Vergabeakten nicht enthalten ist. Es gibt sehr wohl interne Festlegungen, die wir aber nicht vorgelegt haben. Wir wissen aufgrund unserer bisherigen Erfahrungswerte über den etwaigen Aufwand Bescheid. Es ist richtig, dass die diesbezüglichen Erwägungen in den Vergabeakten nicht enthalten sind“ (Protokoll

Seite 3/4). Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten enthalten ihre Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren vom 26.4.2010, die Bestätigung über die EU-weite Bekanntmachung sowie die Teilnahmeunterlagen. Den Vergabeakten sind die Gründe, die die Antragsgegnerin zur Wahl des beschleunigten Vergabeverfahrens veranlasst haben, nicht zu entnehmen. Ebenso wenig ist ein Motivenbericht enthalten wie auch eine Schätzung des voraussichtlichen Auftragswertes. Ob eine Vorinformation über den beabsichtigten Beschaffungsvorgang erfolgte, ist den Vergabeakten ebenfalls nicht zu entnehmen. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin auch vorgebracht, eine Anfrage an die Antragsgegnerin gerichtet zu haben, die von dieser mit Schreiben vom 16.4.2010 beantwortet worden sei. Es findet sich weder die Anfrage der Antragstellerin noch die ihr erteilte Antwort in den Vergabeakten. Obwohl die Antragsgegnerin mit Übermittlung des einleitenden Schriftsatzes auf die Bestimmung des Paragraph 12, WVRG 2007 ausdrücklich hingewiesen wurde, dürfte sie ihre Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt haben. Dazu hat der Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erklärt, „es sei richtig, dass eine Begründung für die Wahl des Vergabeverfahrens in unseren Vergabeakten nicht enthalten ist. Es gibt sehr wohl interne Festlegungen, die wir aber nicht vorgelegt haben. Wir wissen aufgrund unserer bisherigen Erfahrungswerte über den etwaigen Aufwand Bescheid. Es ist richtig, dass die diesbezüglichen Erwägungen in den Vergabeakten nicht enthalten sind“ (Protokoll Seite 3/4).

Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 29.4.2010. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) ist am 21.4.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 29.4.2010. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) ist am 21.4.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der ihm offenbar unvollständig vorgelegten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2010. Jene Punkte, die Gegenstand der Anfechtung durch die Antragstellerin sind, wurden den Teilnahmeunterlagen entnommen und in den Feststellungen entsprechen zitiert. Dass die Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt worden sind, ergibt sich aus der Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2010. Im Zuge dieser Verhandlung hat der Vertreter der Antragsgegnerin auch erklärt, eine Auftragsbestätigung, die von einem öffentlichen Auftraggeber ausgestellt wurde, habe für die Antragsgegnerin eine höhere Wertigkeit als eine solche von einem privaten. Grundsätzlich wolle die Auftraggeberin einen Auftragnehmer „der bisher mit der öffentlichen Hand zusammen gearbeitet hat“. Die Referenzen würden sich auch daran orientieren, dass die speziellen Bedürfnisse der Antragsgegnerin bei den anzuschaffenden Fahrzeugen zu berücksichtigen sind. Auch würden nahezu alle Reparaturen, die anfallen, in der Werkstätte der Antragsgegnerin mit eigenen Kräften vorgenommen (Protokoll Seite 5 und 7). Warum diese Erwägungen in den Vergabeakten nicht festgehalten wurden, konnte nicht erklärt werden.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, wozu die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung führt. Eine Vorinformation nach § 53 BVergG 2006 ist nicht erfolgt. 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 einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich, wozu die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung führt. Eine

Vorinformation nach Paragraph 53, BVergG 2006 ist nicht erfolgt. 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 eine gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zu Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behaupteten Rechtswidrigkeiten als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006, nämlich gegen die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages). Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages und der formalen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 wurden bereits anlässlich der Erlassung der einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 27.4.2010 eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Es kann daher – um Wiederholungen zu vermeiden – diesbezüglich auf den Inhalt des den Beteiligten zugewandten Bescheides verwiesen werden. 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 eine gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zu Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behaupteten Rechtswidrigkeiten als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006, nämlich gegen die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages). Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages und der formalen Voraussetzungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 wurden bereits anlässlich der Erlassung der einstweiligen Verfügung mit Bescheid vom 27.4.2010 eingehend geprüft. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Es kann daher – um Wiederholungen zu vermeiden – diesbezüglich auf den Inhalt des den Beteiligten zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Auf das gegenständliche Verfahren sind bereits die Bestimmungen des WVRG 2007 i. d.F. der Novelle LGBl. 18/2010, welche am 26.3.2010 in Kraft getreten ist, anwendbar. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der EU am 13.4.2010, das Ende der Teilnahmefrist war der 29.4.2010. Der am 21.4.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der nunmehr geltenden Fassung. Auf das gegenständliche Verfahren sind bereits die Bestimmungen des WVRG 2007 i. d.F. der Novelle Landesgesetzblatt 18 aus 2010, welche am 26.3.2010 in Kraft getreten ist, anwendbar. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der EU am 13.4.2010, das Ende der Teilnahmefrist war der 29.4.2010. Der am 21.4.2010 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig gemäß Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der nunmehr geltenden Fassung.

