

TE Verg Bescheid 2007/12/13 VKS-8159/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.12.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4 Z1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3 und Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §130 Abs1

BVergG 2006 §345 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 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Bauauftrages, Schlosserarbeiten – Instandsetzung der schmiedeeisernen Dachgeländer sowie Teilumbau und Instandsetzung von Dachaufbauten aller Art, Ausschreibungsnummer LV/34ID/AH-B01-2007-09220-NOV, durch die Antragsgegnerin, Stadt Wien – Magistratsabteilung 34, Muthgasse 62, 1194 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Entscheidungen der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden (Ausscheidungsentscheidung) sowie die Zuschlagsentscheidung je vom 27.11.2007 werden für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 20.11.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von EUR 3.750,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24. Abs 1 Z 5, 25 Abs. 1, 29 Abs 2, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 und Abs. 3, 19 Abs. 1, 123, 125, 128, 129, 130 Abs. 1, 345 Abs. 1 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, Absatz eins, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 29, Absatz 2, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 3, 19, Absatz eins, 123, 125, 128, 129, 130, Absatz eins, 345, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Magistratsabteilung 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen im Zuge der Sanierung des Amtshauses Rathaus 1, Lichtenfeldgasse 2. Das Vergabeverfahren wurden mit Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien vom 16.8.2007 ordnungsgemäß eingeleitet. Die Leistungen umfassen Schlosserarbeiten für die Instandsetzung der schmiedeeisernen Dachgeländer sowie den Teilumbau und die Instandsetzung von Dachaufbauten aller Art im Zuge der Instandsetzung der Flachdachbereiche im Rathaus. Dabei sollen hauptsächlich die Instandsetzung von Dachaufbauten (Lüftungsbauwerke, Dachausstiege usw.) einschließlich Teilabbruch und Umbaumaßnahmen, die Instandsetzung von Geländerkonstruktionen komplett einschließlich den zugehörigen Beschichtungsarbeiten sowie Regiearbeiten ausgeführt werden. Gleichzeitig sollen weitere Arbeiten im Flachdachbereich zur Ausführung gelangen, die jedoch nicht Gegenstand der Ausschreibung sind. Dazu gehören die Sanierung des Flachdachbereiches im Gesamtausmaß von zirka 6.500 m², der Rauchfangschlote und Kaminkopfbauwerke, der Natursteinkopfplatten und Keramikaufsätze. Die geschätzten Kosten der ausgeschriebenen Bauleistungen betragen EUR 370.000.-- inklusive USt. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.9.2007, 1100 Uhr, der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 5 Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin.

Im Zuge der im Anschluss an das Angebotsende erfolgten Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben von 7.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin der Grund für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, nämlich die Ausscheidung desselben gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2007 mitgeteilt. Mit Schreiben von 7.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Gleichzeitig wurde der Antragstellerin der Grund für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, nämlich die Ausscheidung desselben gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2007 mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 14.11.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu „falls der Vergabekontrollsenat in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auch eine Ausscheidungsentscheidung erkennen will“, die Nichtigerklärung dieser Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 14.11.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, in eventu „falls der Vergabekontrollsenat in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auch eine Ausscheidungsentscheidung erkennen will“, die Nichtigerklärung dieser Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen, weil im Angebot die Positionen 31.8001 AZ und 31.8001 BZ sehr wohl vollinhaltlich, einschließlich Gerüstung, angeboten worden seien. Entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin seien darin die in diesen Positionen beschriebenen Gerüstungen im Leistungsumfang enthalten. Die Annahme der Antragsgegnerin, dass dem nicht so sei, weshalb das Angebot der Antragstellerin den Ausscheidungsunterlagen widerspreche sei unzutreffend. Das Angebot der Antragstellerin wäre nicht auszuschneiden gewesen, da die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt habe, wäre ihr der Zuschlag zu erteilen.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde sie einen Schaden von rund EUR 51.000.-- erleiden (entgangener Gewinn, Kosten für die Erstellung des Angebotes), wozu noch der Verlust eines Referenzprojektes käme.

Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren seien beigebracht worden.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtspositionen beantragten einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 20.11.2007 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 20. November 2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen dem Verfahren als Partei beigetreten und hat die Abweisung der von der Antragstellerin gestellten Anträge beantragt. Mit dem Schreiben vom 25.10.2007 habe die Antragstellerin bekanntgegeben, dass im Angebotspreis die Gerüstungen nicht in der Kalkulation enthalten wären, sondern gesondert zu vergüten seien. Damit liege ein ausschreibungskonformes Angebot nicht vor, weil die Leistungen für die Gerüstungsarbeiten in die Leistungspositionen 31.8001 AZ bzw. 31.8001 BZ aufzunehmen gewesen wären. Gegenständlich habe die Antragstellerin, da sie den Aufwand für die Gerüstungen nicht in ihrer Kalkulation berücksichtigt habe, nach Angebotslegung ein weiteres Angebot für die erforderlichen Gerüstungsarbeiten in Höhe von 15.000.-- gelegt. Diese nachträgliche Änderung der Kalkulation „würde eine absolut unzulässige nachträgliche Preisänderung darstellen“. Die Antragsgegnerin habe daher das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden.

Mit Schriftsatz vom 21.11.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und ausgeführt, dieser Antrag wäre zurückzuweisen, da es die Antragstellerin unterlassen habe, die ihr mitgeteilte beabsichtigte Ausscheidung ihres Angebotes rechtzeitig anzufechten. Sie könne daher die Zuschlagsentscheidung nicht mehr anfechten, da sie für eine Zuschlagserteilung nicht mehr in Frage komme.

