

TE Verg Bescheid 2009/6/18 VKS-4345/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.06.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit.a, sublitaa.

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

GewO 1994 §32 Abs1

GewO 1994 §94

GewO 1994 §373e

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

1. BVergG 2006 § 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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
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. GewO 1994 § 32 heute
 2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
 5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 94 heute
 2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
 5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
 7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
 9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
1. GewO 1994 § 373e heute
 2. GewO 1994 § 373e gültig ab 18.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 3. GewO 1994 § 373e gültig von 14.11.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 4. GewO 1994 § 373e gültig von 27.02.2008 bis 13.11.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 5. GewO 1994 § 373e gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 373e gültig von 01.07.1996 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 7. GewO 1994 § 373e gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***gesellschaft mbH, ***, vertreten durch Grassner Lenz Thewanger und Partner, Rechtsanwälte in Linz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Turnsaalsanierung (Sporthallenbau) in der Schule 1210 Wien, Brünner Straße 139, Ausschreibungsbezeichnung VS 1210, Brünner Straße 139, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1190 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 5.5.2009 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 14.5.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z. 5, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z. 16 lit. a. sublit.aa., 3 Abs. 1 Z. 1, 6, 75 Abs. 6, 76, 126, 129 BVergG 2006 und §§ 32 Abs. 1, 94 und 373e GewO 1994.Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 28, 29, Absatz 2, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 75, Absatz 6, 76, 126, 129, BVergG 2006 und Paragraphen 32, Absatz eins, 94 und 373 e GewO 1994.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Turnsaalsanierung in der Schule Wien 21, Brünner Straße 139. Die Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 2.3.2009, 10:40 Uhr.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot abgegeben. Im Zuge der im Anschluss an das Angebotsende durchgeführten Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 5.5.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten des nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung an erster Steller gereihten Bieters mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 11.5.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z. 5 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin auszuscheiden gewesen wäre. Als Gründe dafür werden geltend gemacht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Ausführung des gegenständlichen Bauauftrages unter anderem eine Subunternehmerin für die Ausführung von Baumeisterarbeiten/Bodenlegerarbeiten namhaft gemacht habe. Die Subunternehmerin stamme aus der BRD, weshalb für die Beurteilung der gewerberechtlichen Zulässigkeit zur Erbringung derartiger Leistungen die EWR-Anpassungsbestimmungen der GewO (§§ 373 a ff GewO) heranzuziehen wären. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Subunternehmerin würde weder über einen Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid im Sinne der §§ 373 c ff GewO verfügen, noch habe dieses Unternehmen die erforderliche Anzeige vor Ende der Angebotsfrist beim BMWA erstattet. Jedenfalls habe es die Antragsgegnerin unterlassen, im Vergabeverfahren die gewerberechtliche Befugnis des Subunternehmers der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu überprüfen. Auch das nach den Ausschreibungsunterlagen verlangte Gutachten über den Bodenaufbau sei nicht in der nach den Ausschreibungsbedingungen geforderten Form und Prüfmethode erstattet worden. Diesbezüglich habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf ein Prüfzeugnis des Institutes ISP berufen, welches aus mehreren Gründen nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. Das vorgelegte Prüfzeugnis wäre aufgrund der Akkreditierung des Prüflabors lediglich nach den DIN-Normen ausschließlich als Prüfzeugnis nach DIN V 18000032-2 zu bewerten. Die bei der Erstellung des Prüfzeugnisses angewendeten Prüfmethoden würden nicht den Vorgaben der ÖISS entsprechen. Ebenso weise der angebotene Sportboden keine CE-Kennzeichnung auf. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe neben dem Hersteller des Sportbodens noch weitere Firmen als Subunternehmer genannt, womit sie die gesamte Leistung an Subunternehmer unzulässigerweise weitergegeben hätte. Dazu komme, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht die

Kapazitäten der angeführten Subunternehmer zur Verfügung stehen würden und sei von diesen Subunternehmern vor Ende der Angebotsfrist eine derartige Zusage nicht abgegeben worden. Aus all diesen Gründen hätte die Antragsgegnerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend ausscheiden müssen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 11.5.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass das Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin auszuschneiden gewesen wäre. Als Gründe dafür werden geltend gemacht, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Ausführung des gegenständlichen Bauauftrages unter anderem eine Subunternehmerin für die Ausführung von Baumeisterarbeiten/Bodenlegerarbeiten namhaft gemacht habe. Die Subunternehmerin stamme aus der BRD, weshalb für die Beurteilung der gewerberechtlichen Zulässigkeit zur Erbringung derartiger Leistungen die EWR-Anpassungsbestimmungen der GewO (Paragraphen 373, a ff GewO) heranzuziehen wären. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannte Subunternehmerin würde weder über einen Anerkennungs- bzw. Gleichhaltungsbescheid im Sinne der Paragraphen 373, c ff GewO verfügen, noch habe dieses Unternehmen die erforderliche Anzeige vor Ende der Angebotsfrist beim BMWA erstattet. Jedenfalls habe es die Antragsgegnerin unterlassen, im Vergabeverfahren die gewerberechtliche Befugnis des Subunternehmers der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu überprüfen. Auch das nach den Ausschreibungsunterlagen verlangte Gutachten über den Bodenaufbau sei nicht in der nach den Ausschreibungsbedingungen geforderten Form und Prüfmethode erstattet worden. Diesbezüglich habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf ein Prüfzeugnis des Institutes ISP berufen, welches aus mehreren Gründen nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. Das vorgelegte Prüfzeugnis wäre aufgrund der Akkreditierung des Prüflabors lediglich nach den DIN-Normen ausschließlich als Prüfzeugnis nach DIN römisch fünf 18000032-2 zu bewerten. Die bei der Erstellung des Prüfzeugnisses angewendeten Prüfmethoden würden nicht den Vorgaben der ÖISS entsprechen. Ebenso weise der angebotene Sportboden keine CE-Kennzeichnung auf. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe neben dem Hersteller des Sportbodens noch weitere Firmen als Subunternehmer genannt, womit sie die gesamte Leistung an Subunternehmer unzulässigerweise weitergegeben hätte. Dazu komme, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht die Kapazitäten der angeführten Subunternehmer zur Verfügung stehen würden und sei von diesen Subunternehmern vor Ende der Angebotsfrist eine derartige Zusage nicht abgegeben worden. Aus all diesen Gründen hätte die Antragsgegnerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend ausscheiden müssen.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin neben ihrem subjektivem Recht auf Ausscheidung von Angeboten von Mitbewerbern, die ein nicht der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt haben, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, so wie letztlich in ihrem subjektivem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt.