Nach den Ausschreibungsbestimmungen soll ein Rahmenvertrag über die Lieferung und teilweise Instandhaltung von Fahrzeugen für die Stadt Wien abgeschlossen werden. Auf Basis dieses Rahmenvertrages soll die Stadt Wien berechtigt und verpflichtet sein, in Punkt 1.2 näher bezeichnete Fahrzeuge pro Jahr zu bestellen, wobei die in Punkt 1.2 genannte Anzahl jeweils und pro Jahr um minus 20 % und plus 100 % über- bzw. unterschritten werden kann. Ferner soll der Auftragnehmer die teilweise Instandhaltung der gelieferten Fahrzeuge vornehmen, wobei sich die Antragsgegnerin vorbehält, Reparaturen mit Eigenpersonal, das vom Auftraggeber geschult wird, selbst durchzuführen. Als Beginn der Vertragslaufzeit ist der 1.1.2010, als Ende der 31.12.2013 vorgesehen, wobei der Antragsgegnerin die Option zur Verlängerung des Rahmenvertrages um 3 x 1 Jahr eingeräumt werden soll.

Für diesen Beschaffungsvorgang hat die Antragsgegnerin ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich gewählt. Gegen die Wahl des beschleunigten, nicht offenen Verfahrens wendet sich zunächst die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag. Gründe, die die

Vergabe im beschleunigten nicht offenen Verfahren wegen Dringlichkeit rechtfertigen könnten, lägen ihrer Ansicht nach nicht vor.

Die Antragsgegnerin hat zu den Gründen für die Wahl des beschleunigten Verfahrens ausgeführt: „Zur wirksamen Bekämpfung der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise soll der gegenständliche Lieferauftrag rasch vergeben werden. In diesem Sinne wird von der aktuellen Mitteilung der Europäischen Kommission IP/08/2040 vom 19.12.2008 und der sich daraus ergebenden Genehmigung beschleunigter Verfahren Gebrauch gemacht" (Abschnitt 4 der europaweiten Bekanntmachung).

Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die von der Antragsgegnerin angezogene Richtlinie der Europäischen Kommission ausführt, „dass der Ausnahmecharakter der aktuellen Wirtschaftslage dazu führen kann, dass eine raschere Durchführung umfangreicher, öffentlicher Arbeiten notwendig wird. Diese Dringlichkeit dürfte grundsätzlich zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das beschleunigte Verfahren ausreichen, womit sich die Dauer des Verfahrens insgesamt von 87 Tage auf 30 Tage verringert. Die Annahme der Dringlichkeit sollte in den Jahren 2009 und 2010 für alle größeren öffentlichen Projekte gelten". Diese Mitteilung der Kommission mag zwar einen Rechtfertigungsgrund für die Wahl des beschleunigten Verfahrens abgeben, bedeutet aber nicht, dass der Auftraggeber von der Einhaltung der für ein beschleunigtes Verfahren geltenden Bestimmungen des Vergaberechtes freigestellt wird. § 36 BVergG 2006 bestimmt, dass die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind. Dies ist gegenständlich nicht erfolgt. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die von der Antragsgegnerin angezogene Richtlinie der Europäischen Kommission ausführt, „dass der Ausnahmecharakter der aktuellen Wirtschaftslage dazu führen kann, dass eine raschere Durchführung umfangreicher, öffentlicher Arbeiten notwendig wird. Diese Dringlichkeit dürfte grundsätzlich zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das beschleunigte Verfahren ausreichen, womit sich die Dauer des Verfahrens insgesamt von 87 Tage auf 30 Tage verringert. Die Annahme der Dringlichkeit sollte in den Jahren 2009 und 2010 für alle größeren öffentlichen Projekte gelten". Diese Mitteilung der Kommission mag zwar einen Rechtfertigungsgrund für die Wahl des beschleunigten Verfahrens abgeben, bedeutet aber nicht, dass der Auftraggeber von der Einhaltung der für ein beschleunigtes Verfahren geltenden Bestimmungen des Vergaberechtes freigestellt wird. Paragraph 36, BVergG 2006 bestimmt, dass die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind. Dies ist gegenständlich nicht erfolgt.

Gemäß § 61 BVergG 2006 können die im § 60 vorgesehenen Fristen für den Eingang von Teilnahmeanträgen im offenen und im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung verkürzt werden, sofern der Auftraggeber mindestens 52 Tage, höchstens aber 12 Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung einer Bekanntmachung gemäß den §§ 46 und 50 BVergG 2006 der Kommission eine Vorinformation gemäß § 53 BVergG 2006 zur Veröffentlichung übermittelt hat. Dazu bestimmt § 53 Abs. 1 BVergG 2006, dass der Auftraggeber, wenn er von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist Gebrauch machen möchte, eine Vorinformation nach Abs. 2 und 3 leg. cit. bekannt machen muss. Eine derartige Vorinformation hat die Antragsgegnerin nicht bekannt gemacht, weshalb schon aus diesem Grund die von ihr gewählte Beschleunigung des Verfahrens nicht gerechtfertigt ist. Gemäß Paragraph 61, BVergG 2006 können die im Paragraph 60, vorgesehenen Fristen für den Eingang von Teilnahmeanträgen im offenen und im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung verkürzt werden, sofern der Auftraggeber mindestens 52 Tage, höchstens aber 12 Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung einer Bekanntmachung gemäß den Paragraphen 46 und 50 BVergG 2006 der Kommission eine Vorinformation gemäß Paragraph 53, BVergG 2006 zur Veröffentlichung übermittelt hat. Dazu bestimmt Paragraph 53, Absatz eins, BVergG 2006, dass der Auftraggeber, wenn er von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist Gebrauch machen möchte, eine Vorinformation nach Absatz 2 und 3 leg. cit. bekannt machen muss. Eine derartige Vorinformation hat die Antragsgegnerin nicht bekannt gemacht, weshalb schon aus diesem Grund die von ihr gewählte Beschleunigung des Verfahrens nicht gerechtfertigt ist.

