

TE Verg Bescheid 2009/6/2 SVKS/65/9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.06.2009

Norm

BVergG 2006 §69

BVergG 2006 §76

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg erlässt durch Frau Dr. Susanne Handel-Mazzetti als Einzelmitglied in der Vergabesache "Offenes Verfahren Bauauftrag Straßenbauarbeiten 2009 A***", Antragstellerin B***, vertreten durch C***, Antragsgegnerin A***, vertreten durch D***, folgenden

B E S C H E I D B E S C H E römisch eins D

Spruch:

Der Antrag vom 28. April 2009 auf Nichtigerklärung der von der Antragsgegnerin am 21. April 2009 bekannt gegebenen Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 2, 14 und 18 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 idF LGBl Nr 58/2009 iVm Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl II Nr 125/2009. Rechtsgrundlagen: Paragraphen 2, 14 und 18 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, Landesgesetzblatt Nr 28 aus 2007, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 58 aus 2009, in Verbindung mit Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 125 aus 2009,.

Begründung:

Die Antragsgegnerin hat am 11.2.2009 die "Straßenbauarbeiten 2009" auf Grund des Auftragsvolumens gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Unterschwellenbereich im Rahmen eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung unter Zugrundelegung des Billigstbieterprinzips ausgeschrieben. Die Bekanntmachung dieses Vergabeverfahrens erfolgte am 17.2.2009, das Ende der Angebotsfrist wurde für den 12.3.2009, 10.00 Uhr, festgelegt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 12.3.2009, 10.00 Uhr, vor Ablauf der Angebotsfrist sind insgesamt 7 Angebote eingelangt, eines der Angebote wurde von der Antragstellerin gelegt.

Das Angebot der Antragstellerin wurde von der Antragsgegnerin mit Verständigung vom 21.4.2009 ausgeschieden. Mit Schreiben vom 28.4.2009 hat die Antragstellerin im Rahmen eines Nachprüfungsantrages die Nichtigkeitsklage dieser Ausscheidensentscheidung beantragt.

Vorbringen der Parteien:

Die Antragstellerin führte in ihrem Antrag vom 21.4.2009 und in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 25.5.2009 aus, dass sie ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt hätte. Bei der Angebotsöffnung am 12.3.2009 hätte sich herausgestellt, dass die Antragstellerin unter Gewährung eines Nachlasses von 10 % auf alle angebotenen Preise unter der Bedingung einer Gesamtvergabe, also sämtliche zwölf Baulose an die Antragstellerin mit einer Gesamtnettosumme von € 525.600 (exkl. USt.) das günstigste Angebot gelegt hätte. Zum Vergleich dazu würde bei einer Einzelvergabe die Gesamtnettoauftragssumme € 554.292,57 (exkl. USt.) betragen. Auch in diesem Fall wäre die Antragstellerin bei fünf der zwölf Baulose Billigstbieter (also ohne Berücksichtigung des jeweils 10%igen Nachlasses).

Der Aufforderung der Antragsgegnerin, Nachweise laut Ausschreibung zu erbringen, hätte die Antragstellerin nach einer Besprechung am 9.4.2009 beim Bürgermeister der Antragsgegnerin vereinbarungsgemäß bis 14.4.2009, 12.00 Uhr vollinhaltlich Folge geleistet. Am 21.4.2009 hätte die Antragstellerin jedoch überraschend von den Rechtsvertretern der Antragsgegnerin eine Verständigung vom Ausscheiden ihres Angebotes erhalten.

Am 27.4.2009 hätte die Antragstellerin von der Salzburger Landesregierung erfahren müssen, dass seitens der Antragsgegnerin erst diese Woche ihre Referenzen nachgeprüft wurden. Offenkundig erfolgte das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin ohne vorherige Beendigung der Angebotsprüfung.

Die Antragstellerin sei nicht nur Billigst-, sondern auch Bestbieterin und fühle sich in ihrem Recht auf Unterbleiben einer ungerechtfertigten Ausscheidensentscheidung, im Recht auf konkrete Angebotsprüfung, im Recht auf Zuschlagserteilung und im Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes verletzt.