In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden, weil diese im Zuge der Angebotsprüfung erklärt habe, „die für die ausgeschriebenen Arbeiten erforderliche Hauptleistung – Gerüstung“ in den Einheitspreisen nicht eingerechnet zu haben. In den Positionen 31.8001 AZ „Instandsetzung Wandkonstruktion Dachaufbauten“ und 31.8001 BZ „Instandsetzung Dachaufbauten Türen bis 2 m²“ des Leistungsverzeichnisses seien jedoch die erforderlichen Arbeitsgerüstungen enthalten. Darin sei eindeutig definiert, dass für die schlossermäßigen Instandsetzungsarbeiten eine Arbeitsgerüstung herzustellen und damit auch in der Kalkulation zu berücksichtigen sei. In ihrem Aufklärungsschreiben vom 25.10.2007 habe die Antragstellerin jedoch unmissverständlich bekanntgegeben, im Vertrauen darauf, dass die Gerüstleistungen von einem anderen Unternehmer, also bauseits erbracht werden, diese Gerüstleistungen kalkulatorisch nicht berücksichtigt zu haben. Somit liege ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor. Nach Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten des an zweiter Stelle liegenden Angebotes der Teilnahmeberechtigten zu treffen gewesen. Die Prüfung dieses Angebotes sei entsprechend den Vorgaben der §§ 123 ff BVerg 2006 erfolgt. In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden, weil diese im Zuge der Angebotsprüfung erklärt habe, „die für die ausgeschriebenen Arbeiten erforderliche Hauptleistung – Gerüstung“ in den Einheitspreisen nicht eingerechnet zu haben. In den Positionen 31.8001 AZ „Instandsetzung Wandkonstruktion Dachaufbauten“ und 31.8001 BZ „Instandsetzung Dachaufbauten Türen bis 2 m²“ des Leistungsverzeichnisses seien jedoch die erforderlichen Arbeitsgerüstungen enthalten. Darin sei eindeutig definiert, dass für die schlossermäßigen Instandsetzungsarbeiten eine Arbeitsgerüstung herzustellen und damit auch in der Kalkulation zu berücksichtigen sei. In ihrem Aufklärungsschreiben vom 25.10.2007 habe die Antragstellerin jedoch unmissverständlich bekanntgegeben, im Vertrauen darauf, dass die Gerüstleistungen von einem anderen Unternehmer, also bauseits erbracht werden, diese Gerüstleistungen kalkulatorisch nicht berücksichtigt zu haben. Somit liege ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor. Nach Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten des an zweiter Stelle liegenden Angebotes der Teilnahmeberechtigten zu treffen gewesen. Die Prüfung dieses Angebotes sei entsprechend den Vorgaben der Paragraphen 123, ff BVerg 2006 erfolgt.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.11.2007 eine umfangreiche Stellungnahme erstattet und zunächst darauf hingewiesen, dass im Zuge der beabsichtigten Sanierung des gesamten Rathausdaches von der Antragsgegnerin auch Gerüstbauarbeiten in einem eigenen Vergabeverfahren am 9.8.2007 ausgeschrieben worden seien. Die Errichtung und Vorhaltung einer Gerüstung entlang der Aussenkante des Flachdaches sei nicht Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung „Schlosserarbeiten“ gewesen. Dies ergebe sich nicht nur aus den Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis der Schlosserarbeiten, sondern auch aus der Bezugnahme der Antragsgegnerin

auf die standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau, in der für Schlosserarbeiten eine eigene Leistungsgruppe (LG 31) vorgesehen sei, die die Errichtung und Vorhaltung von Gerüsten nicht vorsehe. Auch aus den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen wie Terminplan, Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan, sowie Baustellenordnung ergebe sich, dass zur Durchführungen der ausgeschriebenen Leistungen lediglich Kleingerüste (z.B. Bockgerüste oder Behelfsgerüste) vom Auftragnehmer beizustellen und zu kalkulieren sind. Tatsächlich habe die Antragstellerin ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben, in dem bei den beiden genannten Positionen der Einsatz von Kleingerüsten mitkalkuliert wurde. Im Zuge der Angebotsprüfung habe in einem Gespräch am 9.10.2007 ein Vertreter der Antragsgegnerin dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin erklärt, dass von Seiten der Auftraggeberin keine Fassaden-Gerüstung auf der Außenseite des Geländers beim Steildach beigestellt werde. Dies sei für die Antragstellerin überraschend gewesen, weil aufgrund der Einleitung eines eigenen Vergabeverfahrens für die Gerüstarbeiten und aufgrund der Ausschreibungsunterlagen davon auszugehen gewesen sei, dass eine derartige „Fassadengerüstung“ nicht vom Auftragnehmer der Schlosserarbeiten zu errichten und vorzuhalten sein wird, sondern bauseits beigestellt wird. Dazu habe der Geschäftsführer der Antragstellerin erklärt, dass die Leistungserbringung grundsätzlich auch ohne „Fassadengerüstung“ und die Schlosserarbeiten bei der Instandsetzung des Geländers ausschließlich von der Geländerinnenseite keine Erschwernis darstellen würde. Möglicherweise könnte sich jedoch in Ansehung der Beschichtungsarbeiten in der Unterleistungsgruppe 31.85 (Anstreichen des Geländers) ein Aufwand ergeben, wozu von der Antragstellerin jedoch zugesagt wurde, diesen Umstand zu prüfen.

Daraufhin habe die Antragsgegnerin mit E-Mail von 15.10.2007 um Bestätigung einzelner in diesem Zusammenhang gestellter Fragen ersucht. Insbesondere sei die Antragstellerin aufgefordert worden die Erklärung abzugeben, dass die Erneuerung der Beschichtung der Geländerkonstruktion ohne bauseitige zusätzliche Maßnahmen (Schutz – bzw. Arbeitsgerüstung) möglich sei, bzw. die diesbezüglichen Aufwendungen ebenfalls in die entsprechenden Einheitspreise des Leistungszeichnisses (Pos 318515 A-E) einkalkuliert wurden. Ein weiteres Aufklärungsgespräch habe am 24.10.2007 stattgefunden, das ebenfalls die Beschichtungsarbeiten betroffen habe. Schließlich habe die Antragstellerin am 25.10.2007 ein Schreiben an die Antragsgegnerin gerichtet, das die Durchführung der Beschichtungsarbeiten der Geländer (Unterleistungsgruppe 31.85) betroffen habe. In diesem Schreiben habe sie ihren Standpunkt zusammengefasst und abschließend angefragt, ob die mit den Beschichtungsarbeiten verbundenen „zusätzlichen Arbeiterschwernisse insofern abgegolten werden können, in dem ein Pauschalbetrag von EUR 15.000.-- exklusive Mehrwertsteuer zusätzlich anerkannt werden kann, da die Arbeiten in diesem Fall nur mehr von der Geländerinnenseite ausgeführt werden können“. Daraufhin sei die Zuschlagsentscheidung am 7.11.2007 ergangen.

Im Detail führt die Antragstellerin aus, dass sie kein unvollständiges Angebot gelegt habe, insbesondere bei den Positionen 31.801 AZ und 31.8001 BZ die zur Durchführung der Arbeiten erforderlichen Kleingerüste sehr wohl kalkuliert habe. Die Fassadengerüstung sei nicht Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung der Schlosserarbeiten, das Schreiben vom 25.10.2007 habe sich ausschließlich auf die Unterleistungsgruppe 31.85 (Beschichtung auf Metall) bezogen.

Mit Schriftsatz vom 10.10.2007 hat die Teilnehmerebene ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt und zu den Geländerarbeiten ausgeführt, dass zur Durchführung der Beschichtungsarbeiten keine Arbeitsgerüste erforderlich sein werden, weil diese Arbeiten vom Dach aus vorgenommen werden können. Aufgrund der Erklärungen der Antragstellerin sei jedenfalls erwiesen, dass die erforderlichen Absicherungsmaßnahmen und Gerüstungen bei den Positionen 31.8001 AZ und 31.8001 BZ der Endkalkulation nicht enthalten sind und erst nachträglich verspätet dafür ein zusätzlicher Preis von EUR 15.000.-- angeboten wurde.