Zutreffend verweist dazu die Antragstellerin auf den sich aus den Vergabeakten ergebenden Zeitablauf des Vergabeverfahrens. Vertragsbeginn soll der 1.1.2011 sein, der Produktionszeitpunkt darf nach den Festlegungen in der Ausschreibung höchstens sechs Monate vor dem Lieferzeitpunkt liegen, wobei Lieferungen spätestens binnen 16 Wochen, bei Fahrzeugen mit Kommunalaufbau binnen 32 Wochen zu erfolgen haben (Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlagen). Die Zuschlagsfrist selbst beträgt vier Monate ab Angebotsöffnung (Punkt 2.18 der Teilnahmeunterlagen). Worin bei diesem Terminplan die Dringlichkeit, die ein beschleunigtes Verfahren rechtfertigen

könnte, liegen soll, ist nicht ersichtlich. Dennoch verweist die Antragstellerin zutreffend darauf, dass die Wahl des Vergabeverfahrens der Antragsgegnerin die Abkürzung der Angebotsfrist auf nur zehn Tage ermöglicht, was für am Verfahren interessierte Bieter, die bisher nicht Kontrahenten der Antragsgegnerin waren, zu Nachteilen führen kann.

Der Vergabekontrollsenat hält daher die Wahl eines beschleunigten Verfahrens im Hinblick auf den sich aus den Vergabeakten ergebenden Zeitablauf für nicht gerechtfertigt. Dennoch reicht nach Ansicht des Senates dieser Umstand nicht aus, wie von der Antragstellerin beantragt, die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären. Im fortgesetzten Verfahren wird die Antragsgegnerin neue Fristen festzulegen haben, wobei sie in der zweiten Stufe des Verfahrens von einem nicht beschleunigten Verfahren, da eine Vorinformation nicht erfolgt ist, auszugehen haben wird.

Die Antragstellerin erblickt in den Festlegungen zu Punkt 3.2.5 der Teilnahmeunterlage die Festlegung unsachlicher und diskriminierender Eignungskriterien, was insbesondere auf die geforderten Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zutrefte.

Nach § 70 Abs. 2 BVergG 2006 dürfen Nachweise unter anderem zur technischen Leistungsfähigkeit nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Nach Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 dürfen Nachweise unter anderem zur technischen Leistungsfähigkeit nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.

Nun verlangt die Antragsgegnerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in der Festlegung Punkt 3.2.5 den Nachweis der Lieferung von insgesamt 260 Fahrzeugen der in den Losen genau beschriebenen Bauart, innerhalb der letzten drei Jahre als Referenz.

Dies hält die Antragstellerin eindeutig für überzogen. Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, sie habe bei den Mindestreferenzzahlen pro Los die beabsichtigten Beschaffungsmengen berücksichtigt. Bei vollständigem Abruf der Optionen wären insgesamt 182 Fahrzeuge zu liefern. Es sei auch von ihr sicherzustellen, dass der gegenständliche Auftrag nicht zur Folge haben dürfe, dass die Produktionskapazität des Auftragnehmers für die Erfüllung aller seiner Verbindlichkeiten nicht ausreiche.

Der erkennende Senat hält die bei den Referenzen geforderte Anzahl der Nachweise für sachlich nicht gerechtfertigt. Bei einem Leistungszeitraum von drei Jahren eine Leistungsmenge von 10 Jahren als Referenz zu verlangen, die innerhalb der letzten dreieinhalb Jahre erbracht werden musste, ist nicht sachgerecht. Die Beweggründe der Antragsgegnerin zu diesen Festlegungen sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Auch in der mündlichen Verhandlung war die Antragsgegnerin nicht in der Lage, dazu ein nachvollziehbares Vorbringen zu erstatten. Die Sorge der Antragsgegnerin hinsichtlich der Produktionskapazität eines Auftragnehmers ist eher in der Kategorie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nachzuprüfen und nicht der technischen. Der

offenbar von der Antragsgegnerin gezogene Schluss „wenig Referenz = nicht technisch

leistungsfähig" und „viele Referenz = technisch leistungsfähig" ist unzutreffend,

rechtfertigt vor allem nicht die Forderung von Nachweisen, die den Umfang der ausgeschriebenen Lieferungen deutlich übersteigen. Die Optionen in die Berechnung mit einzubeziehen, wie dies die Antragsgegnerin versucht, geht ins Leere, weil sie sich allein vorbehält, die Optionen abzurufen oder nicht und damit auf etwaige Engpässe bei der Produktion durch Vertragsbeendigung reagieren kann.

Dazu kommt, dass beim Los 1 dreiachsige Fahrgestelle mit Drehtrommelaufbau 18 m³ und beim Los 2 dreiachsige Fahrgestellte mit Pressmüllaufbau und 18 m³, jeweils mit Schüttung, anzubieten sind, wobei das Verfahren ergeben hat, dass der Aufbau in aller Regel nicht von den Erzeugern des Fahrgestells hergestellt werden dürfte. Beim Los 1 sind zur Lieferung vorgesehen sieben Stück, beim Los 2 fünf Stück pro Jahr, wobei diese Anzahl pro Jahr um minus 20 % unterschritten oder um plus 100 % überschritten werden kann. Stellt man diesen Zahlen die Anzahl der Referenzen beim Los 1 von mindestens 70, für Los 2 von mindestens 50 gegenüber, ergibt sich ein derartig starkes Missverhältnis, dass die entsprechende Festlegung der Anzahl der Referenzen im Ergebnis als diskriminierend zu bezeichnen ist und daher als nichtig aufzuheben ist.

