

TE Verg Bescheid 2009/10/22 VKS-7138/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.10.2009

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 Abs1 u. 2

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs2

WVRG 2007 §31 Abs6 und 39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §106

BVergG 2006 §112

BVergG 2006 §127

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §345

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gesellschaft m.b.H., *** vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der Baumeisterarbeiten für den Neubau des Geriatriezentrums Liesing durch die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch das Technische Zentrum Geriatrie Baumgarten, Hütteldorfer Straße 188, 1140 Wien, dieses vertreten durch Dullinger Schneider, Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 31.7.2009 wird stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 24.8.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von Euro 6.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1 u. 2, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26, Abs. 2, 31 Abs. 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 75, 76, 106, 112, 127, 128, 129, 345 BVergG 2006. 1 Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, u. 2, 22 Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26,, Absatz 2, 31, Absatz 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 75, 76, 106, 112, 127, 128, 129, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Technisches Zentrum Geriatrie Baumgarten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich der Baumeisterarbeiten für den Neubau des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung wurde am 12.12.2008 im Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2008/S 242-32057 bekannt gemacht. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal 5 Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal 3 Punkten vorgesehen sind. Alternativangebote waren neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zugelassen. Insgesamt haben sich acht Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote (Alternativangebot I und Alternativangebot II) gelegt hat. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.2.2009, 9.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Alternativangebot II der Antragstellerin an erster Stelle, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle, das Alternativangebot I der Antragstellerin an dritter Stelle und das Hauptangebot der Antragstellerin als preislich an vierter Stelle liegend verlesen. Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Technisches Zentrum Geriatrie Baumgarten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich der Baumeisterarbeiten für den Neubau des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung wurde am 12.12.2008 im Amtsblatt der Europäischen Union unter der Zahl 2008/S 242-32057 bekannt gemacht. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal 5 Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal 3 Punkten vorgesehen sind. Alternativangebote waren neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zugelassen. Insgesamt haben sich acht Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote (Alternativangebot römisch eins und Alternativangebot römisch zwei) gelegt hat. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.2.2009, 9.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotseröffnung wurde das Alternativangebot römisch zwei der Antragstellerin an erster Stelle, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle, das Alternativangebot römisch eins der Antragstellerin an dritter Stelle und das Hauptangebot der Antragstellerin als preislich an vierter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 20.3.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Alternativangebote I und II auszuschneiden und den Zuschlag dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen. Mit Schreiben vom 20.3.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Alternativangebote römisch eins und römisch zwei auszuschneiden und den Zuschlag dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen.

Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin wurden von der Antragstellerin bekämpft und deren Nichtigkeitsklärung beantragt. Mit Bescheid vom 28.5.2009, VKS-3159/09, hat der Vergabekontrollsenat den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin hinsichtlich deren Alternativangebote I und II abgewiesen, hingegen dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.3.2009 stattgegeben und diese für nichtig erklärt. Im Wesentlichen hat der Senat die Zuschlagsentscheidung deshalb für nichtig erklärt, weil aus den Vergabeakten nicht ersichtlich war, ob und in welchem Umfang die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegten Referenzen auf deren Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen überprüft wurden oder nicht. Insbesondere bei den Referenzprojekten *** und *** hat der Senat die Vergleichbarkeit mit einem Geriatriezentrum zumindest als zweifelhaft erachtet. Im Übrigen kann dazu auf den Inhalt der Ausfertigung dieses den Parteien zugegangenen

Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden. Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin wurden von der Antragstellerin bekämpft und deren Nichtigklärung beantragt. Mit Bescheid vom 28.5.2009, VKS-3159/09, hat der Vergabekontrollsenat den Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin hinsichtlich deren Alternativangebote römisch eins und römisch zwei abgewiesen, hingegen dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.3.2009 stattgegeben und diese für nichtig erklärt. Im Wesentlichen hat der Senat die Zuschlagsentscheidung deshalb für nichtig erklärt, weil aus den Vergabeakten nicht ersichtlich war, ob und in welchem Umfang die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegten Referenzen auf deren Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen überprüft wurden oder nicht. Insbesondere bei den Referenzprojekten *** und *** hat der Senat die Vergleichbarkeit mit einem Geriatriezentrum zumindest als zweifelhaft erachtet. Im Übrigen kann dazu auf den Inhalt der Ausfertigung dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

In der Folge hat die Antragsgegnerin ihr Vergabeverfahren fortgesetzt und schließlich mit Schreiben vom 31.7.2009 mitgeteilt, neuerlich zu beabsichtigen, den Zuschlag dem nunmehr an 1. Stelle gereihten Unternehmen *** erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 12.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 12.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz.

Zur Zuschlagsentscheidung bringt die Antragstellerin vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls auszuschneiden sei, da es dieser an der technischen Leistungsfähigkeit mangle. Nach den Ausschreibungsbedingungen sei zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen vorzulegen gewesen, wobei mindestens zwei Referenzen ein Hochbauvorhaben mit einer Mindestsumme für den Kostenbereich „Bauwerk Rohbau“ gemäß ONORM B 1801-1 von Euro 7.000.000,- netto und vergleichbare technische Mindestanforderungen aufweisen mussten.

Nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin, insbesondere auf Grund vorgenommener Internetrecherchen und auch der diesbezüglichen „Zweifel“ im Bescheid des VKS-Wien vom 28.5.2009 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinerlei Bauleistungen erbracht, die auch nur annähernd mit jenen der gegenständlichen Ausschreibung vergleichbar gewesen wären. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine geeigneten Subunternehmer für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen namhaft gemacht, die zur Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit notwendig gewesen wären. Mangels entsprechender Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit wäre daher das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen, worauf die Zuschlagsentscheidung jedenfalls zu Gunsten der Antragstellerin lauten müsste. Als weiteren Ausscheidungsgrund macht die Antragstellerin geltend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bezüglich dreier Leistungsgruppen nicht über die erforderlichen Befugnisse verfügen würde und die von ihr dazu namhaft gemachten Subunternehmer nicht die erforderliche Eignung besitzen würden bzw. diese nicht nachgewiesen hätten.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterer Wettbewerb entsprechenden sowie vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, letztlich auch in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages, verletzt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein erheblicher, von ihr mit zumindest Euro 300.000,-

- bezifferter Schaden zu entstehen.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.8.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 20.8.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Zurück- bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt.

Sie führt zu der von der Antragstellerin behaupteten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Bestbieterin aus, dass sich aus den von dieser vorgelegten Referenzprojekten ergebe, dass sie zumindest zwei Hochbauvorhaben erbracht habe, die die geforderten Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllen würden. Die Angaben zu den Mindestanforderungen der Referenzprojekte seien jeweils vom historischen Auftraggeber auf den Referenznachweisen MBBB SR-75, Beilage 1308.3 unterschriftlich bestätigt sowie durch Planunterlagen, Fotodokumentationen und Kenndatenblättern „Referenznachweis gemäß ÖNORM B 1801-1“ nachgewiesen worden. Der Vorwurf der Antragstellerin, die präsumtive Bestbieterin verfüge nicht über die technische Leistungsfähigkeit, sei daher unberechtigt. Ebenso wenig sei der Vorwurf der mangelnden Befugnis der präsumtiven Bestbieterin berechtigt, weil diese über die für die Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse selbst verfüge und auch geeignete Subunternehmer genannt habe.

Mit Schriftsatz vom 20.8.2009 ist das für die Zuschlagserteilung vorgesehene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) und hat vorgebracht, die Behauptung der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe keinerlei auch nur annähernd vergleichbare Bauleistungen erbracht, stehe nicht nur im Widerspruch zum Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 28.5.2009, wonach das Referenzprojekt *** jedenfalls den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen dürfte. Soweit der Vergabekontrollsenat hinsichtlich der weiteren vorgelegten Referenzprojekte eine mangelnde Prüfung angenommen habe, sei ein solche im fortgesetzten Verfahren erfolgt. In diesem Verfahren habe die Teilnahmeberechtigte dem von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen alle geforderten Auskünfte erteilt, sodass dieser zum Ergebnis gelangt sei, dass die Auftraggeberin bezüglich der Referenzen die richtigen Parameter in Prüfung gezogen habe und das Prüfergebnis, „wonach zwei Referenzen einer mitbeteiligten Partei ausschreibungskonform sind“ richtig sei. Unzutreffend sei auch, dass die Teilnahmeberechtigte keine geeigneten Subunternehmer für die Erbringung der technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht hätte. Alle namhaft gemachten Subunternehmer seien geprüft und als geeignet beurteilt worden. Zur Erbringung der Nachweise der notwendigen Referenzaufträge habe sie jedoch keine Subunternehmer benannt, da diesbezüglich die Teilnahmeberechtigte ausreichend leistungsfähig sei. Es sei sowohl die Eignung der Teilnahmeberechtigten als auch der von ihr genannten Subunternehmer im vollen Umfange gegeben, die Teilnahmeberechtigte erfülle demnach die Vorgabe der Ausschreibung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit, weshalb ihr Angebot nicht auszuschneiden wäre und die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu Recht getroffen worden sei. Mit Schriftsatz vom 20.8.2009 ist das für die Zuschlagserteilung vorgesehene Unternehmen als Partei in das Verfahren eingetreten (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) und hat vorgebracht, die Behauptung der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe keinerlei auch nur annähernd vergleichbare Bauleistungen erbracht, stehe nicht nur im Widerspruch zum Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 28.5.2009, wonach das Referenzprojekt *** jedenfalls den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen dürfte. Soweit der Vergabekontrollsenat hinsichtlich der weiteren vorgelegten Referenzprojekte eine mangelnde Prüfung angenommen habe, sei ein solche im fortgesetzten Verfahren erfolgt. In diesem Verfahren habe die Teilnahmeberechtigte dem von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen alle geforderten Auskünfte erteilt, sodass dieser zum Ergebnis gelangt sei, dass die Auftraggeberin bezüglich der Referenzen die richtigen Parameter in Prüfung gezogen habe und das Prüfergebnis, „wonach zwei Referenzen einer mitbeteiligten Partei ausschreibungskonform sind“ richtig sei. Unzutreffend sei auch, dass die Teilnahmeberechtigte keine geeigneten Subunternehmer für die Erbringung der technischen Leistungsfähigkeit namhaft gemacht hätte. Alle namhaft gemachten Subunternehmer seien geprüft und als geeignet beurteilt worden. Zur Erbringung der Nachweise der notwendigen Referenzaufträge habe sie jedoch keine Subunternehmer benannt, da diesbezüglich die Teilnahmeberechtigte ausreichend leistungsfähig sei. Es sei sowohl die Eignung der Teilnahmeberechtigten als auch der von ihr genannten Subunternehmer im vollen Umfange gegeben, die Teilnahmeberechtigte erfülle demnach die Vorgabe der Ausschreibung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit, weshalb ihr Angebot nicht auszuschneiden wäre und die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten zu Recht getroffen worden sei.

