

TE Verg Bescheid 2008/9/25 VKS-6469/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.09.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §25 Abs7

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §127 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Pallas Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der gärtnerischen Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten für den 11. Bezirk, AS-Nr.:

LV/42NBO/42-NB-11-MAT-017-08-OINSTA11 durch die Stadt Wien, MA 42 – Wiener Stadtgärten, Johannesgasse 35, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag der Antragstellerin vom 21.8.2008 auf Einsicht in die Vergabeakten, Faszikelmappen 2 und 3, der Antragsgegnerin, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2008 wird für nichtig erklärt.
3. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 5.8.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 3, 19 Abs. 1, 25 Abs. 7, 124, 126, 127 Abs. 1 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz 3, 19, Absatz eins, 25, Absatz 7, 124, 126, 127, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, MA 42 – Wiener Stadtgärten (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich eines Rahmenvertrages zur Durchführung gärtnerischer Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten im 11. Bezirk. Der Rahmenvertrag soll eine Laufzeit von drei Jahren haben. Teil-, Alternativ- oder Abänderungsangebote sind nicht zugelassen. Die Angebote waren im Preisaufschlags-Nachlassverfahren zu erstellen, der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Das Angebotsende war der 12.6.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt neun Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde deren Angebot mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 22.7.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag einem anderen, namentlich genannten Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.7.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007) eingelangte

Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Zur Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen fehle es an den zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Berechtigungen. Weiters macht sie geltend, das Vergabeverfahren diene dem Abschluss eines Rahmenvertrages. Im Hinblick darauf habe die Antragsgegnerin „eine unrichtige Wahl des Zuschlagsprinzips getroffen“, da sie in der angefochtenen Entscheidung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erteilen wolle. Nach den Festlegungen im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis bilde die Pflanzenbeistellung unter Pos. Nr. 99.07 mit Euro 160.500,-- die bei weitem betraglich höchste Position. Aus den Ausschreibungsbedingungen im Zusammenhalt mit den Beschreibungen im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis sei ersichtlich, dass diese Angebotsposition sowohl die Beistellung von Arbeitskräften und Geräten als auch die Beistellung von Pflanzen umfasse. Für die Beistellung von Pflanzen sei in der Ausschreibung die Pflanzenbeistellung nach Wahl des Auftraggebers für 10.000 Verrechnungseinheiten ausgewiesen. Zusätzlich sei festgelegt, dass vom Bieter jener Preis anzugeben sei, um den der Auftragnehmer eine solche Lieferung von Pflanzen zu einer Währungseinheit anbiete. Dieser Preis enthalte auch die entsprechenden Zuschläge. Da jedoch das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zur Anwendung komme, hätten die Bieter von den von der vergebenden Stelle angegebenen Preisen auszugehen. Diese Preisangaben der Auftraggeberin im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis seien jedoch hinsichtlich Lohn und Sonstiges (gemeint sei Material in Form von beigestellten Pflanzen) krass fehlerhaft. Diese Festlegungen würden im Ergebnis zu einer fehlerhaften Angebotsstellung und folglich auch zu einer fehlerhaften Zuschlagsentscheidung und Verrechnung (für den Fall der Zuschlagserteilung) in sechsstelliger Höhe führen. Eine Zuschlagsentscheidung, die auf dieser Basis getroffen werde, sei vergaberechtlich unzulässig. Jedenfalls sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin entgegen den vergaberechtlichen Bestimmungen das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht darauf geprüft habe, ob die angebotenen Preise angemessen wären. Weiters bringt die Antragstellerin vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine Referenzen für öffentliche Aufträge in Wien. Mangels Nachweises der Referenzen wäre deren Angebot auszuschneiden gewesen. Ebenso erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht die Qualitätssicherungsnormen (ISA-Zertifizierung), was gleichfalls zur Ausscheidung des Angebotes hätte führen müssen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.7.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Zur Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen fehle es an den zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Berechtigungen. Weiters macht sie geltend, das Vergabeverfahren diene dem Abschluss eines Rahmenvertrages. Im Hinblick darauf habe die Antragsgegnerin „eine unrichtige Wahl des Zuschlagsprinzips getroffen“, da sie in der angefochtenen Entscheidung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erteilen wolle. Nach den Festlegungen im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis bilde die Pflanzenbeistellung unter Pos. Nr. 99.07 mit Euro 160.500,-- die bei weitem betraglich höchste Position. Aus den Ausschreibungsbedingungen im Zusammenhalt mit den Beschreibungen im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis sei ersichtlich, dass diese Angebotsposition sowohl die Beistellung von Arbeitskräften und Geräten als auch die Beistellung von Pflanzen umfasse. Für die Beistellung von Pflanzen sei in der Ausschreibung die Pflanzenbeistellung nach Wahl des Auftraggebers für 10.000 Verrechnungseinheiten ausgewiesen. Zusätzlich sei festgelegt, dass vom Bieter jener Preis anzugeben sei, um den der Auftragnehmer eine solche Lieferung von Pflanzen zu einer Währungseinheit anbiete. Dieser Preis enthalte auch die entsprechenden Zuschläge. Da jedoch das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren zur Anwendung komme, hätten die Bieter von den von der vergebenden Stelle angegebenen Preisen auszugehen. Diese Preisangaben der Auftraggeberin im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis seien jedoch hinsichtlich Lohn und Sonstiges (gemeint sei Material in Form von beigestellten Pflanzen) krass fehlerhaft. Diese Festlegungen würden im Ergebnis zu einer fehlerhaften Angebotsstellung und folglich auch zu einer fehlerhaften Zuschlagsentscheidung und Verrechnung (für den Fall der Zuschlagserteilung) in sechsstelliger Höhe führen. Eine Zuschlagsentscheidung, die auf dieser Basis getroffen werde, sei vergaberechtlich unzulässig. Jedenfalls sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin entgegen den vergaberechtlichen Bestimmungen das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht darauf geprüft habe, ob die angebotenen Preise angemessen wären. Weiters bringt die Antragstellerin vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine Referenzen für

öffentliche Aufträge in Wien. Mangels Nachweises der Referenzen wäre deren Angebot auszuschneiden gewesen. Ebenso erfülle die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht die Qualitätssicherungsnormen (ISA-Zertifizierung), was gleichfalls zur Ausscheidung des Angebotes hätte führen müssen.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin ihren zunächst erhobenen Einwand, der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin würde es an den zur Durchführung der Leistungen erforderlichen Berechtigungen fehlen, in der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008 zurückgezogen, zumal sie selbst über die gleichen Befugnisse verfügt (Protokoll vom 25.9.2008, Seite 4). Da sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen Befugnisse verfügen, war daher in der Folge die Berechtigung dieses zunächst erhobenen Einwandes nicht mehr weiter zu prüfen. Die Antragstellerin habe großes Interesse am Abschluss der „Rahmenvereinbarung“, was sie nicht zuletzt durch Teilnahme am Vergabeverfahren zum Ausdruck gebracht habe. Sollte sie den Auftrag nicht erhalten, würde ihr durch den Entgang des Liefer- und Leistungsentgeltes und durch den Entfall von Zusatzaufträgen ein Schaden entstehen, der den Angebotspreis „erreicht bzw. übersteigt“.