Die Antragstellerin sei geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen und habe auch ein Interesse daran. Sollte ihrem Antrag nicht statt gegeben werden, drohe ihr ein Schaden an entgangenem Deckungsbeitrag in Höhe von ca. 9 % der Auftragssumme sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung. 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 14.5.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 19.5.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte in das Verfahren eingetreten und hat beantragt, dem Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung nicht statt zu geben. Die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer, auch jener aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, würden über alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen und Befugnisse verfügen. Das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Prüfzeugnis des Institut des ISP sei gemäß den ÖISS Richtlinien erstellt worden. Beim Institut ISP handle es sich um ein in Deutschland akkreditiertes Prüfinstitut. Eine CE-Kennzeichnung des Sportbodens werde weder nach der ÖNORM B 2608 noch nach den Ausschreibungsunterlagen verlangt. Von einer Weitergabe des Gesamtauftrages könne keine Rede sein, die Kapazitäten der von der

Teilnahmeberechtigten genannten Subunternehmer stünden ihr uneingeschränkt zur Verfügung, diesbezüglich habe sie mit dem Angebot entsprechende Bestätigungen vorgelegt. Die von der Antragstellerin behauptete Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung liege nicht vor, weshalb dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht statt zu geben wäre.

Mit dem am 20.5.2009 eingelangten Schriftsatz hat die Antragsgegnerin in der Sache selbst Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowohl in Bezug auf die Eignung als auch auf die Angemessenheit der Preise eingehend geprüft worden sei. Ein Ausscheidungsgrund läge nicht vor. Die Teilnahmeberechtigte habe einen Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern abgegeben. Alle genannten Subunternehmer seien in Bezug auf ihre Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit geprüft worden. Der aus Deutschland stammende Subunternehmer habe seine Befugnis zur Ausübung seiner Tätigkeit in Österreich ausreichend nachgewiesen. Das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Prüfzeugnis habe die Kennwerte gemäß der Forderung der ÖNORM B2608 ausreichend nachgewiesen. Alle in der ÖISS-Richtlinie angeführten Anforderungen seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Gutachten nachgewiesen worden. Eine Weitergabe des Gesamtauftrages im Sinne des § 83 BVergG 2006 sei nicht vorgesehen. Mit dem am 20.5.2009 eingelangten Schriftsatz hat die Antragsgegnerin in der Sache selbst Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowohl in Bezug auf die Eignung als auch auf die Angemessenheit der Preise eingehend geprüft worden sei. Ein Ausscheidungsgrund läge nicht vor. Die Teilnahmeberechtigte habe einen Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern abgegeben. Alle genannten Subunternehmer seien in Bezug auf ihre Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit geprüft worden. Der aus Deutschland stammende Subunternehmer habe seine Befugnis zur Ausübung seiner Tätigkeit in Österreich ausreichend nachgewiesen. Das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Prüfzeugnis habe die Kennwerte gemäß der Forderung der ÖNORM B2608 ausreichend nachgewiesen. Alle in der ÖISS-Richtlinie angeführten Anforderungen seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Gutachten nachgewiesen worden. Eine Weitergabe des Gesamtauftrages im Sinne des Paragraph 83, BVergG 2006 sei nicht vorgesehen.

In der mündlichen Verhandlung vom 18.6.2009 hat die Antragstellerin ergänzend und zusammenfassend vorgebracht, dass der Schwerpunkt ihres Anfechtungsbegehrens der Umstands sei, dass ihrer Ansicht nach ein Prüfzeugnis vorgelegt worden sei, das von einem nicht akkreditierten Institut stamme und daher untauglich sei. Insbesondere sei die Prüfung nicht ordnungsgemäß erfolgt, weil der Sportboden nicht auf einem ausschreibungsgemäßen Untergrund und zwar auf einer Sperrholzplatte und nicht entsprechend der Ausschreibung auf Estrich aufgebaut worden sei. Es treffe auch zu, dass eine CE-Kennzeichnung des Aufbaues des Sportbodens in der Ausschreibung nicht dezidiert verlangt wurde, die „Notwendigkeit dafür (würde) sich aber aus der anwendbaren ÖNORM ergeben“ (Protokoll Seite 2f).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig gesehen 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 18.6.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z.1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Turnsaalsanierung in der Schule Wien 21, Brünner Straße. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Turnsaalsanierung in der Schule Wien 21, Brünner Straße

1. 139. Ziffer 139

Die Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 2.3.2009, 10:40 Uhr. Am Vergabeverfahren haben sich mehrere Bieter, darunter auch die Antragstellerin beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten als jenes mit dem niedrigsten Preis, das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Folgende Bestimmungen aus den Ausschreibungsunterlagen werden als für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung, im Folgenden wiedergegeben:

Nach dem Angebotsdeckblatt Seite 2.2 waren die Angebote unter Berücksichtigung des Abschnittes 5.2 „Vertragsbestandteile“ der ÖNORM B2110 vom 1. März 2002 zu erstellen.

Nach der Beilage 13.08.1 „Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise“ waren Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie zur technischen Leistungsfähigkeit nicht zu erbringen.

