

TE Verg Bescheid 2010/4/15 VKS-2227/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.04.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

WVRG 2007 §2 Z16 lita sublitj

WVRG 2007 §12 Abs1 Z2

WVRG 2007 §165 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §167 Abs1

BVergG 2006 §192 Abs7

BVergG 2006 §197

BVergG 2006 §272

1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 197 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 197 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH & Co KG, ***, vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen über die Beistellung von „LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker“, Ausschreibungsnummer B63-S2-2009-003, durch die Wiener Linien GmbH & Co KG, Erdbergstraße 202, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag der Antragstellerin wird stattgegeben und die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 4.2.2010 in ihre Auswahlentscheidung das Unternehmen *** Transport & Handels GmbH aufzunehmen, für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 22.2.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin deren Pauschalgebühren von Euro 2.490,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. jj, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 165 Abs. 1 in Verbindung mit 167 Abs. 1, 192 Abs. 7, 197, 272 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j,, 6, 12 Absatz eins, Ziffer 2, 165, Absatz eins, in Verbindung mit 167 Absatz eins, 192, Absatz 7, 197, 272, BVergG 2006.

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren nach den Sektorenbestimmungen des BVergG 2006 im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung zur Beistellung von LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, wobei die Auftraggeberin den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit zehn anhand der Reihungskriterien der Ausschreibung bestgereihten Bietern auf die Dauer von drei Jahren beabsichtigt. Es soll ein einheitlicher Vertrag mit den ausgewählten Bietern abgeschlossen werden. Die Auswahl soll nach dem Kriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU sowie die nationale Bekanntmachung erfolgte jeweils am 23.10.2009. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.12.2009, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich elf weitere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 4.2.2010 hat die Antragsgegnerin, ihre Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), mitgeteilt. Danach beabsichtigt sie mit neun Unternehmen eine entsprechende Rahmenvereinbarung zu schließen, darunter mit der Antragstellerin und dem Unternehmen *** Transport & Handels GmbH (= ***).

Gegen diese Auswahlentscheidung richtet sich der am 17.2.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, auch eine Rahmenvereinbarung über vier LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker mit der *** Transport & Handels GmbH abschließen zu wollen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt die Antragstellerin die „Nichtigerklärung der mit Telefax vom 4.22.2010 bekannt gegebenen Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll“. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin hätte das Angebot des in der Auswahlentscheidung erstgereihten Bieters „***“ ausscheiden müssen, weil dieses Unternehmen zum voraussichtlichen Leistungsbeginn 1.3.2010 nicht über die angebotene Anzahl von LKW verfügen werde. Diese LKW müssten überdies mit Heckkränen ausgestattet sein, die ganz bestimmten Mindestanforderungen entsprechen müssen. Auch diesen Nachweis habe *** nach den Marktkennntnissen der Antragstellerin nicht erbringen können, weil dieses Unternehmen über keine derartigen LKW verfüge. Nach den Festlegungen der Ausschreibung habe jeder Bieter in seinem Angebot das Schlüsselpersonal namhaft zu machen. Dieses habe über einen Führerschein für Laderkrane sowie über zumindest einjährige Erfahrung im Verlegen von Teilen (insbesondere Betonfertigteilen und Schienen) zu verfügen. Das

Unternehmen „***“ verfüge tatsächlich über kein derart ausgebildetes und geschultes Schlüsselpersonal, weshalb die technische Leistungsfähigkeit auch aus diesem Grunde nicht gegeben sei. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die bei der Angebotseröffnung verlesene Bewertungssumme des Angebotes des Unternehmens „***“, insbesondere im Vergleich zu den Bewertungssummen der anderen Angebote, ungewöhnlich niedrig sei. Es sei daher davon auszugehen, dass beim Angebot dieses Unternehmens eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliege, dieser sei so niedrig, dass der Verdacht nahe liege, dass bei der Auspreisung kollektivvertragliche Entgeltbestimmungen nicht eingehalten wurden. Damit verletze das Unternehmen „***“ die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Auftraggeberin, wonach die kollektivvertraglichen Entgeltbestimmungen einzuhalten wären. Aus all diesen Gründen wäre das Angebot des Unternehmens *** auszuschneiden gewesen. Gegen diese Auswahlentscheidung richtet sich der am 17.2.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, auch eine Rahmenvereinbarung über vier LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker mit der *** Transport & Handels GmbH abschließen zu wollen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt die Antragstellerin die „Nichtigerklärung der mit Telefax vom 4.22.2010 bekannt gegebenen Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll“. Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin hätte das Angebot des in der Auswahlentscheidung erstgereihten Bieters „***“ ausscheiden müssen, weil dieses Unternehmen zum voraussichtlichen Leistungsbeginn 1.3.2010 nicht über die angebotene Anzahl von LKW verfügen werde. Diese LKW müssten überdies mit Heckkränen ausgestattet sein, die ganz bestimmten Mindestanforderungen entsprechen müssen. Auch diesen Nachweis habe *** nach den Marktkenntnissen der Antragstellerin nicht erbringen können, weil dieses Unternehmen über keine derartigen LKW verfüge. Nach den Festlegungen der Ausschreibung habe jeder Bieter in seinem Angebot das Schlüsselpersonal namhaft zu machen. Dieses habe über einen Führerschein für Laderkräne sowie über zumindest einjährige Erfahrung im Verlegen von Teilen (insbesondere Betonfertigteilen und Schienen) zu verfügen. Das Unternehmen „***“ verfüge tatsächlich über kein derart ausgebildetes und geschultes Schlüsselpersonal, weshalb die technische Leistungsfähigkeit auch aus diesem Grunde nicht gegeben sei. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass die bei der Angebotseröffnung verlesene Bewertungssumme des Angebotes des Unternehmens „***“, insbesondere im Vergleich zu den Bewertungssummen der anderen Angebote, ungewöhnlich niedrig sei. Es sei daher davon auszugehen, dass beim Angebot dieses Unternehmens eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliege, dieser sei so niedrig, dass der Verdacht nahe liege, dass bei der Auspreisung kollektivvertragliche Entgeltbestimmungen nicht eingehalten wurden. Damit verletze das Unternehmen „***“ die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Auftraggeberin, wonach die kollektivvertraglichen Entgeltbestimmungen einzuhalten wären. Aus all diesen Gründen wäre das Angebot des Unternehmens *** auszuschneiden gewesen.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf gesetzmäßige Durchführung eines Vergabeverfahrens, auf rechtskonforme und vollständige Angebotsprüfung, auf Unterlassung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Bieter, dessen Angebote bei gesetzmäßiger Vorgangsweise auszuschneiden gewesen wäre, in ihrem Recht auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung nur mit solchen Bietern, die gemäß den Anforderungen der Ausschreibung über die geforderte technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen, sowie schließlich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung. Auf Seite 12 der Ausschreibung werde ausdrücklich festgehalten, dass die Wahrscheinlichkeit für die Inanspruchnahme eines Unternehmers maßgeblich davon abhängt, an welcher Stelle der Unternehmer gereiht sei und wie viele LKW die vorgereihten Bieter in ihren Angeboten angeführt haben. Die Antragstellerin sei zwar zum Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehen, jedoch nur an 8. (und damit vorletzter) Stelle gereiht. Vor ihr seien somit sieben Bieter mit insgesamt 18 LKW gereiht. Im Falle des Ausscheidens des an erster Stelle gereihten Bieters „***“ käme es zu häufigeren Leistungsabrufen von der Antragstellerin, wodurch sie auch bei Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen einen höheren Gewinn erzielen könnte. Sollte ihrem Antrag jedoch nicht stattgegeben werden, drohe ihr durch einen verminderten Einsatz ihrer Fahrzeuge unter Berücksichtigung eines „Standardbedarfes“ ein mehrere 100.000,-- Euro betragender Schaden. Dazu kämen die Kosten für die Ausarbeitung des Angebotes sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 22.2.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen

Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 25.2.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, die Bieter hätten nur nachzuweisen gehabt, dass sie zum Leistungsbeginn über den erforderlichen Fuhrpark verfügen werden. Der Zeitpunkt „zum Leistungsbeginn“ sei von der Antragsgegnerin bewusst gewählt worden, um den potentiellen Bietern die Möglichkeit der Fahrzeugbeschaffung einzuräumen und somit einen größtmöglichen Bieterkreis anzusprechen. Der Nachweis hätte gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung entweder durch Vorlage bestehender Zulassungsscheine oder von entsprechenden Kauf-, Miet- oder Vorverträgen oder Lieferantenbestätigungen erfolgen können. Das Unternehmen „***“ habe vier LKW angeboten und die entsprechenden Nachweise erbracht. Die Bieter hätten auch nachzuweisen gehabt, dass sie über das erforderliche Schlüsselpersonal verfügten. Dazu sei eine entsprechende Erklärung abzugeben gewesen. Entsprechende Erklärungen seien von „***“ abgegeben worden. Im Zuge der Angebotsprüfung sei dieses Unternehmen aufgefordert worden, die Führerscheine für Ladekräne für das angeführte Personal vorzulegen. Die Ladekranführerscheine seien nachgereicht worden, wobei sich herausgestellt habe, dass „Herr ***, der ebenfalls im Formblatt Erklärung Schlüsselpersonal angeführt war, nicht über den erforderlichen Führerschein verfügte“. Da *** vier LKW angeboten habe und die Anforderungen an das Schlüsselpersonal für vier Personen nachgewiesen worden seien, sei der fehlende Ladekranführerschein von *** unbeachtlich gewesen. Damit habe das Unternehmen *** in ausschreibungskonformer Weise nachgewiesen, über das geforderte Schlüsselpersonal zu verfügen. Der Angebotspreis sei auch der Antragsgegnerin im Verhältnis zu den anderen Angeboten niedrig erschienen, weshalb eine eingehende Aufklärung zur Kalkulation insbesondere des „Lohnes“ verlangt worden sei. Das Unternehmen „***“ habe die verlangten Aufklärungen gegeben, sodass die Antragsgegnerin zur Überzeugung gelangen konnte, dass die Kalkulation dieses Unternehmens „zwar ungewöhnlich sei, aber keinen Ausscheidungstatbestand erfülle, da nicht gegen Kalkulationsvorschriften verstoßen

wurde und es der Antragsgegnerin plausibel erscheine, dass die *** ... die

ausgeschriebene Leistung zu den angebotenen Preisen erbringen“ könne. Ausscheidungsgründe seien damit nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 3.3.2010 ist das in die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin aufgenommene Unternehmen „***“ als Partei des Verfahrens (§ 22 Abs. 2 VWRG 2007) eingetreten und hat im Detail vorgebracht, dass sie sowohl das geforderte Schlüsselpersonal als auch die Ausstattung mit LKW nachgewiesen hätte. Zum Vorwurf der unplausiblen Preisgestaltung bringt die Teilnehmerebene vor, dies sei unrichtig und entbehre jeder Grundlage. Sie stellt (ausgeschlossen von der Einsicht durch die Antragstellerin) in diesem Schriftsatz ihre Preisgestaltung näher dar. Schließlich enthält ihr Schriftsatz umfangreiche Ausführungen, zur Frage, ob eine einheitliche Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten Unternehmen abgeschlossen werden soll oder Rahmenvereinbarungen jeweils gesondert mit jedem einzelnen, ausgewählten Unternehmer. Mit Schriftsatz vom 3.3.2010 ist das in die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin aufgenommene Unternehmen „***“ als Partei des Verfahrens (Paragraph 22, Absatz 2, VWRG 2007) eingetreten und hat im Detail vorgebracht, dass sie sowohl das geforderte Schlüsselpersonal als auch die Ausstattung mit LKW nachgewiesen hätte. Zum Vorwurf der unplausiblen Preisgestaltung bringt die Teilnehmerebene vor, dies sei unrichtig und entbehre jeder Grundlage. Sie stellt (ausgeschlossen von der Einsicht durch die Antragstellerin) in diesem Schriftsatz ihre Preisgestaltung näher dar. Schließlich enthält ihr Schriftsatz umfangreiche Ausführungen, zur Frage, ob eine einheitliche Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten Unternehmen abgeschlossen werden soll oder Rahmenvereinbarungen jeweils gesondert mit jedem einzelnen, ausgewählten Unternehmer.

