

TE Verg Bescheid 2009/9/10 VKS-6316/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.09.2009

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 Abs1

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 §268 Abs2

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 § 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

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Sabine Diener, Rechtsanwältin 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 3 – Süd“ 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
Dem Antrag wird statt gegeben und die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 29.6.2009 betreffend das Fachgebiet WEG 1 – Teilgebiet 3 – Süd, für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 20.7.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 7.500,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 12 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 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, 268 Abs. 2 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, 268, Absatz 2, 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, Rohrlegung 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 Teilgebietslose abgegeben.

Mit Schreiben vom 29.6.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag für das Los WEG 1 – Teilgebietslos 3 – Süd, einem anderen Bieter als Billigstbieter erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 13.7.2009 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. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen, bzw. die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte gar nicht zur zweiten Verhandlungsrunde eingeladen werden dürfen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde vor allem nicht über die geforderte Mindestausstattung sowohl an Geräten als auch an Arbeitskräften und somit nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei überwiegend im Hochbau tätig, Leitungsbau für Gasnetze, insbesondere in Wien und Umgebung, habe sie bisher nicht durchgeführt. Es sei daher zweifelhaft, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die geforderten Referenzen vorgelegt und einen spartenspezifischen Umsatz überhaupt nachgewiesen habe. Auch würde es ihr am fachlich geschulten Personal im erforderlichen Ausmaß fehlen. Ebenso verfüge sie nicht über die geforderten Mobilbagger unter 40 KW. Im Hinblick auf ihren Firmensitz in Kärnten sei auch fraglich, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die verlangten Interventionszeiten einhalten könne. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 13.7.2009 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. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen, bzw. die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte gar nicht zur zweiten Verhandlungsrunde eingeladen werden dürfen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde vor allem nicht über die geforderte Mindestausstattung sowohl an Geräten als auch an Arbeitskräften und somit nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei überwiegend im Hochbau tätig, Leitungsbau für Gasnetze, insbesondere in Wien und Umgebung, habe sie bisher nicht durchgeführt. Es sei daher zweifelhaft, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die geforderten Referenzen vorgelegt und einen spartenspezifischen Umsatz überhaupt nachgewiesen habe. Auch würde es ihr am fachlich geschulten Personal im erforderlichen Ausmaß fehlen. Ebenso verfüge sie nicht über die geforderten Mobilbagger unter 40 KW. Im Hinblick auf ihren Firmensitz in Kärnten sei auch fraglich, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die verlangten Interventionszeiten einhalten könne.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung als Billigstbieterin 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 20.7.2009 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 20.7.2009 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 zweiter Stelle zu liegen kommt. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten lägen nicht vor. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe völlig korrekt die technische Leistungsfähigkeit gemäß den Anforderungen in den Teilnahmeunterlagen nachgewiesen. Im Gegensatz zur Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin von Anfang an korrekt kalkuliert, während die Antragstellerin im Zuge der Verhandlungen und im last and best offer massive Nachlässe gewährt habe. Die Antragsgegnerin hätte daher zu keiner Zeit vermuten müssen, „dass es sich bei dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein spekulatives Angebot handelte und war daher keine vertiefte Angebotsprüfung erforderlich“. Durch die Bezeichnung „***“ inklusive Angabe der Anschrift in der Zuschlagsentscheidung sei klar ersichtlich, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der Bieterin *** GmbH zu erteilen. Die von der Antragstellerin behauptete Unklarheit liege nicht vor.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 7.9.2009 ergänzend vorgebracht, dass nach den bestandfest gewordenen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen der Nachweis der Eignung durch Eigenerklärung zulässig gewesen sei. Die Teilnahmeberechtigte habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und damit ihre Eignung sowohl vergaberechts- als auch ausschreibungskonform nachgewiesen. Die Antragsgegnerin habe nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin, um jeden Zweifel auszuschließen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachträglich zur Erklärung aufgefordert, ob ihre mit dem Teilnahmeantrag abgegebenen Eigenerklärungen richtig seien. Dies sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestätigt worden.