Durch die angefochtene Entscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlag, Gleichbehandlung gegenüber allen anderen Bietern, Recht auf Festlegung aller Zuschlagskriterien im Sinne des § 100 BVergG 2006, Nichtanwendung von die Antragstellerin benachteiligenden Beschränkungen, Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht und auf betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise sowie letztlich in ihrem Anspruch auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verletzt. In diesem Falle wäre ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen. Durch die angefochtene Entscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlag, Gleichbehandlung gegenüber allen anderen Bietern, Recht auf Festlegung aller Zuschlagskriterien im Sinne des Paragraph 100, BVergG 2006, Nichtanwendung von die Antragstellerin benachteiligenden Beschränkungen, Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht und auf betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise sowie letztlich in ihrem Anspruch auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verletzt. In diesem Falle wäre ihrem Angebot der Zuschlag zu erteilen.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 5.8.2008 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 30.7.2008, eingelangt in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates am 8.8.2008, ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen in das Verfahren als Teilnahmeberechtigte eingetreten. Im einzelnen führt die Teilnahmeberechtigte aus, sie würde sowohl über die erforderlichen Gewerbeberechtigungen als auch eine entsprechende Geräteausstattung verfügen. Auch die nach den Ausschreibungsbedingungen geforderten Referenzen im öffentlichen Bereich seien von ihr erbracht worden. Sofern die Antragstellerin Einwände gegen die Preiskalkulation aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung erhebe, hätte sie diese Einwände „vor Beginn der Angebotsstellung“ erheben müssen.

Mit Schriftsatz vom 11.8.2008 hat die Antragsgegnerin in der Sache selbst Stellung genommen und ausgeführt, dass ihre Zuschlagsentscheidung gesetzeskonform erfolgt sei. Eine Beschränkung von Referenznachweisen öffentlicher Auftraggeber für den Raum Wien sei vergaberechtlich nicht zulässig, die Teilnahmeberechtigte habe die geforderten Referenznachweise entsprechend den Ausschreibungsunterlagen erbracht.

Nach den Ausschreibungsunterlagen habe jeder Bieter Ausbildungsnachweise über zwei gelernte BaumpflegerInnen als Mindestkriterium nachweisen müssen. Ein Nachweis einer ISA-Zertifizierung sei nicht gefordert worden, sondern lediglich als Beispiel für eine von mehreren gleichwertigen Möglichkeiten. Diese Nachweise habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin erbracht. Soweit die Antragstellerin behaupte, die Antragsgegnerin hätte „keinen Vergleich der Einheitspreise und der daraus errechneten Positionspreise zwischen den Angeboten“ vorgenommen, entbehre „dieser Vorwurf jeglicher Grundlage“. Wenn nach Ansicht der Antragstellerin Fehler in den Ausschreibungsunterlagen enthalten waren, hätten diese rechtzeitig vor Angebotsöffnung geltend gemacht werden müssen. Letztlich bringt die Antragsgegnerin vor, dass eine Eignungs- und Angebotsprüfung nach den vergaberechtlichen Vorschriften

durchgeführt worden sei. Zur Preisprüfung seien notwendige Aufklärungsgespräche geführt worden, der präsumtive Billigstbieter sei „unter anderem auch zur vertieften Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen" worden. Danach sei erst die Ermittlung des präsumtiven Billigstbieters erfolgt.

Sowohl zum Vorbringen der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.8.2008 Stellung genommen und abermals geltend gemacht, die Teilnahmeberechtigte würde nicht über die geforderten Referenzen verfügen. Zu den Festlegungen betreffend die Mindestqualifikationen und Qualitätssicherungsnormen führt die Antragstellerin nunmehr ausführlich aus, dass die geforderten Ausbildungsnachweise für gelernte BaumpflegerInnen von der Teilnahmeberechtigten nicht erbracht worden seien. Die geforderten Ausbildungsnachweise könnten nur durch Bestätigungen über eine erfolgte ISA-Zertifikats-ausbildung erbracht werden, solche könne aber die Teilnahmeberechtigte nicht nachweisen. Diesbezüglich beruft sich die Antragstellerin auf ein von ihr vorgelegtes Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen *** und beantragt dessen Vernehmung dazu, dass die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Bestätigungen bzw. der vorgelegte Diplombescheid nicht der „geforderten ISA-Zertifizierung ... gleichwertig" wären. Zur Preisbildung für die Leistungen in der LG Pos. Nr. 99.07 führt sie ergänzend aus, dass der von der Antragsgegnerin eingesetzte Einheitspreis so angesetzt sei, dass das Verhältnis zwischen Lohnanteil und Materialanteil betriebswirtschaftlich nicht erklär- und auch nicht nachvollziehbar wäre. Damit erweise sich die Ausschreibung als fehlerhaft, was im Ergebnis zu einem fehlerhaften Zuschlag führen müsse. In diesem Schriftsatz begehrt die Antragstellerin (Seite 5) ihre Einsicht in die Vergabeakten, insbesondere die Mappen 2 und 3, zu gewähren. Die Ansicht der Antragsgegnerin, ihr sei nur Einsicht in die Mappe 1 zu gestatten, sei unrichtig, weil damit die Antragstellerin nicht in der Lage wäre, das Fehlen der in der Ausschreibung geforderten Referenznachweise und das Fehlen der geforderten Mindestanforderungen bzw. die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung nachzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 28.8.2008, in dem sie im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen ergänzt, legte die Antragstellerin ein Gutachten des Sachverständigen ***, zur Frage der Mindestqualifikationen und Qualitätssicherungsnormen für die ausgeschriebenen Leistungen vor.

Dazu hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 4.9.2008 Stellung genommen und ihrerseits vorgebracht, dass das Studium der Landschaftsplanung jedenfalls ausreichend sei, die geforderten Qualifikationen für einen Baumpfleger nachzuweisen. So habe der für die Tätigkeit des Baumpflegers namhaft gemachte Mitarbeiter der Teilnahmeberechtigten im Zuge seines Studiums auch die Übungseinheiten „Baumpflege und Baumkontrolle" absolviert und darüber eine Prüfung abgelegt.

