

TE Verg Bescheid 2010/3/11 VKS-1675/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.03.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §12 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 Abs,1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §165 Abs2

BVergG 2006 §167 Abs1

BVergG 2006 §230 Z6

BVergG 2006 §231 Abs3

BVergG 2006 §268 Abs2

BVergG 2006 §269

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

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 269 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 Baumeister *** Co. GmbH, ***, vertreten durch Hule/Bachmayr-Heyda/Nordberg, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines „Jahresbauvertrages-Rahmenverträge für laufende Arbeiten im Netzbereich der Wien Energie Gasnetz GmbH, Fachgebiet WEG 1 – Teilgebiet 2 – Ost“ durch die WIEN ENERGIE GASNETZ GmbH, Erdbergstraße 236, 1110 Wien, vertreten durch Siemer Siegl Füreder & Partner Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 25.1.2010 betreffend das Fachgebiet WEG 1 – Teilgebiet 2 – Ost für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 10.2.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 12 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. dd, 4, 12 Abs. 1 Z. 3, 19 Abs. 1, 25 Abs. 5, 165 Abs. 2, 167 Abs. 1, 230 Z. 6, 231 Abs. 3, 268 Abs. 2, 269 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 eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 25, Absatz 5, 165, Absatz 2, 167, Absatz eins, 230, Ziffer 6, 231, Absatz 3, 268, Absatz 2, 269, BVergG 2006

Begründung:

Die Wien Energie Gasnetz GmbH (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Sektorenbestimmungen des BVergG 2006 im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich Erdarbeiten, Rohrlegungen und grabenlose Verfahren in ihrem Netzbereich. Der anzubietende Leistungszeitraum umfasste ursprünglich 12 Monate, mit einseitiger Option der Antragsgegnerin auf Verlängerung um weitere 24 Monate. Im Rahmen des Jahresbauvertrages sollen Tiefbauarbeiten bis zu einem Höchstaufwand von € 60.000 (ohne Ust) pro Einzelbauvorhaben abgerufen werden. Die Ausschreibung ist in vier unterschiedliche Fachlose mit je drei zugeordneten Teilgebieten, somit in 12 Lose geteilt. Der Zuschlag wird je Los dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Die europaweite Bekanntmachung erfolgte am 9.10.2008 im Amtsblatt der EU unter Zl. 2008/S 239-318369. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge hat am 22.12.2008, 10.00 Uhr geendet. Die Antragstellerin hat sich für einen Auftrag um das Fachlos WEG 1, und zwar für alle drei Teilgebiete beworben und fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Die Antragstellerin wurde in der Folge zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und eingeladen ein Angebot abzugeben. Sie hat – nach mehrmaliger Verlängerung der Angebotsfrist – über Aufforderung der Antragsgegnerin ein „last and best offer“ unter Berücksichtigung einer fixen Rahmenvertragsdauer von drei Jahren und des Entfalls der Bauwesenversicherung rechtzeitig hinsichtlich aller drei Teilgebieten abgegeben.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2009 hat die Antragsgegnerin zunächst mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag für das gegenständliche Los einem anderen Bieter, als Billigstbieter erteilen zu wollen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Nichtigerklärungsantrag vom 13.7.2009 angefochten. In dem daraufhin zu VKS-6315/09 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren wurde die (erste) Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2009 mit Bescheid vom 10.9.2009 für nichtig erklärt. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten die von der Antragsgegnerin vorgenommene Angebotsprüfung nur mangelhaft und damit für den Senat nicht ausreichend nachvollziehbar dokumentiert war.

In dem daraufhin fortgesetzten Verfahren, in dem von der Antragsgegnerin von den Bietern ergänzende Auskünfte und Unterlagen verlangt wurden, hat sie nunmehr mit Schreiben vom 25.1.2010 ihre (zweite) Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach sie abermals beabsichtigt den Zuschlag für das Los WEG 1 – Teilgebiet Los 2 – Ost, der in der ersten Zuschlagsentscheidung angeführten Bieterin als Billigstbieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 5.2.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 5.2.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz.

Zu ihrer Antragslegitimation macht die Antragstellerin zunächst geltend, sollte sie wie bei der ersten Zuschlagsentscheidung an vierter Stelle gereiht sein, gehe sie davon aus, dass sowohl die zweit- als auch die drittgereichte Bieterin auszuscheiden gewesen wären, insbesondere weil sie nicht über die geforderte Eignung verfügen bzw. deren Angebote von der Ausschreibung abweichen und dieser widersprechen. Die als Mindestausstattung vorgeschriebenen Geräte würden nur im innerstädtischen Kontrahenten-Leitungsbau Verwendung finden. Über solche Spezialgeräte verfüge nur ein Unternehmen, das laufend mit derartigen Spezialbauarbeiten beauftragt sei, wie etwa die Antragstellerin. Mangels Erfüllung der technischen Eignungskriterien bzw. Widerspruches zu den Ausschreibungsbedingungen hätte somit nicht nur die präsumtive Zuschlagsempfängerin, sondern auch die zweit- und drittgereichte Bieterin vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden müssen. Damit hätte die Antragstellerin eine Chance, den Zuschlag selbst zu erhalten.