Diesen Ausführungen ist die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2007 entgegen getreten und hat zunächst ausgeführt, es treffe zu, dass im Zuge der Dachsanierungsmaßnahmen neben den gegenständlichen Schlosserarbeiten auch die Durchführung anderer Professionistenleistungen vorgesehen sei. Die Situation des Rathausdaches mache es im Sinne des Arbeitnehmerschutz- sowie der Bauarbeitschutzverordnung erforderlich, eine Dachschutzblende auszuführen. Diese Leistungen seien in einem offenen Verfahren unter dem Titel der „Gerüstbauarbeiten“ am 9.8.2007 ordnungsgemäß ausgeschrieben worden. Im Zuge der Angebotseröffnung am 3.9.2007 habe sich in diesem Verfahren ergeben, dass nur ein Angebot eingereicht wurde, weshalb dieses Vergabeverfahren widerrufen worden sei. Durch den Widerruf der Gerüstarbeiten sei eine Anpassung des Bauzeitplanes notwendig geworden. Im Zuge der Aufklärungsgespräche vor Ort am

1. 9.Ziffer 9

und 24.10.2007 sei klar geworden, dass die Geländer, welche schlossermäßig instandzusetzen und zu beschichten seien, nicht demontiert werden und die Geländer selbst die Absturzsicherung darstellen. Im Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan sei festgelegt, dass für die Ausführung der rund um das Flachdach als Anschluss zum Steildach befindlichen Geländerkonstruktionen, kein Arbeitsgerüst für die Schlosserarbeiten bauseits beigestellt werde. Da die Geländer nicht demontiert werden und selbst die Absturzsicherung darstellen, sei bauseits auch keine Gerüstung erforderlich. Dennoch sei die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 25.10.2007 davon ausgegangen, dass für die Geländerinstandsetzung und Beschichtungsarbeiten ein Arbeitsgerüst (bauseits) beigestellt wird. Nach den Ausschreibungsbestimmungen sei jedoch klar, dass dann „wenn für den eigenen Arbeitsbereich Gerüste erforderlich sind, diese von den Bietern selbst zu erbringen sind. Da die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.10.2007 bekanntgegeben habe, dass aufgrund der Tatsache" dass die Beschichtung der Geländerkonstruktion nur von der Innenseite erfolgen kann, ein zusätzlicher Pauschalbetrag für die Arbeiterschwernis von EUR 15.000.-- zu verrechnen wäre, „liege ein nicht ausschreibungskonformes Angebot vor, das daher zwingend auszuschneiden gewesen sei." Das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens sei ordnungsgemäß geprüft und für in Ordnung befunden worden, weshalb diesem Unternehmen der Zuschlag zu erteilen wäre.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenem 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 Gegenäußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin im Zuge der Sanierung des Daches des Wiener Rathauses gegenständlich Schlosserarbeiten zur Instandsetzung der schmiedeeisernen Dachgeländer sowie Teilumbau und Instandsetzung von Dachaufbauten aller Art im Amtsblatt der Stadt Wien vom 16.8.2007 ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.9.2007 11:00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmer durch Legung von Angeboten, darunter die Antragstellerin am Verfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde deren Angebot als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

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

Einleitend wird im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (Seite 2 oben) festgehalten, dass das Leistungsverzeichnis mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB-HB), Version 17, 2005-04, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, erstellt wurde.

Unter der PosNr 00.1600A Z „Leistungsumfang-Kurzbeschreibung" wird ausgeführt:

„Weiters gelten: Gegenstand dieser Ausschreibung sind die Schlosserarbeiten im Zuge der Instandsetzung der Flachdachbereiche im Rathaus.

Die Arbeiten umfassen hauptsächlich die Instandsetzung von Dachaufbauten (Lüftungsbauwerke, Dachausstiege, usw.) einschließlich Teilabbruch und Umbaumaßnahmen, die Instandsetzung von Geländerkonstruktionen, komplett einschließlich den zugehörigen Beschichtungsarbeiten, sowie Regiearbeiten.

Es ist vorgesehen, im oben genannten Amtshaus die Flachdachbereiche mit einem Gesamtausmaß von ca. 6.500 m2 zu sanieren. Es ist geplant die Rauchfangschlote und das Kaminkopfmauerwerk zu sanieren, die Natursteinkopfplatten steinmetzmäßig instand zu setzen, fehlende Keramikaufsätze bzw. Teile davon neu anzufertigen und zu ergänzen, die schmiedeeisernen Geländekonstruktionen instand zu setzen und die Deckbeschichtung zu erneuern sowie die gesamte Dachhaut (Blecheindeckung) zu erneuern."

Pos Nr. 01.00100 betrifft die Festlegung von Abgrenzungen/Zuordnungen. Diese lauten auszugsweise wie folgt:

„In dieser Leistungsgruppe sind die Baustellengemeinkosten, die nicht gemäß den Fachnormen als Nebenleistungen mit den mengenabhängigen Positionen abgegolten werden, zusammengefasst.

Insbesondere zählen hiezu die Baustelleneinrichtung, die Gerätekosten, Kosten von Sonderfachleuten und Kosten zur Gewährleistung von Sicherheit und Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern auf der Baustelle soweit solche

Maßnahmen nicht in anderen Positionen einkalkuliert sind".

Unter Pos. Nr. 01.19 werden die Schutzmaßnahmen gegen Absturz festgelegt. Darunter ist auch enthalten die Festlegungen zur Anbringung von Anschlagankern zur Absicherung von Arbeitnehmern einschließlich des Nachweises der Tragfähigkeit gemäß ÖNORM EN 795.

Die unter Pos. Nr. 31.80 zusammengefassten Positionen betreffend die Instandsetzungsarbeiten.

Pos. Nr. 31.8001AZ betrifft die Instandsetzung der Wandkonstruktion/Dachaufbauten und lautet wie folgt:

„Wandkonstruktion der Dachaufbauten, Unterkonstruktion einschließlich der Stahlblechverkleidung, ohne Unterschied der Einzelgröße, fachgerechte Instandsetzung.

Abgerechnet hohl für voll.

Allenfalls erforderliche Arbeitsgerüstungen sind in den Einheitspreis einzurechnen und werden nicht gesondert abgegolten."

Pos. Nr. 31.8001BZ betrifft die Instandsetzung der Wandkonstruktion/Dachaufbauten Türen bis 2 m² und hält fest:

„Stahltürblatt, Drehtüre, im Bereich der Dachaufbauten, Stocklichte bis 2 m², gang und sperrbar richten, sowie fachgerecht instandsetzen. Allenfalls erforderliche Arbeitsgerüstungen sind in den Einheitspreis einzurechnen und werden nicht gesondert abgegolten".