Preisspekulation sei nicht gegeben, die Preisgestaltung wäre offengelegt worden. Weiters sei die berufliche Zuverlässigkeit des Geschäftsführers in Frage gestellt worden, obwohl dies hinreichend nachgewiesen worden sei. Der Geschäftsführer weise keine, der in § 68 Abs 1 Z 1 BVergG angeführten strafrechtlichen Verurteilungen auf. Das Ausscheiden könne somit nicht auf diese Bescheinigung gestützt werden. Trotz umfangreichst nachgewiesener Referenzen bei unterschiedlichsten öffentlichen Auftraggebern im letzten Jahrzehnt, wobei hier noch nie ein Hafrücklass oder dergleichen gezogen wurde, würde eine mangelnde technische Leistungsfähigkeit vorgeworfen. Preisspekulation sei nicht gegeben, die Preisgestaltung wäre offengelegt worden. Weiters sei die berufliche Zuverlässigkeit des Geschäftsführers in Frage gestellt worden, obwohl dies hinreichend nachgewiesen worden sei. Der Geschäftsführer weise keine, der in Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG angeführten strafrechtlichen Verurteilungen auf. Das Ausscheiden könne somit nicht auf diese Bescheinigung gestützt werden. Trotz umfangreichst nachgewiesener Referenzen bei unterschiedlichsten öffentlichen Auftraggebern im letzten Jahrzehnt, wobei hier noch nie ein Hafrücklass oder dergleichen gezogen wurde, würde eine mangelnde technische Leistungsfähigkeit vorgeworfen.

Laut Ausschreibungsbedingungen würde eine Erklärung verlangt, aus der hervorgehe, über welche Ausstattungen, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen würde. Dies sei anlässlich des oben erwähnten Gespräches beim Bürgermeister besprochen und eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden. Die Antragstellerin sollte einfach mitteilen, ob sie einen Fertiger kaufen, leasen, mieten oder sich eines solchen anderwertig bedienen würde. Bereits im Vorfeld der Angebotsabgabe hätte sich die Antragstellerin darum gekümmert, einen entsprechenden Fertiger in Besitz zu haben. Die Fa. E*** hätte der Antragstellerin am 10.4.2009 anlässlich eines Gespräches beim Bürgermeister nur nochmals bestätigt, dass sie zur bereits getroffenen Vereinbarung stehe.

Entgegen den Ausführungen in der Ausscheidensentscheidung vom 21.4.2009 wäre die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotslegung gegeben gewesen. In der Annahme des Fehlens der Eignung liege eine weitere Rechtswidrigkeit im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin vor.

Für den Fall der Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden von zumindest € 106.342,-- aus entgangenem Gewinn, entgangenen Deckungsbeiträgen, Minderauslastung Geräte etc. aus nichterhaltenen Teilaufträgen bezüglich Straßensanierung Schillerstraße, Straßenausbau Tulpengasse,

Straßensanierung Weidenweg, Straßenausbau Finkensiedlung, Straßenausbau Seehofgasse. Bei Nichterhalt des Gesamtauftrages errechne sich ein Schadensbetrag von € 213.713,53. Überdies drohe der Entgang wichtiger Referenzprojekte.

Die Antragstellerin begehre die gänzliche Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 21.4.2009, sofern der Vergabekontrollsenat davon absehe, würde die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung begehrt, sofern sich diese auf die Teillose / Baulose "Straßensanierung Schillerstraße, Straßenausbau Tulpengasse, Straßensanierung Weidenweg, Straßenausbau Finkensiedlung, Straßenausbau Seehofgasse beziehe. Überdies würde im Falle einer Nichtigklärung beantragt, der Antragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von € 2.500,-- zu ersetzen.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit führte die Antragstellerin weiter aus, dass sie schon zum Zeitpunkt der Angebotslegung aufgrund der ständigen Kooperation mit E*** sichergestellt habe, dass sie im Auftragsfall auf entsprechende Baugeräte und somit auch auf Asphaltfertiger zurückgreifen könne. Ein entsprechender Nachweis darüber sei dem Angebot jedoch nicht beigelegt. Es handle sich dabei aber um einen geradezu "klassischen" behebbaren Mangel.