Weiters würde sich ein Interesse der Antragstellerin an der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung auch daraus ergeben, dass sie, sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden, einen Auftrag als Subunternehmerin erhalten würde, da sie der Bieterin „WIBEBA“ für den Fall, dass diese den Zuschlag erhält, ihre

Spezialgeräte samt Bedienpersonal „in sub“ angeboten habe. Zur Annahme eines Subauftrages sei die Antragstellerin aus unternehmerischer Sicht gezwungen gewesen, „würde sie doch einen ganz wesentlichen Auftrag verlieren, sollte ein anderer Anbieter zum Zug kommen. Für einen substantiellen Teil der Geräte und des Personals bestünde dann keine Verwendungsmöglichkeit mehr“. Der Schaden, der der Antragstellerin durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung entstehen könnte, läge damit auch im Entgang eines sehr wesentlichen Subauftrages, was ebenso einen entgangenen Deckungsbeitrag sowie entgangene zeitgebundene Baustellengemeinkosten durch fehlende anderweitige Ersatzmöglichkeiten zur Folge hätte. Sie sei schon aus diesen Gesichtspunkten zur Stellung eines Nachprüfungsantrages legitimiert. Unter Bezugnahme auf die Rechtsmittelrichtlinie RL 92/13/EWG regt sie an, den Europäischen Gerichtshof mit der Vorlagefrage zu befassen, ob auch einem Subunternehmer ein Anfechtungsrecht im Nachprüfungsverfahren zusteht.

Im Übrigen führt die Antragstellerin aus, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde es an der geforderten Eignung fehlen, weshalb bereits ihr Teilnahmeantrag auszuschneiden gewesen wäre. Insbesondere verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit. So sei es ihr nicht gelungen eine geeignete Referenz für die „Querung von Gleiskörpern“ vorzulegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei auch nicht in der Lage, die nach den Ausschreibungsunterlagen erforderliche Anzahl von Mitarbeitern und Spezialgeräten, insbesondere Mobilbagger, zur Verfügung zu stellen. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin damit argumentiere, dass erforderliches Gerät im Raum Wien jederzeit angemietet werden könne, genüge dies nicht, weil der Nachweis der Anmietung bereits mit dem Teilnahmeantrag zu erbringen gewesen wäre. Insgesamt müsste die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Teilnahmeanträge für alle drei Teilgebietslose abgegeben hat, über 18 Arbeitspartien mit den geforderten Geräten, „also unter anderem mindestens neun Mobilbagger unter 40 KW“ verfügen, um für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens qualifiziert zu sein. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über diese Leistungsfähigkeit nicht, weshalb ihr Teilnahmeantrag schon nach der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens zwingend hätte ausgeschieden werden müssen. Eine nachträgliche Ergänzung oder Änderung des Teilnahmeantrages sei nicht zulässig. Die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren müssten grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen.

Im Verfahren zu VKS-6315/09 sei hervorgekommen, dass ein fünfseitiger Ausdruck aus dem ANKÖ mit dem Ausdrucksdatum 23.12.2008 dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beigelegt worden sei, der von der Antragsgegnerin „mit einem Stanzschriftzug mit dem Datum 22.12.2008 versehen“ gewesen sei. Damit habe die Antragsgegnerin vorgegeben, ein Dokument zum Akt genommen zu haben, welches zu jenem Zeitpunkt (Ende der Teilnahmeantragsfrist 22.12.2008) noch gar nicht existierte. „Diese Intransparenz bzw. Manipulation allein muss zur Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung, wenn nicht überhaupt zur Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung führen“. Das Vergabeverfahren sei daher mit einem groben Mangel behaftet. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegte Angebot preislich unangemessen, rein spekulativ und betriebswirtschaftlich nicht erklärbar sei. Das Angebot weise auffallend niedrige, nicht marktübliche Preise auf, weshalb die Antragsgegnerin auch verpflichtet gewesen wäre, eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen, die sie jedoch nicht vorgenommen habe. Hätte sie dies getan, hätte sie den spekulativen Charakter des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erkannt und dieses ausgeschieden.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung, Vergabe der Leistungen zu angemessenen Preisen, Einhaltung des Transparenzgebotes sowie des Gleichbehandlungsgebotes verletzt.

Die Antragstellerin, die die ausgeschriebenen Leistungen bereits jetzt für die Antragsgegnerin erbringe, habe auch ein Interesse am Abschluss des ausgeschriebenen Rahmenvertrages. Sollte ihrem Antrag nicht statt gegeben werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden (der im Schriftsatz näher dargestellt wird) an entgangenem Gewinn, Verlust von Deckungsbeiträgen sowie an Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.2.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 12.2.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Im einzelnen führt sie aus, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot vom 16.3.2009 beim gegenständlichen Los an vierter Stelle zu liegen kommt. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor. Nach Durchführung einer Verhandlungsrunde seien die Bieter mit Schreiben vom 12.5.2009 aufgefordert worden, unter Berücksichtigung einer fixen Rahmenvertragsdauer von drei Jahren und des Entfalls der Bauwesen-Versicherung ein „last and best offer“ abzugeben. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten fristgerecht dieses „last and best offer“ hinsichtlich aller drei Teilgebietslose abgegeben. Auch mit ihrem last and best offer sei die Antragstellerin mit dem von ihr angebotenen Preis auf dem vierten Platz zu liegen gekommen.

Im fortgesetzten Verfahren habe die Antragsgegnerin die technische Leistungsfähigkeit eingehend geprüft, insbesondere die Eigenerklärungen sowohl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch der Antragstellerin hinterfragt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe Nachweise erbracht, wonach sie für alle drei Teilgebiete über das in den Teilnahmeunterlagen geforderte Personal und Gerät verfüge. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auch eine Referenz (Entsorgungsbetriebe Simmering) über eine Gleisquerung erbracht; nach den Festlegungen genüge der Nachweis einer Referenz. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin die Teilnahmeanträge umfassend und eingehend geprüft und diese Prüfvorgänge entsprechend dokumentiert. Sämtliche Anforderungen der Teilnahmeunterlagen seien bereits im Zeitpunkt, zu dem die Eignung gegeben sein muss, gegeben gewesen, der Nachweis des Vorliegens dieser Eignung hätte jedoch nachträglich erbracht werden können. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin aufgrund eines sorgfältig geführten Vergabeverfahrens ihre nunmehr angefochtene (zweite) Zuschlagsentscheidung getroffen.