Die Pos. Nr. 31.8011 betrifft die Instandsetzung der Geländer und verlangt u.a. „die gesamte Geländerkonstruktion (Metallteile) händisch oder mechanisch, nach Wahl des Auftragnehmers, entrostet, lose und schadhafte Beschichtungen abscheren oder abschleifen, verbleibende Beschichtungen chemisch oder mechanisch aufräumen, blanke Metallflächen mit einer Rostschutzgrundbeschichtung (Korrosionsschutz, Haftung) versehen (ausfleckeln) und die gesamte Geländerkonstruktion als besonderen Korrosionsschutz vollflächig mit einer Rostschutzgrundbeschichtung versehen".

Unter der Position 31.85 „Beschichtung auf Metall" sind Festlegungen enthalten, die u. a. die Qualität und das Material für die Beschichtung der Stahlgeländer und der Dachaufbauten festlegen.

Außer in den Positionen 31.8001 AZ und 31.8001 BZ sind im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis keine Festlegungen zu Gerüstungen enthalten, insbesondere keine Festlegung, dass im Bereich der Außenkante des Flachdaches Gerüstungen (etwa „Fassadengerüste") zu errichten wären.

In den Vergabeakten ist das von der Antragstellerin in allen ausgeschriebenen Positionen ausgepreiste Leistungsverzeichnis enthalten. Nach rechnerischer Prüfung des Angebotes fand eine Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und Vertretern der Antragsgegnerin betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren statt, wobei aus den Vergabeakten weder ersichtlich ist, auf wessen Initiative dieses Gespräch stattfand, noch was Inhalt dieser Besprechung gewesen ist. In weiterer Folge ist in den Vergabeakten folgendes, an die Antragstellerin gerichtetes, mit 15. Oktober 2007 datiertes Ersuchen ersichtlich:

„Sehr geehrter Damen und Herren!

Es war mir leider nicht möglich Ihren Geschäftsführer Hr. *** heute persönlich telefonisch zu erreichen. Wir hatten vereinbart heute letzte Vertragsunsicherheiten auszuräumen.

Bezugnehmend auf unser Aufklärungsgespräch von Dienstag den 09.10.2007 wird um nachfolgende schriftliche Klarstellung ersucht:

Die schlossermäßige Instandsetzung der bestehenden Geländerkonstruktion ist ohne bauseitige zusätzliche Maßnahmen (Schutz- bzw. Arbeitsgerüstung) möglich, bzw. die diesbezüglichen Aufwendungen wurden in die entsprechenden Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses (Pos 31.8010A, 31.8011A-C, 318015A, 318016A-L) einkalkuliert.

Die Erneuerung der Beschichtung der Geländekonstruktionen ist ebenfalls ohne bauseitige zusätzliche Maßnahmen (Schutz- bzw. Arbeitsgerüstung) möglich, bzw. die diesbezüglichen Aufwendungen wurden ebenfalls in die entsprechenden Einheitspreise der Leistungsverzeichnisses (Pos 318515A-E) einkalkuliert.

Sie werden ersucht die dringend benötigte schriftliche Bestätigung so rasch als möglich mittels Fax (01 4000-99 34700) oder E-Mail (***@wien.gv.at) zu übermitteln.

Falls sie aufgrund der vorliegenden Unterlagen (Leistungsverzeichnis LV\34 ID\AH-B01-2007-09220-Nov) zu einer anderen Sichtweise gelangt sind werden sie ersucht, diese ebenfalls schriftlich darzulegen. Sollten Sie zu der Erkenntnis gelangt sein, dass sie zusätzliche Einrichtungen benötigen werden sie ersucht diese gleich kostenmäßig zu bewerten und in Form eines Nachtragsangebotes anzubieten."

Ein Schreiben gleichen Inhaltes wurde auch an die Teilnahmeberechtigte gerichtet.

Dieses Schreiben hat die Antragstellerin mit dem nachfolgend wiedergegebenem Schreiben vom 25.10.2007 beantwortet:

„AH – Rathaus 1, Lichtenfelsgasse 2 Schlosserarbeiten, Leistungsgruppe 31.85

Sehr geehrter Herr Ing. ***,

Vielen Dank für das gestrige Gespräch, wunschgemäß fassen wir dieses wie folgt zusammen:

Im Leistungsverzeichnis ist unter der Leistungsgruppe 31.85 – Beschichtung auf Metall – das Lackieren der Stahlgeländer am Dach des Rathauses gemäß der dem Leistungsverzeichnis beiliegenden Fotos ausgeschrieben.

Im Ausschreibungstext ist bei jeder Leistungsposition zusätzlich angegeben:

Die Erschwernisse infolge der exponierten Lage und der Geländergliederung, komplett einschließlich der Aufwendungen für die Beschichtung aller schrägen zugehörigen Geländerabstützungen ist in den Einheitspreis einzurechnen und wird nicht gesondert abgegolten.

Bei der Kalkulation dieser Leistungsverzeichnispositionen haben wir diesem Umstand Rechnung getragen, in dem in der Kalkulation dies wie folgt berücksichtigt wurde:

- -Strichaufzählung
exponierte Lage am Dach des Rathauses – dadurch bedingt alle Erschwernisse um mit den Materialien und den Arbeitskräften über Lift und schmale Wendeltreppe zum Arbeitsort auf das Dach des Rathauses zu gelangen.
- -Strichaufzählung
Geländergliederung – Arbeiterschwernis bedingt durch die reiche Geländerverzierung
- -Strichaufzählung
Zusätzliche Beschichtung aller schrägen zugehörigen Geländerabstützungen welche mit dem Einheitspreis abgegolten sind.

Auf Seite 2 des Leistungsverzeichnisses wurde angegeben, dass dieses Leistungsverzeichnis mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB – HB), Version 17, 2005 – 04, herausgegeben vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, erstellt wurde.

Da in diesem Leistungsverzeichnis lediglich die Hauptleistungen Schlosserarbeiten – Leistungsgruppe 31 enthalten sind und sich im gesamten Leistungsverzeichnis kein Hinweis darauf befindet, dass die für die Ausgeschriebenen Arbeiten erforderliche Hauptleistung – Gerüstung in die Einheitspreise einzurechnen ist, durften wir darauf vertrauen, dass die Gerüstung in einem anderen Leistungsverzeichnis mit der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB – HB) zur Ausschreibung gelangt ist.