Weiters wird im Punkt 3.2.5 betreffend Referenzen verlangt, dass mit der Abgabe des Teilnahmeantrages der Nachweis zu erbringen ist, dass der Bieter seit 1.1.2007 bis zur Abgabe seines Teilnahmeantrages zumindest zwei Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen mit den festgelegten Stückzahlen an

Fahrzeugen, die der jeweiligen Vergabespezifikation entsprechen, mängelfrei beliefert hat. Auch darin erblickt die Antragstellerin eine Diskriminierung möglicher Bieter, weil nicht einzusehen ist, warum Referenzen von Gebietskörperschaften und öffentlichen Unternehmen/Einrichtungen stammen müssen und damit sämtliche privaten Unternehmen als Referenzgeber ausgeschlossen werden. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf – was auch den Erfahrungen des Senates entspricht – dass in zahlreichen Gemeinden und Gebietskörperschaften die Abfallentsorgung ausgegliedert und privaten Unternehmen übertragen wurde. Die Antragstellerin, die selbst zahlreiche Fahrzeuge mit den entsprechenden Aufbauten für die Abfallentsorgung an private Unternehmen geliefert habe, könne damit wohl Referenzen privater Auftraggeber, mangels bisheriger Vertragsbeziehung jedoch nicht von öffentlichen Auftraggebern erbringen.

Dazu argumentiert die Antragsgegnerin, dass sich der kommunale Bereich in den Anforderungen wesentlich vom „normalen Frächtergeschäft“ unterscheide. Auch werde von der Antragsgegnerin besonderer Wert auf den Umweltschutz gelegt. Die Lieferung von Fahrzeugen an private Transportunternehmen sei daher nicht vergleichbar. Unterschiede seien auch bei der Instandhaltung der Fahrzeuge gegeben, wobei die Antragsgegnerin wesentliche Eigenleistungen erbringe. Letztlich wären Referenzbestätigungen von öffentlichen Auftraggebern leichter zu überprüfen. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, eine Auftragsbestätigung eines öffentlichen Auftraggebers habe für sie eine höhere Wertigkeit als von privaten. Grundsätzlich wolle die Antragsgegnerin einen Auftragnehmer haben, der bisher mit der öffentlichen Hand zusammengearbeitet hat (Seite 5). Auch diese Begründung hält der Senat nicht für stichhältig, weil diese Anliegen in der Ausschreibung entsprechend festgelegt werden können. Worin die höhere Wertigkeit einer Auftragsbestätigung eines öffentlichen Auftraggebers liegen soll, wurde von der Antragsgegnerin auch nicht näher ausgeführt. Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 3.5.2010 zwar vorgebracht, „dass öffentliche Einrichtungen einschließlich Gebietskörperschaften im Vergleich zu privaten Unternehmen besondere Anforderungen zu erfüllen haben (Seite 3), dies gelte insbesondere für die im Zusammenhang mit öffentlichen Einrichtungen zu berücksichtigenden administrativen Anforderungen sowie die besonderen Anforderungen im Zusammenhang mit der Instandhaltung der Fahrzeuge durch die kommunalen Einrichtungen selbst bzw. die kommunalen Einrichtungen unter teilweiser Hinzuziehung der Lieferanten.“ Was diese „besonderen Anforderungen“, die im übrigen nicht näher konkretisiert werden, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit beitragen sollen, ist nicht erkennbar. Die Organisation eines Betriebsablaufes bzw. der technischen Anforderungen in öffentlichen Werkstätten liegen in der Hand des Auftraggebers und haben mit der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters nichts zu tun. Dass auch ein privater Abfallentsorger Betriebsabläufe und logistische Vorgaben zu meistern hat, seinen Fahrzeugpark entsprechend zu warten und gegebenenfalls zu reparieren hat, liegt auf der Hand, zumal auch die gegenständlich ausgeschriebenen Kraftfahrzeuge einer regelmäßigen technischen Überprüfung (§ 55 KFG) unterliegen. Dazu argumentiert die Antragsgegnerin, dass sich der kommunale Bereich in den Anforderungen wesentlich vom „normalen Frächtergeschäft“ unterscheide. Auch werde von der Antragsgegnerin besonderer Wert auf den Umweltschutz gelegt. Die Lieferung von Fahrzeugen an private Transportunternehmen sei daher nicht vergleichbar. Unterschiede seien auch bei der Instandhaltung der Fahrzeuge gegeben, wobei die Antragsgegnerin wesentliche Eigenleistungen erbringe. Letztlich wären Referenzbestätigungen von öffentlichen Auftraggebern leichter zu überprüfen. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, eine Auftragsbestätigung eines öffentlichen Auftraggebers habe für sie eine höhere Wertigkeit als von privaten. Grundsätzlich wolle die Antragsgegnerin einen Auftragnehmer haben, der bisher mit der öffentlichen Hand zusammengearbeitet hat (Seite 5). Auch diese Begründung hält der Senat nicht für stichhältig, weil diese Anliegen in der Ausschreibung entsprechend festgelegt werden können. Worin die höhere Wertigkeit einer Auftragsbestätigung eines öffentlichen Auftraggebers liegen soll, wurde von der Antragsgegnerin auch nicht näher ausgeführt. Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 3.5.2010 zwar vorgebracht, „dass öffentliche Einrichtungen einschließlich Gebietskörperschaften im Vergleich zu privaten Unternehmen besondere Anforderungen zu erfüllen haben (Seite 3), dies gelte insbesondere für die im Zusammenhang mit öffentlichen Einrichtungen zu berücksichtigenden administrativen Anforderungen sowie die besonderen Anforderungen im Zusammenhang mit der Instandhaltung der Fahrzeuge durch die kommunalen Einrichtungen selbst bzw. die kommunalen Einrichtungen unter teilweiser Hinzuziehung der Lieferanten.“ Was diese „besonderen Anforderungen“, die im übrigen nicht näher konkretisiert werden, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit beitragen sollen, ist nicht erkennbar. Die Organisation eines Betriebsablaufes bzw. der technischen Anforderungen in öffentlichen Werkstätten liegen in der Hand des Auftraggebers und haben mit der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters nichts zu tun. Dass auch ein privater

Abfallentsorger Betriebsabläufe und logistische Vorgaben zu meistern hat, seinen Fahrzeugpark entsprechend zu warten und gegebenenfalls zu reparieren hat, liegt auf der Hand, zumal auch die gegenständlich ausgeschriebenen Kraftfahrzeuge einer regelmäßigen technischen Überprüfung (Paragraph 55, KFG) unterliegen.