Schließlich macht die Teilnahmeberechtigte geltend, dass die Antragstellerin im Hinblick auf die Reihung ihres Angebotes auf dem vierten Platz selbst bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages keine Chance auf Zuschlagserteilung hätte. Die vor ihr an zweiter und dritter Stelle gereihten Bieter seien nicht auszuschneiden gewesen; dazu hätte die Antragstellerin überdies kein konkretes Vorbringen erstattet. Soweit die Antragstellerin versucht, ihre Antragslegitimation durch ihre Stellung als Subunternehmer des an zweiter Stelle gereihten Unternehmens zu begründen, sei dies völlig irrelevant, weil nur jene Personen einen Anspruch auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens haben, die selbst einen Auftrag mit dem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossen hätten. Antragslegitimiert für einen Nachprüfungsantrag seien nur jene Unternehmer, die auch den Auftrag erhalten wollen. Damit scheide ein Subunternehmer als Anfechtungsberechtigter aus.

Auch im zweiten Verfahrensabschnitt seien die Angebote eingehend geprüft worden. Die technische Leistungsfähigkeit sei von der Teilnahmeberechtigten ordnungsgemäß nachgewiesen worden. Eine Manipulation deren Angebotes sei nicht gegeben. Bei der Lochung des „ANKÖ-Ausdrucks“ handle es sich um einen Irrtum. Dieser Ausdruck sei von der Antragsgegnerin selbst am 23.12.2008 gemacht worden, um die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu überprüfen. Irrtümlich sei eine Lochung dieser Auskunft erfolgt. Die Überprüfung der Angebote habe auch ergeben, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angemessen sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe von Anfang an korrekt kalkuliert und lediglich den branchenüblichen Nachlass in ihrem Erstangebot einkalkuliert. Die Antragstellerin sei dagegen mit ihrem ersten Angebotspreis von ca. € 855.000,- über der Kostenschätzung der Antragsgegnerin gelegen und habe dann massive Nachlässe von fast der Hälfte ihres ursprünglichen Angebotspreises gewährt. Ein Grund zur Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege jedenfalls nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 12.2.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) ins Verfahren eingetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Die Teilnahmeberechtigte macht zunächst eine mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin in Hinblick auf die Reihung ihres Letztangebotes geltend. Zu ihrer Eignung führt sie aus, dass diese im vollen Umfange gegeben sei, was sie auch mit den mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Geräte- und Personallisten nachgewiesen hätte. Im Übrigen sei es im Baugewerbe üblich, Baugeräte anzumieten, wobei „die bloße Anmietung eines Baugerätes ... noch nicht eine Subunternehmertätigkeit darstellt, die im Angebot benannt und vom Auftraggeber genehmigt werden müsste“. Sie sei in der Lage, sowohl das geforderte Gerät, als auch Personal zu stellen. Die Referenzen seien nachgewiesen. Mit Schriftsatz vom 12.2.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) ins Verfahren eingetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Die Teilnahmeberechtigte macht zunächst eine mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin in Hinblick auf die Reihung ihres Letztangebotes geltend. Zu ihrer

Eignung führt sie aus, dass diese im vollen Umfange gegeben sei, was sie auch mit den mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Geräte- und Personallisten nachgewiesen hätte. Im Übrigen sei es im Baugewerbe üblich, Baugeräte anzumieten, wobei „die bloße Anmietung eines Baugerätes ... noch nicht eine Subunternehmertätigkeit darstellt, die im Angebot benannt und vom Auftraggeber genehmigt werden müsste“. Sie sei in der Lage, sowohl das geforderte Gerät, als auch Personal zu stellen. Die Referenzen seien nachgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 22.2.2010 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannten Argumente wiederholt und zur Antragslegitimation ergänzend ausgeführt, dass sie ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot gelegt habe und deshalb „potentiell“ als Zuschlagsempfängerin in Frage komme. Schließlich vertritt sie die Ansicht, dass sowohl nach Art. I Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie als auch nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 das Recht der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung jeder Person zustünde und nicht auf Bieter beschränkt wäre. Überdies habe sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren (auch) als Subunternehmerin beteiligt und damit ihr Interesse am Erhalt eines Subauftrages unmissverständlich deklariert. Ihrer Ansicht nach hängt die Frage, ob ein viertgereihter Bieter, dessen Angebot nicht auszuschneiden sei, zur Stellung eines Nachprüfungsantrages legitimiert sei, von der Auslegung des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 und damit von Art. I Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie ab. In diesem Zusammenhang wiederholt sie ihre Anregung zur Befassung des EuGH mit einem Vorabentscheidungsersuchen. Mit Schriftsatz vom 22.2.2010 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannten Argumente wiederholt und zur Antragslegitimation ergänzend ausgeführt, dass sie ein den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot gelegt habe und deshalb „potentiell“ als Zuschlagsempfängerin in Frage komme. Schließlich vertritt sie die Ansicht, dass sowohl nach Artikel römisch eins, Absatz 3, der Rechtsmittelrichtlinie als auch nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 das Recht der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung jeder Person zustünde und nicht auf Bieter beschränkt wäre. Überdies habe sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren (auch) als Subunternehmerin beteiligt und damit ihr Interesse am Erhalt eines Subauftrages unmissverständlich deklariert. Ihrer Ansicht nach hängt die Frage, ob ein viertgereihter Bieter, dessen Angebot nicht auszuschneiden sei, zur Stellung eines Nachprüfungsantrages legitimiert sei, von der Auslegung des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 und damit von Artikel römisch eins, Absatz 3, der Rechtsmittelrichtlinie ab. In diesem Zusammenhang wiederholt sie ihre Anregung zur Befassung des EuGH mit einem Vorabentscheidungsersuchen.