Mit dem unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung eingelangten Schriftsatz der Antragstellerin vom 20.10.2009 hat diese insoweit ein ergänzendes Vorbringen erstattet, als sie vorbringt, dass das Referenzprojekt der Teilnahmeberechtigten *** nicht die Mindestanforderungen an die Referenzprojekte laut Ausschreibung erfülle. Bei diesem Projekt handle es sich um zwei Hallen, welche mit der Herstellung eines Geriatriezentrums nicht vergleichbar seien. Zwar sei theoretisch denkbar, „dass es bei dem namhaft gemachten Referenzprojekt Betriebs- und Sozialbereiche gibt, jedoch habe die Errichtung derselben sicherlich nicht die Kosten in Höhe von EUR 7 Millionen für den Rohbau verursacht“. Beim Geriatriezentrum Liesing handle es sich um ein mehrgeschossiges Bauwerk, welches in

kleinräumiger Ortbetonbauweise zu errichten sei, der *** sei hingegen ein Industriebau, welcher in einer eingeschossigen Skelettbauweise errichtet worden ist, die üblicherweise als Fertigteil- bzw. Stahlkonstruktion ausgeführt wird. Die logistischen Abläufe bzw. die qualitativen Anforderungen an einen Industriebau könnten mit der Herstellung eines Geriatriezentrums in keiner Weise verglichen werden. Auch seien beim ausgeschriebenen Projekt ca. 32.000 m² Bruttogeschossfläche herzustellen. Die Bruttogeschossfläche bei dem von der Teilnahmeberechtigten namhaft gemachten Referenzprojekt *** erreiche diesen Wert ohne die Hallen bei weitem nicht. Das Projekt *** sei daher jedenfalls mangels vergleichbarer technischer Mindestanforderungen zu den ausgeschriebenen Leistungen als Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne der Ausschreibungsvorgaben nicht geeignet. Darüber hinaus habe die Teilnahmeberechtigte bei diesem Referenzprojekt die wesentlichen Teile der Rohbauleistung nicht selbst erbracht. Es handle sich dabei um die Teilgewerke „Betonfertigteile“, „Stahlbau“ und „Fassade/Dach“. Diese Teilgewerke seien von der *** Ges.m.b.H. *** nicht an die mitbeteiligte Partei vergeben worden, sondern seien die Teilgewerke von anderen Unternehmen nach direkter Beauftragung durch die *** erbracht worden. Dies sei der Antragstellerin von den drei näher genannten Firmen bestätigt worden, wonach diesbezüglich direkte Auftragsverhältnisse vorgelegen wären. Bei der Ermittlung der Rohbaukosten gemäß ÖNORM B 1801-1 stellen die Teilgewerke Betonfertigteile, Stahlbau und Fassade/Dach wesentliche Teile dar. „Berücksichtige man die vorgenannten drei Teilgewerke, die nicht von der Teilnahmeberechtigten errichtet worden sind, so erreichen die Leistungen, die von der Teilnahmeberechtigten bei diesem Bauvorhaben erbracht worden sind, jedenfalls nicht die geforderten Rohbaukosten von EUR 7 Millionen“ zumal die drei Gewerke die Hauptwerke des Rohbaus darstellen und allesamt nicht von der Teilnahmeberechtigten erbracht worden seien. Sollte der Antragsgegnerin tatsächlich eine Bestätigung der *** vorliegen, welche Rohbaukosten in der Höhe von EUR 7 Millionen bestätige, treffe jedenfalls nicht zu, dass die Teilnahmeberechtigte für den Kostenbereich „Bauwerk-Rohbau“ Leistungen im Wert von EUR 7 Millionen (netto) erbracht hat. In diesem Zusammenhang weist die Antragstellerin auch darauf hin, dass zwischen der Teilnahmeberechtigten und der *** eine personelle „Verflechtung“ bestehe.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2009 Stellung genommen und erklärt, dass nach ihrem Wissensstand die Teilnahmeberechtigte diese Leistungen beim Referenzprojekt *** als Generalunternehmerin erbracht habe. Dabei sei es normal, dass nicht alle Teilleistungen selbst erbracht werden (Seite 3). Die Antragsgegnerin würde über die Bestätigung des historischen Auftraggebers, nämlich der ***, verfügen. „Wir haben das für ausreichend erachtet und keine weiteren Prüfungen vorgenommen. Wir haben uns z.B. Rechnungen nicht vorlegen lassen“.

