

# TE Verg Bescheid 2007/8/9 VKS-4378/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.08.2007

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1 und 3

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §271

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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 271 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 271 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\* Hoch- und Tiefbaugesellschaft m.b.H., \*\*\*, vertreten durch. Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages zur Generalsanierung des Aquäduktes Mauer der I HQL, Ausschreibungsnummer LV/31- 07/4527-06-01 GENERALSAN.AQU.MA, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, MA 31 - Wasserwerke, Grabnergasse 4-6, 1060 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\* Hoch- und Tiefbaugesellschaft m.b.H., \*\*\*, vertreten durch. Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages zur Generalsanierung des Aquäduktes Mauer der römisch eins HQL, Ausschreibungsnummer LV/31- 07/4527-06-01 GENERALSAN.AQU.MA, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, MA 31 - Wasserwerke, Grabnergasse 4-6, 1060 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 5.6.2007 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 26.6.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

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

### Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 27, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4 Z 2, 12 Abs. 1 Z 3, 163, 187 Abs. 1, 267, 268, 271 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins und 3, 20 Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 27, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, Ziffer 2, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 163, 187, Absatz eins, 267, 268, 271, BVergG 2006.

### Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 – Wasserwerke (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt als Sektorenauftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Bauauftrages zur Generalsanierung des Aquäduktes Mauer der ersten Wiener Hochquellenleitung. Die Kundmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe der Leistungen sollten nach dem einzigen Zuschlagskriterium niedrigster Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.4.2005, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen, darunter die Antragstellerin, durch Angebotsabgabe am Vergabeverfahren beteiligt. Deren Angebot wurde als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 5.6.2007, berichtigt mit Schreiben vom 6.6.2007, der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag an die an erster Stelle gereichte Bieterin „Fa. Ing. \*\*\*“ erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.6.2007 und damit rechtzeitig (§24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin bringt darin zunächst vor, dass das in der Zuschlagsentscheidung genannte Unternehmen im Firmenbuch nicht eingetragen sei und daher nicht existiere. An dieses Unternehmen könne schon deshalb eine Vergabe nicht erfolgen. Ein rechtsverbindlich gefertigtes Angebot könne ebenfalls nicht vorliegen. Im Firmenbuch sei unter FN. 106502x eine Firma „Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in der politischen Gemeinde \*\*\* und Geschäftsanschrift \*\*\*“ eingetragen. Dieses Unternehmen habe einen weiteren Standort in \*\*\*. Selbst wenn das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, der Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H. zuzurechnen wäre, wäre dieses Angebot als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei verlangt gewesen, dass das Angebot rechtsverbindlich unterfertigte Unterlagen wie Baubeschreibung und SiGE-Plan zu enthalten habe. Im Zuge der Angebotseröffnung habe sich ergeben, dass der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bieter diese Unterlagen nicht in der in der Ausschreibung geforderten Form vorgelegt habe. Damit habe er gegen die §§ 255 Abs. 1 und 256 Abs. 1 BVergG 2006 verstoßen, weshalb dieses Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.6.2007 und damit rechtzeitig (§24 Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin bringt darin zunächst vor, dass das in der Zuschlagsentscheidung genannte Unternehmen im Firmenbuch nicht eingetragen sei und daher nicht existiere. An dieses Unternehmen könne schon deshalb eine Vergabe nicht erfolgen. Ein rechtsverbindlich gefertigtes Angebot könne ebenfalls nicht vorliegen. Im Firmenbuch sei unter FN. 106502x eine Firma „Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in der politischen Gemeinde \*\*\* und Geschäftsanschrift \*\*\*“ eingetragen. Dieses Unternehmen habe einen weiteren Standort in \*\*\*. Selbst wenn das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, der Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H. zuzurechnen wäre, wäre dieses Angebot als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei verlangt gewesen, dass das Angebot rechtsverbindlich unterfertigte Unterlagen wie Baubeschreibung und SiGE-Plan zu enthalten habe. Im Zuge der Angebotseröffnung habe sich ergeben, dass der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bieter diese Unterlagen nicht in der in der Ausschreibung geforderten Form vorgelegt habe. Damit habe er gegen die Paragraphen 255, Absatz eins und 256 Absatz eins, BVergG 2006 verstoßen, weshalb dieses Angebot auszuschneiden gewesen wäre.