In der Sache führt die Antragstellerin neuerlich aus, dass die Teilnahmeberechtigte nicht über die in der Ausschreibung geforderte technische Ausstattung verfüge. Die Teilnahmeberechtigte hätte in ihrem Angebot nicht „Mobilbagger“, sondern Minibagger auf Gummiraupen, die nicht luftbereift wären, angeboten. Nach der Ausschreibung sei jedoch die Verwendung von „Mobilbaggern“ verlangt. Weiters geht die Antragstellerin davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte nicht über die Bodenraketen in der geforderten Mindestausstattung, nämlich für Durchmesser von 45 bis 202 mm, verfügt. Auch die in der Ausschreibung definierte Montagewagen stünden der Teilnahmeberechtigten nicht zur Verfügung. Sollte jedoch die Teilnahmeberechtigte im Zuge der Aufklärung erstmals eine der Ausschreibung in Anzahl und Ausstattung entsprechende Geräteausstattung nachgewiesen haben, wäre dies unzulässig. Sie hätte damit einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern, diese Nachweise hätten bereits mit der Abgabe des Teilnahmeantrages nachgewiesen werden müssen.

Dieses Vorbringen wird von der Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 9.3.2010 entschieden bestritten. Sie führt darin aus, die Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre in jeder Richtung gegeben, ihr Angebot würde den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, die Teilnahmeberechtigte würde auch über das geforderte Gerät in entsprechender Anzahl verfügen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren 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 11.3.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Jahresbauvertrages (Rahmenvertrages) für laufende Arbeiten in ihrem Netzbereich. Es handelt sich dabei um ein Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers im Sektorenbereich im Sinne der §§ 164, 165, 169 BVergG 2006. Es sind sohin die Bestimmungen des dritten Teils des BVergG anzuwenden. Das Vergabeverfahren wurde ordnungsgemäß europaweit kundgemacht. Die Ausschreibung ist in vier unterschiedliche Fachlose mit je drei

zugeordneten Teilgebieten, somit in 12 Lose geteilt. Der Zuschlag wird je Los dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Teilloses WEG 1 – Teilgebiet 2 – Ost. Es handelt sich dabei um die Durchführung von Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und an Hausanschlussleitungen. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Jahresbauvertrages (Rahmenvertrages) für laufende Arbeiten in ihrem Netzbereich. Es handelt sich dabei um ein Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers im Sektorenbereich im Sinne der Paragraphen 164, 165, 169, BVergG 2006. Es sind sohin die Bestimmungen des dritten Teils des BVergG anzuwenden. Das Vergabeverfahren wurde ordnungsgemäß europaweit kundgemacht. Die Ausschreibung ist in vier unterschiedliche Fachlose mit je drei zugeordneten Teilgebieten, somit in 12 Lose geteilt. Der Zuschlag wird je Los dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Teilloses WEG 1 – Teilgebiet 2 – Ost. Es handelt sich dabei um die Durchführung von Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und an Hausanschlussleitungen.

Nach den Unterlagen zum Teilnahmeantrag für die erste Stufe des Verhandlungsverfahrens hatten die Bewerber unter den Eignungskriterien unter anderem Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Die geforderten Referenzen sind in den Unterlagen zum Teilnahmeantrag unter Punkt 8 (Nachweise für das Vorliegen der Zuverlässigkeit, der Befugnis sowie der technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) unter den Eignungskriterien Pkt. 2.1 wie folgt beschrieben:

„2.1 Eine Referenzliste der in den letzten 3 Jahren erbrachten Leistungen im Bereich Tiefbauarbeiten an Rohrleitungsnetzen ist beizubringen. Legen Sie MINDESTENS JE EINE Referenz bezüglich der folgenden Arbeiten und Leistungen bei:

-Straßenquerungen in offener bzw. geschlossener Bauweise -Querungen von Gleiskörpern der Straßenbahn/Eisenbahn in offener, halboffener bzw. geschlossener Bauweise

-Querungen von Gewässern im offenen bzw. geschlossenen Verfahren

Aus der Referenzliste müssen der Wert und die Art der Bauleistungen, Zeit, Ort, ein Ansprechpartner des Auftraggebers, die Erfüllung der Arbeiten nach anerkannten Regeln der Technik sowie die ordnungsgemäße Ausführung hervorgehen.

Unter 2.6. der Eignungskriterien wird pro Teilgebietslos folgende personelle und maschinelle Ausstattung verlangt:

2.6 Als Mindestbedingung für die Qualifikation für einen Rahmenvertrag pro Teilgebietslos („Jahresbauvertrag“) für Tiefbauarbeiten WEG ist folgendes Personal und Gerät nachzuweisen:

3 Arbeitspartien mit jeweils

- -Strichaufzählung
1 Polier, Hilfspolier ODER Vorarbeiter
- -Strichaufzählung
1 Gerüster
- -Strichaufzählung
2 Hilfsarbeiter
- -Strichaufzählung
1 Hydraulikbagger > 40 kW (Mobilbagger) mit Baggerfahrer
- -Strichaufzählung
1 LKW 10 t Kipper mit Ladekran und Lenker
- -Strichaufzählung
1 Bauwagen > 9,6 m²

UND

3 Arbeitspartien mit jeweils

- -Strichaufzählung
1 Polier, Hilfspolier ODER Vorarbeiter

- -Strichaufzählung
1 Hilfsarbeiter
- -Strichaufzählung
1 Hydraulikbagger < 40 kW (Mobilbagger) mit Baggerfahrer
- -Strichaufzählung
1 LKW 10 t Kipper mit Ladekran und Lenker
- -Strichaufzählung
1 Kompressor (fahrbar) < 30 kW
- -Strichaufzählung
1 Montagebauwagen mit Fahrgestell > 9,6 m² - 1 Bodenrakete (für Durchmesser 45 bis 210 mm)"

Die Eignungsnachweise konnten nach den Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen auch durch Eigenerklärung der Bieter erbracht werden.