Die Teilnahmeberechtigte hat zu diesem ergänzenden Vorbringen gleichfalls in der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2009 Stellung genommen und ausgeführt, sie sei beim Projekt *** Generalunternehmerin gewesen. Die von ihr nachgewiesenen Rohbaukosten nach ÖNORM B 1801-1 würden die verlangte Referenzsumme überschreiten und seien ihr jedenfalls als Generalunternehmerin zuzurechnen. Die Teilnahmeberechtigte sei vom Auftraggeber zur Erbringung sämtlicher Leistungen beauftragt worden, sie habe auch sämtliche Leistungen als Generalunternehmer ausgeführt. Die Referenzbestätigung des Auftraggebers sei „daher echt und richtig“. Das Vorbringen der Antragstellerin, die Leistungen „Fertigteile“ und „Konstruktiver Stahlbau“ seien von der Auftraggeberin *** unmittelbar beauftragt worden und nicht von der Teilnahmeberechtigten als Generalunternehmerin, sei unrichtig.

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 anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich des Neubaus des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung dieses Bauauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal 5 Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal 3 Punkten gewichtet sind. Alternativangebote waren neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zugelassen. Insgesamt haben sich acht Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote (Alternativangebot I und Alternativangebot II) gelegt hat. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.2.2009, 9.00 Uhr. Im

Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotsöffnung wurde das Alternativangebot II der Antragstellerin an erster Stelle, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle, das Alternativangebot I der Antragstellerin an dritter Stelle, das Hauptangebot der Antragstellerin preislich als an vierter Stelle liegend verlesen. Die Alternativangebote I und II wurden in der Folge ausgeschieden (siehe Bescheid vom 28.5.2009, VKS - 3159/09), sodass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot an zweiter Stelle liegt. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich des Neubaus des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung dieses Bauauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal 5 Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal 3 Punkten gewichtet sind. Alternativangebote waren neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zugelassen. Insgesamt haben sich acht Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote (Alternativangebot römisch eins und Alternativangebot römisch zwei) gelegt hat. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.2.2009, 9.00 Uhr. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotsöffnung wurde das Alternativangebot römisch zwei der Antragstellerin an erster Stelle, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle, das Alternativangebot römisch eins der Antragstellerin an dritter Stelle, das Hauptangebot der Antragstellerin preislich als an vierter Stelle liegend verlesen. Die Alternativangebote römisch eins und römisch zwei wurden in der Folge ausgeschieden (siehe Bescheid vom 28.5.2009, VKS - 3159/09), sodass die Antragstellerin mit ihrem Hauptangebot an zweiter Stelle liegt.

Nach der Beilage 13.0801 zum Angebotsformular SR 75 hatten die Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit folgende Unterlagen zu erbringen:

„Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (§ 75 BVergG 2006), Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 75, BVergG 2006)

Für Bauaufträge

X eine Liste in der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (unter Verwendung der Beilagen 13.08.2 und 13.08.3); römisch zehn eine Liste in der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (unter Verwendung der Beilagen 13.08.2 und 13.08.3);

X Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird; römisch zehn Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;

X eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welcher Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird; römisch zehn eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welcher Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;

X eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind. römisch zehn eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind.

Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung:

Mindestens zwei Referenzen mit denen der Bieter den Nachweis erbringt, jeweils ein Hochbauvorhaben mit einer Mindestsumme für den Kostenbereich „Bauwerk Rohbau (gem. ÖNORM B 1801-1) von € 7.0 Mio. [netto] und vergleichbaren technischen Mindestanforderungen, in den letzten fünf Jahren bereits abgewickelt zu haben."

Die Teilnahmberechtigte hat in der Referenzliste Beilage 13.08.2 zum Angebotsdeckblatt SR 75 als Referenzen im Sinne der Ausschreibung angeführt: *** und sich dazu auf zwei Beilagen, die gleichfalls mit dem Angebot vorgelegt wurden, sowie auf die Eintragung im ANKÖ berufen. Die beiden Referenznachweise wurden gleichfalls mit dem

Angebot abgegeben. Sie betreffen Leistungen über Euro 7,1 Mio. bzw. Euro 8,25 Mio.. Der Referenznachweis *** betrifft den Neu-, Um- und Zubau von Kläranlagen, Referenznachweis *** führt als Gegenstand der Leistung „Baumeister plus Außenanlagen“ an.