Schließlich hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.9.2008 zur Untermauerung ihres Standpunktes abermals vorgebracht, die Teilnahmeberechtigte würde die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit und die Erfordernisse in Form von Ausbildungsnachweisen für mindestens zwei gelernte BaumpflegerInnen nicht erfüllen. Geeignete Nachweise seien von der Teilnahmeberechtigten nicht vorgelegt worden.

Diesem Schreiben ist die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 23.9.2008 entgegen getreten und hat im Wesentlichen dazu ausgeführt, dass ihr „Betrieb ... nicht über die Mindestqualifikation (zwei Treeworker, ISA-European Treeworker), sondern über weit höher qualifiziertes Personal, welches in einem aufrechten Dienstverhältnis stehe" verfüge. Darüber hinaus würde der Einzelunternehmer der Teilnahmeberechtigten als „dreijähriger Landw. Gärtnermeister" über eine entsprechende Ausbildung verfügen.

Bevor der Senat die zur Beurteilung erforderlichen Feststellungen trifft, war über den Antrag der Antragstellerin vom 21.8.2008 (Seite 5) erneuert am 28.8.2008 auf Akteneinsicht „im Umfange des Schriftsatzes vom 21.8.2008", abzusprechen.

Die Antragsgegnerin hat ihre Vergabeakten in drei Aktenordnern zusammengefasst vorgelegt und ausgeführt, dass von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin die Mappen 2 und 3 auszunehmen wären. Während die Vergabeakten in der Mappe 1 das Angebot der Antragstellerin und dessen Behandlung im Zuge der Angebotsprüfung beinhalten, betreffen die Mappen 2 und 3 vor allem das Angebot der Teilnahmeberechtigten sowie die Angebote der übrigen verbliebenen sieben Bieter.

Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht ausnehmen darf, ist allgemein in § 17 Abs. 3 AVG (der nach § 2 Abs. 3 WVRG 2007 gegenständlich anzuwenden ist) geregelt, wonach von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter

Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Für das Vergabeverfahren bestimmt § 21 Abs. 5 BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips ist die Regel des § 95 leg. cit., nach deren Abs. 2 jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach dem Abs. 3 dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die – das Vergabeverfahren betreffenden - §§ 21 Abs. 5 und 95 Abs. 3 BVergG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG vorliegt, maßgeblich und daher vom angerufenen Senat bei Gewährung der Akteneinsicht zu berücksichtigen. Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht ausnehmen darf, ist allgemein in Paragraph 17, Absatz 3, AVG (der nach Paragraph 2, Absatz 3, WVRG 2007 gegenständlich anzuwenden ist) geregelt, wonach von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Für das Vergabeverfahren bestimmt Paragraph 21, Absatz 5, BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips ist die Regel des Paragraph 95, leg. cit., nach deren Absatz 2, jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach dem Absatz 3, dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die – das Vergabeverfahren betreffenden - Paragraphen 21, Absatz 5 und 95 Absatz 3, BVergG 2006 sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des Paragraph 17, Absatz 3, AVG vorliegt, maßgeblich und daher vom angerufenen Senat bei Gewährung der Akteneinsicht zu berücksichtigen.

Aus §§ 21 Abs. 5 iVm 95 BVerG 2006 ergibt sich deutlich, dass die Einsichtnahme eines Bieters in Aktenbestandteile betreffend die Prüfung von Angeboten anderer Bieter nicht zulässig ist. Dem Bieter steht vielmehr nur das Recht zu, die geprüften Gesamtpreise bzw. Teilgesamtpreise der anderen Bieter zu erfahren. Den Anträgen auf Einsicht in das Angebot der Teilnahmberechtigten, einschließlich in die mit diesem Angebot vorgelegten Unterlagen sowie in alle jene Aktenteile, die die Prüfung des Angebotes der Teilnahmberechtigten betreffen, war daher nicht stattzugeben (vgl. VwGH vom 12.12.2007, Zl. 2006/04/0065-22). Aus Paragraphen 21, Absatz 5, in Verbindung mit 95 BVerG 2006 ergibt sich deutlich, dass die Einsichtnahme eines Bieters in Aktenbestandteile betreffend die Prüfung von Angeboten anderer Bieter nicht zulässig ist. Dem Bieter steht vielmehr nur das Recht zu, die geprüften Gesamtpreise bzw. Teilgesamtpreise der anderen Bieter zu erfahren. Den Anträgen auf Einsicht in das Angebot der Teilnahmberechtigten, einschließlich in die mit diesem Angebot vorgelegten Unterlagen sowie in alle jene Aktenteile, die die Prüfung des Angebotes der Teilnahmberechtigten betreffen, war daher nicht stattzugeben vergleiche VwGH vom 12.12.2007, Zl. 2006/04/0065-22).

Es war daher der Antrag auf Akteneinsicht „im Umfange des Schriftsatzes vom 21.8.2008" abzuweisen (Spruchpunkt 1).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung gärtnerischer Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten im 11. Wiener Bezirk. Es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen mit einer Vertragsdauer von drei Jahren. Die Angebote waren im Preisaufschlags-Nachlassverfahren zu erstellen. Teilangebote, Alternativangebote und Änderungsangebote waren nicht zugelassen. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.6.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich neun Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines

Rahmenvertrages zur Durchführung gärtnerischer Herstellungs- und Instandsetzungsarbeiten im 11. Wiener Bezirk. Es handelt sich um die Vergabe von Bauleistungen mit einer Vertragsdauer von drei Jahren. Die Angebote waren im Preisaufschlags-Nachlassverfahren zu erstellen. Teilangebote, Alternativangebote und Änderungsangebote waren nicht zugelassen. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.6.2008, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich neun Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

Nach dem Inhalt der Beilage 13.08.1 zum Angebotsformular MDBD-SR 75 (Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise) wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (§ 75 BVergG 2006) „eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (unter Verwendung der Beilagen 13.08.2 und 13.08.3)" verlangt. Nach dem Inhalt der Beilage 13.08.1 zum Angebotsformular MDBD-SR 75 (Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise) wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 75, BVergG 2006) „eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen (unter Verwendung der Beilagen 13.08.2 und 13.08.3)" verlangt.

Weiters wird in der Beilage 13.08.1 unter der Überschrift „Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung" festgelegt:

1. „1.Ziffer eins
Referenz über 5 Aufträge in den letzten 5 Jahren, bei denen mind. 10 Bäume pro Auftrag geschnitten wurden
2. 2.Ziffer 2
Ausbildungsnachweis über mind. zwei gelernte BaumpflegerInnen (ISA Weiterbildungskurse d. Baumpflege, Grundkurs A+B Doppelseilklettertechnik, European Treeworker od. glw.)
3. 3.Ziffer 3
Beschäftigungsnachweis von zwei GärtnerInnen und sieben GartenarbeiterInnen".