Bei dem im Leistungsverzeichnis wie bereits oben ausgeführt angegebenen Zusatztext wurde darauf detailliert hingewiesen, dass Arbeiterschwernisse in die jeweiligen Leistungspositionen einzukalkulieren sind. In diesem Zusatztext findet sich jedoch kein Hinweis, dass die in der standardisierten Leistungsbeschreibung Hochbau (LB – HB) enthaltene Hauptleistung – Gerüstung – einzukalkulieren ist.

Laut Ihren Angaben soll keine Gerüstung zur Ausführung gelangen. Aus diesem Grund fragen wir an, ob diese zusätzlichen Arbeiterschwernisse insofern abgegolten werden können, indem ein Pauschalbetrag von EUR 15.000 exkl. MwSt. (das entspricht im Durchschnitt pro lfm Geländer ca. EUR 10.-) zusätzlich anerkannt werden kann, da die Arbeiten in diesem Fall nur mehr von der Geländerinnenseite ausgeführt werden können.

Wir hoffen Ihnen damit gedient zu haben und stehen Ihnen für allfällige Rückfragen und Gespräche gerne zur Verfügung."

Aus dem Vergabeakt sind keine weiteren Aufklärungen bzw. Prüfungen ersichtlich. In einem Aktenvermerk über die vertiefte Angebotsprüfung, datiert mit 25.10.2007, wird der Inhalt der Schreiben vom 15.10.2007 sowie des Schreibens der Antragstellerin vom 25.10.2007 ohne weitere inhaltliche Feststellungen zusammengefasst. Darin wird u.a. festgehalten:

„Anlässlich eines zweiten Aufklärungsgespräches am 24.10.2007 teilte die Firma *** (Herr ***) mit, dass die Beschichtungsarbeiten prinzipiell von der Geländerinnenseite ausgeführt werden können, allerdings dafür ein Erschwerniszuschlag von EUR 10,-- je lfm. Geländer in Rechnung gestellt werden müsste, um die dadurch entstehenden Erschwernissen abzugelten (siehe Schreiben vom 25.10.2007).

Die Firma *** legt in ihrem Schreiben vom 25.10.2007 ausführlich dar, dass bei der Kalkulation der Erneuerungsbeschichtung, die Aufwendungen für die Arbeitsgerüstung bzw. für die Erschwernisse, wenn nur von der Geländerinnenseite aus die Beschichtungsarbeiten erfolgen sollen, nicht kalkuliert wurden.

Nach Ansicht der MA 34 – ID erfüllt das gegenständliche Angebot der Firma *** nicht die Mindestanforderungen. Die Kalkulation der Beschichtungsarbeiten ist unvollständig und im Bezug auf die Mitbewerber ist festzustellen, dass eine Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung nicht gegeben ist und das Angebot der Firma *** somit gemäß § 129 Abs. 1 Z 7, auszuschneiden ist."Nach Ansicht der MA 34 – ID erfüllt das gegenständliche Angebot der Firma *** nicht die Mindestanforderungen. Die Kalkulation der Beschichtungsarbeiten ist unvollständig und im Bezug auf die Mitbewerber ist festzustellen, dass eine Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung nicht gegeben ist und das Angebot der Firma *** somit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7,, auszuschneiden ist."

Im Motivenbericht, der im Vergabeakt erliegt, wird mit Datum 7.11.2007 festgestellt, dass die Antragstellerin auf Grund der schriftlichen Aufklärung vom 25.10.2007 ausgeschieden werden muss. Dieser Vermerk lautet wie folgt:

Im Zuge der Aufklärung gemäß § 126 BVergG 06 vom 25.10.2007 wurde festgestellt, dass der Bieter schriftlich bekannt gegeben hat, keine Gerüstung für die Geländerarbeiten, Instandsetzung und Beschichtung kalkuliert zu haben.Im Zuge der Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 06 vom 25.10.2007 wurde festgestellt, dass der Bieter schriftlich bekannt gegeben hat, keine Gerüstung für die Geländerarbeiten, Instandsetzung und Beschichtung kalkuliert zu haben.

Der Bieter hat seiner Kalkulation die besonderen erschwerenden Umstände der Leistungserbringung (exponierte Lage und Zugänglichkeit) zugrunde gelegt.

„Im Zuge der Aufklärung wird bekannt gegeben, dass keine Gerüstung kalkuliert wurde.

Die Mehrkosten für diese, „zusätzliche Arbeiterschwernis" werden mit 15.000,-- netto bekannt gegeben.

Im Vertrag ist unter Position 31 8001 AZ Insd Wandkonstruktion Dachaufbauten und Position 31 8001 BZ Insd Wandkonstruktion Dachaufbau Türen b 2 m2 eine erforderliche Arbeitsgerüstung zu berücksichtigen ist. Somit ist gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 nachgewiesen, dass ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebote vorliegt."Im Vertrag ist unter Position 31 8001 AZ Insd Wandkonstruktion Dachaufbauten und Position 31 8001 BZ Insd Wandkonstruktion Dachaufbau Türen b 2 m2 eine erforderliche Arbeitsgerüstung zu berücksichtigen ist. Somit ist gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, nachgewiesen, dass ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebote vorliegt."

Darauf ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 zugunsten der Teilnahmeberechtigten ergangen, in der der Antragstellerin auch mitgeteilt wurde, „dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 ausgeschieden werden" musste. Als Begründung wurde dazu von der Antragsgegnerin ausgeführt:Darauf ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 zugunsten der Teilnahmeberechtigten ergangen, in der der Antragstellerin auch mitgeteilt wurde, „dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, ausgeschieden werden" musste. Als Begründung wurde dazu von der Antragsgegnerin ausgeführt:

„Im Zuge der Aufklärung gemäß § 126 BVergG 2006 wurde am 25.10.2007 schriftlich bekannt gegeben, dass die erforderliche Gerüstung für die Instandsetzungsarbeiten nicht in der Kalkulation berücksichtigt worden ist und angenommen wurde, dass diese Leistung bauseits hergestellt wird.„Im Zuge der Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 wurde am 25.10.2007 schriftlich bekannt gegeben, dass die erforderliche Gerüstung für die Instandsetzungsarbeiten nicht in der Kalkulation berücksichtigt worden ist und angenommen wurde, dass diese Leistung bauseits hergestellt wird.

Im Schreiben vom 25.10.2007 wurden EUR 15.000,-- für die erforderlichen Gerüstungsarbeiten angeboten.

Die Leistungen für die Gerüstungsarbeiten sind Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen und in den Leistungspositionen 31.8001 AZ sowie 31.8001 BZ beinhaltet.

Es liegt somit ein Angebot vor, dass den Ausschreibungsunterlagen widerspricht."

Die im Schreiben vom 15.10.2007 angeführten Positionen, werden in der Ausscheidungsentscheidung nicht erwähnt.