Gemäß § 70 Abs. 2 BVergG 2006 dürfen Nachweise von Unternehmen, wie hier zur technischen Leistungsfähigkeit, nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Nach § 75 Abs. 5 BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangen. Keine dieser Bestimmungen lässt den Schluss zu, dass beim Verlangen von Referenzen solche von Auftraggebern ausgestellt werden müssen, die gleichfalls öffentliche Auftraggeber sind; eine Beschränkung in der Weise, wie sie die Antragsgegnerin vorgenommen hat, ist aus dem Gesetz weder ableitbar noch sachlich gerechtfertigt. Dazu sind den Vergabeakten die Beweggründe der Auftraggeberin nicht zu entnehmen. Gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 dürfen Nachweise von Unternehmen, wie hier zur technischen Leistungsfähigkeit, nur soweit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Nach Paragraph 75, Absatz 5, BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangen. Keine dieser Bestimmungen lässt den Schluss zu, dass beim Verlangen von Referenzen solche von Auftraggebern ausgestellt werden müssen, die gleichfalls öffentliche Auftraggeber sind; eine Beschränkung in der Weise, wie sie die Antragsgegnerin vorgenommen hat, ist aus dem Gesetz weder ableitbar noch sachlich gerechtfertigt. Dazu sind den Vergabeakten die Beweggründe der Auftraggeberin nicht zu entnehmen.

Aus diesen Überlegungen ist dem Anfechtungsantrag der Antragstellerin hinsichtlich der Festlegungen in Punkt 3.2.5 grundsätzlich stattzugeben. Es steht der Auftraggeberin zwar zu, entsprechende Referenzen zur technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern zu verlangen, es muss aber die Anzahl der verlangten Referenzen in einem vernünftigen, an der Anzahl der ausgeschriebenen Fahrzeuge zu bemessenden, Anzahl liegen. Ebenso unsachlich und diskriminierend erachtete der Senat die Festlegung, dass nur Referenzen anerkannt werden, die von Gebietskörperschaften, öffentlichen Unternehmen und/oder Einrichtungen stammen. Nicht nur, dass nicht nachvollzogen werden kann, worin der sachlich gerechtfertigte Unterschied einer derartigen Referenz von einer Referenz eines privaten Müllentsorgers liegen soll, ist diese Festlegung geeignet, nicht nur den Wettbewerb zu beschränken sondern unter Umständen bestimmte Bieter zu bevorzugen. Es wird daher die Antragsgegnerin im fortzusetzenden Vergabeverfahren, hinsichtlich der Bestimmungen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine, in einem ausgewogenen Verhältnis zum Beschaffungsvolumen stehenden Referenzanzahl je Los festzulegen und Referenzen von Müllentsorgern, ob es sich dabei nun um Gebietskörperschaften, öffentliche Unternehmen und/oder Einrichtungen handelt oder um private Müllentsorger, zuzulassen hat.

Nach den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen (Punkt 2.3 Abs. 4) sind die Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit bereits mit den Teilnahmeunterlagen zwingend abzugeben. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 13.4.2010, weshalb spätestens mit diesem Datum die Einleitung des Vergabeverfahrens anzusetzen ist. Interne frühere Beschäftigungen mit der Ausschreibung, wie von der Antragsgegnerin behauptet – jedoch aus den Vergabeakten nicht ersichtlich – sind für die Bestimmung des Zeitpunktes der Einleitung des Vergabeverfahrens unerheblich. Die Novelle zu § 70 BVergG 2006 ist am 5.3.2010 in Kraft getreten. Ihr Inhalt war allen interessierten Stellen bereits wesentlich früher bekannt, da gerade diese Bestimmung ausgiebig auch von jenen Stellen diskutiert wurde, die regelmäßig mit Vergaben befasst sind. § 70 Abs. 2 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle 2009 ermöglicht es den Bietern anstelle der Vorlage sämtlicher Nachweise im Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zum Vorhandensein der Eignung abzugeben. Wenn daher die Antragsgegnerin im Punkt 2.3 Abs. 4 der Teilnahmeunterlagen festlegt, dass „die in der Ergänzung zum Teilnahmeantrag (Anlage ./2) konkretisierten Unterlagen“ zwingend mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen sind, verstößt sie gegen die Bestimmung des § 70 Abs. 2 BVergG 2006. Erst wenn der Bieter, der eine entsprechende Eigenerklärung abgegeben hat, nach Prüfung seiner Teilnahmeanträge für die weitere Teilnahme am Verfahren in Frage kommt, spätestens aber im Zeitpunkt vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung, kann der Auftraggeber gegebenenfalls und soweit ihm notwendig erscheinend, die Vorlage entsprechender Nachweise begehren. Da die Festlegung zu Punkt 2.3 vierter Absatz, dritte Zeile, wonach „zwingend die in der Ergänzung zum Teilnahmeantrag (Anlage ./2) konkretisierten Unterlagen vorzulegen“ sind, dem § 70 Abs. 2 BVergG 2006, in der Fassung der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG Novelle 2009 widerspricht, war dem Antrag stattzugeben und diese Festlegung im Sinne des § 26 Abs. 2 WVRG 2007 als nichtig zu streichen. Im