Zum weiteren Verlauf des Verhandlungsverfahrens ist aus den dem Vergabekontrollsenat nunmehr offenbar vollständig vorgelegten Vergabeakten festzustellen:

Aus den Vergabeakten (Ordner 1) ergibt sich, dass sich die Teilnahmeberechtigte in ihrem Teilnahmeantrag bei den hier interessierenden Eignungskriterien „Referenzen“ (Punkt 2.1) sowie bei den Mindestbedingungen für die Qualifikation betreffend die festgelegten Arbeitspartien (Punkt 2.6) nicht auf Eigenerklärungen sondern auf Beilagen, nämlich Beilage 4.1.1 und Beilage 4.1.6 berufen hat. Unter Beilage 4.1.1 hat die Teilnahmeberechtigte eine Liste mit zahlreichen Referenzen für Tiefbauarbeiten vorgelegt.

Mit der Beilage 4.1.6 wurde eine Liste über Personal und Gerät für die geforderten Arbeitspartien vorgelegt, wobei die Auflistung der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge gegliedert ist in LKW, Betonfahrmischer, Anhänger, Raupen und Bagger und sonstige Geräte.

Zum Teilnahmeantrag der Teilnahmeberechtigten findet sich sodann in den Vergabeakten ein handschriftlicher Vermerk, in dem unter anderem zur technischen Leistungsfähigkeit angeführt wird, dass „Referenzen zur Querung von Gleiskörpern fehlen“.

Daraufhin wurde die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.1.2009 unter Hinweis auf die geforderten Referenzen betreffend „Querung von Gleiskörpern in den letzten drei Jahren“ aufgefordert, konkrete Angaben zu machen, da aus der beigelegten Referenzliste „die geforderten Nachweise betreffen Gleiskörperquerung nicht nachvollzogen werden“ können. Dieses Schreiben wurde von der Teilnahmeberechtigten mit Brief vom 12.1.2009 beantwortet, in dem zwei Referenzprojekte betreffend Gleiskörperquerungen angeführt werden und zwar eine Referenz mit Fertigstellung 2008 und eine Referenz betreffend einen Auftrag der MA 30 – Wien Kanal (EBS) mit Fertigstellung 2005.

Die Antragstellerin hat die erste Stufe des Vergabeverfahrens offenbar erfolgreich absolviert und hat – vermutlich über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 5.2.2009 – in der zweiten Stufe rechtzeitig ein Angebot über drei Teilgebiete des Fachloses „WEG 1“ abgegeben.

In der Folge wurde die Teilnahmeberechtigte eingeladen unter Verwendung der gleichzeitig übermittelten Ausschreibungsunterlagen ein Angebot bis 25.2.2009, 10.00 Uhr abzugeben. Dabei ergibt sich nach der Aktenlage eine Diskrepanz beim Ende der Angebotsfrist zwischen dem Aufforderungsschreiben an die Teilnahmeberechtigte (25.2.2009) und den „Besonderen Vertragsbestimmungen“ (16.3.2009). Die Angebote langten offensichtlich am 16.3.2009 ein und wurden auch an diesem Tage geöffnet. Eine Dokumentation darüber fehlt im Akt ebenso wie die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die Antragstellerin.

Der weitere Verlauf des Verhandlungsverfahrens stellt sich bezüglich des Angebotes der Teilnahmeberechtigten (Ordner 2) wie folgt dar. Am 20.3.2009 hat die Antragsgegnerin an die Teilnahmeberechtigte folgendes Schreiben gerichtet:

„Nach erfolgter Angebotseröffnung und Angebotsreihung, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihre Angebote nochmals zu überprüfen und kalkulatorisch zu überarbeiten.“

Wir erwarten ihr überarbeitetes Angebot per Fax, einlangend bis längstens 25.3.2009 um 12.00 Uhr“. Auf dieses Schreiben hat die Teilnahmeberechtigte mit Brief vom 24.3.2009 reagiert und zu dem von ihr bereits gegebenen

Nachlass einen zusätzlichen Nachlass angeboten.

Am 7.5.2009 hat ein Verhandlungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten stattgefunden, das in einem zweiseitigen, handschriftlichen Vermerk festgehalten wurde.

Am 12.5.2009 hat die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte unter Bekanntgabe, dass keine weitere Verhandlungsrunde vorgesehen ist, zur Legung eines „last and best offer“ aufgefordert. In diesem Schreiben ist den Bietern mitgeteilt worden, dass eine Abänderung „zur ursprünglichen Auslobung“ vorgenommen wurde, wonach eine Beauftragung der gegenständlichen Leistung auf 3 (drei) Jahre, das heißt der Optionszeitraum wird bereits bei der Gesamtleistungsfrist berücksichtigt und fix beauftragt, sowie dass die ursprünglich verlangte Bauwesenversicherung ersatzlos entfalle, nicht jedoch eine allfällige Betriebshaftpflichtversicherung. Alle anderen Ausschreibungsbedingungen würden unverändert aufrecht bleiben.