Diese Schriftsätze hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 7.4.2010 beantwortet und unter Hinweis auf die ihr nur eingeschränkt gewährte Akteneinsicht ausgeführt, bei der Position „Lohn“ habe die Teilnehmerebene mehrfach gegen Kalkulationsvorschriften verstoßen, eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises liege nicht vor. Zum Schlüsselpersonal habe die Teilnehmerebene offensichtlich falsche Angaben gemacht, weil eine Person als qualifiziertes Schlüsselpersonal angeführt worden sei, die tatsächlich nicht über die geforderten Qualifikationen verfügt habe. Diese Erklärung sei schuldhaft falsch gewesen, was für sich allein gesehen bereits einen Ausschlussgrund bilden müsste. Nach Ansicht der Antragstellerin werde von der Auftraggeberin mit jedem Bieter eine von den übrigen Rahmenvereinbarungen rechtlich unabhängige Rahmenvereinbarung abgeschlossen. Die Tatsache, dass es sich um eine einheitliche Rahmenvereinbarung „im Sinne mehrerer inhaltlich identer Rahmenvereinbarungen handle“, ändere daran nichts.

Schließlich hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 14.4.2010 abermals zu den von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründen Stellung genommen und dargelegt, warum insbesondere bei der Kalkulation der Lohnkosten Gründe, die eine Ausscheidung rechtfertigen könnten, nicht vorlägen. Auch ihre technische Leistungsfähigkeit, sowohl was die Ausstattung mit den geforderten LKW samt Ladekran anlange, als auch das Schlüsselpersonal sei im verlangten Ausmaß gegeben.

Eingangs der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2010 haben die Parteien übereinstimmend vorgebracht, dass es sich bei der gegenständlich zu vergebenden Rahmenvereinbarung um einen einheitlichen Vertrag mit zehn Teilnehmern handelt, sodass mit jedem Teilnehmer eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

Ergänzend zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als Sektorenauftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung zur Beistellung von LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, wobei die Auftraggeberin den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit zehn anhand der Reihungskriterien der Ausschreibung bestgereihten Bietern auf die Dauer von drei Jahren beabsichtigt. Die Auswahl soll nach dem Kriterium niedrigster Preis erfolgen. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.12.2009, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Neben der Antragstellerin haben sich elf weitere Unternehmen am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt.

Jeder Bieter hatte im Leistungsverzeichnis Teil D anzugeben, für wie viele Kran-LKW inklusive Lenker er ein Angebot abgibt. Er hat während der Dauer der Rahmenvereinbarung die entsprechende Zahl an LKW bei Abrufen bereitzuhalten. Der Abruf erfolgt unmittelbar aufgrund der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Wettbewerb, wobei ein „Kaskadensystem“ zur Anwendung kommt. Der Abruf erfolgt zunächst vom in der Ausschreibung gemäß Punkt 4 bestgereihten Partner. Ist der beim konkreten Abruf feststehende Gesamtbedarf der Antragsgegnerin größer als das vom erstgereihten Partner angebotene Kontingent, ruft die Antragsgegnerin die restliche Leistung nach dem selben System von dem bzw. den laut Punkt 4 nächstgereihten Partner/n ab, bis der Gesamtbedarf der Antragsgegnerin gedeckt ist (Punkt 1.3.2 der Ausschreibungsunterlagen).

Zur technischen Leistungsfähigkeit ist in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt:

„2.3.4 Technische Leistungsfähigkeit

2.3.4.1 Anforderungen Schlüsselpersonal

Der Bieter hat die Fahrzeuglenker, die er bei der Leistungserbringung einzusetzen beabsichtigt, in seinem Angebot namhaft zu machen (Schlüsselpersonal). Das namhaft gemachte Schlüsselpersonal muss

Anweisungen in deutscher Sprache verstehen und sich auch in deutscher Sprache verständigen können.

über einen Führerschein für Ladekräne verfügen. Ein solcher ist in Entsprechung des § 2 der Verordnung der Bundesregierung über den Nachweis der Fachkenntnisse (Bundes-Fachkenntnisnachweis-Verordnung – B-FK-V) BGBl. II 441/1975 idF BGBl. II 229/2007 bei Arbeiten, die das Führen von Kranen beinhalten notwendig. über Erfahrung von zumindest einem Jahr im Verlegen von Teilen (insbesondere Betonfertigteilen und Schienen) verfügen, die ein millimetergenaues Einpassen erfordern. über einen Führerschein für Ladekräne verfügen. Ein solcher ist in Entsprechung des Paragraph 2, der Verordnung der Bundesregierung über den Nachweis der Fachkenntnisse (Bundes-Fachkenntnisnachweis-Verordnung – B-FK-V) Bundesgesetzblatt Teil 2, 441 aus 1975, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 229 aus 2007, bei Arbeiten, die das Führen von Kranen beinhalten notwendig. über Erfahrung von zumindest einem Jahr im Verlegen von Teilen (insbesondere Betonfertigteilen und Schienen) verfügen, die ein millimetergenaues Einpassen erfordern.

Je LKW, den der Bieter anbietet, ist ein Lenker als Schlüsselpersonal bekanntzugeben. Dazu ist vom Bieter ein vollständig ausgefülltes Formblatt Erklärung Schlüsselpersonal vorzulegen. Der AG behält sich vor, die Verfügbarkeit

des Schlüsselpersonals im Einzelfall gesondert zu prüfen. Der AG behält sich weiters vor, das angebotene Schlüsselpersonal im Anlassfall von der Abteilung V44k (Ausbildung Kraftfahrsektor) auf seine Fahrtüchtigkeit hin überprüfen zu lassen.