fortgesetzten Verfahren wird den Bietern Gelegenheit zu geben sein, mit ihrem Teilnahmeantrag eine entsprechende Eigenerklärung abzugeben. Nach den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen (Punkt 2.3 Absatz 4,) sind die Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit bereits mit den Teilnahmeunterlagen zwingend abzugeben. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte am 13.4.2010, weshalb spätestens mit diesem Datum die Einleitung des Vergabeverfahrens anzusetzen ist. Interne frühere Beschäftigungen mit der Ausschreibung, wie von der Antragsgegnerin behauptet – jedoch aus den Vergabeakten nicht ersichtlich – sind für die Bestimmung des Zeitpunktes der Einleitung des Vergabeverfahrens unerheblich. Die Novelle zu Paragraph 70, BVergG 2006 ist am 5.3.2010 in Kraft getreten. Ihr Inhalt war allen interessierten Stellen bereits wesentlich früher bekannt, da gerade diese Bestimmung ausgiebig auch von jenen Stellen diskutiert wurde, die regelmäßig mit Vergaben befasst sind. Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle 2009 ermöglicht es den Bietern anstelle der Vorlage sämtlicher Nachweise im Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung zum Vorhandensein der Eignung abzugeben. Wenn daher die Antragsgegnerin im Punkt 2.3 Absatz 4, der Teilnahmeunterlagen festlegt, dass „die in der Ergänzung zum Teilnahmeantrag (Anlage ./2) konkretisierten Unterlagen“ zwingend mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen sind, verstößt sie gegen die Bestimmung des Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006. Erst wenn der Bieter, der eine entsprechende Eigenerklärung abgegeben hat, nach Prüfung seiner Teilnahmeanträge für die weitere Teilnahme am Verfahren in Frage kommt, spätestens aber im Zeitpunkt vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung, kann der Auftraggeber gegebenenfalls und soweit ihm notwendig erscheinend, die Vorlage entsprechender Nachweise begehren. Da die Festlegung zu Punkt 2.3 vierter Absatz, dritte Zeile, wonach „zwingend die in der Ergänzung zum Teilnahmeantrag (Anlage ./2) konkretisierten Unterlagen vorzulegen“ sind, dem Paragraph 70, Absatz 2, BVergG 2006, in der Fassung der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG Novelle 2009 widerspricht, war dem Antrag stattzugeben und diese Festlegung im Sinne des Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 als nichtig zu streichen. Im fortgesetzten Verfahren wird den Bietern Gelegenheit zu geben sein, mit ihrem Teilnahmeantrag eine entsprechende Eigenerklärung abzugeben.

Die Antragstellerin erblickt in den Festlegungen zu Punkt 4.3.1 insofern eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, als für die Lose 1 und 2, das gesamte Müllfahrzeug, samt Aufbau, angeboten werden muss. Im Zusammenhang mit den dazu verlangten Referenznachweisen komme nach Ansicht der Antragstellerin nur ein Bieter in Frage, der bisher derartige Fahrzeuge geliefert hat.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hält der Senat diese Festlegung für sich allein betrachtet für nicht rechtswidrig. Die Vergabe in Teilen entsprechend den Losen ist gemäß den Teilnahmeunterlagen zugelassen und dürfte auch – hier kann eine konkrete Beurteilung im Hinblick auf die offenbar nur unvollständig vorgelegten Vergabeakten nicht erfolgen – im Hinblick auf die Zusammensetzung der Fahrzeuge gerechtfertigt sein. Es mag sein, dass für die Herstellung der Aufbauten nur wenige Unternehmen in Frage kommen und die Auftraggeberin derartige Fahrzeuge bisher nur von einem Bieter bezogen hat. Nach Kenntnis des Senates gibt es mehrere Unternehmen im europäischen Wirtschaftsraum (es handelt sich hier um eine Ausschreibung im Oberschwellenbereich), die für die Lieferung der unter den Losen 1 und 2 beschriebenen Fahrzeuge samt Aufbau in Frage kommen. Dazu ist weiters auf die Festlegung zu Punkt 1.3 der Teilnahmeunterlage zu verweisen, wonach Alternativangebote unter Beachtung der Mindestbedingungen zulässig sind. Alternativangebote sind auch ohne Hauptangebot zulässig, sie müssen jedoch als solche gekennzeichnet sein. Die unter der jeweiligen „Grundausstattung“ (vgl. Aufforderung zur Angebotsabgabe; zweite Stufe des Verfahrens) aufgezählten Bedingungen sind auch von der Alternative vollständig zu erbringen. Bei der Gleichwertigkeitsprüfung wird von der Auftraggeberin auf den Verwendungszweck des Fahrzeuges und der Sonderausstattung (soweit angegeben), so wie auf das Ziel der vorliegenden Vergabe abgestellt. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hält der Senat diese Festlegung für sich allein betrachtet für nicht rechtswidrig. Die Vergabe in Teilen entsprechend den Losen ist gemäß den Teilnahmeunterlagen zugelassen und dürfte auch – hier kann eine konkrete Beurteilung im Hinblick auf die offenbar nur unvollständig vorgelegten Vergabeakten nicht erfolgen – im Hinblick auf die Zusammensetzung der Fahrzeuge gerechtfertigt sein. Es mag sein, dass für die Herstellung der Aufbauten nur wenige Unternehmen in Frage kommen und die Auftraggeberin derartige Fahrzeuge bisher nur von einem Bieter bezogen hat. Nach Kenntnis des Senates gibt es mehrere Unternehmen im europäischen Wirtschaftsraum (es handelt sich hier um eine Ausschreibung im Oberschwellenbereich), die für die Lieferung der unter den Losen 1 und 2 beschriebenen Fahrzeuge samt Aufbau in Frage kommen. Dazu ist weiters auf die Festlegung zu Punkt 1.3 der Teilnahmeunterlage zu verweisen, wonach Alternativangebote unter Beachtung der Mindestbedingungen zulässig sind. Alternativangebote sind auch ohne Hauptangebot zulässig, sie müssen jedoch als solche gekennzeichnet sein. Die unter der jeweiligen „Grundausstattung“ vergleiche Aufforderung zur