Die Teilnehmereberechtigte hat mit ihrem Angebot auch mehrere Subunternehmer genannt und in der Beilage 13.07.1 zum Angebotsdeckblatt SR 75 „Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse“ eingetragen, dass sie über die Befugnis „Pflasterer und Abdichtung“ betreffend die LG 13/14 und LG 12 nicht verfügt. Dafür hat sie in der Beilage 13.07.2 „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen“ insgesamt vier Unternehmer aus Gründen der mangelnden Befugnis genannt. Weiters hat sie in diesem Formblatt sechs Unternehmen aus Gründen der technischen Leistungsfähigkeit (Spalte B) angeführt. Hinsichtlich aller von ihr namhaft gemachten Subunternehmer hat sie die entsprechenden Erklärungen und Befugnisnachweise vorgelegt.

Zu beiden von der Teilnehmereberechtigten vorgelegten Referenzen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.2.2009 unter Bezugnahme auf die Festlegung in der Beilage 13.08.1 zum SR 75 die Teilnehmereberechtigte u.a. auch um Aufklärung ersucht, insbesondere, ob Hochbautätigkeiten für den Kostenbereich „Bauwerk Rohbau“ (= Kostengruppe 2 ÖNORM B 1801-1), erbracht wurden. Darin hat die Antragsgegnerin auch erklärt: „Sollten die beiden von ihnen im Angebot genannten Referenzprojekte die in der Ausschreibung genannten Mindestanforderungen nicht erfüllen, steht es ihnen selbstverständlich frei, ein anderes geeignetes Referenzprojekt zu nennen“.

Dieses Aufklärungsersuchen hat die Teilnehmereberechtigte mit Schreiben vom 5.3.2009 bezüglich der Referenzen wie folgt beantwortet:

„Referenzen:

1. a) Litera a
Referenzprojekt ***

Nach nochmaliger, eingehender Überprüfung der Unterlagen zum Referenzprojekt *** sind Zweifel aufgetreten, ob dieses Projekt den spezifischen Vorgaben zur Berechnung des Wertes entspricht. Aus diesem Grund werden unten zwei weitere Projekte, die den Vorgaben jedenfalls entsprechen, benannt und der entsprechende Nachweis vorgelegt.

1. b) Litera b
Referenzprojekt ***

Die Projektunterlagen wurden in Zusammenarbeit mit dem Vertreter des Auftraggebers überprüft und ein entsprechender Nachweis gemäß ÖNORM 1801-1 ausgestellt (Nachweis gemäß ÖNORM 1801-1 liegt bei). Gemäß des ersten Absatzes auf Seite 3 ihres Schreibens dürfen wir folgende Referenzprojekte nachreichen.

1. c) Litera c
Referenzprojekt ***

(Ein entsprechender Nachweis liegt bei.)

1. d) Litera d
Referenzprojekt ***

Das Bauvorhaben wurde für die Firma *** in Rumänien durchgeführt. (Ein entsprechender Nachweis gemäß ÖNORM 1801-1 liegt bei).“

Die drei, diesen Schreiben angeschlossenen Referenznachweise gemäß ÖNORM B 1801-1 weisen als Wert der Leistung jeweils Summen über Euro 7.000.000,-- netto auf.

Bezüglich der anzugebenden Fachkräfte und Baugeräte findet sich jeweils eine Liste beim Angebot der vorgeschlagenen Zuschlagsempfängerin. Diese Listen sind als bei der Angebotsöffnung vorliegend gekennzeichnet. Ebenfalls findet sich ein Jahresabschluss des Jahres 2008 und weitere Nachweise für die finanziellwirtschaftlich und technische Leistungsfähigkeit. Im Prüfbericht ist hiezu schematisch festzuhalten, dass „die Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit laut Definition in der MBB SR 75 erbracht wurden“. Weiters wird betreffend der Nachweise für die Eignungskriterien auf den ANKÖ – Auszug verwiesen.

In den Vergabeakten findet sich zum Angebot der Teilnehmereberechtigten im Zuge der Fortsetzung der Angebotsprüfung eine ausreichende Dokumentation, dass die Eignung der Subunternehmer, die von der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin namhaft gemacht wurden, geprüft wurde. Nachvollziehbar hat die Antragsgegnerin die Eignung der Subunternehmer angenommen.

Entsprechend den Ausführungen im Aufhebungsbescheid vom 28.5.2009 hat die Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren vor allem die von der Teilnahmeberechtigten geltend gemachten *** und *** einer Prüfung dahingehend unterzogen, ob diese Referenzen den vergleichbaren technischen Mindestanforderungen entsprechen. Diesbezüglich kann auf das Schreiben der Rechtsvertreter der Antragsgegnerin vom 29.6.2009, erliegend in den Vergabeakten Ordner 6, verwiesen werden.

Mit Schreiben vom 14.7.2009 hat die Teilnahmeberechtigte dazu Pläne der einzelnen Referenzprojekte sowie „eine Fotodokumentation um Kostenaufstellung lt. ÖNORM B 1801-1 des Referenzprojektes ***“ vorgelegt. Dieses Schreiben und die angeschlossenen Beilagen befinden sich gleichfalls in den Vergabeakten, Ordner 6. Eine Kostenaufstellung lt. ÖNORM 1801-1 betreffend das Referenzprojekt *** wurde mit diesem Schreiben nicht vorgelegt. Insgesamt hat die Teilnahmeberechtigte im fortgesetzten Angebotsprüfungsverfahren drei Referenzprojekte namhaft gemacht, nämlich das Projekt *** und das Referenzprojekt ***. Die Unterlagen betreffend diese Referenzprojekte sind ebenfalls im Ordner 6 enthalten.