2.3.4.2 Anforderungen LKW-Fuhrpark

Weiters hat der Bieter im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit nachzuweisen, dass er zum voraussichtlichen Leistungsbeginn (...) über den erforderlichen Fuhrpark verfügen wird. Je LKW, den der Bieter anbietet, hat er den Der (die) angebotene(n) LKW müssen

über Kipper und Ladekran verfügen und eine Nutzlast von 6-12 Tonnen aufweisen. mit einem Heckkran/Heckkränen ausgestattet sein. Die Mindestanforderung beträgt 14tm, eine Reichweite von mindestens 10m und dabei eine Hubkraft von 1.000 kg. lärmarm sein

mindestens der Euro Klasse 3 oder höher entsprechen

Der Nachweis der Verfügbarkeit des LKW zum voraussichtlichen Leistungsbeginn (ca. Jänner 2010) muss grundsätzlich zum Ende der Angebotsfrist vorliegen. Der Nachweis der Verfügbarkeit ist primär durch Vorlage des Zulassungsscheins (Kopie) zu führen, sodass der Bieter je LKW, den er im Leistungsverzeichnis anbietet, einen Zulassungsschein (in Kopie), vorzulegen hat, aus dem hervorgeht, dass er Zulassungsbesitzer des betreffenden LKW ist. Alternativ kann der Nachweis auch durch Vorlage von Kauf- oder Mietverträgen oder Vorverträgen oder Verpflichtungserklärungen von Subunternehmern erbracht werden, aus denen hervorgeht, dass die Verfügbarkeit über den LKW spätestens im Zeitpunkt des Leistungsbeginnes gegeben ist.

Zusätzlich ist vom Bieter jedenfalls ein vollständig ausgefülltes Formblatt Erklärung Fuhrpark vorzulegen. Der AG behält sich vor, die Verfügbarkeit des Fuhrparks im Einzelfall gesondert zu prüfen."

Die nachfolgend wiedergegebenen Festlegungen betreffen die Bewertung der Angebote:

„4 Bewertung der Angebote

Der AG wird Rahmenvereinbarungen mit den 10 besten gemäß Punkt 4 gereihten Bietern abschließen, jedenfalls aber mit so vielen Bietern, dass insgesamt 55 LKWs bereitgestellt werden.

Beispiel: bieten die 10 bestgereihten Bieter zB insgesamt 55 oder mehr LKWs an, werden Rahmenvereinbarungen nur mit diesen abgeschlossen. Bieten die 10 bestgereihten Bieter zB nur 40 LKWs an, wird eine Rahmenvereinbarung mit dem

11. gereihten Bieter abgeschlossen; ist dadurch die Zahl 55 noch immer nicht überschritten, dann mit dem 12.gereihten Bieter und so weiter. Werden insgesamt weniger als 55 LKWs angeboten, so beabsichtigt der AG dennoch den Abschluss der Rahmenvereinbarungen, behält sich in diesem Fall jedoch den Widerruf der Ausschreibung vor.

Die Reihung der Angebote erfolgt gemäß dem Billigstbieterprinzip nach den folgenden Rahmenbedingungen:

Jeder Bieter hat im Leistungsverzeichnis anzugeben, für wie viele Kran-LKW inkl. Lenker er ein Angebot abgibt.

Im Leistungsverzeichnis sind die Bedarfsschätzungen des AG für die drei Kategorien „Normalstunde" (Arbeiten von Montag bis Samstag in der Zeit von 07:00 Uhr bis 15:00 Uhr)

„Überstunde 50 %" (=Arbeiten Montag bis Samstag in der Zeit von 06:00 Uhr bis 07:00 Uhr und von 15:00 Uhr bis 22:00 Uhr)

„Überstunde 100 %" (=Arbeiten an Sonn- und Feiertagen 0.00-24.00 Uhr sowie Montag bis Samstag in der Zeit von 22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) je angebotenem LKW enthalten.

Der Bieter hat im Leistungsverzeichnis (dieses ist dem Angebot beizulegen) das Entgelt für diese 3 Kategorien auszureisen.

Da die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen abgeschlossen wird, und der Abruf immer entsprechend der Reihung erfolgt, hängt die Wahrscheinlichkeit für die Inanspruchnahme des einzelnen Unternehmens (neben der Schwierigkeit der Abschätzung des künftigen Bedarfes) auch maßgeblich davon ab, an welcher Stelle es gereiht ist und

wie viele LKW die vorgereichten Bieter angeboten haben. Daher haben die Bieter die Möglichkeit, unter Zugrundelegung geringerer Abrufvolumina (- 25 %, -50 %, -75 %) andere Entgelte für die 3 Kategorien (Normal, Überstunde 50 %, Überstunde 100 %) anzubieten.

Das billigste Angebot wird ermittelt, indem die Zwischenergebnisse der 4 Szenarien (Basis-Szenario, Szenario Varianten 1 bis 3) addiert werden. Der auf Seite 5 des Angebotshauptteils und Angebotsinhaltsverzeichnisses (WSTW 9281 Teil 2) einzutragende „Gesamtpreis“ hat der im Leistungsverzeichnis (Teil D) ermittelten Summe der Zwischenergebnisse der 4 Szenarien (Basis-Szenario, Szenario Varianten 1 bis 3) zu entsprechen.