Überdies sei die technische Leistungsfähigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieters im Hinblick auf das ausgeschriebene Vorhaben nicht gegeben, wobei insbesondere auf schwierige Gerüstungsaufgaben hinzuweisen sei. Der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bieter bewerbe lediglich Fassadenbauten, eine Erfahrung mit denkmalgeschützten ähnlich komplexen Bauten im Hinblick auf die Gerüstung sei bei ihm nicht gegeben. Aus der Homepage dieses Unternehmens ergebe sich, dass dieser Bieter keinerlei Referenzen für derart komplexe Bauaufgaben, wie sie ausgeschrieben wurden, aufweise. Mangels Vorliegens der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit wäre daher das Angebot dieses Bieters ebenfalls auszuschneiden gewesen.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, „unterpreisig“ wäre. Das Angebot weise eine nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf, da der Abstand zu dem an zweiter Stelle gereichten Angebot der Antragstellerin „deutlich mehr als 20%“ betrage. Der Gesamtpreis im Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, sei „im Verhältnis zu den ausgeschriebenen Leistungen auffallend ungewöhnlich niedrig, und zwar sowohl ausgehend von den relevanten Marktverhältnissen bzw. vergleichbaren Erfahrungswerten als auch bezogen auf die Gesamtpreise der Mitbieter (die gegenständlich die relevanten Marktverhältnisse größenordnungsmäßig durchaus widerspiegeln).“ Der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bieter weise gegenüber den Mitbietern auch keine außergewöhnlich günstigen Bedingungen auf, die einen derart niedrigen Gesamtpreis erklärbar machen könnten. Es sei daher davon auszugehen, dass das Angebot, auf das zugeschlagen werden soll, betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar bzw. spekulativ und unterpreisig kalkuliert sei. Dieser Umstand hätte daher ebenfalls zur Ausscheidung dieses Angebotes führen müssen.

Jedenfalls hätte die Antragsgegnerin aufgrund des gegenüber den Mitbietern massiv geringeren Preises eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen müssen. Dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung jenes Angebotes, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, vorgenommen hätte, wird von der Antragstellerin bezweifelt. Sollte jedoch eine derartige angezeigte vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen worden sein, müsste auch dieser Umstand zur Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung führen.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von zusammen rund EUR 593.967,53 zu entstehen (Kosten der Angebotserstellung, Verdienstendgang, Vorhaltekosten). Dazu käme noch der Verlust eines Referenzprojektes.

Der zur Sicherung ihrer Rechtsposition von der Antragstellerin beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.6.2007 stattgegeben. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des allen Beteiligten zugekommenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 22.6.2007, eingelangt am 26.6.2007, hat die Antragsgegnerin beantragt, den Anträgen der Antragstellerin nicht stattzugeben. In der Sache hat sie ausgeführt, dass in der zunächst am 5.6.2007 an alle Bieter bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung der zivilrechtliche Preis „als ohne USt bezeichnet wurde“. Dieser Fehler sei mit Schreiben vom 6.6.2007 an alle Bieter korrigiert worden, in dem festgehalten wurde, dass es sich bei der bekanntgegebenen Vergabesumme von EUR 4.601.545,51 um den Preis inklusive USt handelt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass das in der Zuschlagsentscheidung angeführte Unternehmen nach den Firmenbucheinträgen nicht existent sei, hat die Antragsgegnerin entgegnet, dass das Angebot von der Firma Ing. \*\*\* Baugesellschaft m. b.H., \*\*\*, rechtsgültig unterzeichnet worden sei und auch der Briefkopf der Geschäftspapiere dieses Unternehmens die selbe Bezeichnung und Adresse trage. Das genannte Unternehmen habe seinen Hauptsitz in \*\*\*, unter der Adresse \*\*\* befinde sich eine weitere Betriebsstätte dieses Unternehmens (mit der selben Firmenbuchnummer). Die Betriebsstätte \*\*\* sei laut ANKÖ am 17.2.2004 begründet worden. Die Adresse \*\*\* sei von der Antragsgegnerin als Kontakt-/ Zustelladresse beibehalten worden.