Bei der Besprechung am 9.4.2009 habe die Bauamtsleiterin der Antragsgegnerin ausgeführt, dass eine Bestätigung betreffend die vorgesehene Miete des Asphaltfertigers nachzureichen sei. Am 13.4.2009 habe die Antragstellerin - entsprechend den Gesprächsinhalten vom 9.4.2009 - sämtliche geforderten Nachweise vorgelegt. Unter anderem sei ein Schreiben des E*** vom 10.4.2009 übersendet worden, in dem die Vorgespräche mit der Antragstellerin betreffend die Anmietung von Fertigern sowie andererseits die Verifikation der bereits erfolgten Mietzusage bei weiteren Fachfirmen bestätigt wird. Überdies seien Produktblätter für einen Kettenfertiger und zwei Radfertiger beigelegt worden.

Die Antragsgegnerin könne jedenfalls nicht ernstlich bestreiten, dass nach ihrer eigenen Ausschreibung lediglich die Verfügung über Baugeräte zum Zeitpunkt der Leistungserbringung abgefragt würde. Eine Anmietung einzelner Baugeräte reiche somit aus. Es sei in der konkreten Konstellation nachweislich der Fall, dass die Antragstellerin bereits am 12.3.2009 die zukünftige Verfügung über Asphaltfertiger sichergestellt habe.

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin in der Stellungnahme vom 8.5.2009 sei jedoch zweifellos von einem behebbaren Mangel auszugehen. Die Antragsgegnerin habe somit zu unrecht einen unbehebaren Angebotsmangel angenommen und der Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit abgesprochen.

Die Antragsgegnerin führte in ihrer Stellungnahme vom 8.5.2009 aus, dass in der, von der Antragstellerin mit Schreiben vom 20.3.2009 vorgelegten Baumaschinen – Baugeräteliste der für die Auftragsausführung erforderliche Asphaltfertiger fehle. Die Auftraggeberin hätte daher mit Schreiben vom 25.3.2009 und vom 3.4.2009 die Vorlage der fehlenden Eignungsweise gefordert. Erst mit Vorlage vom 13.4.2009 hätte die Antragstellerin dann ausdrücklich zugestanden, dass sie nicht über Asphaltfertiger verfüge und diese im Auftragsfall kaufen oder mieten werde. Zum Nachweis dafür hätte sie auch ein Schreiben des E*** vom 10.4.2009 (also 1 Monat nach Ablauf der Angebotsfrist) vorgelegt, worin diese bestätigt, die erforderlichen Geräte für das gegenständliche Bauvorhaben zur Verfügung zu stellen. Wenn die Antragstellerin davon ausginge, dass es ausreichend sei, dass sie aufgrund ihrer Bonität Asphaltfertiger nach Auftragserteilung anmieten oder kaufen könnte, so sei diese Rechtsansicht aus folgenden Gründen unrichtig:

- -Strichaufzählung

Gem. § 69 Z 1 BVergG müsse die technische Leistungsfähigkeit im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Dazu könnten sich Bieter gem. § 76 Abs. 1 BVergG auch auf die technische Leistungsfähigkeit Dritter berufen, sofern sie den Nachweis nicht selbst erbringen könnten. Entsprechend dieser gesetzlichen Anordnung verlange die ständige Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden, dass bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein verbindlicher Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel des Dritten vorzulegen sei. Es genüge nicht, sich darauf zu verlassen, dass der Bieter über die konkret benötigte Maschine zum Auftragszeitpunkt schon verfügen werde. Gem. Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG müsse die technische Leistungsfähigkeit im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Dazu könnten sich Bieter gem. Paragraph 76, Absatz eins, BVergG auch auf die technische Leistungsfähigkeit Dritter berufen, sofern sie den Nachweis nicht selbst erbringen könnten. Entsprechend dieser gesetzlichen Anordnung verlange die ständige

Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden, dass bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ein verbindlicher Nachweis der Verfügbarkeit der Mittel des Dritten vorzulegen sei. Es genüge nicht, sich darauf zu verlassen, dass der Bieter über die konkret benötigte Maschine zum Auftragszeitpunkt schon verfügen werde.