Mit Schriftsatz vom 20.7.2009 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“. Entschieden bestreitet die Teilnahmeberechtigte mit umfangreichen Argumenten ein spekulatives, nicht angemessenes Angebot gelegt zu haben. Mit Schriftsatz vom 29.7.2009 hat sie ihr Vorbringen dahingehend ergänzt, indem sie ausführte, den nach den Teilnahmebedingungen geforderten Personalstand für jeweils drei Arbeitspartien pro Teilgebiet erbringen zu können. Mit Schriftsatz vom 20.7.2009 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“. Entschieden bestreitet die Teilnahmeberechtigte mit umfangreichen Argumenten ein spekulatives, nicht angemessenes Angebot gelegt zu haben. Mit Schriftsatz vom 29.7.2009 hat sie ihr Vorbringen dahingehend ergänzt, indem sie ausführte, den nach den Teilnahmebedingungen geforderten Personalstand für jeweils drei Arbeitspartien pro Teilgebiet erbringen zu können.

Mit Schriftsatz vom 3.9.2009 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannten Argumente wiederholt und ergänzend ausgeführt, die Leistungsfähigkeit der Bieter wäre in Hinblick auf den konkreten Leistungsgegenstand zu prüfen gewesen. Nach den Unterlagen zum Teilnahmeantrag im Verhandlungsverfahren sollen Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und Hausanschlussleitungen vergeben werden. Offensichtlich sei die Prüfung der Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht korrekt vorgenommen worden, denn diese verfüge nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten. Zu den Einwendungen der Teilnahmeberechtigten führt die Antragstellerin aus, dass diese offenbar ein Vorbringen erstattet, das zu dem gleichzeitig anhängig gewordenen Nachprüfungsverfahren VKS-6315/09, gehöre. Dennoch weist die Antragstellerin darauf hin, dass die Teilnahmeberechtigte weder die geforderten Nachweise für Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und für Hausanschlussleistungen erbracht habe noch – da sie sich für alle drei Teilgebietslose beworben habe – die erforderlichen insgesamt 18 Arbeitspartien nachweisen könnte. Dies gelte auch für die Anzahl der nach den

Teilnahmebedingungen geforderten LKWs mit Ladekran. Der allgemeine Hinweis, dass eine Anmietung dieser Geräte möglich sei, genüge nicht, weil ein Bieter die Verfügbarkeit über das entsprechende Gerät für den gesamten Vertragszeitraum konkret, etwa durch Vorlage von Mietverträgen, mit dem Teilnahmeantrag nachweisen müsse. Die Leistungsfähigkeit müsse spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen, welcher Umstand bei der Teilnahmeberechtigten nicht gegeben sei. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten hätte daher ausgeschlossen werden müssen.

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 10.9.2009 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 als Sektorenauftraggeber 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 3 – Süd. Es handelt sich dabei um die Durchführung von Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und 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 als Sektorenauftraggeber 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 3 – Süd. Es handelt sich dabei um die Durchführung von Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und 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

-1 Polier, Hilfspolier ODER Vorarbeiter

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

UND

3 Arbeitspartien mit jeweils

- 1 Polier, Hilfspolier ODER Vorarbeiter
- 1 Hilfsarbeiter
- 1 Hydraulikbagger < 40 kW (Mobilbagger) mit Baggerfahrer
- 1 LKW 10 t Kipper mit Ladekran und Lenker
- 1 Kompressor (fahrbar) < 30 kW
- 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 dem Vergabekontrollsenat (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten festzustellen:

Aus den Vergabeakten (Ordner 1) ergibt sich, dass sich die Teilnahmberechtigte 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 Teilnahmberechtigte eine Liste mit zahlreichen Referenzen für Tiefbauarbeiten vorgelegt.

Mit der Beilage 4.1.6 wurde eine Liste über Personal und Gerät für die Arbeitspartien vorgelegt, wobei die Auflistung der zur Verfügung stehenden Fahrzeuge gegliedert ist in LKW, Betonfahrmischer, Anhänger, Raupen und Bagger und sonstige Geräte. Weder der Liste „Fahrzeuge" noch der Liste „Raupen und Bagger" kann entnommen werden, ob es sich dabei um Geräte handelt, wie sie unter den Eignungskriterien unter Punkt 2.6 angeführt sind.