Es treffe zwar zu, dass in der Zuschlagsentscheidung als Billigstbieter die „Fa. Ing. \*\*\*\*“ genannt worden sei. Vorliegend sei jedoch „lediglich von einer Firma mit dem wesentlichen Namensbestandteil „\*\*\*\*“ ein Angebot abgegeben“ worden, sodass eindeutig sei, welcher Bieter in der Zuschlagsentscheidung als Billigstbieter genannt ist, auch wenn nicht der vollständige handelsrechtliche Firmenwortlaut angeführt worden sei. Jedenfalls habe dieser Bieter das Formblatt SR. 75 und das Leistungsverzeichnis rechtsgültig gefertigt und die verbindliche Erklärung abgegeben, die ausgeschriebenen Leistungen zu den angebotenen Preisen laut Leistungsverzeichnis erbringen zu wollen und damit ein verbindliches Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsöffnung sei das Fehlen von Angebotsunterlagen festgestellt worden, dabei habe es sich jedoch um behebbare Mängel gehandelt, die durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin fristgerecht durch Nachreichung der ordnungsgemäß unterzeichneten Baubeschreibung sowie des SIGE – Planes behoben worden seien. Die Behebbarkeit dieser Mängel habe weder zu einer Veränderung der Wettbewerbstellung noch zu einer Veränderung des Preises geführt. Der in diesem Zusammenhang behauptete Ausscheidungsgrund liege daher nicht vor.

Soweit die Antragstellerin eine mangelnde technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin behauptet, sei dies nicht gerechtfertigt. Das gegenständliche Sanierungsprojekt stehe unter Denkmalschutz und werde daher die Sanierung vom Bundesdenkmalamt begleitet. Bei der Sanierung handle es sich im Wesentlichen um Maurerarbeiten mit Klinkerziegeln am Sichtmauerwerk des Aquäduktes, die von jedem fachlich qualifizierten Maurer (Facharbeiter) ohne Spezialkenntnisse geleistet werden können. Es habe daher die Antragsgegnerin für die Sanierung auch keine diesbezüglichen Eignungskriterien definiert. Bezüglich der anspruchsvolleren Gerüstung (Bogenbereiche und gekrümmte Linienführung) habe die Antragsgegnerin von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Darstellung der grundsätzlichen technischen Ausführung dieser Gerüstung verlangt. Diese sei fristgerecht abgegeben und dem von der Antragsgegnerin beschäftigten externen Planer (einem Ziviltechnikerbüro) zur Begutachtung übermittelt worden. Dieser habe die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geplante technische Ausführung der Gerüstung als in Ordnung befunden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nach Auskunft des ANKÖ für das gegenständliche Vorhaben über ausreichend Personal und Gerät. Die Antragsgegnerin habe für die ausgeschriebenen Leistungen keine Referenzen gefordert, da es sich bei den gegenständlichen Arbeiten im Wesentlichen um Maurerarbeiten an einem

Sichtmauerwerk handle für die keine Spezialkenntnisse erforderlich wären, die es rechtfertigen könnten den Bewerberkreis einzuschränken. Die technische Leistungsfähigkeit des präsuntiven Zuschlagsempfängers sei jedenfalls gegeben.