- -Strichaufzählung

Das Bundesvergabeamt habe in einer Entscheidung mit nahezu identem Sachverhalt u.a. ausgeführt, "dass die Antragstellerin nachweislich und auch nach eigenen Aussagen über keinen "Asphaltfertiger" verfüge. Die Antragstellerin könne daher aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit jedenfalls einen Teil des Auftrags nicht selbst erfüllen. Wenn die Antragstellerin vermeine, dass dies nicht relevant sei, da ein solcher Asphaltfertiger "jederzeit leicht anzumieten" sei, würde sie übersehen, dass die technische Leistungsfähigkeit " – wie bereits gesagt – im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Die Antragstellerin hätte bereits zu diesem Zeitpunkt über eine verbindliche Zusage eines "Vermieters" dieses Gerätes verfügen und diese dem Angebot beilegen müssen. Die Antragstellerin stellt ihre und im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorhandene technische Leistungsfähigkeit für den Zeitpunkt der Auftragsdurchführung in Aussicht. Dies ist im Hinblick auf die Regelung des § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG unzulässig und würde auch § 21 BVergG widersprechen, da sich ein Bieter durch eine solche Vorgangsweise gegenüber anderen Bietern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Es ist somit der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 1 BVergG verwirklicht." Das Bundesvergabeamt habe in einer Entscheidung mit nahezu identem Sachverhalt u.a. ausgeführt, "dass die Antragstellerin nachweislich und auch nach eigenen Aussagen über keinen "Asphaltfertiger" verfüge. Die Antragstellerin könne daher aufgrund mangelnder technischer Leistungsfähigkeit jedenfalls einen Teil des Auftrags nicht selbst erfüllen. Wenn die Antragstellerin vermeine, dass dies nicht relevant sei, da ein solcher Asphaltfertiger "jederzeit leicht anzumieten" sei, würde sie übersehen, dass die technische Leistungsfähigkeit " – wie bereits gesagt – im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Die Antragstellerin hätte bereits zu diesem Zeitpunkt über eine verbindliche Zusage eines "Vermieters" dieses Gerätes verfügen und diese dem Angebot beilegen müssen. Die Antragstellerin stellt ihre und im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorhandene technische Leistungsfähigkeit für den Zeitpunkt der Auftragsdurchführung in Aussicht. Dies ist im Hinblick auf die Regelung des Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG unzulässig und würde auch Paragraph 21, BVergG widersprechen, da sich ein Bieter durch eine solche Vorgangsweise gegenüber anderen Bietern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Es ist somit der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG verwirklicht."

Aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin gem. § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuscheiden. Aus diesem Grund sei das Angebot der Antragstellerin gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuscheiden.

Als weitere problematische Punkte führte die Antragsgegnerin noch mangelnde Zuverlässigkeit infolge von, vom Geschäftsführer der Antragstellerin begangener Straftaten an, welche in der aktuellen Strafregisterbescheinigung aufscheinen und noch nicht getilgt sind sowie Preisspekulation aufgrund von Massenverschiebungen, da angebotene Preise grob aus dem Rahmen fallen.

Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender

entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt: Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender, entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt:

Die Antragsgegnerin hat am 11.2.2009 die "Straßenbauarbeiten 2009" auf Grund des Auftragsvolumens gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Unterschwellenbereich im Rahmen eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung unter Zugrundelegung des Billigstbieterprinzips ausgeschrieben. Die Bekanntmachung dieses Vergabeverfahrens erfolgte am 17.2.2009, das Ende der Angebotsfrist wurde für den 12.3.2009, 10.00 Uhr, festgelegt.

In der Ausschreibung wird auf Seite 6 vom Auftraggeber verlangt, dass der Auftragnehmer Gewähr leistet, dass bei Übertragung von Teilen seines Auftrages an einen oder mehrere Subunternehmer von diesem (diesen) sämtliche Auftragsverpflichtungen aus dem mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrag übernommen und eingehalten werden. Die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten müssen jedoch vom Auftragnehmer ausgeführt werden.

Auf Seite 8 der Ausschreibung ist im Rahmen der besonderen Bestimmungen festgelegt, dass Subunternehmungen durch den Auftragnehmer mit der Durchführung von diversen Arbeiten beauftragt werden können; der

Subunternehmer ist jedoch vor Baubeginn dem Auftraggeber bekanntzugeben und von diesem genehmigen zu lassen. Es dürfen nur Subunternehmungen mit sämtlichen rechtlichen und fachlichen Fähigkeiten beauftragt werden. Die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten müssen jedoch von Auftragnehmer durchgeführt werden.