Zum Teilnahmeantrag der Teilnahmberechtigten 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 Teilnahmberechtigte 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 Teilnahmberechtigten 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 ***, mit Fertigstellung 2005.

Die Antragstellerin hat die erste Stufe des Vergabeverfahrens offenbar erfolgreich absolviert (eine Dokumentation über das Ergebnis der Auswahl der Bieter für die zweite Stufe des Verfahrens ist in den Vergabeakten nicht enthalten) 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 Teilnahmberechtigte 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 Teilnahmberechtigte

(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 drei Mal schriftlich aufgefordert, die „Zuschlagsfrist" zu verlängern. Die Bieter haben diesem Ersuchen jeweils zugestimmt und die Bindefrist ihrer Angebote schließlich bis 4.9.2009 verlängert.

Auf die Aufforderung nach einem „last and best offer" hat die Antragstellerin ebenfalls einen Gesamtnachlass je Gebietsanteil angeboten, der aber nicht für Regieleistungen gilt.

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.

Mit Schreiben vom 29.6.2009 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 13.7.2009 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 aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend § 12 Abs. 1 WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Tatsächlich hat die mündliche Verhandlung aber ergeben, dass von der Antragsgegnerin nicht alle, das gegenständliche Vergabeverfahren betreffenden, Akten vorgelegt wurden, so insbesondere nicht jene Aktenteile, die Beratungen des „Vergabeberatungsgremiums" betreffen (Protokoll Seite 3). Aufgrund der Angaben der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war weiters anzunehmen, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens tatsächlich nur in geringem Umfange, bzw. kaum dokumentiert wurde. So hat der Vertreter der Antragsgegnerin etwa angegeben, er

hätte auf die Richtigkeit der Eigenerklärungen der Teilnahmereberechtigten vertraut, „und keine Referenzen geprüft“. Die Feststellung, dass die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens aus den Schriftsätzen der Antragsgegnerin die Reihung ihres Angebotes an zweiter Stelle erfahren hat, deckt sich mit den Erklärungen der Parteien im Zuge der mündlichen Verhandlung sowie mit dem Akteninhalt. Jedenfalls hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin, offenbar auf die Richtigkeit der Eigenerklärungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vertrauend, diese ohne irgendwelche weitere Prüfung auf Richtigkeit und Plausibilität zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen hat. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Tatsächlich hat die mündliche Verhandlung aber ergeben, dass von der Antragsgegnerin nicht alle, das gegenständliche Vergabeverfahren betreffenden, Akten vorgelegt wurden, so insbesondere nicht jene Aktenteile, die Beratungen des „Vergabeberatungsgremiums“ betreffen (Protokoll Seite 3). Aufgrund der Angaben der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war weiters anzunehmen, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens tatsächlich nur in geringem Umfange, bzw. kaum dokumentiert wurde. So hat der Vertreter der Antragsgegnerin etwa angegeben, er hätte auf die Richtigkeit der Eigenerklärungen der Teilnahmereberechtigten vertraut, „und keine Referenzen geprüft“. Die Feststellung, dass die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens aus den Schriftsätzen der Antragsgegnerin die Reihung ihres Angebotes an zweiter Stelle erfahren hat, deckt sich mit den Erklärungen der Parteien im Zuge der mündlichen Verhandlung sowie mit dem Akteninhalt. Jedenfalls hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin, offenbar auf die Richtigkeit der Eigenerklärungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vertrauend, diese ohne irgendwelche weitere Prüfung auf Richtigkeit und Plausibilität zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen hat.

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 Euro 60.000,-- (ohne USt) pro Einzelbauvorhaben abgerufen werden. Insgesamt haben sich 13 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Teilnahmereberechtigte am Verhandlungsverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde mit ihrem „last and best offer“ an zweiter Stelle, die Teilnahmereberechtigte 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 Euro 60.000,-- (ohne USt) pro Einzelbauvorhaben abgerufen werden. Insgesamt haben sich 13 Bieter, darunter die Antragstellerin und die Teilnahmereberechtigte am Verhandlungsverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde mit ihrem „last and best offer“ an zweiter Stelle, die Teilnahmereberechtigte 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 behauptete, 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 behauptete, 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 29.6.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 13.7.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 29.6.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 13.7.2009 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 auch berechtigt.