Auch der von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 liege nicht vor, da eine nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, insbesondere das Vorliegen eines deutlichen Unterpreises, nicht gegeben sei. Die von der Antragstellerin behauptete Preisdifferenz zwischen dem ersten und zweiten Angebot sei zwar richtig. Die Antragsgegnerin habe auch vor der Ausschreibung eine Kostenermittlung vorgenommen und dabei einen Gesamtpreis von netto rund EUR 6.000.000,-- angenommen. Grundlage dafür seien die Erfahrungen mit den ausgeschriebenen Generalsanierungen der beiden Aquädukte Mödling und Speising, sowie der Kosten des Aquäduktes Speising gewesen, welche von der Antragstellerin als Auftragnehmerin durchgeführt worden wären. In der Kostenermittlung der Antragsgegnerin seien Aufschläge für Preisgleitung und Unsicherheiten enthalten gewesen, überdies stelle die Sanierung des Aquäduktes Mauer im Gegensatz zu den beiden vorangegangenen Sanierungen ein wesentlich größeres Bauvorhaben dar. Damit sei der Unterschied zur Kostenermittlung der Antragsgegnerin zum Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfänger erklärbar, eine weitere Kostendifferenz könne einer im Rahmen der Ausschreibung bleibenden Optimierung des Bauablaufes zugeordnet werden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin eine eingehende vertiefte Angebotsprüfung in mehreren Prüfschritten vorgenommen. Dazu habe sie von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sowohl K3-Blätter und für wesentliche Positionen K7-Blätter angefordert. Der von der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin angebotene Bruttomittelohn sei realistisch und marktkonform kalkuliert, die in den K7-Blättern aufgestellten Kalkulationen seien inhaltlich richtig und nachvollziehbar. Lediglich die Zeiteinsätze in dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot seien gegenüber den Erfahrungen aus den beiden bisher abgewickelten Aquäduktsanierungen geringer gehalten, sie können aber im Wesentlichen mit ausschreibungskonformen Optimierungen des Bauablaufes erklärt werden, wobei ein betriebswirtschaftlich nachvollziehbarer Gesamtpreis gegeben erscheine. Der Vorwurf der spekulativen und unterpreisigen Kalkulation sei daher nicht berechtigt. Auch der von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 liege nicht vor, da eine nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, insbesondere das Vorliegen eines deutlichen Unterpreises, nicht gegeben sei. Die von der Antragstellerin behauptete Preisdifferenz zwischen dem ersten und zweiten Angebot sei zwar richtig. Die Antragsgegnerin habe auch vor der Ausschreibung eine Kostenermittlung vorgenommen und dabei einen Gesamtpreis von netto rund EUR 6.000.000,-- angenommen. Grundlage dafür seien die Erfahrungen mit den ausgeschriebenen Generalsanierungen der beiden Aquädukte Mödling und Speising, sowie der Kosten des Aquäduktes Speising gewesen, welche von der Antragstellerin als Auftragnehmerin durchgeführt worden wären. In der Kostenermittlung der Antragsgegnerin seien Aufschläge für Preisgleitung und Unsicherheiten enthalten gewesen, überdies stelle die Sanierung des Aquäduktes Mauer im Gegensatz zu den beiden vorangegangenen Sanierungen ein wesentlich größeres Bauvorhaben dar. Damit sei der Unterschied zur Kostenermittlung der Antragsgegnerin zum Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfänger erklärbar, eine weitere Kostendifferenz könne einer im Rahmen der Ausschreibung bleibenden Optimierung des Bauablaufes zugeordnet werden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin eine eingehende vertiefte Angebotsprüfung in mehreren Prüfschritten vorgenommen. Dazu habe sie von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sowohl K3-Blätter und für wesentliche Positionen K7-Blätter angefordert. Der von der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin angebotene Bruttomittelohn sei realistisch und marktkonform kalkuliert, die in den K7-Blättern aufgestellten Kalkulationen seien inhaltlich richtig und nachvollziehbar. Lediglich die Zeiteinsätze in dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot seien gegenüber den Erfahrungen aus den beiden bisher abgewickelten Aquäduktsanierungen geringer gehalten, sie können aber im Wesentlichen mit ausschreibungskonformen Optimierungen des Bauablaufes erklärt werden, wobei ein betriebswirtschaftlich nachvollziehbarer Gesamtpreis gegeben erscheine. Der Vorwurf der spekulativen und unterpreisigen Kalkulation sei daher nicht berechtigt.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Antragsgegnerin auch ihrer Prüfpflicht nach § 267 Abs. 2 BVergG 2006 unter Bezugnahme auf § 187 Abs. 1 BVergG 2006 nachgekommen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Antragsgegnerin auch ihrer Prüfpflicht nach Paragraph 267, Absatz 2, BVergG 2006 unter Bezugnahme auf Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 nachgekommen.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.7.2007 Stellung genommen und unter