Mit Schreiben vom 13.5.2009 hat die Teilnahmeberechtigte mitgeteilt, dass sie aufgrund der mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.5.2009 mitgeteilten Änderungen, nämlich Beauftragung der gegenständlichen Leistung auf drei Jahre und ersatzloser Entfall der Bauwesenversicherung ihr Angebot nochmals überprüft

habe und in der Lage sei, „noch zusätzliche Preisnachlässe ... anzubieten“. Sodann

werden die zusätzlichen Preisnachlässe für die drei Teilgebietslose des Fachloses WEG1 bekannt gegeben.

Die Antragsgegnerin hat im Zuge des Vergabeverfahrens die Bieter mehrfach schriftlich aufgefordert, die „Zuschlagsfrist“ zu verlängern. Die Bieter haben diesem Ersuchen jeweils zugestimmt und die Bindefrist ihrer Angebote schließlich bis 31.1.2010 verlängert.

Gemäß einer im Vergabeakt erliegenden Reihungsliste vom 17.7.2009 für das Teilgebiet 3 des Fachloses „WEG1“ liegt die Antragstellerin sowohl mit ihrem ursprünglichen Angebotspreis als auch mit ihrem „last and best offer“ jeweils an zweiter Stelle. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin liegt mit ihrem „last and best offer“ an erster Stelle. Bereits im ersten Verfahrensabschnitt hat die Antragsgegnerin die Angebote auch der zweit- und drittgereihten Bieterin formal geprüft und sie für in Ordnung befunden.

Nachdem der Vergabekontrollsenat die erste Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin mit Bescheid vom 10.9.2009 für nichtig erklärt hat, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgesetzt und sowohl die Teilnahmeanträge als auch die Angebote der vier am Verfahren beteiligten Bieter eingehend überprüft und die von den Bietern gelegten Nachweise hinterfragt. So hat sie die von der Teilnahmeberechtigten bereits mit dem Angebot abgegebenen Personal- und Gerätelisten einer detaillierter Überprüfung unterzogen, ebenso die bereits im Angebot der Teilnahmeberechtigten angeführten Referenzen „Querung von Gleiskörpern“ überprüft. Dazu findet sich bei der Referenz (die bereits mit dem Angebot abgegeben worden ist, wie sich der durchgehend vorgenommenen Lochung entnehmen lässt) ein Vermerk über die fernmündlich eingeholte Auskunft des Auftraggebers „EBS“ zur Gleiskörperreferenz. Alle Überprüfungsschritte, die die Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren durchgeführt hat, sind nachvollziehbar und gründlich dokumentiert, alle Unterlagen dazu finden sich im Ordner bezeichnet mit „Arbeiten im Netzbereich; Firma Steiner BaugmbH, zusätzliche Nachweise zur ersten Stufe (TA) – Original“. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kann den Vergabeakten, auch nicht der Dokumentation des zweiten Prüfabschnittes entnommen werden, dass etwa von der Teilnahmeberechtigten Nachweise nachgereicht worden wären, etwa der Nachweis über die Anmietung von Geräten. Auch dieser Nachweis wurde bereits, wie sich aus der Lochung ergibt, mit dem Angebot der Teilnahmeberechtigten erbracht.

Abschließend hat die Antragsgegnerin in ihren Vergabeakten, in denen ihre Prüftätigkeit nunmehr nachvollziehbar dokumentiert ist, festgehalten, dass alle vier im Wettbewerb verbliebenen Bieter die notwendigen Eignungsnachweise erbracht haben, die Eignungskriterien bei allen vier Bietern gegeben sind und sich auch in den vier Angeboten keine Hinweise auf Spekulation oder betriebswirtschaftlich nicht vertretbare Kalkulationen gefunden haben. Auf Grundlage dieses Ergebnisses hat sodann die Antragsgegnerin die nunmehr vorliegende, von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 25.1.2010 getroffen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen auf Grund des Inhaltes der nunmehr vollständig vorgelegten und in der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gründlich geführten und alle Ergebnisse dokumentierenden Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde. Aus den Vergabeakten ist eindeutig feststellbar, dass die Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren die Eignungsnachweise und Referenzen

aller Bieter hinterfragt und diesbezüglich Aufklärungen verlangt hat. Aus den Akten ist auch auf Grund der vorgenommenen Lochung eindeutig feststellbar, dass insbesondere von der Teilnahmeberechtigten sowohl die Personallisten mit dem Nachweis der für die Durchführung der Arbeiten erforderlichen Arbeitspartien sowie die Gerätelisten bereits mit dem Angebot vorgelegt worden sind. Ebenso ist aus dem Angebot der Teilnahmeberechtigten feststellbar, dass sie bereits mit dem Angebot den Nachweis über die mögliche Anmietung von Arbeitsgerät und Transportgerät erbracht hat. Es finden sich keinerlei Hinweise in den Vergabeakten, dass etwa – wie von der Antragstellerin behauptet – von der Teilnahmeberechtigten erst nach Angebotseröffnung neuere Referenzen oder Mietverträge vorgelegt worden wären. Hingegen hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass diese bereits mit dem Angebot gelegten Nachweise in der Fortsetzung des Vergabeverfahrens von der Antragsgegnerin einer entsprechenden Überprüfung unterzogen und dazu teilweise Nachweise durch die Teilnahmeberechtigten, aber auch durch die anderen Bieter erbracht wurden, womit nachgewiesen werden konnte, dass die Bieter bereits zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über die geforderte technische Leistungsfähigkeit sowohl in maschineller als auch personeller Hinsicht verfügt haben.