Aus dem Ausschreibungs- Leistungsverzeichnis sind folgende Festlegungen für das Nachprüfungsverfahren hervorzuheben:

„Leistungsumfang:

Wenn nicht anders angegeben, zählen zum Leistungsumfang neben den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Angaben über die jeweiligen Leistungen (z.B. Bauteil, Ausführung, Bauart, Baumaterial und Abmessungen) auch etwaige in Betracht kommende gesetzliche und behördliche Vorschriften.

Ausführungsbestimmungen der im ÖNORM-Verzeichnis enthaltenen Normen und sonstige technische Spezifikationen, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen unter Beachtung der Rangfolge.

Jede Bezugnahme auf bestimmte technische Spezifikationen gilt grundsätzlich mit dem Zusatz, dass auch rechtlich zugelassene gleichwertige technische Spezifikationen vom Auftraggeber anerkannt werden, sofern die Gleichwertigkeit vom Bieter oder Auftragnehmer nachgewiesen wird.

Pos 61 Ergänzende Bestimmungen:

Ergänzend zu den Normen gelten die einschlägigen Richtlinien des Österreichischen Institutes für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS), Prinz-Eugen-Straße 12, 1040 Wien, sowie die Regeln der jeweiligen österreichischen Sportfachverbände.

61.0014E Sonstige Angaben

Der Sportboden wird auf einem Heizestrich verlegt.

61.0014G Z weit. Vertr. Grundlagen (ÖISS, FV, DIN, ...)

Weiters gelten subsidiär und in dieser Reihenfolge – die einschlägigen Richtlinien des Österr. Institutes für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS) – die Regeln der jeweiligen österr. Sportfachverbände – die einschlägigen technischen DIN-Normen.

61.0014J Z gültige Eignungsprüfungszeugnisse beilegen

Soweit bei den einzelnen Leistungspositionen Angaben zu den Eignungsprüfungszeugnissen (Typenprüfungszeugnissen) verlangt werden (z.B. für Sportböden), so sind diese bei sonstigem Ausschluß des Angebotes in die jeweils dafür vorgesehenen Bieterlücken vollständig und leserlich einzutragen.

Gut leserliche Kopien dieser Zeugnisse sind bei sonstigem Ausschluß des Angebotes diesem beizulegen.

Diese Zeugnisse müssen nach den Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien bzw. des jeweiligen Prüfzeugnisses gültig sein (beispielsweise haben Zeugnisse für Sportböden grundsätzlich Gültigkeit für 2 Jahre). Die Beilage abgelaufener Zeugnisse wird nicht anerkannt und führt zum Ausschluß des Angebotes.

61.1604 Mischelastischer Sportboden, bestehend aus:

Elastikschicht,

biegesteife Lastverteilungsschicht,

Oberbelag. Die Stoßfugen der Elastikschicht werden abgedichtet und bandagiert, Bandagenbreite 100 mm, vollflächig verklebt auf Estrich oder flächenelastischer Unterkonstruktion.

Elastikschicht aus PE-Schaum, vernetzt, mit werkseitig aufkaschiertem Glasroovinggewebe, 10 mm dick, Lastverteilerschicht aus Hart-PUR. Kennwerte gemäß den Forderungen der ÖNORM B 2606 werden nachgewiesen durch folgende Eignungsprüfungszeugnisse (Prüfstelle, Nummer und Datum): BL01

Die ÖNORM B2608 hält in Punkt 6.1.5 (technische Werte von Sporthallenböden) fest:

„Sporthallenböden müssen bei der Eignungsprüfung nach der ÖISS-Richtlinie „Anforderungen an Sporthallenböden“ die dort angeführten Anforderungen erfüllen. Es dürfen nur Sportböden eingebaut werden, für die ein gültiges Eignungsprüfungszeugnis nach der ÖISS-Richtlinie „Anforderungen an Sporthallenböden“ vorliegt.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot im Formblatt „Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen“ für die Leistungsgruppen 61.12 (Estrich und Trockenestrich),

61.32 (Wandverkleidungen) und 61.33 (Deckenverkleidungen) Subunternehmer aus Gründen der Befugnis bzw. technische Leistungsfähigkeit namhaft gemacht. Weiters wurde von ihr ein Subunternehmer für die Leistungsgruppe 61.1604A (Mischelastischer Boden 14mm PUR) und 61.1806M (Oberbelag Geräteraum PUR + Decklack, PUR – Beschichtung einschließlich eines Decklackes) das Deutsche Unternehmen *** namhaft gemacht. Mit dem Angebot hat die Teilnahmeberechtigte für diesen Subunternehmer die entsprechende Subunternehmererklärungen, die Bestätigungen über die erforderliche Befugnis, einen Bescheid des BMWA nach § 373 c Abs. 1 GewO 1994, Referenzen, Finanzamtsauskünfte, Nachweise einer bestehenden Haftpflichtversicherung, sowie ein Prüfzeugnis des Instituts des Sportstättenprüfung ISP über die Prüfung eines Sporthallenbodens nach DINV 18000032-2 (April 2001) und IN14904 und gemäß ÖISS-Richtlinie, datiert mit 29.5.2007 abgegeben. Nach dem Inhalt des Angebotes der Teilnahmeberechtigten ist eine – wie von der Antragstellerin behauptete – gänzliche Weitergabe des Auftrages an Subunternehmer nicht beabsichtigt. 61.32 (Wandverkleidungen) und 61.33 (Deckenverkleidungen) Subunternehmer aus Gründen der Befugnis bzw. technische Leistungsfähigkeit namhaft gemacht. Weiters wurde von ihr ein Subunternehmer für die Leistungsgruppe 61.1604A (Mischelastischer Boden 14mm PUR) und 61.1806M (Oberbelag Geräteraum PUR + Decklack, PUR – Beschichtung einschließlich eines Decklackes) das Deutsche Unternehmen *** namhaft gemacht. Mit dem Angebot hat die Teilnahmeberechtigte für diesen Subunternehmer die entsprechende Subunternehmererklärungen, die Bestätigungen über die erforderliche Befugnis, einen Bescheid des BMWA nach Paragraph 373, c Absatz eins, GewO 1994, Referenzen, Finanzamtsauskünfte, Nachweise einer bestehenden Haftpflichtversicherung, sowie ein Prüfzeugnis des Instituts des Sportstättenprüfung ISP über die Prüfung eines Sporthallenbodens nach DINV 18000032-2 (April 2001) und IN14904 und gemäß ÖISS-Richtlinie, datiert mit 29.5.2007 abgegeben. Nach dem Inhalt des Angebotes der Teilnahmeberechtigten ist eine – wie von der Antragstellerin behauptete – gänzliche Weitergabe des Auftrages an Subunternehmer nicht beabsichtigt.

Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung vom 2.3.2009 ist das Angebot der Teilnahmeberechtigten jenes mit dem niedrigsten Preis, das Angebot der Antragstellerin liegt preislich an zweiter Stelle.

Mit Schreiben vom 5.3.2009 hat die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte zur Nachreichung von Unterlagen und zur Bekanntgabe jener Leistungsteile, die durch die Teilnahmeberechtigte eigenständig erbracht werden, aufgefordert. Hinsichtlich des Subunternehmers „***“ wurde die Teilnahmeberechtigte um Übermittlung einer letztgültigen Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde, eines letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt sowie Auszuges über die Kommunalsteuerabgabe ersucht. Diesem Ersuchen ist die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 10.3.2009 fristgerecht nachgekommen. Unter anderem hat sie erklärt:

„Weiters können wir Ihnen auch bestätigen, dass ausgenommen 61.120A Schwimm U-Estrich E 300 sowie 61.1604A mischelastischer Boden 14 mm PUR und teilweise Lohnarbeiten 61.31 sämtliche Arbeiten durch uns getätigt werden“.

Alle von der Auftraggeberin verlangten Beilagen wurden mit diesem Schreiben nachgereicht (Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 10.3.2009).

Im weiteren Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin am 16.3.2009 eine E-Mail an die Magistratsabteilung 63 zur Frage der Gewerbeberechtigung des Subunternehmers „***“ gerichtet. Weiters hat die Antragsgegnerin eine Prüfung des von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Prüfzeugnisses des Subunternehmers, ausgestellt von ISP in Deutschland, vorgenommen, indem sie sich zunächst an das Ingenieurbüro *** gewandt hat. Von diesem Beratungsbüro wird am 19.3.2009 in einer E-Mail, die in den Vergabeakten erliegt, sowohl zum Prüfzeugnis als auch zum Einwand der Antragstellerin, der zu verlegende Sportboden sei nicht auf Estrich verlegt geprüft worden, sondern auf einer „Birken-Sperrholzplatte“, wie folgt Stellung genommen:

„Es handelt sich hier jedenfalls um einen rein formalen Einwand ohne jede technische Relevanz. Jedes Prüfinstitut handhabt die Sache etwas anders. Die einen legen den Prüfboden lose – unverklebt auf den Laborboden, die anderen kleben ihn auf eine am Laborboden aufgelegte Zwischenplatte, nur die wenigsten verkleben in wirklich direkt auf den Laborboden, weil das spätere Ablösen sehr aufwendig/teuer ist. Im Prüfergebnis ändert das de facto gar nichts.

Letztlich könnte man auch in Frage stellen, ob ein Heizestrich auf einer entsprechend dicken Wärmedämmung einem „starren Untergrund“ voll gleichzusetzen ist“.

Weiters bestätigt das konsultierte Büro dass das Institut für Sportstätten Prüfung – ISP ein seit langem bekanntes deutsches Institut mit Akkreditierung für Sportbodenprüfungen nach EN und DIN ist. Die in den einschlägigen ÖISS Richtlinien vorgegebenen Prüfungen weichen nur in wenigen Details von den Vorgaben nach EN und DIN ab. Nach Ansicht des Beratungsbüros bestehen keine Bedenken „wenn das ISP in seinen Prüfungen und Zeugnissen auch die Übereinstimmung mit den ÖISS-Forderungen prüft und ggf. attestiert. Prüfzeugnisse des ISP wurden meiner Erinnerung nach bereits bei vielen österreichischen Bauvorhaben von unterschiedlichen, auch österreichischen Bietern vorgelegt und unbeanstandet akzeptiert“. Diese Beurteilung hat die Antragsgegnerin ihrer Zuschlagsentscheidung u.a. zu Grunde gelegt.

Mit 31. März 2009 hat das Ingenieurbüro *** eine ergänzende Stellungnahme zu den von der Auftraggeberin herangetragenen Fragen verfasst und zusammenfassen festgestellt, dass „in Hinblick auf die technischen Eigenschaften ... man grundsätzlich davon ausgehen (kann), dass das System, wie im Prüfzeugnis des SIP dargestellt, die Anforderungen der ÖISS-Richtlinie erfüllt“.

Nach Erhalt dieser Auskünfte hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.4.2009 die Teilnahmeberechtigte aufgefordert, folgenden Nachweis zu erbringen:

„Nachweis aller in der Beilage angeführten Werte gemäß ÖNORM B 2608 mittels in Pos. 61.1.604 verlangten Eignungsprüfungszeugnis, Nachweis, dass die Prüfmethode (gemäß Prüfzeugnis ISP ist als Unterbau eine 18 mm Sperrholzplatte angeführt), einen geeigneten Unterbau gemäß DIN 18353 und DIN 18354 aufweist“.