Im Zusammenhang mit der Sanierung des Daches des Wiener Rathauses hat die Antragsgegnerin am 9.8.2007 im Amtsblatt der Stadt Wien ein offenes Verfahren zur Ausführung von Gerüstbauarbeiten, nämlich die Errichtung einer Dachschutzblende, ausgeschrieben. Da bei der Angebotseröffnung am 3.9.2007 nur ein Angebot eingereicht worden war, hat die Antragsgegnerin in der Folge dieses Vergabeverfahrens widerrufen. Die Dachschutzblende hätte im Zuge der Sanierung auch von allen Professionisten benützt werden können.

Die Zuschlags- und Ausscheidungsentscheidung vom 7.11.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tag zugegangen. Ihr Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 14.11.2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich sind entrichtet worden.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2007. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass in den Vergabeakten die Vorgänge zur Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nur mangelhaft bzw. überhaupt nicht dokumentiert wurden. Insbesondere ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich, zu welchem Thema die Aufklärungsgespräche mit der Antragstellerin geführt wurden bzw. welches Ergebnis sie gebracht haben. Aus den Vergabeakten ist auch eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin in den Leistungspositionen 31.8001 AZ sowie 31.8001 BZ die dort geforderte Arbeitsgerüstung einkalkuliert hat, bzw. ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin die Frage der Kalkulation dieser Gerüstungen etwa durch Vorlage von K-Blättern geprüft hätte. Weiters ergibt sich, dass offenbar bei den Gesprächen mit der Antragstellerin, vor allem beim Gespräch vom 24.10.2007 das Problem der Beschichtung der Dachgeländer besprochen wurde. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Schreiben der Antragstellerin vom 25.10.2007, worin ausdrücklich auf die Leistungsgruppe 31.85-Beschichtung auf Metall – Bezug genommen wird. Aus diesem Schreiben kann keineswegs abgeleitet werden, dass die Antragstellerin damit verbindlich erklärt hätte, die Gerüstung in den Leistungspositionen 31.8001 AZ und 31.8001 BZ, deren Fehlen zur Begründung für die Ausscheidung des Angebotes angeführt wurde, nicht kalkuliert zu haben. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich auch eindeutig, dass die Errichtung eines Gerüsts in der Art einer Dachschutzblende nicht Gegenstand der gegenständlichen Ausschreibung gewesen ist. Ein derartiges Gerüst wird in keinem Punkt der Ausschreibungsunterlagen verlangt.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages zur Durchführung von Schlosserarbeiten. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung und nach rechnerischer Prüfung hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Die Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 sowie die Mitteilung, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden war, ist dieser am gleichen Tage zugekommen. Der am 14.11.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages zur Durchführung von Schlosserarbeiten. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung und nach rechnerischer Prüfung hat die Antragstellerin das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Die Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 sowie die Mitteilung, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden war, ist dieser am gleichen Tage zugekommen. Der am 14.11.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der

Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2007 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung 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 Entscheidungen der Antragsgegnerin als auch den ihr dadurch drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidungen entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 und konnte zulässiger Weise (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) gemeinsam gestellt werden. Dies wurde bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2007 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung 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 Entscheidungen der Antragsgegnerin als auch den ihr dadurch drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidungen entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 und konnte zulässiger Weise (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) gemeinsam gestellt werden. Dies wurde bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt.

Die Anträge sind im Ergebnis auch berechtigt.

Soweit die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht hat, der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, da sie nur die Zuschlagsentscheidung, nicht aber die gleichzeitig mitgeteilte Ausscheidungsentscheidung bekämpft, kann ihrer Argumentation, wie bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen wurde, nicht gefolgt werden. Die Antragsgegnerin hat gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Wenn diese Entscheidung auch nicht ausdrücklich als „Ausscheidungsentscheidung“ bezeichnet wurde, stellt sie inhaltlich ohne Zweifel eine derartige gesondert anfechtbare Entscheidung dar, die auch im einleitenden Schriftsatz bekämpft und deren Nichtigkeit verlangt wird („falls der Vergabekontrollsenat in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 auch eine Ausscheidungsentscheidung erkennen will, auch die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären“). Nach § 20 Abs. 2 WVRG 2007 hat daher die Antragstellerin sowohl die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung begehrt. Ihre Antragslegitimation ist also uneingeschränkt gegeben. Soweit die Antragsgegnerin zunächst vorgebracht hat, der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, da sie nur die Zuschlagsentscheidung, nicht aber die gleichzeitig mitgeteilte Ausscheidungsentscheidung bekämpft, kann ihrer Argumentation, wie bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen wurde, nicht gefolgt werden. Die Antragsgegnerin hat gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Wenn diese Entscheidung auch nicht ausdrücklich als „Ausscheidungsentscheidung“ bezeichnet wurde, stellt sie inhaltlich ohne Zweifel eine derartige gesondert anfechtbare Entscheidung dar, die auch im einleitenden Schriftsatz bekämpft und deren Nichtigkeit verlangt wird („falls der Vergabekontrollsenat in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2007 auch eine Ausscheidungsentscheidung erkennen will, auch die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären“). Nach Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 hat daher die Antragstellerin sowohl die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidung ihres Angebotes als auch der Zuschlagsentscheidung begehrt. Ihre Antragslegitimation ist also uneingeschränkt gegeben.

Es war daher zunächst zu prüfen, ob die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist oder nicht.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2007 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ergebnisse seiner Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2007 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund der Ergebnisse seiner Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. „7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind". Auf diesen Ausscheidungstatbestand hat sich die Antragsgegnerin in ihrer angefochtenen Entscheidung bezogen und geltend gemacht, die Antragstellerin hätte in zwei Leistungspositionen die dort verlangte erforderliche Gerüstung nicht angeboten. Dabei bezieht sich die Antragsgegnerin auf die im Zuge der Angebotsprüfung von der Antragstellerin abgegebene Erklärung mit Schreiben vom 25.10.2007, wonach die Hauptleistung-Gerüstung nicht Inhalt der Ausschreibung gewesen sei und daher auch nicht angeboten wurde.