Mit Schreiben vom 25.1.2010 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten bekannt gegeben. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, sie enthält keinen Hinweis auf die Reihung ihres Angebotes.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 5.2.2010 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 Oberschwellenbereich.

In seiner rechtlichen Beurteilung 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 Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 25 Abs. 5 BVergG 2006) zur Vergabe von Bauleistungen (§ 4 BVergG 2006) im Oberschwellenbereich führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der anzubietende Leistungszeitraum umfasst (nach Änderung der diesbezüglichen Festlegung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens) drei Jahre. Im Rahmen des Jahresbauvertrages sollen Tiefbauarbeiten bis zu einem Höchstaufwand von € 60.000,-- (ohne USt) pro Einzelbauvorhaben abgerufen werden. Insgesamt haben sich 13 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigten am Verhandlungsverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde mit ihrem „last and best offer“ an zweiter Stelle, die Teilnahmeberechtigten an erster 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 Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (Paragraph 25, Absatz 5, BVergG 2006) zur Vergabe von Bauleistungen (Paragraph 4, BVergG 2006) im Oberschwellenbereich führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der anzubietende Leistungszeitraum umfasst (nach Änderung der diesbezüglichen Festlegung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens) drei Jahre. Im Rahmen des Jahresbauvertrages sollen Tiefbauarbeiten bis zu einem Höchstaufwand von € 60.000,-- (ohne USt) pro Einzelbauvorhaben abgerufen werden. Insgesamt haben sich 13 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigten am Verhandlungsverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde mit ihrem „last and best offer“ an zweiter Stelle, die Teilnahmeberechtigten an erster Stelle gereiht.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen 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 Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd 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. 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 Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen 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 Zuschlagsentscheidung und 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 der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, 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 vom 25.1.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 5.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 25.1.2010 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 5.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist im Ergebnis nicht berechtigt.

Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot letztlich an vierter Stelle gereiht wurde, offensichtliche Gründe für eine Ausscheidung der an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote aus den Vergabeakten nicht ersichtlich sind, war zunächst die Frage zu prüfen, ob der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren überhaupt eine Antragslegitimation zukommt. Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereiht ist, bedeutet dies im Ergebnis, dass selbst bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages und Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung sie als viertgereichte keine Chance hätte, selbst den Auftrag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren auch ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung gewesen wäre und ihn durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte oder entstanden ist. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen und der Nachprüfungsantrag abzuweisen (vgl. VwGH 27.9.2000, Zl. 2000/04/0050; zuletzt VKS-11683/09 vom 28.1.2010). Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens – wie im Folgenden dargestellt – jedenfalls davon auszugehen ist, dass die an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote nicht auszuschneiden gewesen wären, fehlt es der an vierter Stelle gereihten Antragstellerin jedenfalls an der erforderlichen Antragslegitimation, was für sich allein betrachtet zur Abweisung ihres Nachprüfungsantrages führen musste. Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot letztlich an vierter Stelle gereiht wurde, offensichtliche Gründe für eine Ausscheidung der an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote aus den Vergabeakten nicht ersichtlich sind, war zunächst die Frage zu prüfen, ob der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren überhaupt eine Antragslegitimation zukommt. Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da die Antragstellerin mit ihrem Angebot an vierter Stelle gereiht ist, bedeutet dies im Ergebnis, dass selbst bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages und Aufhebung der angefochtenen

Zuschlagsentscheidung sie als viertgerahnte keine Chance hätte, selbst den Auftrag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren auch ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung gewesen wäre und ihn durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte oder entstanden ist. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen und der Nachprüfungsantrag abzuweisen vergleiche VwGH 27.9.2000, Zl. 2000/04/0050; zuletzt VKS-11683/09 vom 28.1.2010). Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens – wie im Folgenden dargestellt – jedenfalls davon auszugehen ist, dass die an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote nicht auszuschneiden gewesen wären, fehlt es der an vierter Stelle gereihten Antragstellerin jedenfalls an der erforderlichen Antragslegitimation, was für sich allein betrachtet zur Abweisung ihres Nachprüfungsantrages führen musste.

Da die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nur für einen Unternehmer oder Unternehmerin gegeben ist, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, ist die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch einen Subunternehmer – wie von der Antragstellerin argumentiert wird – grundsätzlich unzulässig. Der nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 abzuschließende Vertrag wird mit dem Bieter abgeschlossen, und nicht mit dem Subunternehmer. So hält auch die Lehre als antragslegitimiert für ein Nachprüfungsverfahren nur jene Unternehmer, die den Auftrag erhalten wollen. Da das Interesse des Unternehmers auf den Abschluss eines Auftragsvertrages gerichtet sein muss, kann die Antragslegitimation grundsätzlich auch nur diesem Unternehmer zukommen, der selbst diesen Vertrag abschließen will (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, RZ 6 und 16 zu § 320). Der Senat hält die Regelung des § 20 WVRG 2007 als durchaus im Einklang stehend mit Art. I Abs. 3 der Rechtsmittelrichtlinie, RL 89/665, welche Ansicht auch durch die zitierte Judikatur und Lehre untermauert wird. Da die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nur für einen Unternehmer oder Unternehmerin gegeben ist, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, ist die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch einen Subunternehmer – wie von der Antragstellerin argumentiert wird – grundsätzlich unzulässig. Der nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 abzuschließende Vertrag wird mit dem Bieter abgeschlossen, und nicht mit dem Subunternehmer. So hält auch die Lehre als antragslegitimiert für ein Nachprüfungsverfahren nur jene Unternehmer, die den Auftrag erhalten wollen. Da das Interesse des Unternehmers auf den Abschluss eines Auftragsvertrages gerichtet sein muss, kann die Antragslegitimation grundsätzlich auch nur diesem Unternehmer zukommen, der selbst diesen Vertrag abschließen will vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, RZ 6 und 16 zu Paragraph 320.). Der Senat hält die Regelung des Paragraph 20, WVRG 2007 als durchaus im Einklang stehend mit Artikel römisch eins, Absatz 3, der Rechtsmittelrichtlinie, RL 89/665, welche Ansicht auch durch die zitierte Judikatur und Lehre untermauert wird.