Auf Seite 12 der Ausschreibung wird im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit vom Bieter eine Erklärung verlangt, aus der hervorgeht, über welche Ausstattungen, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird; ferner eine Angabe, welche Teile des Auftrages der Unternehmer unter Umständen als Subaufträge zu vergeben beabsichtigt.

Am 12.3.2009 fand um 10:00 Uhr die Angebotsöffnung statt, bei der insgesamt sieben Angebote geöffnet und verlesen wurden.

Mit E-Mail vom 13.3.2009 wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin aufgefordert, die in der Ausschreibung unter Punkt OG 01 Bauarbeiten LG 00 Vorbemerkungen Position 05Z Eignung geforderten Nachweise hinsichtlich der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit, spätestens bis Freitag, den 20.3.2009 10:00 Uhr nachzureichen.

Mit Schreiben vom 20.3. 2009 legte die Antragstellerin zwar einige Eignungsnachweise vor, jedoch nicht in dem, von der Antragsgegnerin verlangten Umfang.

Mit Schreiben vom 25.3.2009 hat die Antragsgegnerin die Vorlage der erforderlichen Eignungsnachweise bis längstens 30.3.2009, 10.00 Uhr urgiert, insbesondere die "Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung (insbesondere für die Asphaltierungsarbeiten) erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt sowie die erforderliche technische Ausstattung für Asphaltierungsarbeiten vorhanden ist."

Mit Schreiben vom 3.4.2009 wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin letztmalig wie folgt zur Verbesserung aufgefordert, Unterlagen vorzulegen (auszugsweise):

"...

Technische Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen:

...

Die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung (insbesondere für die Asphaltierungsarbeiten) erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt sowie die erforderliche technische Ausstattung für Asphaltierungsarbeiten vorhanden ist.

Aus dem mit Schreiben vom 20. März 2009 übermittelten Auszug "Baumaschinen Baugeräte" ist nicht ersichtlich, dass Sie über die technische Ausstattung für Asphaltierungsarbeiten verfügen.

...

Die Verbesserung ist bis spätestens 14. April 2009, 12:00 Uhr (EINLANGEND) an die Stadtgemeinde A*** ... zu übermitteln. Sollten die nachgereichten Unterlagen, Erklärungen und Aufklärungen zu den Preispositionen dann wieder mangelhaft oder unvollständig sein, findet eine weitere Aufforderung zur Aufklärung der Mängelbehebung nicht statt. Das Angebot würde in einem solchen Fall gem § 129 Abs 2 BVergG ausgeschieden werden." Die Verbesserung ist bis spätestens 14. April 2009, 12:00 Uhr (EINLANGEND) an die Stadtgemeinde A*** ... zu übermitteln. Sollten die nachgereichten Unterlagen, Erklärungen und Aufklärungen zu den Preispositionen dann wieder mangelhaft oder unvollständig sein, findet eine weitere Aufforderung zur Aufklärung der Mängelbehebung nicht statt. Das Angebot würde in einem solchen Fall gem Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden werden."

Mit Schreiben vom 13.4.2009 an die Antragsgegnerin führte die Antragstellerin wie folgt aus (auszugsweise):

"...

Über die erforderliche technische Ausstattung zum Asphaltieren werden wir gemäß Ausschreibung bei Ausführung des Bauvorhabens verfügen, zumal wir ja auch bereits schon andere Asphaltierungsaufträge für heuer im Hause haben (zB ca 2.000 m2 in Golling für die Salzburger Landesregierung). Wir werden zwei Asphaltfertiger mieten oder kaufen, was in Anbetracht unserer guten Bonität ja kein Problem darstellt. Geplant sind hier ein Gehsteig-/Radwegfertiger ("Kettenfertiger") der Marke Dynapac sowie ein Straßenfertiger ("Rad-/oder Kettenfertiger") von Dynapac oder Demag - Anlage Seiten 30-35.