Dazu hat die Teilnahmeberechtigte zunächst einen Untersuchungsbericht des ISP vom 19.9.2008 über die Kontrollprüfung eines Sportbodens, der von ihr in der Sporthalle in Wien 13, Auhofstraße 49 verlegt worden ist, vorgelegt, in dem als Prüfauftrag die Messung von Kennwerten nach DIN V 18032 T.2 und ÖISS-Richtlinie sowie optische Begutachtung des Sportbodens, angeführt wird. Diesem Untersuchungsbericht angeschlossen ist ein Bericht des *** GmbH über eine Kontrollprüfung an einem mischelastischen Sporthallenboden der Type „***“ in der Volksschule Wien 9, Glasergasse. Dieses Institut hat den Untersuchungsbericht des ISP an einem bereits verlegten, von der Subunternehmerin „***“ stammenden Sportboden vorgenommen und im Gutachten zusammenfassend festgestellt: Dazu hat die Teilnahmeberechtigte zunächst einen Untersuchungsbericht des ISP vom 19.9.2008 über die Kontrollprüfung eines Sportbodens, der von ihr in der Sporthalle in Wien 13, Auhofstraße 49 verlegt worden ist, vorgelegt, in dem als Prüfauftrag die Messung von Kennwerten nach DIN römisch fünf 18032 T.2 und ÖISS-Richtlinie sowie optische Begutachtung des Sportbodens, angeführt wird. Diesem Untersuchungsbericht angeschlossen ist ein Bericht des *** GmbH über eine Kontrollprüfung an einem mischelastischen Sporthallenboden der Type „***“ in der Volksschule Wien 9, Glasergasse. Dieses Institut hat den Untersuchungsbericht des ISP an einem bereits verlegten, von der Subunternehmerin „***“ stammenden Sportboden vorgenommen und im Gutachten zusammenfassend festgestellt:

„6 GUTACHTEN / BEURTEILUNG

Auf Basis der im Befund näher beschriebenen Ergebnisse kann zur Eignung des vom Antragsteller in der Sporthalle 1090 Wien, VS Glasergasse neu eingebauten Sporthallenboden der Type „***“ mit PUR-Oberbelag nachfolgende Beurteilung vorgenommen werden.

Der durch den Antragsteller im Turnsaal der VS Glasergasse 1090 Wien eingebaute mischelastische Sporthallenboden erfüllt in den im Rahmen der Kontrollprüfung vor Ort überprüften sport- und schutzfunktionellen, sowie technischen Eigenschaften, Kraftabbau, Ballreflexion, Standardverformung Durchbiegungsmulde, Gleitreibungsbeiwert (im vorgefundenen Zustand, ohne weitere Pflegemaßnahme), sowie rollende Last die Anforderungen der ÖISS-Richtlinie „Anforderungen an Sporthallenböden“, Ausgabe 2005 bzw. der ÖNORM B 2608, Ausgabe 04/2006 für mischelastische Sportbodensysteme. Der durch den Antragsteller im Turnsaal der VS Glasergasse 1090 Wien eingebaute mischelastische Sporthallenboden erfüllt in den im Rahmen der Kontrollprüfung vor Ort überprüften sport- und schutzfunktionellen, sowie technischen Eigenschaften, Kraftabbau, Ballreflexion, Standardverformung

Durchbiegungsmulde, Gleitreibungsbeiwert (im vorgefundenen Zustand, ohne weitere Pflegemaßnahme), sowie rollende Last die Anforderungen der ÖISS-Richtlinie „Anforderungen an Sporthallenböden“, Ausgabe 2005 bzw. der ÖNORM B 2608, Ausgabe 04 aus 2006, für mischelastische Sportbodensysteme.

Die Abweichung in den Beurteilungsgrößen Kraftabbau, Ballreflexion und Gleitreibungswert liegen innerhalb von 10 % der Werte der Eignungsprüfung.

Für weitere, vor Ort nicht untersuchte Eigenschaften gemäß ÖISS-Richtlinie, Ausg. 2005 kann direkt keine Beurteilung getroffen werden.

Im Betrieb ist zur Gewährleistung der Einhaltung des Anforderungswertes an die Gleitreibung eine entsprechende laufende Pflege mit geeigneten Pflegemitteln durchzuführen. Auf Basis der gemessenen Gleitreibungsbeiwerte im Rahmen der Eignungs- und Kontrollprüfung sind neutrale bis rutschhemmende Pflegemittel unter Berücksichtigung der erwünschten Nutzungsbedingungen und -anforderungen zu empfehlen."

Die Teilnahmeberechtigte hat einen Sportboden, wie er bereits in der Glasergasse verlegt wurde, angeboten.

Schließlich hat die Teilnahmeberechtigte am 15.4.2009 ein von Institut für Sportstättenprüfung – ISP ausgestelltes Prüfzeugnis vom 14.4.2009 über die „Eignungsprüfung eines mischelastischen Sportbodens nach ÖISS-Richtlinie" vorgelegt.

In einer Niederschrift über die Angebotsprüfung wird festgehalten, dass alle Nachforderungen seitens der Teilnahmeberechtigten fristgerecht erfüllt wurden, die Preise im Angebot marktüblich und angemessen seien, eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises gegeben sei, weshalb der Zuschlag der Teilnahmeberechtigten zu erteilen wäre. Zum Prüfzeugnis des ISP wird ausgeführt, dass es sich dabei um ein in Deutschland akkreditiertes „seit langem bekanntes" Institut handelt. „Es sei davon auszugehen, dass der Sportboden die Anforderungen bezüglich Kraftabbau, somit die Anforderungen der ÖISS-Richtlinie erfüllt".