Zunächst war auf das Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten näher einzugehen, der Antragstellerin würde es im Hinblick auf die Reihung ihres Angebotes, an der zur Antragstellung erforderlichen Legitimation fehlen, weil selbst bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages sie nicht den Auftrag erhalten könnte.

Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Antragstellerin erst im Zuge des von ihr eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens von der Reihung ihres Angebotes an zweiter Stelle erfahren hat, ein diesbezüglicher Hinweis, der zweckmäßigerweise bereits mit der Zuschlagsentscheidung gegeben hätte werden können, war in dieser nicht enthalten. Es liegt nun in der Natur des Verhandlungsverfahrens, dass ein an diesem teilnehmender Bieter grundsätzlich nicht über seine Reihung während der Verhandlungen informiert wird. Nach dem Inhalt der Vergabeakten liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot betreffend das Los WEG 1, Teilgebietslos 3 – Süd, eindeutig an zweiter Stelle, sodass ihre Antragslegitimation unzweifelhaft gegeben ist.

Sowohl nach dem Inhalt der Vergabeakten als auch nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist es dem Senat nicht möglich, die von der Antragstellerin vorgebrachten Zweifel an der Eignung, insbesondere der Leistungsfähigkeit der vor ihr liegenden Bieterin, die in der ersten Stufe des zweistufigen Verhandlungsverfahrens zu prüfen gewesen wäre, zu widerlegen.

Für das Vorgehen der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung ist etwa signifikant die auffällige und vorerst unverständliche Tatsache, dass ein fünf Seiten umfassender Ausdruck aus dem Auftragnehmerkataster Österreich, betreffend die Teilnahmeberechtigten, mit einem systemgestützt ausgedruckten Druckdatum vom 23.12.2008 dem Teilnahmeantrag beiliegt, der vom Mitarbeiter der Antragsgegnerin *** erstellt wurde und als zum Teilnahmeantrag gehörend mit dem Stanzapparat gekennzeichnet wurde. Nun lautet der Stanzschriftzug „Wiengas 22.12.08“. Somit wurde ein Dokument bereits einen Tag bevor es erstellt wurde, als zum Teilnahmeakt beiliegend gekennzeichnet. Eine mögliche Begründung dafür könnte sein, dass die Stanzung erst am 23.12.08 oder später mit einer manipulierten Datumsangabe durchgeführt wurde. Dabei ist, offensichtlich irrtümlich und unnotwendiger Weise, der vom Mitarbeiter der Antragsgegnerin veranlasste ANKÖ – Ausdruck mit gekennzeichnet worden. Jedenfalls lässt diese Vorgangsweise Rückschlüsse auf die Qualität der Prüfung der Teilnahmeanträge zu, freilich ohne dass diese Tatsache von Relevanz für den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens gewesen wäre. Nach dem Teilnahmeantrag hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Bewerbung für alle drei Teilgebiete des Fachloses WEG1, Tiefbauarbeiten am Hauptrohrnetz und Hausanschlussleitungen, abgegeben. Sie hat Subunternehmer nicht genannt. Bezüglich der von ihr

zu erbringenden Eignungsnachweise hat die Teilnahmeberechtigte einerseits auf die Eintragung im ANKÖ mit Code *** und andererseits auf entsprechende Beilagen verwiesen. Zur technischen Leistungsfähigkeit hat die Teilnahmeberechtigte eine Referenzliste über die, in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen im Bereich Tiefbauarbeiten an Rohrleitungsnetzen abgegeben. Bei den Mindestkriterien für Personal und Gerät, wo drei Arbeitspartien mit bestimmter Anzahl an Arbeitern und Geräten und drei weitere Arbeitspartien mit anders definierten Anforderungen an Arbeiter und Geräte verlangt werden, hat die Teilnahmeberechtigte erklärt, über die 2 x drei Arbeitspartien gemäß Anforderungen zu verfügen.