In den Vergabeakten (Ordner 5) ist im Abschnitt 5 eine Fotodokumentation betreffend das Referenzprojekt *** sowie eine Aufstellung der Kosten für dieses Bauwerk – Rohbau nach ÖNORM B 1801-1 enthalten. Damit wird eine Gesamtreferenzsumme von EUR 7,550.655,00 netto ausgewiesen. Unter den Positionen 2.H16-Fertigteile wird ein Betrag von EUR 1,269.297,00, unter der Position 2.H32-Konstruktiver Stahlbau ein Beitrag von EUR 422.555,00 ausgewiesen. Der Fotodokumentation angeschlossen ist ein Lageplan, in dem jene Objekte, die von den Baumaßnahmen betroffen waren, jeweils grün gerastert eingezeichnet sind.

Aus den mit Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 14.7.2009 zum Referenzprojekt *** vorgelegten Plänen, die sämtliche im Ordner 5 der Vergabeakten erliegen, ist ersichtlich, dass bei diesem Projekt mehrere Objekte, darunter offenbar vier größere Hallen und einige weitere kleinere Gebäude als durch die Teilnahmeberechtigte errichtet, eingezeichnet sind. Es handelt sich dabei um Industriebauten, die nur im Bezug auf die mehrgeschossigen Büro- und Sozialgebäude 1 zu 1 mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind.

Obwohl die Antragsgegnerin im zweiten Verfahrensabschnitt die Teilnahmeberechtigte zur Vorlage von Unterlagen betreffend die von ihr geltend gemachten Referenzen aufgefordert hat, ist im Vergabeakt eine Prüfung dieser Unterlagen nicht festgehalten. Insbesondere findet sich in den Vergabeakten keine Niederschrift über die fortgesetzte Prüfung und ihr Ergebnis, aus der die Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2009 ableitbar wäre.

Der Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2009, die den Bietern am gleichen Tage zugegangen ist, ist zu entnehmen, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten 99 Gesamtpunkte, jenes der Antragstellerin 95,53 Gesamtpunkte erhalten hat.

Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 12.8.2009 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.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat auf Grund der vorgelegten Vergabeakten sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2009. Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren war die Qualität des Referenzprojektes *** als taugliches Referenzprojekt nicht mehr strittig. Feststellungen dazu konnten daher entfallen, diesbezüglich kann auf den Bescheid vom 28.5.2009, VKS – 3159/09 verwiesen werden.

Das Referenzprojekt *** in Rumänien, das die Teilnahmeberechtigte für *** errichtet hat, enthält im Referenznachweis gemäß ÖNORM B 1801-1, als Gegenstand der Leistung „Klinker Lager-80 m Durchmesser mit drei Abzugskanälen, Fundament für Zementmühle und Gebäude“ und weist den Wert der Leistung mit EUR 7,6 Millionen netto aus. In der Kostenaufstellung sind unter den einzelnen Posten nur Beträge eingetragen für Baustellengemeinkosten, Erdarbeiten und Sicherung bei Erdarbeiten, Beton- und Stahlbetonarbeiten, Abdichtung gegen Feuchtigkeit, Regieleistungen, konstruktiver Stahlbau und sonstiges. Eine nähere Beschreibung dieses Bauwerkes ist in den Vergabeakten nicht

enthalten, wohl aber eine Fotodokumentation sowie eine planliche Darstellung, wobei es nicht möglich ist, daraus eindeutig abzuleiten, ob es sich bei der Errichtung des Zementwerkes um ein Hochbauvorhaben im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen handelt.

Obwohl der Senat in seinem Aufhebungsbescheid vom 22.10.2009 ausführlich die Gründe für diese Entscheidung dargelegt hat, hat insbesondere eine angezeigte Prüfung der geltend gemachten Referenzen etwa durch Vorlage von Rechnungen nicht stattgefunden, zumindest ist eine solche in den Vergabeakten nicht dokumentiert. Insbesondere ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen, ob und mit welchem Ergebnis die Antragsgegnerin die Referenz *** geprüft hat, eine Niederschrift über die Angebotsprüfung fehlt. Dass sich die Antragsgegnerin offenbar der Problematik der Referenz *** wie sie bereits im Aufhebungsbescheid angedeutet wurde, nicht bewusst war, ergibt sich aus ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, wonach sie die Bestätigung „des historischen Auftraggebers“ für dieses Projekt als ausreichend angesehen hat und daher „keine weiteren Prüfungen vorgenommen“ hat. Dass gerade die Referenz *** sich als problematisch erweist, ergibt sich aus dem ergänzenden Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 20.10.2009. Darin hat die Antragstellerin – ebenso wie in der mündlichen Verhandlung – dezidiert vorgebracht, dass die Leistungen beim Projekt *** nicht zur Gänze von der Teilnahmeberechtigten erbracht wurden, insbesondere die Leistungen Fertigteile und konstruktiver Stahlbau von der seinerzeitigen Auftraggeberin unmittelbar bei anderen Unternehmen beauftragt und von diesen Unternehmen auch ausgeführt wurden. Sollte dieses Vorbringen zutreffen, was derzeit auf Grund der mangelnden Prüfung noch nicht gesagt werden kann, würde sich die Referenzsumme für die Referenz *** jedenfalls auf unter 7 Millionen vermindern. Soweit Feststellungen aus den Vergabeakten wörtlich übernommen wurden, sind die Belegstellen im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung zitiert.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten zum Neubau des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal fünf Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal drei Punkten vorgesehen sind. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Baumeisterarbeiten zum Neubau des Geriatriezentrums Liesing. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis mit maximal 92 Punkten, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit maximal fünf Punkten und ein Baumschutzkonzept mit maximal drei Punkten vorgesehen sind.