... "

Diesem Schreiben ist eine Bestätigung des E*** vom 10.4.2009 samt Gerätebeschreibung beige-schlossen, welches lautet wie folgt:

"B***

Straßenfertiger J***, am 10. April 2009

Sehr geehrter Herr Ing. F***,

bezugnehmend auf unsere Besprechungen betreffend Straßenfertiger bestätige ich Ihnen, dass wir für Ihr Bauvorhaben "Straßenbauarbeiten 2009 für die Stadtgemeinde A****" die erforderlichen Geräte für die Asphaltierungsarbeiten zur Verfügung stellen können. Wir arbeiten hier mit der Firma K*** Baumaschinen (Vertretung Atlas Copco, Dynapac) bzw der Firma Dynapac selbst zusammen. Gemäß Besprechung mit deren Herren K*** bzw L*** können Sie diese Maschinen sowohl mieten als auch kaufen (aufgrund der derzeitigen wirtschaftlichen Lage sind zahlreiche Maschinen auf Lager, sofortige Auslieferungen kein Problem), es ist auch möglich, dass ein momentaner Kaufpreis vereinbart, jedoch vorerst gemietet wird und optional das jeweilige Gerät dann später mit entsprechender Anrechnung der Miete auf den vereinbarten Kaufpreis mit dem Restwert übernommen wird. Dynapac schlägt hier für Sie den Gehsteigfertiger F5CS sowie zum Asphaltieren der Straßen den Radfertiger F1214W oder alternativ den DF115P/D von Demag vor - siehe dazu anbei die technischen Daten. Weiters finden Sie in der Anlage noch eine Übersicht der weiteren Geräte von Dynapac/Demag.

Wir erwarten gerne Ihre Aufträge und sichern Ihnen im Auftragsfall eine ordnungsgemäße Abwicklung zu."

In weiterer Folge wurde das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.4.2009 gem. § 129 Abs. 1 iVm Abs. 2 leg. cit. BVergG ausgeschieden. Die Ausscheidung wurde im wesentlichen mit mangelnder technischer Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Tatsache begründet, dass die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten vom Auftragnehmer ausgeführt werden müssen und dass daher der Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung über alle für die, mit den Hauptarbeiten und den Asphaltierungsarbeiten erforderlichen Gerätschaften verfügen müsse. In weiterer Folge wurde das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 21.4.2009 gem. Paragraph 129, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, leg. cit. BVergG ausgeschieden. Die Ausscheidung wurde im wesentlichen mit mangelnder technischer Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Tatsache begründet, dass die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten vom Auftragnehmer ausgeführt werden müssen und dass daher der Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung über alle für die, mit den Hauptarbeiten und den Asphaltierungsarbeiten erforderlichen Gerätschaften verfügen müsse.

Am 28.4.2009 stellte die Antragstellerin beim Vergabekontrollsenat Salzburg einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensbenachrichtigung.

Aus dem zusammenfassenden Prüfbericht zur Eignungsprüfung der Angebote vom 4.5.2009 ist unter Punkt 3 "FORMALE UND RECHTLICHE PRÜFUNG DER ANGEBOTE" folgendes festgehalten:

"Die Angebote wurden entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten formalen Anforderungen und Eignungskriterien entsprechend der Prüfprotokolle geprüft. Bei den Unternehmen 1 bis 6 wurden die erforderlichen Eignungsnachweise durch Einsichtnahmen in den ANKÖ geprüft und nachgewiesen. Verbesserungsaufträge mussten nicht erteilt werden. Die Unternehmen 1 bis 6 sind geeignet.

Die Firma B*** [Anm: Unternehmen 7] ist im ANKÖ gesperrt. Die Fa. B*** wurde daher mit Schreiben vom 13. März 2009 zur Vorlage aller Nachweise aufgefordert. Mit Schreiben vom 20. März 2009 hat die Fa. B*** Eignungsnachweise vorgelegt. Da diese unvollständig waren, wurde die Firma B*** erneut mit Schreiben vom 25. März 2009 zur Vorlage der fehlenden Eignungsnachweise aufgefordert. Auf dieses Schreiben legte die Fa. B*** eine eidesstattliche Erklärung für die berufliche Zuverlässigkeit vor. Die sonstigen geforderten Eignungsnachweise fehlten wieder.