Hiezu ist zunächst auszuführen, dass die in den Vergabeakten dokumentierte Vorgangsweise der Antragsgegnerin, wonach sie ohne erkennbare inhaltliche Prüfung der Preise die Antragstellerin aufgefordert hat zu bestätigen, dass eine nicht näher beschriebene Gerüstung mit den angebotenen Preisen abgegolten ist und gleichzeitig aufgefordert hat, im Fall, dass dies nicht der Fall wäre, ein entsprechendes Angebot als „Nachtragsangebot" bereits vor Auftragserteilung zu legen, grundsätzlich nicht den Bestimmungen des Vergaberechtes entspricht. § 126 Abs. 2 BVergG 2006 stellt unter Hinweis auf die §§ 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 BVergG 2006 klar, wie Aufklärungsgespräche und Erörterungen durchzuführen sind. Dazu ist es jedenfalls erforderlich zumindest den Inhalt dieser Gespräche entsprechend zu dokumentieren, weil nur so die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleistet ist und die Entscheidungen der Antragsgegnerin auf ihre Nachvollziehbarkeit geprüft werden können. Jedenfalls unzulässig ist in einem offenen Verfahren eine Verhandlung mit einem Bieter über eine Angebotsänderung. Eine solche wurde jedoch von der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 15.10.2007 initiiert. Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls ergeben, dass Aufklärungsgespräche im Sinne des § 127 BVergG 2006 allenfalls geführt wurden, jedenfalls aber nicht deren Gründe und Ergebnisse in einer Niederschrift festgehalten wurden. Hiezu ist zunächst auszuführen, dass die in den Vergabeakten dokumentierte Vorgangsweise der Antragsgegnerin, wonach sie ohne erkennbare inhaltliche Prüfung der Preise die Antragstellerin aufgefordert hat zu bestätigen, dass eine nicht näher beschriebene Gerüstung mit den angebotenen Preisen abgegolten ist und gleichzeitig aufgefordert hat, im Fall, dass dies nicht der Fall wäre, ein entsprechendes Angebot als „Nachtragsangebot" bereits vor Auftragserteilung zu legen, grundsätzlich nicht den Bestimmungen des Vergaberechtes entspricht. Paragraph 126, Absatz 2, BVergG 2006 stellt unter Hinweis auf die Paragraphen 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 BVergG 2006 klar, wie Aufklärungsgespräche und Erörterungen durchzuführen sind. Dazu ist es jedenfalls erforderlich zumindest den Inhalt dieser Gespräche entsprechend zu dokumentieren, weil nur so die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleistet ist und die Entscheidungen der Antragsgegnerin auf ihre Nachvollziehbarkeit geprüft werden können. Jedenfalls unzulässig ist in einem offenen Verfahren eine Verhandlung mit einem Bieter über eine Angebotsänderung. Eine solche wurde jedoch von der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 15.10.2007 initiiert. Das Nachprüfungsverfahren hat jedenfalls ergeben, dass Aufklärungsgespräche im Sinne des Paragraph 127, BVergG 2006 allenfalls geführt wurden, jedenfalls aber nicht deren Gründe und Ergebnisse in einer Niederschrift festgehalten wurden.

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass sich in den Vergabeakten betreffend die Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten ein offensichtlich im Zuge der Angebotsprüfung nachgereichtes K7-Blatt der wesentlichen Beschichtungspositionen enthält, aus dem jedenfalls nicht geschlossen werden kann, dass die Teilnahmeberechtigte ihrerseits Gerüstungs- oder Absturzsicherungsleistungen irgend einer Art einkalkuliert hätte. Aus dem Vergabeakt ergibt sich weiters, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2007 einen Subunternehmer für die Anstreicherarbeiten genannt hat. Aufgrund der Angebotsunterlagen ist jedoch festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Angebotslegung bzw. Angebotsöffnung für die Anstreicherarbeiten kein Subunternehmerantrag gestellt wurde und

auch keine Erklärung eines Subunternehmers zur Durchführung der Anstreicherarbeiten dem Angebot beigelegt wurde. Aus dem Vergabeakt ergibt sich weiters, dass die Antragstellerin keine Gewerbeberechtigung für Anstreicherarbeiten besitzen dürfte. Im fortzusetzenden Vergabeverfahren wird die Antragsgegnerin sich mit diesem Problem auseinander zu setzen und vor allem zu prüfen haben, ob die Befugnis der Antragstellerin sie auch berechtigt, Entrostungs- und Grundierungsarbeiten durchzuführen, sowie gemäß § 32 Z 9 GewO auch Deckanstriche auszuführen (Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2007). In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass sich in den Vergabeakten betreffend die Prüfung des Angebotes der Teilnahmberechtigten ein offensichtlich im Zuge der Angebotsprüfung nachgereichtes K7-Blatt der wesentlichen Beschichtungspositionen enthält, aus dem jedenfalls nicht geschlossen werden kann, dass die Teilnahmberechtigte ihrerseits Gerüstungs- oder Absturzsicherungsleistungen irgend einer Art einkalkuliert hätte. Aus dem Vergabeakt ergibt sich weiters, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2007 einen Subunternehmer für die Anstreicherarbeiten genannt hat. Aufgrund der Angebotsunterlagen ist jedoch festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Angebotslegung bzw. Angebotsöffnung für die Anstreicherarbeiten kein Subunternehmerantrag gestellt wurde und auch keine Erklärung eines Subunternehmers zur Durchführung der Anstreicherarbeiten dem Angebot beigelegt wurde. Aus dem Vergabeakt ergibt sich weiters, dass die Antragstellerin keine Gewerbeberechtigung für Anstreicherarbeiten besitzen dürfte. Im fortzusetzenden Vergabeverfahren wird die Antragsgegnerin sich mit diesem Problem auseinander zu setzen und vor allem zu prüfen haben, ob die Befugnis der Antragstellerin sie auch berechtigt, Entrostungs- und Grundierungsarbeiten durchzuführen, sowie gemäß Paragraph 32, Ziffer 9, GewO auch Deckanstriche auszuführen (Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2007).

Die in der Ausschreibung angeführten und in den entsprechenden Positionen einzukalkulierenden Arbeitsgerüste sind Kleingerüste für Schlosserarbeiten. Für die Anstreicherarbeiten sind grundsätzlich keine Gerüste erforderlich, da diese Arbeiten (wenn auch mit Erschwernis) vom Flachdach aus erbracht werden können. Eine Erleichterung für diese Arbeiten könnte allenfalls ein Fassadengerüst darstellen, das aber jedenfalls nicht Ausschreibungsinhalt ist. Darüber hinaus wäre ein Schlosser ohne weiteres nicht befugt ein Fassadengerüst anzubieten oder auszuführen.

Im Hinblick auf die Erklärungen der Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 25.10.2007 und allenfalls den Inhalt der mit ihr geführten (nicht dokumentierten) Aufklärungsgespräche vom 9.10. und 24.10.2007, die mangels Dokumentation jedoch nicht beurteilt werden können, wäre die Antragsgegnerin jedenfalls verpflichtet gewesen, die Frage der Durchführung der Beschichtungsarbeiten (Leistungsgruppe 31.85) entsprechend aufzuklären, weil nach den Feststellungen der Standpunkt der Antragstellerin, sie habe wegen der nahezu zeitgleich vorgenommenen Ausschreibung der Gerüstung davon ausgehen können, ein derartiges Gerüst für ihre Arbeiten verwenden zu können.