Das Leistungsverzeichnis ist in fünf Obergruppen gegliedert, die ihrerseits in mehrere Leistungsgruppen unterteilt sind. In der Obergruppe 04 – Bodenverbesserung, Bepflanzung, Regie sind unter den Positionsnummern 042614 und 042618 Baumerziehungsschnitte und Baumpflegemaßnahmen im Detail festgelegt.

In der Obergruppe 05 – Pflanzenbeistellung war unter der Positionsnummer 0599 - Regiearbeiten die Beistellung von Pflanzen anzubieten. Die diesbezügliche Festlegung lautet:

„059907010 Pflanzen beistellen nach Wahl des AG 10.000 VE". In der Spalte Lohn ist eingetragen der Betrag Euro 15,-, in der Spalte Sonstiges der Betrag von Euro 1,05, in der Spalte Einheitspreis Euro 16,05 und in der Spalte Positionspreis Euro 160.500,-.

Der von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung vorgegebene Gesamtpreis beträgt Euro 466.511,46 und ergibt sich aus der Summe aller Einheitspreise je Leistungsverzeichnis multipliziert mit den jeweils vorgegebenen Mengen.

Insgesamt haben sich neun Bieter am Vergabeverfahren beteiligt. Als Ergebnis der Angebotseröffnung vom 12.6.2008 wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit einem Gesamtpreis von *** an erster Stelle liegend, jenes der Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von *** an zweiter Stelle liegend verlesen.

Dem Angebot der Teilnahmeberechtigten waren unter anderem angeschlossen ein Nachweis über die von *** abgelegte Gärtnermeisterprüfung, eine Kursbesuchsbestätigung der WKÖ Wien über die erfolgreiche Absolvierung eines Motorsägenkurses im Zuge der Ausbildung zum European Treeworker, eine Teilnahmebestätigung betreffend *** am Kurs „Verkehrsregelung bei Baustellen, sportlichen Veranstaltungen und Filmdreharbeiten auf öffentlichen Straßen", eine Bestätigung darüber, dass *** vom 19.2.2007 bis 14.4.2007 (insgesamt 200 Lehreinheiten) und am 27.4.2007 (insgesamt 8 Lehreinheiten) die Veranstaltung „Prüfung zum European Treeworker" regelmäßig besucht hat. Weiters hat die Teilnahmeberechtigte als Ausbildungsnachweis für einen weiteren gelernten Baumpfleger den Bescheid der Universität für Bodenkultur Wien vorgelegt, wonach *** das Diplomstudium der Studienrichtung Landschaftsplanung und Landschaftspflege erfolgreich beendet hat und ihm daher der akademische Grad „Diplom-Ingenieur" verliehen wurde.

Der Vergleich der Gesamtpreise aller Bieter zeigt bei allen Angeboten eine Reduktion des Gesamtpreises gegenüber dem von der Auftraggeberin vorgegebenen Preis. Die Staffelung der Angebote untereinander ist bezogen auf den

Gesamtpreis durchaus als üblich zu bezeichnen. Auffällig ist allerdings die Verteilung der Aufschläge und Nachlässe auf die einzelnen Leistungsgruppen und die damit erzielten Preise je Leistungsposition bzw. der Preisanteile (Lohn/Sonstige). Mit Ausnahme der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 - Regiearbeiten haben alle Bieter, außer der Teilnehmereberechtigten, auf die einzelnen Leistungsgruppen Aufschläge zwischen 2 % und 36,89 % angeboten. Die Teilnehmereberechtigte hat generell 41 % Nachlass angeboten. Die Berücksichtigung der Aufschläge und Nachlässe im Angebot der Teilnehmereberechtigten ergibt Einheitspreise die gegenüber den Mitbewerbern in etwa halber Höhe liegen. In der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 - Regiearbeiten wurde von allen Bietern, außer der Teilnehmereberechtigten Nachlässe zwischen 59,44 % und 92,5 % angeboten. Die Teilnehmereberechtigte hat in dieser Leistungsgruppe einen Nachlass von 5 % angeboten. Die Berücksichtigung dieses Nachlasses ergibt beim Angebot der Teilnehmereberechtigten einen Einheitspreis in dieser Obergruppe gegenüber den Mitbewerbern in mehr als zehnfacher Höhe.

In der Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 19.2.2008 hat die Antragsgegnerin festgehalten, dass eine vertiefte Prüfung der Plausibilität der Preiskalkulation der Teilnehmereberechtigten erforderlich ist. Mit Schreiben vom 20.6.2008 hat die Antragsgegnerin die Teilnehmereberechtigte zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen und darin unter anderem ausgeführt, dass Gegenstand des Aufklärungsgesprächs auch die plausible Zusammensetzung der angebotenen Preise sein wird. Diesbezügliche Kalkulationsunterlagen wurden jedoch nicht gefordert und wurden auch von der Teilnehmereberechtigten nicht vorgelegt. Aus dem Aktenvermerk über das Aufklärungsgespräch vom 9.7.2008 ergibt sich bezüglich der Prüfung der Preisangemessenheit nur eine punktuelle Auseinandersetzung mit Preisen für „Fallschuttrinde“ und „erdiges Substrat“ sowie der Deponiegebühr. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Detailkalkulation ist dem Vergabeakt nicht zu entnehmen. Insbesondere wurde auch die Preisgestaltung für die Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 - Regiearbeiten im Zuge der Angebotsprüfung nicht weiter thematisiert, zumindest ist den Vergabeakten eine diesbezügliche Dokumentation nicht zu entnehmen. Schließlich wird im Aktenvermerk vom 17.7.2008 über eine weitere Prüfung von Eignungsnachweisen der Teilnehmereberechtigten von der Antragsgegnerin abschließend festgehalten, dass „... auch der Angebotspreis plausibel zusammengesetzt ist ...“.

In der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008 hat die Antragsgegnerin zum Problem der Kalkulation der zur Leistungsgruppe 0599 - Regiearbeiten angebotenen Preise erklärt, ihr sei „bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen ein Irrtum passiert“. Dieser Fehler sei der Antragsgegnerin aber zu spät aufgefallen. Bei den im Leistungsverzeichnis bei dieser Position angeführten Beträgen wäre vorgesehen gewesen, „dass jene Pflanzen, die für die Arbeiten benötigt werden, vom Auftraggeber (vom Gärtner) zur Verfügung gestellt werden“, worauf dieser einen Aufschlag geben könne. „Zu dem, was ihm die Pflanze im Einkauf kostet, darf er etwas mehr verlangen“. In den Ausschreibungsunterlagen ist „ein Faktor drinnen, der die Pflanzen zu teuer macht“ (***). Ausdrücklich, hat der Vertreter der Antragsgegnerin erklärt, dass sie „bei der Obergruppe 05 eigentlich keine vergleichbaren Preise gefunden“ hätten. Ausdrücklich zugestanden wurde, dass es sich bei dieser Position um eine wesentliche Position handelt. Weiters zugestanden hat die Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung, dass sie die Kalkulation in der Position der Obergruppe 05 nicht vertieft geprüft habe“, weil die dort aufgetretenen Differenzen für uns damit erklärbar waren, dass uns ein Irrtum bei der Ausschreibung unterlaufen ist“ (***).

Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung ist am 22.7.2008 die zu Gunsten des Teilnehmereberechtigten lautende Zuschlagsentscheidung ergangen. Darin wird als Begründung festgehalten, dass „den Zuschlag laut Ausschreibung ... das Angebot mit dem niedrigsten Preis“ erhält. Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 29.7.2008 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich vor allem aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie aus deren Vorbringen in der mündlichen Verhandlung. Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass sowohl die Teilnehmereberechtigte als auch die Antragstellerin formal vollständige Angebote gelegt haben.

Die nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen wurden von der Teilnehmereberechtigten erbracht, von der Antragsgegnerin geprüft und für in Ordnung befunden. Eine entsprechende Dokumentation ist im Vergabeakt

enthalten und ebenso wenig wie das Ergebnis dieser Prüfung, zu bemängeln.

Hinsichtlich der Ausbildungsnachweise für mindestens zwei gelernte BaumpflegerInnen hat die Teilnehmereberechtigte den Betriebsführer *** sowie den Mitarbeiter *** namhaft gemacht. *** hat zum Nachweis für seine Ausbildung die Urkunde über die von ihm am 14.4.1999 erfolgreich abgelegte Gartenmeisterprüfung vorgelegt. Weiters wurden von ihm Kursbesuchsbestätigungen bzw. Teilnahmebestätigungen, ausgestellt vom Wirtschaftsförderungsinstitut der Wirtschaftskammer Wien, über die Veranstaltung „Prüfung zum European Treeworker“ vorgelegt. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung näher auszuführen sein wird, erachtet der Senat im Hinblick auf die Formulierung der Mindestanforderungen den Nachweis der erfolgreichen Ablegung der Gärtnermeisterprüfung für ausreichend. Es konnten daher weitere Erörterungen, insbesondere die Vernehmung des von der Antragstellerin namhaft gemachten, gerichtlich beeideten Sachverständigen ***, zur Frage, ob die Ausbildung des *** der Ausbildung eines ISA zertifizierten Baumpflegers entspricht, entfallen. Hinsichtlich des von der Teilnehmereberechtigten als Baumpfleger namhaften gemachten *** wurden zwar vom Teilnehmereberechtigten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens neun Lehrveranstaltungszeugnisse vorgelegt, denen jedoch für den Senat nicht eindeutig zu entnehmen war, ob diese Lehrveranstaltungen auch mit praktischen Übungen und Arbeiten verbunden waren, wie sie nach der Ausschreibung verlangt werden (Baumschnitt, Kronenschnitt, Baumpflege, etc.). Dass diese Lehrveranstaltungen nur in einem geringem Umfang die Durchführung derartiger Arbeiten betroffen haben, hat sich nicht zuletzt aus der Erklärung des *** in der mündlichen Verhandlung ergeben, der ausdrücklich erklärte seit 24.1.2008 bei der Teilnehmereberechtigten beschäftigt zu sein und hier „mehr als 100 Bäume geschnitten“ zu haben. Er hätte auch genug Baumpflegearbeiten gemacht, vor seiner Tätigkeit bei der Antragstellerin habe er im privaten Bereich (in meinem Garten) „etwa Marillenbäume umgeschnitten“. Bezüglich *** ist damit fraglich, ob die von ihm bisher ausgeübte Tätigkeit und die in den Lehrveranstaltungszeugnissen nicht näher definierten Tätigkeiten ausreichen, die Ausbildung zum gelernten Baumpfleger anzunehmen. Da es sich bei diesen Anforderungen um eine Mindestanforderung handelt, die von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung zu beurteilen ist, eine Angebotsprüfung in diesem Sinne dem Senat als Nachprüfungsbehörde nicht zukommt, war ein weiterführendes Beweisverfahren zur Lösung dieser Frage nicht durchzuführen. In diesem Sinne war auch dem Antrag der Antragstellerin auf Vernehmung des Sachverständigen *** zur Klärung dieser Frage nicht stattzugeben, weil diese Frage in einem allenfalls fortzusetzenden Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin eingehend zu prüfen sein wird. Zu den Feststellungen bezüglich des Vorgabepreises bei der Obergruppe 05 – Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regearbeiten, ergibt sich aus der Aktenlage, dass der Auftraggeberin hier ein Irrtum unterlaufen ist, was von ihr aber auch ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung zugestanden wurde. Damit war aber auch als erwiesen anzunehmen – wie gleichfalls von der Auftraggeberin zugestanden – dass vergleichbare Angebote nicht vorliegen, weshalb die Antragsgegnerin auch eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen hat. Diesbezüglich kann auf *** des Protokolls der mündlichen Verhandlung verwiesen werden.

Rechtlich ist dieser Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs. 3 BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, war der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG 2006 wurde ordnungsgemäß kundgemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages im Unterschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz 3, BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, war 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs.

1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 bereits vor 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 22.7.2008 zugegangen ist, ist der am 29.7.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 22.7.2008 zugegangen ist, ist der am 29.7.2008 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Die Antragstellerin hat die Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung bekämpft, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden gewesen, da es ihr an der notwendigen Befugnis, den geforderten Referenzen und den geforderten Ausbildungsnachweisen für mindestens zwei gelernte BaumpflegerInnen mangelt. Überdies habe die Antragsgegnerin zu Unrecht den Abschluss eines Rahmenvertrages anstelle einer Rahmenvereinbarung ausgeschrieben und das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht auf dessen Preisangemessenheit geprüft.

Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Teilnahmeberechtigte über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen verfügt (die im Übrigen zutreffend nachgewiesen wurden), sowie ein Beweisverfahren dazu konnte unterbleiben, weil die Antragstellerin im Hinblick darauf, dass sie über die gleiche Befugnis verfügt, diesen Einwand in der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008 ausdrücklich zurückgenommen hat.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat die Teilnahmeberechtigte auch die verlangten Referenzen im ausreichenden Maße nachgewiesen, wobei nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt war, dass Arbeiten für öffentliche Auftraggeber im Raum Wien nachzuweisen waren. Die Auftraggeberin hat die Referenzen geprüft und für in Ordnung befunden, eine entsprechende Dokumentation ist im Vergabeakt enthalten. An der Eignung der nachgewiesenen Referenz bestehen keine vergaberechtlichen Bedenken.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Teilnahmeberechtigten wäre es nicht gelungen Ausbildungsnachweise für mindestens zwei gelernte BaumpflegerInnen zu erbringen, weil nur Nachweise von ISA-Weiterbildungskursen geeignete Nachweise wären, kann ihr nicht gefolgt werden. Hier ist zunächst die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nach den Ausschreibungsbedingungen Ausbildungsnachweise über mindestens zwei gelernte BaumpflegerInnen verlangt wurden und als Beispiel für geeignete Nachweise in Klammern angeführt wurden, „ISA-Weiterbildungskurse der Baumpflege, Grundkurs A+B Doppelseilklettertechnik, European Treeworker oder glw“). Damit hat die Antragsgegnerin eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass diese von ihr in der Klammer angeführten Ausbildungsnachweise nur beispielhaft angeführt wurden und dass durch andere gleichwertige Ausbildungsnachweise die Mindestanforderungen erfüllt werden können. Zu dem von *** vorgelegten Nachweis der erfolgreich abgelegten Gärtnermeisterprüfung vertritt der Senat die Ansicht, dass damit nachgewiesen ist, dass *** eine Ausbildung zum „gelernten Baumpfleger“ absolviert hat, die ihm jedenfalls berechtigt, die ausgeschriebenen Baumpflegemaßnahmen durchzuführen. Diesbezüglich kann auf die von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 28.8.2008 vorgelegte Kopie des Berufsbildes Garten- und Grünflächengestaltung sowie des Ausbildungsplanes für den Lehrberuf Gartenbau, Fachgebiet für den Facharbeiter Baumpflege und Baumkontrolle,

verwiesen werden. Damit steht für den Senat fest, dass *** aufgrund seiner Ausbildung zum Gärtner und der im Anschluss daran erfolgreich abgelegten Meisterprüfung jedenfalls als „gelernter Baumpfleger angesehen werden kann“ und diesbezüglich der Ausbildungsnachweis für ihn erbracht werden konnte. Hingegen erachtet der Senat diesen Nachweis bezüglich des ***, der als zweiter gelernter Baumpfleger namhaft gemacht wurde, noch nicht für ausreichend geklärt. Ob die Ausbildung, vor allem die praktischen Übungen im Zuge des Studiums als gleichwertig zur Ausbildung etwa eines Gärtners oder einer Ausbildung zum European Treeworker gewertet werden kann, war nach den bisherigen Ergebnissen des Beweisverfahrens nicht feststellbar. Da es sich bei dieser Frage um die Prüfung des Vorliegens eines Eignungskriteriums handelt, ist es Aufgabe des Auftraggebers diese Überprüfungen auf Gleichwertigkeit vorzunehmen und deren Ergebnisse entsprechend zu dokumentieren. Von dieser Frage hängt letztlich ab, ob das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden sein wird oder nicht, welche Entscheidung jedoch in den Aufgabenbereich des Auftraggebers und nicht in den der Nachprüfungsbehörde fällt. Da eine derartige Prüfung dem Vergabeakt nicht zu entnehmen ist, erweist sich das Vergabeverfahren diesbezüglich als mangelhaft. Die Antragsgegnerin wird daher im allenfalls fortzusetzenden Verfahren eingehend die berufliche Ausbildung von *** zu prüfen haben, insbesondere welche praktischen Tätigkeiten er im Zuge der von ihm nachgewiesenen Lehrveranstaltungen verrichtet hat. Dabei werden nur jene praktischen Tätigkeiten zu berücksichtigen sein, die *** bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (12.6.2008) verrichtet hat. Die Annahme der Antragsgegnerin, dass die Teilnahmeberechtigte die Mindestanforderungen des Nachweises zweier gelernter BaumpflegerInnen erfüllt habe, ist nach der derzeitigen Sachlage nicht gerechtfertigt.

Die Antragstellerin macht geltend, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen und den Leistungszeitraum, die Vergabe einer Rahmenvereinbarung und nicht eines Rahmenvertrages auszuloben. Die Ausschreibung sieht eindeutig vor, dass die Antragsgegnerin einen Rahmenvertrag und keine Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 abschließen möchte, was im Übrigen auch zulässig ist. Bezüglich des Zuschlagsprinzips hat sich die Antragsgegnerin für die Vergabe an das Angebot mit dem niedrigsten Preis entschlossen, was vergaberechtlich ebenfalls zulässig ist, wenn – wie vorliegend – die Leistung und die Umstände der Leistungserbringung so genau beschrieben sind, dass alle Bieter die gleiche Leistung anbieten und so nur durch den Preis unterschieden werden können. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich ausschließlich um beschreibbare und auch eindeutig beschriebene Leistungen. Auch alle übrigen zur Leistungsabwicklung erforderlichen Festlegungen wurden eindeutig getroffen. Wegen der Tatsache, dass bei Rahmenverträgen nicht von vornherein feststeht, dass alle Leistungen im ausgeschriebenen Umfang anfallen, ist hinsichtlich der daraus erwachsenden vertragsrechtlichen Folgen eine entsprechende Regelung vorzusehen. Dies verhindert aber weder den Abschluss eines Rahmenvertrages noch die Wahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium. Die Wahl des Bestbieters ausschließlich über den Preis erscheint daher zielführend und ist jedenfalls vergaberechtlich unbedenklich. Die Antragstellerin macht geltend, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen im Hinblick auf die ausgeschriebenen Leistungen und den Leistungszeitraum, die Vergabe einer Rahmenvereinbarung und nicht eines Rahmenvertrages auszuloben. Die Ausschreibung sieht eindeutig vor, dass die Antragsgegnerin einen Rahmenvertrag und keine Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006 abschließen möchte, was im Übrigen auch zulässig ist. Bezüglich des Zuschlagsprinzips hat sich die Antragsgegnerin für die Vergabe an das Angebot mit dem niedrigsten Preis entschlossen, was vergaberechtlich ebenfalls zulässig ist, wenn – wie vorliegend – die Leistung und die Umstände der Leistungserbringung so genau beschrieben sind, dass alle Bieter die gleiche Leistung anbieten und so nur durch den Preis unterschieden werden können. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich ausschließlich um beschreibbare und auch eindeutig beschriebene Leistungen. Auch alle übrigen zur Leistungsabwicklung erforderlichen Festlegungen wurden eindeutig getroffen. Wegen der Tatsache, dass bei Rahmenverträgen nicht von vornherein feststeht, dass alle Leistungen im ausgeschriebenen Umfang anfallen, ist hinsichtlich der daraus erwachsenden vertragsrechtlichen Folgen eine entsprechende Regelung vorzusehen. Dies verhindert aber weder den Abschluss eines Rahmenvertrages noch die Wahl des Preises als einziges Zuschlagskriterium. Die Wahl des Bestbieters ausschließlich über den Preis erscheint daher zielführend und ist jedenfalls vergaberechtlich unbedenklich.