Einer Partei im Nachprüfungsverfahren steht grundsätzlich ein Antragsrecht bezüglich der Anrufung des EuGH nicht zu. Aus den dargelegten Gründen sieht sich der Senat daher nicht veranlasst der Anregung der Antragstellerin zu folgen und ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten.

Ausgehend von den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist als erwiesen anzunehmen, dass sämtliche im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, darunter auch die Teilnahmeberechtigte, über die in den Teilnahmeunterlagen geforderte Eignung verfügt haben und nachweisen konnten, dass sie sowohl über die geforderte personelle als auch maschinelle Ausstattung sowohl im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Teilnahmeanträge als auch im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 230 Z 3 BVergG 2006) verfügt haben. Die Bieter hatten nach den Teilnahmebedingungen, aber auch nach den Ausschreibungsbedingungen lediglich nachzuweisen, dass sie zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügten. Diese Nachweise, insbesondere auch Referenzen, wurden von den Bietern in eindeutiger Art und Weise erbracht, von einer nachträglichen Vorlage von „Referenzen, die weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot enthalten waren“, kann daher nicht die Rede sein. Die Überprüfung der Eignung durch Aufforderung an die Bieter, Nachweise dafür zu erbringen bzw. Aufklärungen zu geben, bedeutet nicht eine „unzulässige Ergänzung bis dahin nicht existierender Nachweise“ sondern lediglich nachzuweisen, dass in den vom Vergaberecht geforderten Zeitpunkten die entsprechende Eignung tatsächlich gegeben war. Die von der Antragsgegnerin in der zweiten Phase des Vergabeverfahrens vorgenommene Überprüfung deckt sich durchaus mit der Bestimmung des § 231 Abs. 3 BVergG 2006 und hat, wie sich eindeutig aus den Vergabeakten ergibt, nicht dazu gedient, den Bietern, darunter auch der

Antragstellerin, die Nachbringung von Eignungsunterlagen bzw. Referenzen zu ermöglichen. Ein Sachverhalt, der die Antragsgegnerin verpflichtet hätte, das Angebot der Teilnehmereberechtigten nach § 269 BVergG 2006 auszuschneiden, konnte sohin nicht erwiesen werden. Ausgehend von den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist als erwiesen anzunehmen, dass sämtliche im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, darunter auch die Teilnehmereberechtigte, über die in den Teilnahmeunterlagen geforderte Eignung verfügt haben und nachweisen konnten, dass sie sowohl über die geforderte personelle als auch maschinelle Ausstattung sowohl im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Teilnehmeanträge als auch im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Paragraph 230, Ziffer 3, BVergG 2006) verfügt haben. Die Bieter hatten nach den Teilnahmebedingungen, aber auch nach den Ausschreibungsbedingungen lediglich nachzuweisen, dass sie zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügten. Diese Nachweise, insbesondere auch Referenzen, wurden von den Bietern in eindeutiger Art und Weise erbracht, von einer nachträglichen Vorlage von „Referenzen, die weder im Teilnehmeantrag noch im Angebot enthalten waren“, kann daher nicht die Rede sein. Die Überprüfung der Eignung durch Aufforderung an die Bieter, Nachweise dafür zu erbringen bzw. Aufklärungen zu geben, bedeutet nicht eine „unzulässige Ergänzung bis dahin nicht existierender Nachweise“ sondern lediglich nachzuweisen, dass in den vom Vergaberecht geforderten Zeitpunkten die entsprechende Eignung tatsächlich gegeben war. Die von der Antragsgegnerin in der zweiten Phase des Vergabeverfahrens vorgenommene Überprüfung deckt sich durchaus mit der Bestimmung des Paragraph 231, Absatz 3, BVergG 2006 und hat, wie sich eindeutig aus den Vergabeakten ergibt, nicht dazu gedient, den Bietern, darunter auch der Antragstellerin, die Nachbringung von Eignungsunterlagen bzw. Referenzen zu ermöglichen. Ein Sachverhalt, der die Antragsgegnerin verpflichtet hätte, das Angebot der Teilnehmereberechtigten nach Paragraph 269, BVergG 2006 auszuschneiden, konnte sohin nicht erwiesen werden.

Durch das nach Aufhebung der ersten Zuschlagsentscheidung fortgesetzte Vergabeverfahren ist die Antragsgegnerin nunmehr ihrer Verpflichtung zur Transparenz in ausreichendem Maße nachgekommen, sodass sich nun die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, auch objektiv nachvollziehen lässt. Da die Prüfung der Teilnehmeanträge bzw. der Angebote nunmehr vergaberechtskonform erfolgt ist, fehlt es auch aus diesen Gründen an den Voraussetzungen zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, weshalb der diesbezügliche Antrag der Antragstellerin sich als unbegründet erwiesen hat.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 10.2.2010 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 10.2.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2009 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 2009 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

Sektorenauftraggeber; Antragslegitimation (Reihung an 4er Stelle); Antragslegitimation eines Subunternehmers.

Zuletzt aktualisiert am

26.07.2010

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