Aus den Vergabeakten ist außer einem handschriftlichen Vermerk der grundsätzlichen Erfüllung der Eignungskriterien und den hiezu vorgelegten Nachweisen eine nachvollziehbare Prüfung, etwa darüber, ob die Angaben der Teilnahmeberechtigten über Anzahl und Qualifikation des Personals korrekt waren oder die Verfügbarkeit der Spezialgeräte im Auftragsfall gewährleistet ist, nicht dokumentiert. Bezüglich der Referenzen betreffend Gleisquerungen wird die Teilnahmeberechtigte zwar mit Schreiben vom 8.1.2009 aufgefordert, diese konkret anzugeben, da aus der beigelegten Referenzliste das Vorliegen derartiger Referenzen nicht nachvollzogen werden kann. Rechtzeitig hat die Teilnahmeberechtigte diesbezüglich zwei Referenzprojekte genannt, wobei auch bezüglich dieser beiden Referenzen eine nachvollziehbare Prüfung der Richtigkeit der Angaben den Vergabeakten nicht zu entnehmen ist.

Wenn nun die Antragstellerin behauptet, dass die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin nicht über die gemäß den Teilnahmeunterlagen vorgesehene Ausstattung (Personal und Gerät) verfügt, da es sich bei den in der Ausschreibung geforderten Geräten um spezielle Geräte für Spezialbauarbeiten im innerstädtischen Kontrahentenleitungsbau und Gebrechensdienst handelt, ist festzustellen, dass außer der Erklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest aus der Aktenlage tatsächlich nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob die Anforderungen in den Teilnahmeunterlagen erfüllt wurden. So kann etwa der Geräteliste Beilage 4.1.6 des Teilnahmeantrages der Teilnahmeberechtigten nicht entnommen werden, ob sie über die geforderte Anzahl von LKW mit der festgelegten Spezifikation verfügt. Gleiches gilt für die Festlegung, welche „Mobilbagger“ zum Einsatz kommen sollen, weil auch hier der Geräteliste nicht entnommen werden kann, ob darunter Bagger in der verlangten Ausstattung enthalten sind oder nicht. Gleiches gilt für die vorgelegten Referenznachweise. Da es den Vergabeakten auch an jeglicher nachvollziehbaren Prüfung und Dokumentation, der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Erklärungen fehlt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Unternehmen die Anforderungen an die Eignung nicht erfüllt und daher aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre, bzw. nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert hätte werden dürfen. Dass eine Prüfung der Eigenerklärungen auf ihre Richtigkeit nicht vorgenommen wurde, ist nach dem Vorbringen der Antragsgegner unstrittig. Selbst bei einer oberflächlichen Prüfung wäre zu erwarten gewesen, dass die Antragsgegnerin etwa eine Überprüfung dahingehend vornimmt, ob die von der Teilnahmeberechtigten als Referenz für die Querung von Gleiskörpern angeführten, für die *** erbrachten Leistungen innerhalb des geforderten Zeitraums (Fertigstellung 2005?) liegen oder nicht.

Die Tatsache, dass gemäß Teilnahmeunterlagen anstatt der Vorlage von Eignungsnachweisen eine Eigenerklärung zulässig war, ändert nach Ansicht des Senates nichts an der Verpflichtung des Auftraggebers, eine nachvollziehbare Eignungsprüfung durchzuführen. Ist eine solche auf Basis von Eigenerklärungen nicht möglich, hat der Auftraggeber eben trotz Eigenerklärung die Vorlage von entsprechenden Nachweisen zu verlangen und anhand dieser die Erfüllung der Eignungsanforderungen zu prüfen. Die Eignung ist eben nicht automatisch durch Vorlage einer Eigenerklärung des Bewerbers oder Bieters „vergaberechts- und ausschreibungskonform“ nachgewiesen. Daran ändert auch die nochmalige Bestätigung der Richtigkeit dieser Annahme durch die vorgesehene Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren nichts. Somit kann aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten sowie der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens, ohne dass der Senat die erforderliche Eignungsprüfung der ersten Stufe des zweistufigen Verfahrens anstelle der Antragsgegnerin nunmehr nachholt, nicht gesagt werden, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Anforderungen an die Eignung in der gegenständlichen Ausschreibung erfüllt oder nicht. Eine grobe Durchsicht der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegebenen Unterlagen vermittelt den Eindruck, dass es ihr nicht an der erforderlichen Eignung fehlen dürfte. Da es aber nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde sein kann, die erforderliche Eignungsprüfung anstelle der Auftraggeberin durchzuführen, ist auch die Behauptung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre mangels Eignung aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen, nicht prüfbar.