Jenes Unternehmen, das den geringsten Gesamtpreis je LKW aufweist, ist an erster Stelle gereiht (von diesem wird daher immer zuerst abgerufen), jenes mit dem zweitgeringsten Gesamtpreis an zweiter Stelle usw..“

Insgesamt haben sich zwölf Bieter am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 3.12.2009 wurde das Angebot der Antragstellerin, die acht LKW angeboten hat, mit einer Bewertungssumme von Euro 253.577,-- an 8. Stelle, jenes der *** Transport & Handels GmbH, die vier LKW angeboten hat, mit Euro 218.225,-- an erster Stelle verlesen (Ordner 2, Abschnitt 3). Aus den Vergabeakten (Ordner 1) ergibt sich, dass im Anschluss an die Angebotseröffnung die Antragsgegnerin alle Angebote einer entsprechenden Prüfung unterzogen hat und dabei das Angebot der Teilnahmeberechtigten sowohl hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit als auch der Kalkulation eingehender geprüft. Im Zuge dieser Prüfung wurde die Teilnahmeberechtigte aufgefordert hinsichtlich der von ihr namhaft gemachten Lenker die „Ladekranführerscheine“ vorzulegen. Über Aufforderung hat die Teilnahmeberechtigte, die in ihrem Angebot fünf Personen mit Kranführerscheinen namhaft gemacht hat, die Kranführerausweise für vier Fahrer vorgelegt. Von diesen vier Ausweisen sind drei je am 8.8.2007 ausgestellt worden, ein Ausweis am 12.5.2009 (Fahrer Posch). Als fünfte Person mit Kranführerschein wurde von der Teilnahmeberechtigten *** namhaft gemacht. Dieser hat im E-Mail vom 14.12.2009 erklärt, über einen derartigen Nachweis nicht zu verfügen, jedoch „persönlich jahrelang im Auftrag der Wiener Linien Betonplatten gelegt“ zu haben und daher über die „entsprechenden Voraussetzungen“ zu verfügen. Wenn erforderlich, werde er „die Prüfung für den Kranschein ablegen“.

Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, ob die angebotenen LKW über eine Nutzlast von 6 - 12 Tonnen aufweisen und lärmarm sind. Über die Erfüllung der Mindestanforderungen an den Heckkran findet sich bloß ein lapidarer Vermerk (Ankreuzen des Textbausteines).

Gleichfalls findet sich in den Vergabeakten eine Prüfung der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten, wozu diese zur Voralge eines ausgefüllten K 3 – Blattes und zur Erklärung insbesondere des Umstandes, „warum der von ihnen angegebene Lohn von den kollektivvertraglich vorgesehenen Löhnen abweicht“, aufgefordert wurde. Diese Auskünfte hat die Teilnahmeberechtigte gegeben, wobei diesbezüglich ein mehrfacher Schriftverkehr stattgefunden hat. Zusammengefasst hat die Prüfung der Lohnkosten ergeben, dass von der Teilnahmeberechtigten die Lohnnebenkosten in den Anteil „Sonstiges“ verschoben wurden und der Anteil Sonstiges auch in der Kategorie „Überstunden zu 50 % bzw. 100 %“ gleich hoch bleibt, was jedoch als nicht nachvollziehbar beurteilt wurde. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte zum gleichbleibenden Anteil Sonstiges ausgeführt, dass davon auszugehen ist, dass erst bei einer größeren Auslastung Überstunden anfallen. Sie gehe daher mit den „errechneten Eigenkosten des LKW massiv runter, wo die Überstunden beginnen“. Damit sei gemeint, „dass die Lohnnebenkosten bei Überstunden in unserer Kalkulation (welche nicht weiter gegeben werden), durch die reduzierten Eigenkosten des LKW bei einer erhöhten Auslastung gegen zu rechnen sind und sich dadurch aufheben. Fixkosten wie z.B. Versicherung, zeitlicher Wertverlust, Administration, werden durch die Normalstunden abgedeckt. Bei allen darüber hinaus geleisteten Stunden reduzieren sich die sonstigen Kosten und deshalb ist es uns möglich einen günstigen Preis anzubieten“.

Zu diesem Problem hat die Antragsgegnerin eine gutachterliche Stellungnahme der Rechtsanwälte Schramm/Öhler, eingeholt, die nach Prüfung zusammenfassend zum Ergebnis gelangten, dass die Begründung, wonach „der Anteil Sonstiges auch in den

Kategorien Überstunde 50 % bzw. Überstunde 100 % gleich bleibt, ... prima vista

nicht nachvollziehbar (ist) und wäre ebenso wie die weiteren Darstellungen im E-Mail 23.12.2009 noch mit einem Sachverständigen abzuklären bzw. allenfalls die Bieterin nochmals um Aufklärung zu ersuchen“.

Weitere Prüfschritte zum Angebot der Teilnahmeberechtigten sind den Vergabeakten nicht zu entnehmen. In der nicht

datierten Niederschrift über die Angebotsprüfung wird zum Angebot der Teilnahmeberechtigten festgehalten, dass Mängelbehebungsaufträge notwendig waren und die Teilnahmeberechtigte zur genauen Erklärung der Zusammensetzung der Lohnkosten und zum Nachweis der Kranscheine des Schlüsselpersonal aufgefordert wurde. Innerhalb offener Frist habe die Teilnahmeberechtigte eine „Aufteilung der Lohnkosten“ sowie Kopien der Kranscheine vorgelegt. Insgesamt hat die Antragsgegnerin das Angebot der Teilnahmeberechtigten als ausschreibungskonform befunden, jedoch im Abschnitt C „vertiefte Angebotsprüfung“ festgehalten, dass diese insbesondere durchgeführt wurde, weil „der Anteil Lohn des EB nicht nachvollziehbar war“. Weiters wird in der Niederschrift festgehalten, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde durch Erstellung eines Preisspiegels über sämtliche Positionen des Angebotes und durch schriftliche Aufklärung des Anteils Lohn, „die Lohnnebenkosten sind im Anteil Sonstiges einkalkuliert“. Auffällige Positionen seien nicht vorhanden. Zum Ergebnis der schriftlichen Aufforderung um Aufklärung wird auf die „siehe beiliegende Unterlagen“, verwiesen. Ob und aus welchen Gründen das Angebot der Teilnahmeberechtigten als plausibel kalkuliert und angemessen befunden wurde, ist der Niederschrift über die Angebotsprüfung nicht zu entnehmen. Es findet sich lediglich unter der Überschrift Preisangemessenheit der Vermerk: „Das Angebot des Best-/Billigstbieters wird in seiner Gesamtheit als preislich angemessen beurteilt“. Angeheftet an die Niederschrift findet sich dann eine Reihung von neun Bietern mit der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle, der Antragstellerin an achter Stelle. Die Niederschrift über die Angebotsprüfung ist nur von dem Sachbearbeiter unterschrieben, sie ist nicht datiert.