Die Zuschlagsentscheidung vom 5.5.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Nachprüfungsantrag ist am 11.5.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Zu diesen ergänzenden Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 4.6.2009. Soweit im Rahmen der Feststellungen der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Schriftverkehrs zwischen Antragsgegnerin und Teilnahmeberechtigten wiedergegeben werden, sind die Belegstellen entsprechend zitiert. Vor allem zur Prüfung des von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Zeugnisses des ISP sowie, dass diese Prüfung nach den Vorgaben der ÖISS-Richtlinie erfolgt ist, ist auf den Inhalt der im Zuge der Angebotsprüfung nachgereichten Unterlagen zu verweisen. Dass die Teilnahmeberechtigte - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – nicht beabsichtigt den gesamten Auftrag an Subunternehmer weiterzugeben, ergibt sich eindeutig aus dem Angebot. Weiters ist aus den Ausschreibungsunterlagen eindeutig abzuleiten, dass von der Antragsgegnerin nicht die Vorlage eines Prüfzeugnisses des ÖISS oder einer bei diesem Institut akkreditierten Stelle verlangt wurde, sondern nur, dass ein Prüfzeugnis entsprechend den Richtlinien des ÖISS vorzulegen war. Ebenso konnte weder aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere auch nicht aus dem Leistungsverzeichnis, eine Festlegung dahingehend gefunden werden, dass der Aufbau des Sportbodens eine CE-Kennzeichnung tragen müsse. Dass es sich bei dem ISP um ein in Deutschland ordnungsgemäß akkreditiertes Institut handelt, ergibt sich aus der Auskunft des Deutschen Akkreditierungsrates. Dass eine Akkreditierung beim ÖISS Bedingung für die Ausstellung eines gültigen Prüfzeugnisses gewesen wäre, hat das Verfahren nicht ergeben. Zur behaupteten mangelnden Befugnis des von der Teilnahmeberechtigten namhaft gemachten Subunternehmers *** ist auf die in den Vergabeakten erliegenden, teilweise bereits mit dem Angebot vorgelegten Bescheide des BMWA sowie auf die im E-Mail Wege eingeholte Auskunft der Magistratsabteilung 63 vom 18.3.2009 zu verweisen. Dass der Teilnahmeberechtigten die Kapazitäten der Subunternehmer bei Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich zur Verfügung stehen werden, ist durch die bereits mit dem Angebot abgegebenen Subunternehmererklärungen ausreichend nachgewiesen.

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 zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch die 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 auch 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 Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch die 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 auch 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 Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.5.2009 zugekommen. Ihr am 11.5.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.5.2009 zugekommen. Ihr am 11.5.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst geltend gemacht, der von der Teilnahmereberechtigten namhaft gemachte Subunternehmer würde nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügen, wodurch eine mangelnde Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben wäre.

Bei der von der Teilnahmereberechtigten genannten Subunternehmerin handelt es sich um ein in Deutschland sesshaftes Unternehmen. Es wurde von der Teilnahmereberechtigten zur Erbringung einer bestimmten Leistungsposition, nämlich zur Verlegung eines Sportbodens als Subunternehmerin genannt. Es handelt sich damit um Leistungen des Gewerbes Bodenleger, welches in Österreich ein sogenanntes „reglementiertes Gewerbe“ nach § 94 GewO ist. Werden reglementierte Gewerbe vorübergehend grenzüberschreitend in Österreich ausgeübt – wie vorliegend beabsichtigt – so ist grundsätzlich eine Anzeige nach § 373a Abs. 4 GewO erforderlich. Zur Befugnis hat die Teilnahmereberechtigte einen Bescheid des BMWA über die Anerkennung der von der Subunternehmerin in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten als ausreichenden Nachweis der Befähigung für das Handwerk der Bodenleger gemäß § 94 Z 7 GewO 1994, vorgelegt. Damit ist der Subunternehmer grundsätzlich berechtigt, das Gewerbe eines Bodenlegers in Österreich auszuüben, hat jedoch für die Ausübung einer solchen Tätigkeit eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO zu erstatten. Diese Anzeige hat jedoch keine Auswirkung auf die