In diesem Zusammenhang ist auch zu vermerken, dass eine Dokumentation über die Entscheidung, welche Unternehmer als geeignet erkannt wurden (§ 252 Abs. 7 BVergG 2006) und wie sie in der Folge zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurden (§ 252 Abs. 9 BVergG 2006) aus den Vergabeakten nicht ersichtlich ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu vermerken, dass eine Dokumentation über die Entscheidung, welche Unternehmer als geeignet erkannt wurden (Paragraph 252, Absatz 7, BVergG 2006) und wie sie in der Folge zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurden (Paragraph 252, Absatz 9, BVergG 2006) aus den Vergabeakten nicht ersichtlich ist.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS-1960/07; VKS -5506/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels jeglicher Prüfung der Teilnahmeanträge das von der Antragsgegnerin geführte Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist auch bei einem zweistufigen Verhandlungsverfahren eine detaillierte Darstellung der Gründe für die Bewertung und des Ergebnisses der Prüfung der Teilnahmeanträge erforderlich, um eine Überprüfung dieser Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Bereits diese Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens musste zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS-1960/07; VKS -5506/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht mangels jeglicher Prüfung der Teilnahmeanträge das von der Antragsgegnerin geführte Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist auch bei einem zweistufigen Verhandlungsverfahren eine detaillierte Darstellung der Gründe für die Bewertung und des Ergebnisses der Prüfung der Teilnahmeanträge erforderlich, um eine Überprüfung dieser Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Bereits diese Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens musste zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung führen.

Da eine durch die Antragsgegnerin vorgenommene, nachvollziehbare Prüfung der Teilnahmeanträge in den Vergabeakten nicht dokumentiert ist, kann aufgrund der Mangelhaftigkeit des Vergabeaktes nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der vor der Antragstellerin liegende Bieter bereits in der ersten Stufe des zweistufigen Verhandlungsverfahrens mangels Eignung hätten ausgeschieden werden müssen. Da weiters zweifellos feststeht, dass eine vergaberechtskonforme Prüfung der Teilnahmeanträge nicht erfolgt ist und es nicht Aufgabe des VKS sein kann, eine solche an Stelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht verpflichtet, für Zwecke der Prüfung der Antragslegitimation, also zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen, an Stelle der Auftraggeberin ein Ermittlungsverfahren zu führen (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0005). Da eine durch die Antragsgegnerin vorgenommene, nachvollziehbare Prüfung der Teilnahmeanträge in den Vergabeakten nicht dokumentiert ist, kann aufgrund der Mangelhaftigkeit des Vergabeaktes nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der vor der Antragstellerin liegende Bieter bereits in der ersten Stufe des zweistufigen Verhandlungsverfahrens mangels Eignung hätten ausgeschieden werden müssen. Da weiters zweifellos feststeht, dass eine vergaberechtskonforme Prüfung der

Teilnahmeanträge nicht erfolgt ist und es nicht Aufgabe des VKS sein kann, eine solche an Stelle der Auftraggeberin durchzuführen, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben. Die Vergabekontrollbehörde ist nicht verpflichtet, für Zwecke der Prüfung der Antragslegitimation, also zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen, an Stelle der Auftraggeberin ein Ermittlungsverfahren zu führen vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0005).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 20.7.2009 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 20.7.2009 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 Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist 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

Sektorenauftraggeber; Bauleistung; Referenzen; Eigenerklärung; Transparenzgebot; Technische Leistungsfähigkeit.

Zuletzt aktualisiert am

10.02.2010

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