Mit Schreiben vom 3. April 2009 wurde die Fa. B*** unter Hinweis auf § 129 Abs 2 BVergG letztmalig aufgefordert, die noch fehlenden Eignungsnachweise vorzulegen. Bei dieser Gelegenheit wurden auch einige offensichtlich aufklärungsbedürftige Preispositionen hinterfragt. Mit Schreiben vom 13 April 2009 ist die Fa. B*** dieser Aufforderung nachgekommen. Mit Schreiben vom 3. April 2009 wurde die Fa. B*** unter Hinweis auf Paragraph 129,

Absatz 2, BVergG letztmalig aufgefordert, die noch fehlenden Eignungsnachweise vorzulegen. Bei dieser Gelegenheit wurden auch einige offensichtlich aufklärungsbedürftige Preispositionen hinterfragt. Mit Schreiben vom 13 April 2009 ist die Fa. B*** dieser Aufforderung nachgekommen.

Zwischenzeitlich hat am 9. April 2009 ein Gespräch zwischen Herrn Bürgermeister Ing. G***, Frau DI Mag (FH) H***, Herrn F*** und Herrn I*** stattgefunden.

Da die Fa. B*** im Schreiben vom 13. April 2009 angegeben hat, über Asphaltfertiger derzeit nicht zu verfügen, sondern diese erst mieten oder ankaufen zu wollen und ein Strafregisterauszug des Herrn F*** (Geschäftsführer) mit mehreren Vorstrafen vorgelegt wurde, wurde die D*** am 14. April 2009 mit der rechtlichen Prüfung des Angebots beauftragt.

Nach rechtlicher Prüfung wurde das Angebot der Fa. B*** mit Schreiben der D*** vom 21. April 2009 ausgeschieden. Die Angebotspreise wurden bislang nur auf ihre rechnerische Richtigkeit geprüft. Auch die Gleichwertigkeitsprüfung von Produkten, die von den Leitprodukten abweichen, wurde noch nicht vorgenommen. Eine Bewertung der Angebote wurde noch nicht durchgeführt."

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die von den Parteien vorgelegten Urkunden sowie die Einsichtnahme in den Vergabeakt.

Dazu ist rechtlich auszuführen:

Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß § 1 Abs 1 S.VKG 2007. Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß Paragraph eins, Absatz eins, S.VKG 2007.

Beim vorliegenden Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von etwa € 700.000.-- (ohne USt), welcher im Rahmen eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich ausgeschrieben wurde.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Gemäß § 14 S.VKG 2007 ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 14, S.VKG 2007 ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit aa) BVergG 2006 ist das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Litera, a, a,) BVergG 2006 ist das Ausscheiden eines Angebotes eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers.

Nach § 26 S.VKG 2007 hat der Vergabekontrollsenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers [nur dann] mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie den Antragsteller in dem von ihm nach § 23 Abs 1 Z 5 S.VKG geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach Paragraph 26, S.VKG 2007 hat der Vergabekontrollsenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers [nur dann] mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, S.VKG geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

In den Ausschreibungsunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird in den besonderen Bestimmungen auf Seite 8 festgelegt, dass der Auftragnehmer Subunternehmungen mit der Durchführung von diversen Arbeiten beauftragen kann. Der Subunternehmer ist jedoch vor Baubeginn dem Auftraggeber bekanntzugeben und von diesem

genehmigen zu lassen. Es dürfen nur Subunternehmungen mit sämtlichen rechtlichen und fachlichen Fähigkeiten beauftragt werden. Die Hauptarbeiten und Asphaltierungsarbeiten müssen jedoch vom Auftragnehmer durchgeführt werden (siehe auch Seite 6 der Ausschreibungsunterlagen). Auf Seite 12 der Ausschreibungsunterlagen wird im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen vom Bieter unter anderem eine Erklärung verlangt, aus der hervorgeht, über welche Ausstattungen, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird.

Da der Auftragnehmer gemäß den Ausschreibungsunterlagen sohin verpflichtet ist, die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten selbst durchzuführen, muss für den ordnungsgemäßen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sichergestellt sein, über welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung seines Auftrages verfügt.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 beim offenen Verfahren zu Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Im gegenständlichen Fall müssen diese Kriterien sohin am 12.3.2009, 10.00 Uhr, gegeben sein. Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, beim offenen Verfahren zu Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Im gegenständlichen Fall müssen diese Kriterien sohin am 12.3.2009, 10.00 Uhr, gegeben sein.