vergabe- oder gewerberechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung, weil es sich beim Gewerbe der Bodenleger um kein „sensibles Gewerbe“ im Sinne des § 373a Abs. 5 Z 2 GewO handelt. Dies wird auch im Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 13.5.2008, das von der Teilnahmeberechtigten mit Schriftsatz vom 17.6.2009 vorgelegt und auch der Antragstellerin übermittelt wurde, bestätigt. Danach ist die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Leistungen im Bereich dieser „nicht sensiblen Gewerbe“ weder von der erfolgten Anzeige noch von der im Anschluss an die Anzeige erfolgenden Veröffentlichung des Unternehmens im Dienstleistungsregister abhängig. Wenn daher die Antragsgegnerin aufgrund der vorgelegten Nachweise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Eignung des genannten Subunternehmers „***“ für die Verlegung eines Sportbodens gegeben ist, ist dies unbedenklich. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat das Verfahren nicht ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte beabsichtigt, sich des Subunternehmers *** auch zur Ausführung von Baumeisterarbeiten zu bedienen. Der Subunternehmer „***“ soll nach dem Angebot der Teilnahmeberechtigten nur den Sportbodenbau, wie er in Pos. 61.1604A des Leistungsverzeichnisses angeführt ist, vornehmen. Alle anderen Leistungen betreffend den Sporthallenboden werden von der Teilnahmeberechtigten ausgeführt. Sofern Schwarzdeckerarbeiten anfallen, hat die Teilnahmeberechtigte zutreffend in ihrem Schriftsatz vom 17. Juni 2009 ausgeführt, dass dafür keinesfalls die Berechtigung für das Gewerbe „Baumeister“ erforderlich wäre und es sich dabei letztlich nur um die Ausführung von Schwarzdeckerarbeiten, von ihr angesetzt im Angebot mit rund Euro 400,-, handeln könnte. Letztlich wäre die Teilnahmeberechtigte, worauf sie zutreffend verweist, im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 im Rahmen des Nebenrechtes auch zur Ausführung dieser Leistungen berechtigt. Bei der von der Teilnahmeberechtigten genannten Subunternehmerin handelt es sich um ein in Deutschland sesshaftes Unternehmen. Es wurde von der Teilnahmeberechtigten zur Erbringung einer bestimmten Leistungsposition, nämlich zur Verlegung eines Sportbodens als Subunternehmerin genannt. Es handelt sich damit um Leistungen des Gewerbes Bodenleger, welches in Österreich ein sogenanntes „reglementiertes Gewerbe“ nach Paragraph 94, GewO ist. Werden reglementierte Gewerbe vorübergehend grenzüberschreitend in Österreich ausgeübt – wie vorliegend beabsichtigt – so ist grundsätzlich eine Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO erforderlich. Zur Befugnis hat die Teilnahmeberechtigte einen Bescheid des BMWA über die Anerkennung der von der Subunternehmerin in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten als ausreichenden Nachweis der Befähigung für das Handwerk der Bodenleger gemäß Paragraph 94, Ziffer 7, GewO 1994, vorgelegt. Damit ist der Subunternehmer grundsätzlich berechtigt, das Gewerbe eines Bodenlegers in Österreich auszuüben, hat jedoch für die Ausübung einer solchen Tätigkeit eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO zu erstatten. Diese Anzeige hat jedoch keine Auswirkung auf die vergabe- oder gewerberechtliche Zulässigkeit der Leistungserbringung, weil es sich beim Gewerbe der Bodenleger um kein „sensibles Gewerbe“ im Sinne des Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO handelt. Dies wird auch im Rundschreiben des Bundeskanzleramtes vom 13.5.2008, das von der Teilnahmeberechtigten mit Schriftsatz vom 17.6.2009 vorgelegt und auch der Antragstellerin übermittelt wurde, bestätigt. Danach ist die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Erbringung von Leistungen im Bereich dieser „nicht sensiblen Gewerbe“ weder von der erfolgten Anzeige noch von der im Anschluss an die Anzeige erfolgenden Veröffentlichung des Unternehmens im Dienstleistungsregister abhängig. Wenn daher die Antragsgegnerin aufgrund der vorgelegten Nachweise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Eignung des genannten Subunternehmers „***“ für die Verlegung eines Sportbodens gegeben ist, ist dies unbedenklich. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat das Verfahren nicht ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte beabsichtigt, sich des Subunternehmers *** auch zur Ausführung von Baumeisterarbeiten zu bedienen. Der Subunternehmer „***“ soll nach dem Angebot der Teilnahmeberechtigten nur den Sportbodenbau, wie er in Pos. 61.1604A des Leistungsverzeichnisses angeführt ist, vornehmen. Alle anderen Leistungen betreffend den Sporthallenboden werden von der Teilnahmeberechtigten ausgeführt. Sofern Schwarzdeckerarbeiten anfallen, hat die Teilnahmeberechtigte zutreffend in ihrem Schriftsatz vom 17. Juni 2009 ausgeführt, dass dafür keinesfalls die Berechtigung für das Gewerbe „Baumeister“ erforderlich wäre und es sich dabei letztlich nur um die Ausführung von Schwarzdeckerarbeiten, von ihr angesetzt im Angebot mit rund Euro 400,-, handeln könnte. Letztlich wäre die Teilnahmeberechtigte, worauf sie zutreffend verweist, im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 im Rahmen des Nebenrechtes auch zur Ausführung dieser Leistungen berechtigt.

Als Schwerpunkt ihres Nachprüfungsantrages gibt die Antragstellerin an – wie sie dies auch im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 18.6.2009 erklärte – dass ihrer Ansicht nach das von der Subunternehmerin vorgelegte Prüfzeugnis sowie das diesem zugrundeliegende Prüfverfahren untauglich sei und damit nicht den ÖISS Richtlinien entspreche, dies umso mehr, als es sich bei dem ausstellenden Institut nicht um ein beim ÖISS akkreditiertes Institut handle. Dass

eine CE-Kennzeichnung des Aufbaus des Sportbodens erforderlich wäre, hat sie in der mündlichen Verhandlung insoweit nicht aufrecht erhalten, als die Antragstellerin zugestanden hat, dass eine derartige Kennzeichnung des Aufbaus in der Ausschreibung nicht dezidiert verlangt wurde. Zu diesem Problem der CE-Kennzeichnung war daher nicht weiter Stellung zu nehmen.