Angebotsabgabe; zweite Stufe des Verfahrens) aufgezählten Bedingungen sind auch von der Alternative vollständig zu erbringen. Bei der Gleichwertigkeitsprüfung wird von der Auftraggeberin auf den Verwendungszweck des Fahrzeuges und der Sonderausstattung (soweit angegeben), so wie auf das Ziel der vorliegenden Vergabe abgestellt.

Mit dieser Festlegung hat die Antragsgegnerin, die zweifellos ein zulässiges Interesse an der Einheitlichkeit ihres Fuhrparks hat, dennoch die Möglichkeit einem größeren Bieterkreis eröffnet, Fahrzeuge, die der ausgeschriebenen Grundausstattung entsprechen, anzubieten. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeit der Legung von Alternativangeboten, auch ohne Hauptangebot, ist es einem größeren Bieterkreis möglich, auch abweichend von den bisherigen Lieferanten der Antragsgegnerin ein entsprechendes und aussichtsreiches Angebot zu legen. In der Festlegung zu Punkt

4.3.1 der Teilnahmeunterlagen erblickt der Senat daher keine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen oder vergaberechtlicher Grundsätze. Diesbezüglich war dem Antrag daher nicht stattzugeben.

Hingegen erweist sich der Antrag insoweit als berechtigt, als damit die Festlegungen zu Punkt 5.3 der Teilnahmeunterlagen bekämpft werden. Die Festlegung der Grundsätze, nach denen die Antragsgegnerin ihre Entscheidung über eine Teil- oder Gesamtvergabe trifft, ermöglicht im Ergebnis eine Ungleichbehandlung von Bietern dann, wenn diese nicht in der Lage sein sollten, die entsprechenden Referenzen für die unter den Losen 1 und 2 anzubietenden Fahrzeuge zu erbringen. Sollte ein Bieter nicht in der Lage sein, vor allem im Hinblick auf die verlangten Referenzen, Fahrzeuge zu den Losen 1 und 2 anzubieten, weil er nicht die entsprechenden Aufbauten liefern kann, wäre er wegen Bevorzugung der Gesamtvergabe gegenüber gleichpreisigen Konkurrenten auch bei den Losen 3 bis 5 benachteiligt. Damit hätte aber jeder Marktteilnehmer, der ein Gesamtangebot für Komplettmüllfahrzeuge und Fahrgestelle legen kann, gegenüber einem Bieter, der nur einzelne Lose anbieten kann, einen unsachlichen Wettbewerbsvorteil. Diese Festlegung widerspricht § 19 Abs. 1 BVergG 2006, weil sie durch die in Punkt 5.3 vorgesehenen Möglichkeiten die Chancengleichheit der Bieter bei der Bewertung ihrer Angebote nicht mehr gewährleistet. Es waren daher die Festlegungen zu Punkt 5.3 als den Grundsätzen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 widersprechend als nichtig zu streichen. Ob eine getrennte Vergabe von Fahrgestellen und von Komplettfahrzeugen mit Aufbau – wie sie die Antragstellerin vorschlägt – den Grundsätzen des § 19 BVergG 2006 entspricht, wird die Auftraggeberin im fortgesetzten Verfahren zu prüfen haben. Dass die für nichtig erklärte Festlegung im Ergebnis zur Bevorzugung des bisherigen Lieferanten und damit zu einem Verstoß gegen § 19 BVergG 2006 führen könnte, ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen. Hingegen erweist sich der Antrag insoweit als berechtigt, als damit die Festlegungen zu Punkt 5.3 der Teilnahmeunterlagen bekämpft werden. Die Festlegung der Grundsätze, nach denen die Antragsgegnerin ihre Entscheidung über eine Teil- oder Gesamtvergabe trifft, ermöglicht im Ergebnis eine Ungleichbehandlung von Bietern dann, wenn diese nicht in der Lage sein sollten, die entsprechenden Referenzen für die unter den Losen 1 und 2 anzubietenden Fahrzeuge zu erbringen. Sollte ein Bieter nicht in der Lage sein, vor allem im Hinblick auf die verlangten Referenzen, Fahrzeuge zu den Losen 1 und 2 anzubieten, weil er nicht die entsprechenden Aufbauten liefern kann, wäre er wegen Bevorzugung der Gesamtvergabe gegenüber gleichpreisigen Konkurrenten auch bei den Losen 3 bis 5 benachteiligt. Damit hätte aber jeder Marktteilnehmer, der ein Gesamtangebot für Komplettmüllfahrzeuge und Fahrgestelle legen kann, gegenüber einem Bieter, der nur einzelne Lose anbieten kann, einen unsachlichen Wettbewerbsvorteil. Diese Festlegung widerspricht Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006, weil sie durch die in Punkt 5.3 vorgesehenen Möglichkeiten die Chancengleichheit der Bieter bei der Bewertung ihrer Angebote nicht mehr gewährleistet. Es waren daher die Festlegungen zu Punkt 5.3 als den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 widersprechend als nichtig zu streichen. Ob eine getrennte Vergabe von Fahrgestellen und von Komplettfahrzeugen mit Aufbau – wie sie die Antragstellerin vorschlägt – den Grundsätzen des Paragraph 19, BVergG 2006 entspricht, wird die Auftraggeberin im fortgesetzten Verfahren zu prüfen haben. Dass die für nichtig erklärte Festlegung im Ergebnis zur Bevorzugung des bisherigen Lieferanten und damit zu einem Verstoß gegen Paragraph 19, BVergG 2006 führen könnte, ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.