Wie aus den erläuternden Bemerkungen zu dieser Norm zu entnehmen ist, enthält § 69 BVergG 2006 differenzierte Regelungen, zu welchem Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den verschiedenen Verfahren vorliegen muss. Durch die Formulierung "muss ... spätestens ... vorliegen" wird verdeutlicht, dass ab dem in Z 1 bis 8 genannten Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf. Wie aus den erläuternden Bemerkungen zu dieser Norm zu entnehmen ist, enthält Paragraph 69, BVergG 2006 differenzierte Regelungen, zu welchem Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den verschiedenen Verfahren vorliegen muss. Durch die Formulierung "muss ... spätestens ... vorliegen" wird verdeutlicht, dass ab dem in Ziffer eins bis 8 genannten Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf.

Gemäß § 76 Abs 1 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Gemäß Paragraph 76, Absatz eins, BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Aufgrund der Sach- und Rechtslage wäre die Antragstellerin daher verpflichtet gewesen, zum ordnungsgemäßen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, also dem 12.3.2009, die verbindliche schriftliche Bestätigung des E*** bezüglich der Zurverfügungstellung der erforderlichen Geräte für die Asphaltierungsarbeiten und die schriftliche Zusicherung dieser Firma für die ordnungsgemäße Abwicklung vorzulegen.

Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung lag diese Bestätigung nicht vor, sondern wurde diese von der Antragstellerin erst mit Schreiben vom 13.4.2009 vorgelegt (Datum der Bestätigung ist der 10.4.2009). In diesem Schreiben erklärt die Antragstellerin im Übrigen, dass sie zwei Asphaltfertiger mieten oder kaufen werde, womit nochmals zum Ausdruck gebracht wird, dass die Antragstellerin nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügt und daher zur Leistungserbringung einen anderen Unternehmer benötigt.

Die Voraussetzungen für die Leistungserbringung waren daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht ordnungsgemäß und entsprechend den gesetzlichen Erfordernissen sichergestellt, da die Antragstellerin am 12.3.2009 keinen Nachweis über die Verfügbarkeit der erforderlichen Geräte hatte.

Die Angaben der Antragstellerin in ihrem Antrag vom 28.4.2009, dass sie sich bereits im Vorfeld der Angebotsabgabe darum gekümmert hätte, einen entsprechenden Fertiger in ihrem Besitz zu haben und es sich bei dem Schreiben des

E*** vom 10.4.2009 nur um eine nochmalige Bestätigung handeln würde, wurden nicht ausreichend dargelegt und glaubhaft nachgewiesen.

Es handelt sich daher im gegenständlichen Fall entgegen den Behauptungen der Antragstellerin nicht um einen behebbaren Mangel, da die Voraussetzungen für die Leistungsfähigkeit im gem. § 69 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 erforderlichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachweislich nicht vorhanden waren. Es war daher ein wesentliches Kriterium für die Eignung zur Auftragserfüllung nicht gegeben. Es handelt sich daher im gegenständlichen Fall entgegen den Behauptungen der Antragstellerin nicht um einen behebbaren Mangel, da die Voraussetzungen für die Leistungsfähigkeit im gem. Paragraph 69, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 erforderlichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachweislich nicht vorhanden waren. Es war daher ein wesentliches Kriterium für die Eignung zur Auftragserfüllung nicht gegeben.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuscheiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuscheiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Da der Antragstellerin der Nachweis, dass die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlag, nicht gelungen ist, erfolgte die mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 21.4.2009 vorgenommene Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu Recht. Da der Antragstellerin der Nachweis, dass die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlag, nicht gelungen ist, erfolgte die mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 21.4.2009 vorgenommene Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung fehlt Bietern in einem Vergabeverfahren die Antragslegitimation, wenn ihr Angebot zu Recht ausgeschieden wurde oder auszuscheiden gewesen wäre (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074).

Die Entscheidungen der Antragsgegnerin haben die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt, die behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten liegen nicht vor. Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, ist daher nicht zu beanstanden.

Schlagworte

Ausscheiden eines Angebotes, Zeitpunkt des Vorliegens der technischen Leistungsfähigkeit, unbehebbarer Mangel

Zuletzt aktualisiert am

16.07.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at