Zur Frage der Akkreditierung ist zunächst darauf zu verweisen, dass nach der Festlegung in Pos. 61.1604 des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses die Kennwerte gemäß den Forderungen der ÖNORM B 2608 nachzuweisen waren. Dieser Nachweis hatte durch ein „Eignungsprüfungszeugnis (Prüfstelle, Nummer und Datum): BL 01“ zu erfolgen. Aus dieser Festlegung lässt sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin jedoch nicht ableiten, dass ein Nachweis dieser Kennwerte nur durch Prüfzeugnisse, die von einem von der ÖISS akkreditierten Prüfinstitut ausgestellt wurden, erbracht werden kann. Eine derartige Akkreditierung ist gemäß der Ausschreibung nicht verlangt, sondern lediglich, dass die „Kennwerte gemäß den Forderungen der ÖNORM B 2608“ nachgewiesen werden müssen. Der Nachweis dieser Kennwerte kann auch durch andere Institute oder Prüfstellen erbracht werden, sofern diese für die Ausstellung derartiger Prüfzeugnisse zugelassen sind. Zum Nachweis dieser Kennwerte hat die Teilnahmeberechtigte ein Prüfzeugnis des Deutschen ISP bereits mit dem Angebot vorgelegt, in dem einleitend festgehalten wird, dass die Messung von Kennwerten nach DIN V 18032 D.2 und nach der ÖISS-Richtlinie erfolgt ist. Damit hat die Teilnahmeberechtigte die Einhaltung dieser Kennwerte im Sinne der Festlegungen nachgewiesen. Dass es sich beim Institut für Sportstättenprüfung – ISP um ein in Deutschland akkreditiertes Institut zur Prüfung von Sporthallen und Sporthallenböden handelt, hat die Teilnahmeberechtigte bereits in ihrer Stellungnahme vom 20.5.2009 durch Vorlage einer Bestätigung des Deutschen Akkreditierungsrates vom 18.2.2008 nachgewiesen. Diese Akkreditierung in Deutschland ist auch in Österreich anerkannt, womit feststeht, dass das Institut für Sportstättenprüfung – ISP zur Ausstellung der vorgelegten Prüfzeugnisse befugt war. Dass die vom Institut ISP angewandten Prüfmethoden denen der Richtlinie des ÖISS entsprechen, hat die Antragsgegnerin zutreffend aufgrund der von ihr im Sinne des § 126 BVergG 2006 durchgeführten Erhebungen angenommen. Zur Frage der Akkreditierung ist zunächst darauf zu verweisen, dass nach der Festlegung in Pos. 61.1604 des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses die Kennwerte gemäß den Forderungen der ÖNORM B 2608 nachzuweisen waren. Dieser Nachweis hatte durch ein „Eignungsprüfungszeugnis (Prüfstelle, Nummer und Datum): BL 01“ zu erfolgen. Aus dieser Festlegung lässt sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin jedoch nicht ableiten, dass ein Nachweis dieser Kennwerte nur durch Prüfzeugnisse, die von einem von der ÖISS akkreditierten Prüfinstitut ausgestellt wurden, erbracht werden kann. Eine derartige Akkreditierung ist gemäß der Ausschreibung nicht verlangt, sondern lediglich, dass die „Kennwerte gemäß den Forderungen der ÖNORM B 2608“ nachgewiesen werden müssen. Der Nachweis dieser Kennwerte kann auch durch andere Institute oder Prüfstellen erbracht werden, sofern diese für die Ausstellung derartiger Prüfzeugnisse zugelassen sind. Zum Nachweis dieser Kennwerte hat die Teilnahmeberechtigte ein Prüfzeugnis des Deutschen ISP bereits mit dem Angebot vorgelegt, in dem einleitend festgehalten wird, dass die Messung von Kennwerten nach DIN römisch fünf 18032 D.2 und nach der ÖISS-Richtlinie erfolgt ist. Damit hat die Teilnahmeberechtigte die Einhaltung dieser Kennwerte im Sinne der Festlegungen nachgewiesen. Dass es sich beim Institut für Sportstättenprüfung – ISP um ein in Deutschland akkreditiertes Institut zur Prüfung von Sporthallen und Sporthallenböden handelt, hat die Teilnahmeberechtigte bereits in ihrer Stellungnahme vom 20.5.2009 durch Vorlage einer Bestätigung des Deutschen Akkreditierungsrates vom 18.2.2008 nachgewiesen. Diese Akkreditierung in Deutschland ist auch in Österreich anerkannt, womit feststeht, dass das Institut für Sportstättenprüfung – ISP zur Ausstellung der vorgelegten Prüfzeugnisse befugt war. Dass die vom Institut ISP angewandten Prüfmethoden denen der Richtlinie des ÖISS entsprechen, hat die Antragsgegnerin zutreffend aufgrund der von ihr im Sinne des Paragraph 126, BVergG 2006 durchgeführten Erhebungen angenommen.

Nach der Festlegung zu Pos. 61 war lediglich nachzuweisen, „dass die einschlägigen Richtlinien des Österreichischen Instituts für Schul- und Sportstättenbau (ÖISS) ... sowie die Regeln der jeweiligen österreichischen Sportfachverbände“ eingehalten werden. Dieser Nachweis ist mit dem Prüfzeugnis des ISP ausreichend erbracht. Sowohl die Prüfung (Messgeräte und Messverfahren) und auch das Prüfzeugnis der ISP entspricht nach dem Inhalt der Vergabeakten den Vorgaben der ÖISS, sodass kein Anhaltspunkt dafür gefunden werden konnte, dass das vorgelegte Prüfzeugnis nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprechen würde. Letztlich ist in diesem Zusammenhang auch darauf zu verweisen, dass von der Subunternehmerin, wie aus den Vergabeakten ersichtlich ist, Sportböden, wie den ausschreibungsgegenständlichen für die Teilnahmeberechtigten bereits früher in Sporthallen der Stadt Wien verlegt hat (Sporthalle in Wien 13, Auhofstraße, Volksschule Wien 9, Glasergasse). Diesbezüglich ist auch auf das Gutachten

des *** vom 4.7.2008 über eine Kontrollprüfung an einem mischelastischen Sporthallenboden der Type „***“ zu verweisen, der inhaltlich die Richtigkeit und Unbedenklichkeit des Untersuchungsberichtes des Institutes für Sportstättenprüfung betreffend einen gleichwertigen Boden bestätigt.

Nach den ständigen Vertragsbestimmungen der Leistungsbeschreibung gehören zum Leistungsumfang neben gesetzlichen und behördlichen Vorschriften auch die „Ausführungsbestimmungen der im ÖNORM Verzeichnis enthaltenen Normen und sonstige technische Spezifikationen, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen unter Beachtung der Rangfolge“. Ein „ÖNORM Verzeichnis“ enthält die Ausschreibung nicht. Als einzige ÖNORM im relevanten Zusammenhang (Sportboden) wird im Text zur Pos. 61.1604 des Leistungsverzeichnisses die ÖNORM B 2608 genannt. Die Ausführungsbestimmungen dieser ÖNORM wurden von der Teilnahmeberechtigten jedenfalls eingehalten, wie sich aus dem diesbezüglich detailliert dokumentierten Prüfschritten der Antragsgegnerin ergibt. Die Einhaltung anderer ÖNORMEN im Zusammenhang mit der Verlegung des Sportbodens ist in der Ausschreibung nicht festgelegt.

Da sohin die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen, war ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 5.5.2009 abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 14.5.2008 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 14.5.2008 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Prüfzeugnisse aus anderen EU-Staaten; Gleichhaltung.

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2010

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