Mit Schreiben vom 4.2.2010 hat die Antragsgegnerin ihre Entscheidung mitgeteilt, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Diese Entscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung ist am 17.2.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2010. Soweit Feststellungen aus den Vergabeakten getroffen wurden, sind die Fundstellen entsprechend angegeben worden. Dass die Antragsgegnerin Zweifel an der Richtigkeit der Kalkulation, vor allem der Lohnkosten gehabt hat, ist aus den Vergabeakten eindeutig ersichtlich, dazu kann auf die zweifachen Aufforderungen an die Teilnahmeberechtigte um Aufklärung verwiesen werden. Dass die Zweifel der Antragsgegnerin durch die Aufklärungen der Teilnahmeberechtigten nicht beseitigt werden konnten, ist schon daraus abzuleiten, dass sie zu einer Beurteilung des Sachverhaltes eine mit Vergaberechtssachen vertraute Anwaltskanzlei beigezogen hat. Trotz der von dieser Anwaltskanzlei abgegebenen gutachterlichen Stellungnahme, die selbst nicht zu einem eindeutigen Ergebnis gekommen ist, sondern vielmehr die Notwendigkeit weiterer Prüfschritte zur Kalkulation für notwendig erachtet hat, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen, warum und aus welchen Überlegungen die Antragsgegnerin diese weiteren Überprüfungen nicht vorgenommen hat. Insbesondere kann der teilweise wiedergegebenen Niederschrift über die Angebotsprüfung nicht entnommen werden, wie und aus welchen Überlegungen und Schlussfolgerungen die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt ist, dass die Kalkulation insbesondere der Lohnkosten im Angebot der Teilnahmeberechtigten vergaberechtskonform ist. Auch in der mündlichen Verhandlung war die Antragsgegnerin nicht in der Lage, dafür eine plausible Erklärung abzugeben. Sie hat sich offenbar mit der Erklärung der Teilnahmeberechtigten zufrieden gegeben, „dass als Lohn nur jener Betrag ausgewiesen wurde, den der Arbeiter bekommt, die Lohnnebenkosten hingegen im „Sonstigen“ untergebracht wurden“ (Protokoll Seite 6). Ob bei dieser Art der Kalkulation der Lohnkosten, insbesondere der Lohnnebenkosten die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden konnten, hat die Antragsgegnerin trotz ihrer Bedenken offenbar nicht näher geprüft. Dass die Teilnahmeberechtigte über die entsprechende Ausstattung an LKW mit Ladekränen zumindest zu Leistungsbeginn verfügen wird, hat die Teilnahmeberechtigte in unbedenklicher Weise nachgewiesen. Auch dass die Teilnahmeberechtigte beim Personal über jedenfalls vier Lenker mit den geforderten „Kranführerscheinen“ verfügt, ist ebenfalls nachgewiesen. Dass einer dieser Lenker über einen Ausweis verfügt, der erst am 12.5.2009 ausgestellt wurde, war aus den in Kopie in den Vergabeakten erliegenden Nachweisen festzustellen. Damit hat sich aber die Antragsgegnerin, obwohl es sich um ein Eignungskriterium handelt, nicht auseinandergesetzt.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich (§§ 164, 165, 169 BVergG 2006) tätig ist und ein offenes Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung und zwar zur

Beistellung von LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker führt. Es handelt sich um die Vergabe von Dienstleistungen (§ 6 BVergG 2006) im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Die Rahmenvereinbarung soll mit zehn anhand der Reihungskriterien der Ausschreibung bestgereihten Bieter auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Die Auswahl der Bieter soll nach dem Kriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.12.2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich elf weitere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt. Nach der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung der Antragsgegnerin vom 4.2.2010, mit welcher Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), ist das Angebot des Unternehmens *** an erster Stelle, jenes der Antragstellerin an achter Stelle gereiht. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich (Paragraphen 164, 165, 169, BVergG 2006) tätig ist und ein offenes Verfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung und zwar zur Beistellung von LKW mit Kipper und Ladekran inklusive Lenker führt. Es handelt sich um die Vergabe von Dienstleistungen (Paragraph 6, BVergG 2006) im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Die Rahmenvereinbarung soll mit zehn anhand der Reihungskriterien der Ausschreibung bestgereihten Bieter auf die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Die Auswahl der Bieter soll nach dem Kriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 3.12.2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Neben der Antragstellerin haben sich elf weitere Bieter am Vergabeverfahren beteiligt. Nach der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung der Antragsgegnerin vom 4.2.2010, mit welcher Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Auswahlentscheidung), ist das Angebot des Unternehmens *** an erster Stelle, jenes der Antragstellerin an achter Stelle gereiht.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens 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 Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung ausreichend dargelegt, indem sie ausführte, durch den Wegfall des an erster Stelle gereihten Bieters, der vier LKW angeboten habe, käme es zu einem früheren und häufigeren Abruf von LKW der an achter Stelle gereihten Antragstellerin. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf teilweise Nichtigkeitsklärung der Auswahlentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. j BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. 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 Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung ausreichend dargelegt, indem sie ausführte, durch den Wegfall des an erster Stelle gereihten Bieters, der vier LKW angeboten habe, käme es zu einem früheren und häufigeren Abruf von LKW der an achter Stelle gereihten Antragstellerin. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf teilweise Nichtigkeitsklärung der Auswahlentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 4.2.2010 im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf

Nichtigerklärung ist am 17.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 4.2.2010 im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung ist am 17.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Jeder Bieter hatte nach den Ausschreibungsunterlagen bereits mit dem Angebot pro LKW mindestens eine Schlüsselperson namhaft zu machen. Die Mindestanforderungen an das Schlüsselpersonal sind im Punkt 2.3.4.1 der Ausschreibung genau definiert. Danach muss das Schlüsselpersonal Anweisungen in deutscher Sprache verstehen und sich auch in deutscher Sprache verständigen können, über einen Führerschein für Ladekräne verfügen sowie über eine Erfahrung von zumindest einem Jahr im Verlegen von Teilen (insbesondere Betonfertigteilen und Schienen), die ein millimetergenaues Einpassen erfordern. Nun ist aus den Vergabeakten nicht weiters ersichtlich, ob die Antragsgegnerin beim Angebot der Teilnahmeberechtigten etwa die Deutschkenntnisse des namhaft gemachten Schlüsselpersonals näher überprüft hat. Die Teilnahmeberechtigten, die vier LKW angeboten hat, hat über Aufforderung der Antragsgegnerin Kopien von vier Führerscheinen für Ladekräne vorgelegt. Aus diesen ergibt sich, dass ein als Schlüsselperson namhaft gemachter Mitarbeiter der Teilnahmeberechtigten (Herr Posch) die Ausbildung für das Führen von Ladekränen in der Zeit vom 16.3.2009 bis 18.3.2009 absolviert hat. Da die Angebotseröffnung am 3.12.2009 erfolgte, hatte dieser Bieter nachzuweisen, dass das Erfordernis der einjährigen Erfahrung zu diesem Zeitpunkt erfüllt ist. Selbst wenn man nicht auf das Datum der Ausstellung des Kranführerscheins abstellen will (12.5.2009) sondern auf das Ende der Ausbildung (18.3.2009), ist bezüglich dieses Fahrers der erforderliche Nachweis der einjährigen Erfahrung nicht erbracht. Warum dennoch die Antragsgegnerin hinsichtlich dieses Fahrers die Erfüllung der Eignungsanforderungen angenommen hat, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ein Ersatz dieses Fahrers durch den ebenfalls als Schlüsselperson genannten Herrn *** scheidet aus, weil dieser dem eigenen Vorbringen nach über den erforderlichen Kranführerschein nicht verfügt, mag er auch in den Jahren vor Angebotslegung entsprechende Leistungen für die Antragsgegnerin erbracht haben. Im fortgesetzten Verfahren wird daher die Antragsgegnerin neuerlich die Frage der Erfüllung der Anforderungen durch das namhaft gemachte Schlüsselpersonal zu prüfen haben.

Den Vergabeakten ist auch nicht in der erforderlichen Deutlichkeit zu entnehmen, ob die von *** angebotenen LKW über die festgelegte Nutzlast von sechs bis zwölf Tonnen verfügen, lärmarm sind und mindestens der Euroklasse 3 oder höher entsprechen. Sollte die Antragsgegnerin (wie von ihr in der mündlichen Verhandlung vorgebracht) aus dem bekannt gegebenen Baujahr der LKW auf das Vorhandensein der Euroklasse 3 - Eignung geschlossen haben, so wäre auch dies in den Vergabeakten entsprechend zu dokumentieren gewesen. Ebenfalls fehlt in den Vergabeakten ein Vermerk über die Erfüllung der Mindestanforderungen an die von *** angebotenen Heckkräne. Das Ankreuzen des entsprechenden Textbausteines über die Erfüllung der Eignungskriterien an sich ist wenig geeignet, jene Prüfschritte und Überlegungen zu dokumentieren, aufgrund derer die Antragsgegnerin zu einem positiven Ergebnis gelangt ist.

Zur Prüfung der Preisangemessenheit ist davon auszugehen, dass in der Ausschreibung eine Aufgliederung in „Lohn“ und „Sonstiges“ verlangt war. Lohn und Sonstiges addiert ergibt den Einheitspreis pro Stunde, pro LKW. Die Antragsgegnerin, die ihrem eigenen Vorbringen nach den Aufklärungsbedarf bei den Lohnansätzen im Angebot der Teilnahmeberechtigten erkannt hat, hat sich offenbar mit dem von der Teilnahmeberechtigten gegebenen Aufklärungen zufrieden gegeben und diese nicht mehr weiterhin hinterfragt, „weil unser Teilnahmeberechtigter erklärt hat, wie seine Einheitspreise zustande gekommen sind. Wir haben diese Erklärung für plausibel und schlüssig gehalten“ (Protokoll Seite 7). Aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung ist festzustellen, dass zwar eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, es die Antragsgegnerin jedoch bei der Aufklärung, dass die Lohnnebenkosten im Anteil „Sonstiges“ einkalkuliert sind, bewenden ließ, indem sie vermerkt „dass keine auffälligen Positionen vorliegen“ (Ankreuzen des Textbausteines). Dazu ist aber anzumerken, dass die Aufklärung einen Wert von Euro 15,40 für die gesamten Kosten pro Leistungsstunde ergab (Lohn- und Maschineneinsatz), der Antragsgegnerin aber eine von ihr eingeholte Information der Wirtschaftskammer (Transport) mit einem Stundenlohn von Euro 17,80 vorlag. Trotz dieses Nachweises ist die Antragsgegnerin auf die auch nach Aufklärung weiterhin bestehende Differenz nicht eingegangen und hat insbesondere sich in keiner Weise damit auseinandergesetzt, ob eine Unterpreisigkeit des Angebotes vorliege. Sie hat zwar ein Gutachten einer mit Vergaberechtssachen vertrauten Rechtsanwaltskanzlei eingeholt, jedoch nur zur Frage, ob aufgrund der von der Antragsgegnerin „als ungewöhnlich“ bezeichneten Art der Kalkulation ein Ausscheidungsgrund vorliegt. Die Lohnnebenkosten sind abhängig vom Kollektivvertragslohn inklusive