Die Erklärung der Antragstellerin, die Gerüstung im Angebot nicht berücksichtigt zu haben, kann sich nach Ansicht des Senates nur auf die Durchführung der Arbeiten in der Leistungsgruppe 31.85 bezogen haben, nicht jedoch auf die Gerüstungen in den Positionen 31.8001 AZ sowie 31.8001 BZ. Mangels näherer Dokumentation und Ausführungen in den Vergabeakten ist nach der Aktenlage davon auszugehen, dass die Antragstellerin in diesen beiden Leistungspositionen, die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung als mangelhaft kalkuliert angeführt wurden, die erforderlichen Arbeitsgerüstungen im Einheitspreis jedenfalls eingerechnet hat. Da die Ausschreibung keine Hauptleistung „Gerüstung“ umfasst, die ausgeschriebenen Leistungen eine solche auch nicht erfordern und die erforderlichen Erschwernisse inklusive Arbeitsgerüstungen in die Einheitspreise einzurechnen waren, kann mangels detaillierter Auseinandersetzung mit der Kalkulation der betroffenen Positionen nach der Aktenlage nicht festgestellt werden, ob die einzukalkulierenden Leistungen für die Arbeitsgerüste auch tatsächlich berücksichtigt wurden und damit diese Positionen vergaberechtskonform angeboten wurden. Eine vertiefte Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin aber nicht vorgenommen, sondern auf Grund des nach Angebotsabgabe auf ihren Wunsch übermittelten Schreibens der Antragstellerin vom 25.10.2007 dieser unterstellt, kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt zu haben.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, eine den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Angebotsprüfung offenbar nicht stattgefunden hat, zumindest nicht entsprechend dokumentiert worden ist, die Antragsgegnerin jedenfalls eine in jeder Beziehung angezeigte Aufklärung nicht durchgeführt hat.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbots entsprechend den

Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbots entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu vergeben.

Nach § 123 BVergG 2006 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Im Einzelnen ist unter anderem zu prüfen (Abs. 2 Z 1, 2 und 4 leg. cit.), ob den in § 19 Abs. 1 BVergG 2006 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters und die Angemessenheit der Preise gegeben ist. Der Inhalt der Vergabeakten belegt, dass die Antragsgegnerin bei der Angebotsprüfung nicht entsprechend den vergaberechtlichen Vorschriften vorgegangen ist, insbesondere es unterlassen hat Gründe und Ergebnisse von Aufklärungsgesprächen und Erörterungen entsprechend zu dokumentieren. Nach der Rechtsprechung EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Vergabekontrollbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2007, RS Z -19/00; VKS 9.8.2006, VKS-2064- 06ua.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, weil die Entscheidung des Auftraggebers aus welchen Gründen er das Angebot eines bestimmten Bieters ausscheidet, objektiv nachvollziehbar dokumentiert sein muss. Da eine derartige Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, der Senat als Nachprüfungsbehörde auch nicht dazu berufen ist, seinerseits jene Prüfschritte zu setzen, die die Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung selbst vorzunehmen gehabt hätte, war die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Die Antragsgegnerin wird im fortzusetzenden Verfahren eine den Bestimmungen der § 122 ff BVergG 2006 entsprechende Angebotsprüfung vorzunehmen haben, insbesondere die Frage zu beurteilen haben, ob die Befugnisse der Antragstellerin diese berechtigt, die Anstreicherleistungen zu erbringen. Nach Paragraph 123, BVergG 2006 hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Im Einzelnen ist unter anderem zu prüfen (Absatz 2, Ziffer eins, 2 und 4 leg. cit.), ob den in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters und die Angemessenheit der Preise gegeben ist. Der Inhalt der Vergabeakten belegt, dass die Antragsgegnerin bei der Angebotsprüfung nicht entsprechend den vergaberechtlichen Vorschriften vorgegangen ist, insbesondere es unterlassen hat Gründe und Ergebnisse von Aufklärungsgesprächen und Erörterungen entsprechend zu dokumentieren. Nach der Rechtsprechung EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Vergabekontrollbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2007, RS Z -19/00; VKS 9.8.2006, VKS-2064- 06ua.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, weil die Entscheidung des Auftraggebers aus welchen Gründen er das Angebot eines bestimmten Bieters ausscheidet, objektiv nachvollziehbar dokumentiert sein muss. Da eine derartige Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, der Senat als Nachprüfungsbehörde auch nicht dazu berufen ist, seinerseits jene Prüfschritte zu setzen, die die Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung selbst vorzunehmen gehabt hätte, war die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Die Antragsgegnerin wird im fortzusetzenden Verfahren eine den Bestimmungen der Paragraph 122, ff BVergG 2006 entsprechende Angebotsprüfung vorzunehmen haben, insbesondere die Frage zu beurteilen haben, ob die Befugnisse der Antragstellerin diese berechtigt, die Anstreicherleistungen zu erbringen.

Nach § 130 Abs. 1 BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da nach den derzeit vorliegenden Ergebnissen die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden für nichtig zu erklären war, kann ihr Angebot für die Zuschlagserteilung als jenes mit dem niedrigsten Preis, vorbehaltlich einer eingehenden Prüfung, als für die Zuschlagserteilung durchaus geeignet angesehen werden. Da die Zuschlagsentscheidung jedoch auf das preislich an zweiter Stelle gereichte Angebot der Teilnahmeberechtigten lautet, war auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben, weil diese nach der derzeit vorliegenden Sachlage nicht der Bestimmung des § 130 Abs. 1 BVergG 2006 entspricht. Nach Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach einem allfälligen Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß

den Angaben in der Ausschreibung, im vorliegenden Fall dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Da nach den derzeit vorliegenden Ergebnissen die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden für nichtig zu erklären war, kann ihr Angebot für die Zuschlagserteilung als jenes mit dem niedrigsten Preis, vorbehaltlich einer eingehenden Prüfung, als für die Zuschlagserteilung durchaus geeignet angesehen werden. Da die Zuschlagsentscheidung jedoch auf das preislich an zweiter Stelle gereichte Angebot der Teilnahmeberechtigten lautet, war auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig aufzuheben, weil diese nach der derzeit vorliegenden Sachlage nicht der Bestimmung des Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006 entspricht.

Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 20.11.2007 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 Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 20.11.2007 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 Nichtigkeitserklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.11.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sowie der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 20.11.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte beginnen jedoch erst mit der schriftlichen Zustellung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Höchstgerichte beginnen jedoch erst mit der schriftlichen Zustellung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigserklärung der Ausscheidungs- und der Zuschlagsentscheidung; mangelhafte Angebotsprüfung; fehlende Dokumentation der Aufklärungsgespräche.

Dokumentnummer

VERGT_20071213_8159_07_00

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