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 sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren 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 sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren 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 31.7.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 12.8.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 31.7.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 12.8.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 eingelangt.

Soweit die Antragstellerin die (zweite) Zuschlagsentscheidung als vergaberechtswidrig bekämpft, erweist sich ihr Begehren als im Ergebnis berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass in den mangels Anfechtung bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen zu den Referenzen festgelegt ist, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die Bieter mindestens zwei Referenzen zu erbringen haben, wonach sie „jeweils ein Hochbauvorhaben mit einer Mindestsumme für den Kostenbereich „Bauwerk Rohbau“ (gemäß ÖNORM B1801-1) von € 7 Mio. (netto) und vergleichbaren technischen Mindestanforderungen in den letzten fünf Jahren bereits abgewickelt haben“. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte zunächst mit ihrem Angebot zwei Referenzen mit der verlangten Auftragssumme abgegeben, in der Folge jedoch nach dem Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin eine Referenz (***) zurückgezogen und zwei weitere (Neureferenzen) geltend gemacht. Diese nachgereichten Referenzen betreffen das Projekt *** und ***. Wie im Nachprüfungsverfahren VKS-3159/09 vom angerufenen Senat festgestellt wurde, handelt es sich bei dem ursprünglich geltend gemachten Referenzprojekt *** um ein Referenzprojekt, das bautechnisch mit den ausschreibungsgegenständlichen Geriatriezentrum durchaus vergleichbar ist und den verlangten Kostenbereich aufweist. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt des genannten Bescheides verwiesen werden.

Hingegen hat der Senat bereits im ersten Nachprüfungsverfahren erhebliche Zweifel daran geäußert, ob bei den beiden weiteren, von der Teilnahmeberechtigten genannten Referenzprojekten nämlich *** und *** die Vergleichbarkeit mit einem Geriatriezentrum gegeben ist. Im fortgesetzten Angebotsprüfungsverfahren hat sich die Antragsgegnerin mit diesen beiden genannten Referenzen befasst und die Teilnahmeberechtigte um Übermittlung von Plänen und einer Photodokumentation sowie einer Aufgliederung der Kosten „Bauwerk Rohbau“ gemäß ÖNORM B1801-1 hinsichtlich des Referenzprojektes *** ersucht (Schreiben vom 29.6.2009). Hinsichtlich beider Referenzprojekte ist aus den von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Beilagen ersichtlich, dass es sich dabei um Industriebauten handelt.

Aus jenen Beilagen, die das Referenzprojekt *** betreffen, ist der Senat aufgrund seiner fachkundigen Zusammensetzung zum Ergebnis gelangt, dass es sich dabei nicht um ein den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Referenzprojekt handelt, wenn auch die Auftragssumme dem Betrag von € 7,6 Mio. (netto) erreicht. So wird bereits in dem von der Teilnahmeberechtigten gelegten Referenznachweis gemäß ÖNORM 1801-1 als Gegenstand der Leistung die Herstellung eines „Klinker Lagers 80 m Durchmesser mit 3 Abzugskanälen, Fundament für Zementmühle und Gebäude“ beschrieben. Aus den vorgelegten Plänen sowie der vorgelegten Photodokumentation kann nicht abgeleitet werden, dass von der Teilnahmeberechtigten weitere Hochbauten mit „vergleichbaren technischen Mindestanforderungen“ errichtet worden sind. Dass auch die Teilnahmeberechtigte diesen Standpunkt teilen dürfte, ergibt sich daraus, dass sie zum Referenzprojekt *** im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keinerlei Vorbringen zu dessen Eignung als taugliches Referenzprojekt erstattet hat.