Aufzahlungen wie zum Beispiel Überstunden. Im Angebot der „***“ ist der Betrag beim Anteil „Sonstiges“ bei der „Normalstunde“ gleich wie bei der „50 % und 100 % Überstunde“. Dies ist an sich nicht nachvollziehbar und konnte auch für den Senat in einer plausiblen Art und Weise von der Teilnahmeberechtigten nicht erklärt werden, da der Anteil an Lohnnebenkosten nicht in der selben Betragshöhe jeweils vorliegen kann. Wenn *** dazu erklärt, dass dies mit der geringeren fahrzeugbezogenen Fixkostenbelastung kompensiert werde, da sie durch den niedrigen Angebotspreis von einer sehr hohen Auslastung ausgeht, erscheint diese Argumentation nicht plausibel sondern eher spekulativ, da ein Bieter nicht davon ausgehen kann, in der Preisreihung ganz vorne zu stehen und damit häufiger als andere Bieter zum Einsatz von LKW kommen kann. Im Vergleich zu den anderen, in den Vergabeakten erliegenden Angeboten zeigt sich, dass die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten hinsichtlich des Kostenanteils „Sonstiges“ zumindest als „ungewöhnlich“ bezeichnet werden muss. Selbst die von der Antragsgegnerin beigezogene Anwaltskanzlei konnte in ihrer gutachterlichen Stellungnahme abschließend nur zum Ergebnis gelangen, dass die Begründung der Teilnahmeberechtigten „wonach der Anteil Sonstiges auch in den Kategorien Überstunde 50 % bzw. Überstunde 100 % gleich

bleibt ... prima vista nicht nachvollziehbar (ist) und wäre ebenso wie die weiteren

Darstellungen im E-Mail vom 23.12.2009 noch mit einem Sachverständigen abzuklären bzw. allenfalls die Bieterin nochmals um Aufklärung zu ersuchen“. Ungeachtet dieser Ausführungen hat die Antragsgegnerin – ohne dass aus den Vergabeakten ersichtlich wäre, aufgrund welcher Überlegungen – in ihrer Niederschrift über die Angebotsprüfung festgehalten, „das Angebot des Best- /Billigstbieters wird in seiner Gesamtheit als preislich angemessen beurteilt“. Ob bei dieser von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Kalkulation insbesondere arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen nach § 241 BVergG 2006 eingehalten wurden, wurde jedenfalls in einer nachvollziehbar dokumentierten Weise von der Antragsgegnerin offenbar nicht geprüft. Es kann daher im Ergebnis nicht gesagt werden, ob das Angebot der Teilnahmeberechtigten in einer vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Art und Weise kalkuliert wurde oder nicht. Die Antragsgegnerin hat es diesbezüglich unterlassen, ihre Prüfschritte (sofern sie überhaupt gesetzt wurden) zu dokumentieren und ihre Schlussfolgerungen und Überlegungen, die zur Annahme eines plausibel kalkulierten Angebotes geführt haben, festzuhalten. Dem Senat ist es daher nicht möglich aufgrund des derzeitigen Verfahrensstandes festzustellen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe vorliegen oder nicht. Darstellungen im E-Mail vom 23.12.2009 noch mit einem Sachverständigen abzuklären bzw. allenfalls die Bieterin nochmals um Aufklärung zu ersuchen“. Ungeachtet dieser Ausführungen hat die Antragsgegnerin – ohne dass aus den Vergabeakten ersichtlich wäre, aufgrund welcher Überlegungen – in ihrer Niederschrift über die Angebotsprüfung festgehalten, „das Angebot des Best- /Billigstbieters wird in seiner Gesamtheit als preislich angemessen beurteilt“. Ob bei dieser von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Kalkulation insbesondere arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen nach Paragraph 241, BVergG 2006 eingehalten wurden, wurde jedenfalls in einer nachvollziehbar dokumentierten Weise von der Antragsgegnerin offenbar nicht geprüft. Es kann daher im Ergebnis nicht gesagt werden, ob das Angebot der Teilnahmeberechtigten in einer vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Art und Weise kalkuliert wurde oder nicht. Die Antragsgegnerin hat es diesbezüglich unterlassen, ihre Prüfschritte (sofern sie überhaupt gesetzt wurden) zu dokumentieren und ihre Schlussfolgerungen und Überlegungen, die zur Annahme eines plausibel kalkulierten Angebotes geführt haben, festzuhalten. Dem Senat ist es daher nicht möglich aufgrund des derzeitigen Verfahrensstandes festzustellen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe vorliegen oder nicht.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen, nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie auch der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 10.9.2009, VKS – 6316/09 u.v.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für einen Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels ausreichender Dokumentation das von der Antragsgegnerin geführte

Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist es auch bei einem offenen Verfahren, das nach den Sektorenbestimmungen geführt wird, erforderlich, die Ergebnisse der Prüfung der Angebote im Detail darzustellen und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen entsprechend in der Niederschrift über die Angebotsprüfung festzuhalten. Durch die oben aufgezeigten Mängel des Vergabeverfahrens war es dem erkennenden Senat nicht möglich, zu prüfen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe beim Angebot der Teilnehmereberechtigten vorliegen. Da es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenates sein kann, eine vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung, im geltend gemachten Umfang stattzugeben und die Aufnahme des Unternehmens *** in die Auswahlentscheidung für nichtig zu erklären. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen, nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie auch der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 10.9.2009, VKS – 6316/09 u.v.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für einen Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels ausreichender Dokumentation das von der Antragsgegnerin geführte Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist es auch bei einem offenen Verfahren, das nach den Sektorenbestimmungen geführt wird, erforderlich, die Ergebnisse der Prüfung der Angebote im Detail darzustellen und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen entsprechend in der Niederschrift über die Angebotsprüfung festzuhalten. Durch die oben aufgezeigten Mängel des Vergabeverfahrens war es dem erkennenden Senat nicht möglich, zu prüfen, ob die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe beim Angebot der Teilnehmereberechtigten vorliegen. Da es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenates sein kann, eine vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung, im geltend gemachten Umfang stattzugeben und die Aufnahme des Unternehmens *** in die Auswahlentscheidung für nichtig zu erklären.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 22.2.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 22.2.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen; Nichtigerklärung der Aufnahme eines Bieters in die Auswahlentscheidung; Mangelhafte Prüfung der Angemessenheit der Lohnkosten; Nichterfüllung von Eignungskriterien;

Zuletzt aktualisiert am

07.09.2010

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