Soweit die Antragstellerin eine Unkalkulierbarkeit des Angebotes wegen der Schwankungsbreiten bei den Abrufmengen (minus 20 % bis plus 100 % jedes Jahr) geltend macht, ist dies zwar grundsätzlich zutreffend. Hier fließen Elemente eines Rahmenvertrages in die Ausschreibung ein. Ein nicht regelmäßiger, schwankender Bedarf der Antragsgegnerin ist erklärbar und verständlich. Der Ausweg, immer nur kurzfristig den gesicherten Bedarf eines Jahres oder gar Halbjahres auszuschreiben, ist aus Sicht der Versorgungssicherheit, der Einheitlichkeit des Bestandes und der Aufwandsminimierung dem Auftraggeber nicht zumutbar. Unter diesem Aspekt sind Rahmenverträge ohne gesicherte

Abnahmemengen wohl in Kauf zu nehmen. Dennoch ist mit der vorgesehenen, von der Antragstellerin unter den Punkten 1.4 und 4.1.2 der Teilnahmeunterlagen formulierten Festlegung kein unzumutbares Kalkulationsrisiko für die Bieter verbunden. Dazu ist nämlich auf die Festlegung zu Punkt 1.4.1, Option 1 - Mengenschwankungen, Abruf Liefermengen, zu verweisen, wonach der Auftragnehmer berechtigt ist, einen Abruf der über 20 % der Jahressumme hinausgeht, mittels eingeschriebenen Briefes abzulehnen. Aufgrund dieser Bestimmung ist jeder Bieter in der Lage, unter der Annahme einer durchaus zumutbaren Schwankungsbreite von minus 20 % bis plus 20 % sein Angebot zu kalkulieren; ein unzumutbares Mengenrisiko ist damit nicht verbunden.

Bei seiner Entscheidung hatte der Senat vom Inhalt der ihm unvollständig (was von der Antragsgegnerin zugestanden wurde) vorgelegten Vergabeakten auszugehen. Bereits mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags wurde die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 12 Abs. 1 und 2 WVRG 2007 hingewiesen. Danach haben die „diesem Landesgesetz unterliegenden Auftraggeber und Auftraggeberinnen“ in einem Nachprüfungsverfahren dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Kommt ein Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach – wie vorliegend – und wurde er auf dieses Säumnisfolgen ausdrücklich hingewiesen, so kann der Vergabekontrollsenat aufgrund des Vorbringens der nicht säumigen Beteiligten entscheiden. Ausgehend von dieser Bestimmung ist daher der Senat in zweifelhaften Punkten dem Vorbringen der Antragstellerin gefolgt. Bei seiner Entscheidung hatte der Senat vom Inhalt der ihm unvollständig (was von der Antragsgegnerin zugestanden wurde) vorgelegten Vergabeakten auszugehen. Bereits mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags wurde die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 12, Absatz eins und 2 WVRG 2007 hingewiesen. Danach haben die „diesem Landesgesetz unterliegenden Auftraggeber und Auftraggeberinnen“ in einem Nachprüfungsverfahren dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Kommt ein Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach – wie vorliegend – und wurde er auf dieses Säumnisfolgen ausdrücklich hingewiesen, so kann der Vergabekontrollsenat aufgrund des Vorbringens der nicht säumigen Beteiligten entscheiden. Ausgehend von dieser Bestimmung ist daher der Senat in zweifelhaften Punkten dem Vorbringen der Antragstellerin gefolgt.

Nach § 26 Abs. 2 WVRG 2007 kommt als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Wenn auch primär der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung gerichtet war, war diesem Antrag nicht stattzugeben, da nach Streichung mehrerer Festlegungen, wie sich dies aus Spruchpunkt 2 ergibt, die nicht davon betroffenen Festlegungen der Teilnahmeunterlagen durchaus für das weitere Verfahren Verwendung finden können. Die als nichtig befundenen Festlegungen, die im Spruchpunkt 2 näher beschrieben sind, können von der Auftraggeberin im Sinne der vorliegenden Entscheidungen neu formuliert und nach Berichtigung der Teilnahmeunterlagen als Grundlage für das weitere Vergabeverfahren genommen werden. Nach Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 kommt als Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Wenn auch primär der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung gerichtet war, war diesem Antrag nicht stattzugeben, da nach Streichung mehrerer Festlegungen, wie sich dies aus Spruchpunkt 2 ergibt, die nicht davon betroffenen Festlegungen der Teilnahmeunterlagen durchaus für das weitere Verfahren Verwendung finden können. Die als nichtig befundenen Festlegungen, die im Spruchpunkt 2 näher beschrieben sind, können von der Auftraggeberin im Sinne der vorliegenden Entscheidungen neu formuliert und nach Berichtigung der Teilnahmeunterlagen als Grundlage für das weitere Vergabeverfahren genommen werden.

Aus all diesen Gründen war daher wie aus dem Spruche ersichtlich, zu entscheiden.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 27.4.2010 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Kostenersatz gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 normierten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über den Kostenersatz gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, normierten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung 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 Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Anfechtung einer Ausschreibung; Teilweise Nichtigerklärung; Zusammenfassung von Losen; Mengenrisiko; Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit nur im Rahmen der § 70 BVergG2006; Referenzen nur von öffentlichen Auftraggebern;

Zuletzt aktualisiert am

10.09.2010

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