Da es sich bei der Ausschreibung um eine gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers handelt, hätte die von der Antragstellerin gerügte Festlegung bereits in der Angebotsphase rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) bekämpft werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, sind die diesbezüglichen Festlegungen unanfechtbar geworden und dem Vergabeverfahren bindend zugrunde zu legen. Da es sich bei der Ausschreibung um eine gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 gesondert

anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers handelt, hätte die von der Antragstellerin gerügte Festlegung bereits in der Angebotsphase rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) bekämpft werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, sind die diesbezüglichen Festlegungen unanfechtbar geworden und dem Vergabeverfahren bindend zugrunde zu legen.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei nicht angemessen, die Antragsgegnerin hätte keine Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt, weil sonst das Angebot der Teilnahmeberechtigten hätte ausgeschieden werden müssen.

Dazu ist auszuführen, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die Angebote im Preisaufschlags- und -nachlassverfahren zu erstellen waren. Der von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung vorgegebene Gesamtpreis von *** ergibt sich aus der Summe aller Einheitspreise je LV – Position multipliziert mit den jeweils vorgesehenen Mengen. Der Bieter kann in seinem Angebot Aufschläge oder Nachlässe je Leistungsgruppe anbieten. Unter Berücksichtigung dieser Aufschläge oder Nachlässe ergibt sich der jeweilige Gesamtpreis seines Angebotes. Wie festgestellt zeigt der Vergleich der Gesamtpreise der Bieter bei allen Angeboten eine Reduktion des Gesamtpreises gegenüber dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Gesamtpreis. Obwohl die Preisstaffelung der neun Angebote untereinander bezogen auf den Gesamtpreis als durchaus üblich zu bezeichnen ist, fällt die Verteilung der Aufschläge und Nachlässe auf die einzelnen Leistungsgruppen und die damit erzielten Preise je Leistungsposition bzw. deren Preisanteile (Lohn/Sonstiges) allerdings als stark unterschiedlich auf. Mit Ausnahme der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten haben alle Bieter, außer der Teilnahmeberechtigten auf die einzelnen Leistungsgruppen Aufschläge (!) zwischen 2 % und 36,89 % angeboten. Die Teilnahmeberechtigte hat generell 41 % Nachlass (!) angeboten. Ein gegensätzliches Bild zeigt sich bei der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten, wo von allen Bietern, ausgenommen der Teilnahmeberechtigten, Nachlässe (!) zwischen 59,44 % und 92,5 % angeboten wurden, von der Teilnahmeberechtigten hingegen ein Nachlass von 5 %. Die Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten ist mit Euro 160.500,-- die wertmäßig größte Gruppe des Leistungsverzeichnisses (ca. 34 %) und wirkt sich demgemäß stark auf den Gesamtpreis aus. Aus dieser Preisgestaltung ist jedenfalls abzuleiten, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gewesen wäre. Bezüglich der Obergruppe 05, Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten ist bereits nach der Aktenlage naheliegend, dass hier ein Ausschreibungsfehler bezüglich des Vorgabepreises gegeben ist. Bezüglich der anderen Leistungsgruppen liegt der Verdacht nahe, dass ein Nachlass von durchgehend 41 % im Angebot der Teilnahmeberechtigten zu nicht mehr kostendeckenden Preisen führt. Dass ein Ausschreibungsfehler vorliegt, hat die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008) ausdrücklich zugestanden. Aufgrund dieses erst nachträglich festgestellten Ausschreibungsfehlers ist davon auszugehen – wie auch von der Antragsgegnerin zugestanden – ,dass vergleichbare Angebote nicht gegeben sind. Die Antragsgegnerin hat zwar, wie sich aus der Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 19.6.2008 ergibt, diese Problematik erkannt und festgehalten, dass „eine vertiefte Prüfung der Plausibilität der Preiskalkulation“ der Teilnahmeberechtigten erforderlich ist, diese aber in der Folge tatsächlich nicht durchgeführt. Eine derartige vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit wäre aber bei der gegebenen Sachlage nach § 125 BVergG 2006 jedenfalls notwendig gewesen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, eine weitergehende Überprüfung der Angebote wegen des unterlaufenen Ausschreibungsfehlers nicht vorgenommen zu haben, ist für sie nichts gewonnen. Tatsächlich bewirkt dieser Ausschreibungsfehler, dass eine den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Beurteilung der Angebote sich als nicht möglich erweist und daher auch für die Nachprüfungsbehörde nicht zweifelsfrei feststeht, ob das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht wegen unplausibler Zusammensetzung ihres Angebotspreises auszuschneiden wäre. Auch hier kann es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenates sein, die von der Antragsgegnerin verabsäumte Angebotsprüfung nachzuholen. Dazu ist auszuführen, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die Angebote im Preisaufschlags- und -nachlassverfahren zu erstellen waren. Der von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung vorgegebene Gesamtpreis von *** ergibt sich aus der Summe aller Einheitspreise je LV – Position multipliziert mit den jeweils vorgesehenen Mengen. Der Bieter kann in seinem Angebot Aufschläge oder Nachlässe je Leistungsgruppe anbieten. Unter Berücksichtigung dieser Aufschläge oder Nachlässe ergibt sich der jeweilige Gesamtpreis seines Angebotes. Wie festgestellt zeigt der Vergleich der Gesamtpreise der Bieter bei allen Angeboten eine Reduktion des Gesamtpreises gegenüber dem von der Antragsgegnerin vorgegebenen Gesamtpreis. Obwohl die Preisstaffelung der neun Angebote untereinander bezogen auf den Gesamtpreis als durchaus üblich zu bezeichnen ist, fällt die Verteilung der Aufschläge und Nachlässe auf die einzelnen Leistungsgruppen und die damit erzielten Preise je