Es bleibt sohin zu prüfen, ob und in welchem Umfange das von der Teilnahmeberechtigten geltend gemachte Referenzprojekt *** als taugliches, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechendes Referenzprojekt gewertet werden kann. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens handelt es sich beim Projekt *** nach den vorgelegten Lageplänen um mehrere Objekte, darunter offenbar vier größere Hallen und einige weitere kleinere

Gebäude, die als durch die Teilnahmberechtigte errichtet gekennzeichnet sind. Grundsätzlich handelt es sich dabei um einen Industriebau, der nur im Bezug auf die mehrgeschossigen Büro- und Sozialgebäude mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist. Hinsichtlich der Eignung dieses Referenzprojektes zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit liegt im Vergabeakt ein von einem externen Sachverständigen erstelltes Gutachten, wonach es sich um ein taugliches Referenzprojekt handelt. Nach Ansicht des fachkundig besetzten Senates stellt sich die Herstellung weitgespannter Hallenbauwerke eventuell sogar als schwieriger dar, als die eines mehrgeschossigen Büro- oder Sozialgebäudes. Es ist daher das Projekt *** in technischer Hinsicht als Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit grundsätzlich geeignet.

Nun hat aber die Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vorgebracht, dass die Teilnahmberechtigte nicht alle im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt *** verzeichneten Leistungen selbst erbracht hat, sondern Leistungen von der Auftraggeberin unmittelbar bei Dritten bestellt und diese Leistungen von diesen Dritten auch erbracht wurden. Dabei soll es sich nach dem Vorbringen der Antragstellerin um die in der Kostenaufstellung der Teilnahmberechtigten betreffend das Referenzprojekt *** unter den Position 2.H16 - Fertigteile und 2.H32 - konstruktiver Stahlbau verzeichneter Leistungen handeln. Diese Kostengruppen sollen in einem unmittelbaren Auftragsverhältnis des Bauherren von zwei, von der Antragstellerin näher bezeichneten Unternehmen, erbracht worden sein. Falls tatsächlich die Kostengruppen 2.H16 - Fertigteile mit € 1.269.297,00 und 2.H32 - konstruktiver Stahlbau mit € 422.555,00 nicht von der Teilnahmberechtigten erbracht worden sind, würden sich an der Teilnahmberechtigten zuzurechnenden Gesamtkosten nur € 5.858.803,00, welche damit deutlich unter den für Referenzprojekte geforderten € 7 Mio. liegen, ergeben. Die Teilnahmberechtigte hat ausdrücklich bestätigt, alle im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt *** verzeichneten Leistungen als Generalunternehmer selbst geplant, beauftragt und ausgeführt zu haben (Protokoll Seite 5). Zu diesem von der Antragstellerin erstmals im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren erhobenen Vorwürfen sind in den Vergabeakten keinerlei Hinweise darauf enthalten, dass wesentliche in der Kostenzusammenstellung der Teilnahmberechtigten enthaltene Teile des Projektes nicht durch die Teilnahmberechtigte selbst ausgeführt wurden, sondern durch Firmen, welche durch die Auftraggeberin *** direkt beauftragt wurden und somit auch nicht als Subunternehmer der Teilnahmberechtigten gewertet werden können. Sollte die Teilnahmberechtigte tatsächlich nicht alle von ihr im Zusammenhang mit dem Referenzprojekt *** geltend gemachten Leistungen selbst erbracht und sich auch bei der Erbringung dieser Leistungen nicht eines Subunternehmers bedient haben, kann sie sich die darauf entfallenden Beträge nicht als Referenz anrechnen. Damit würde sie aber den für die Referenz geforderten Betrag von € 7 Mio. nicht erreichen, womit sie nur mehr eine einzige Referenz (***) zur Verfügung hätte. In diesem Fall wäre das Angebot der Teilnahmberechtigten mangels ausreichender Referenznachweise auszuschneiden und das Hauptangebot der Antragstellerin einer weiteren vergaberechtlichen Prüfung zu unterziehen.

Da die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe, die Teilnahmberechtigte hätte nicht alle mit dem Projekt *** in Zusammenhang stehenden Leistungen selbst erbracht, erst im Nachprüfungsverfahren erhoben wurden, nach dem Inhalt des Vergabeakts eine Prüfung dieses Vorbringens bisher von der Antragsgegnerin (naturgemäß) nicht vorgenommen worden ist und es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenats sein kann, eine solche Prüfung anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht verpflichtet anstelle der Auftraggeberin ein Ermittlungsverfahren durchzuführen (vgl. VWGH 18.3.2009, 2007/04/0005). Da die von der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe, die Teilnahmberechtigte hätte nicht alle mit dem Projekt *** in Zusammenhang stehenden Leistungen selbst erbracht, erst im Nachprüfungsverfahren erhoben wurden, nach dem Inhalt des Vergabeakts eine Prüfung dieses Vorbringens bisher von der Antragsgegnerin (naturgemäß) nicht vorgenommen worden ist und es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenats sein kann, eine solche Prüfung anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht verpflichtet anstelle der Auftraggeberin ein Ermittlungsverfahren durchzuführen vergleiche VWGH 18.3.2009, 2007/04/0005).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 24.8.2009 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 24.8.2009 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 Vorraussetzungen 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 Vorraussetzungen liegen vor.

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; mangelnde Referenznachweise; mangelhafte Prüfung der Referenzen.

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2010

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