Leistungsposition bzw. deren Preisanteile (Lohn/Sonstiges) allerdings als stark unterschiedlich auf. Mit Ausnahme der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten haben alle Bieter, außer der Teilnehmereberechtigten auf die einzelnen Leistungsgruppen Aufschläge (!) zwischen 2 % und 36,89 % angeboten. Die Teilnehmereberechtigte hat generell 41 % Nachlass (!) angeboten. Ein gegensätzliches Bild zeigt sich bei der Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten, wo von allen Bietern, ausgenommen der Teilnehmereberechtigten, Nachlässe (!) zwischen 59,44 % und 92,5 % angeboten wurden, von der Teilnehmereberechtigten hingegen ein Nachlass von 5 %. Die Obergruppe 05 Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten ist mit Euro 160.500,– die wertmäßig größte Gruppe des Leistungsverzeichnisses (ca. 34 %) und wirkt sich demgemäß stark auf den Gesamtpreis aus. Aus dieser Preisgestaltung ist jedenfalls abzuleiten, dass eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gewesen wäre. Bezüglich der Obergruppe 05, Pflanzenbeistellung, Leistungsgruppe 99 – Regiearbeiten ist bereits nach der Aktenlage naheliegend, dass hier ein Ausschreibungsfehler bezüglich des Vorgabepreises gegeben ist. Bezüglich der anderen Leistungsgruppen liegt der Verdacht nahe, dass ein Nachlass von durchgehend 41 % im Angebot der Teilnehmereberechtigten zu nicht mehr kostendeckenden Preisen führt. Dass ein Ausschreibungsfehler vorliegt, hat die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.9.2008) ausdrücklich zugestanden. Aufgrund dieses erst nachträglich festgestellten Ausschreibungsfehlers ist davon auszugehen – wie auch von der Antragsgegnerin zugestanden – ,dass vergleichbare Angebote nicht gegeben sind. Die Antragsgegnerin hat zwar, wie sich aus der Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 19.6.2008 ergibt, diese Problematik erkannt und festgehalten, dass „eine vertiefte Prüfung der Plausibilität der Preiskalkulation“ der Teilnehmereberechtigten erforderlich ist, diese aber in der Folge tatsächlich nicht durchgeführt. Eine derartige vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit wäre aber bei der gegebenen Sachlage nach Paragraph 125, BVergG 2006 jedenfalls notwendig gewesen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, eine weitergehende Überprüfung der Angebote wegen des unterlaufenen Ausschreibungsfehlers nicht vorgenommen zu haben, ist für sie nichts gewonnen. Tatsächlich bewirkt dieser Ausschreibungsfehler, dass eine den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Beurteilung der Angebote sich als nicht möglich erweist und daher auch für die Nachprüfungsbehörde nicht zweifelsfrei feststeht, ob das Angebot der Teilnehmereberechtigten nicht wegen unplausibler Zusammensetzung ihres Angebotspreises auszuschneiden wäre. Auch hier kann es nicht Aufgabe des Vergabekontrollsenates sein, die von der Antragsgegnerin verabsäumte Angebotsprüfung nachzuholen.

Ausgehend von diesen Überlegungen zeigt sich, dass das Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht mangelhaftig ist. Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von den Nachprüfungsbehörden nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07; VKS Wien vom 11.3.2008, VKS – 274/08, ua). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv anhand der vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen nachvollziehbar sein muss. Dabei hat der Auftraggeber grundsätzlich von seinen vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen auszugehen und bei Unklarheiten gegebenenfalls Aufklärungsgespräche und Erörterungen im Sinne des § 127 Abs. 1 BVergG 2006 durchzuführen. Beim Angebot der Teilnehmereberechtigten kann nur der Nachweis des *** als gelernter Baumpfleger als erbracht angesehen werden. Im fortgesetzten Verfahren wird zu prüfen sein, ob die Ausbildung des als zweiter Baumpfleger namhaft gemachten *** als gleichwertig den in den Ausschreibungsunterlagen unter den Mindestanforderungen angeführten Nachweisen angesehen werden kann. Wenn auch der Antragsgegnerin zugestanden werden kann, dass aufgrund des ihr unterlaufenen Ausschreibungsfehlers eine Prüfung auf Preisangemessenheit des Angebotes der Teilnehmereberechtigten nicht möglich war, hätte dieser Umstand nicht zur ergangenen Zuschlagsentscheidung führen dürfen, sondern allenfalls zum Widerruf der Ausschreibung. Da entgegen dem von ihr erkannten Fehler die Antragsgegnerin ausdrücklich in ihrem Aktenvermerk vom 17.7.2007 zum Ergebnis gelangte, dass hinsichtlich des Angebotes der Teilnehmereberechtigten „der Angebotspreis plausibel zusammengesetzt ist“, ohne dass dem ein entsprechend nachvollziehbarer Prüfvorgang vorangegangen wäre, erweist sich ihre Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2008 als derart mangelhaft, dass sie als nichtig aufgehoben werden musste. Ausgehend von diesen Überlegungen zeigt sich, dass das Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht mangelhaftig ist. Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von den Nachprüfungsbehörden nicht

geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07; VKS Wien vom 11.3.2008, VKS – 274/08, ua). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv anhand der vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen nachvollziehbar sein muss. Dabei hat der Auftraggeber grundsätzlich von seinen vorgegebenen Ausschreibungsbedingungen auszugehen und bei Unklarheiten gegebenenfalls Aufklärungsgespräche und Erörterungen im Sinne des Paragraph 127, Absatz eins, BVergG 2006 durchzuführen. Beim Angebot der Teilnehmereberechtigten kann nur der Nachweis des *** als gelernter Baumpfleger als erbracht angesehen werden. Im fortgesetzten Verfahren wird zu prüfen sein, ob die Ausbildung des als zweiter Baumpfleger namhaft gemachten *** als gleichwertig den in den Ausschreibungsunterlagen unter den Mindestanforderungen angeführten Nachweisen angesehen werden kann. Wenn auch der Antragsgegnerin zugestanden werden kann, dass aufgrund des ihr unterlaufenen Ausschreibungsfehlers eine Prüfung auf Preisangemessenheit des Angebotes der Teilnehmereberechtigten nicht möglich war, hätte dieser Umstand nicht zur ergangenen Zuschlagsentscheidung führen dürfen, sondern allenfalls zum Widerruf der Ausschreibung. Da entgegen dem von ihr erkannten Fehler die Antragsgegnerin ausdrücklich in ihrem Aktenvermerk vom 17.7.2007 zum Ergebnis gelangte, dass hinsichtlich des Angebotes der Teilnehmereberechtigten „der Angebotspreis plausibel zusammengesetzt ist“, ohne dass dem ein entsprechend nachvollziehbarer Prüfungsvorgang vorangegangen wäre, erweist sich ihre Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2008 als derart mangelhaft, dass sie als nichtig aufgehoben werden musste.

Die Teilnehmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 8.8.2008 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnehmereberechtigte, die mit Schriftsatz vom 8.8.2008 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 5.8.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 5.8.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Eine Kostenentscheidung konnte entfallen, da ein Kostenersatzbegehren nicht gestellt wurde.

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

Schlagworte

Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung; Verweigerung der Akteneinsicht; Rahmenvertrag - Rahmenvereinbarung; Billigst-Bieterprinzip; Angebotsprüfung mangelhaft; keine plausible Preisgestaltung; Prüfung von Ausbildungsnachweisen.

Zuletzt aktualisiert am

05.02.2009

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