Wiederholung ihres bis dahin erstatteten Vorbringens ergänzt, das Fehlen einer rechtsverbindlichen Unterfertigung der Baubeschreibung stelle einen nichtbehebaren Mangel dar. Eine Nachholung der Unterfertigung würde eine Änderung der Wettbewerbstellung des Mitbieters bedeuten. Weiterhin macht die Antragstellerin geltend, dass die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht gegeben wäre. Die in der Ausschreibung ausführlich dargelegte und auch in der Baubeschreibung dargestellten erforderlichen Schneidearbeiten mittels Seilschneide oder etwa die Verpressarbeiten der Bogenuntersicht stellten sehr anspruchsvolle Bauaufgaben dar. Auch die Eignung der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Gerüstung werde ausdrücklich bestritten. Insgesamt handle es sich bei den ausgeschriebenen Arbeiten um solche „die eine besondere Qualifikation erfordern, die vom Auftraggeber selbst ohne in der Ausschreibung festgesetzte Kriterien der besonderen technischen Leistungsfähigkeit jedenfalls zu prüfen seien“. Weiterhin hält die Antragstellerin daran fest, dass das Angebot des Unternehmens „\*\*\*“ unterpreisig sei. Die von diesem Unternehmer angesetzten Zeiteinsätze könnten – betrachte man das preisliche Ergebnis – nur unrealistisch gering angesetzt sein. Auf Grund der Vorerfahrungen der Antragstellerin bei entsprechenden Bauvorhaben sei „unserem Angebot ein optimaler Bauablauf zugrunde gelegt. Das hier weitere Optimierungen möglich sein sollen, die sich preislich derart deutlich auswirken sollen, ist nicht nachvollziehbar“. Zusammenfassend vertritt daher die Antragstellerin weiterhin den Standpunkt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin „einerseits ausschreibungswidrig, andererseits jedenfalls auch unterpreisig angeboten hat“.

Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ist als Partei (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2007 in das Verfahren eingetreten und hat sich den Ausführungen der Antragsgegnerin im Wesentlichen angeschlossen. Insbesondere hat sie ausgeführt, dass ihr Unternehmen seit Jahren Lehrgerüste im Brückenbau herstelle. Gegenständlich handle es sich um die Errichtung eines Arbeitsgerüsts und nicht eines Tragegerüsts. Die Teilnahmeberechtigte habe rund 20.000 m<sup>2</sup> Arbeitsgerüst zur Verfügung, und zwar im eigenen Firmenverbund. Mit der Ausführung von Bogengerüstungen seien die Arbeiter der Teilnahmeberechtigten bestens vertraut, „dieser Gerüstbau“ sei „durch etwa fünf Jahre das Hauptgeschäft“ der Teilnahmeberechtigten gewesen. Die von der Teilnahmeberechtigten angenommenen Zeiteinsätze seien durchaus realistisch, weil es sich bei dem gegenständlichen Sanierungsvorhaben um eine Großbaustelle mit einer Bauzeit von rund 3 Jahren handle und es daher möglich sei, den Bauablauf so zu optimieren, sodass die von der Teilnahmeberechtigten angenommenen Zeiteinsätze auch tatsächlich eingehalten werden können. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ist als Partei (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2007 in das Verfahren eingetreten und hat sich den Ausführungen der Antragsgegnerin im Wesentlichen angeschlossen. Insbesondere hat sie ausgeführt, dass ihr Unternehmen seit Jahren Lehrgerüste im Brückenbau herstelle. Gegenständlich handle es sich um die Errichtung eines Arbeitsgerüsts und nicht eines Tragegerüsts. Die Teilnahmeberechtigte habe rund 20.000 m<sup>2</sup> Arbeitsgerüst zur Verfügung, und zwar im eigenen Firmenverbund. Mit der Ausführung von Bogengerüstungen seien die Arbeiter der Teilnahmeberechtigten bestens vertraut, „dieser Gerüstbau“ sei „durch etwa fünf Jahre das Hauptgeschäft“ der Teilnahmeberechtigten gewesen. Die von der Teilnahmeberechtigten angenommenen Zeiteinsätze seien durchaus realistisch, weil es sich bei dem gegenständlichen Sanierungsvorhaben um eine Großbaustelle mit einer Bauzeit von rund 3 Jahren handle und es daher möglich sei, den Bauablauf so zu optimieren, sodass die von der Teilnahmeberechtigten angenommenen Zeiteinsätze auch tatsächlich eingehalten werden können.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Senat aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten, der von den Parteien erstatteten Schriftsätze, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 9.8.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin übt als öffentliche Auftraggeberin eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 168 Abs. 1 BVergG 2006 aus. Sie hat im Bereich der Stadt Wien die Bereitstellung und Versorgung mit Trinkwasser sicher zu stellen. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages zur Generalsanierung des Aquäduktes Mauer der ersten Wiener Hochquellenleitung. Die Kundmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Auftragswert wurde von der Antragsgegnerin mit rund EUR 6.700.000,-- netto (einschließlich Honoraren, Nebenkosten und Reserven von 5%) geschätzt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.4.2007, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Die Antragsgegnerin übt als öffentliche Auftraggeberin eine Sektorentätigkeit im Sinne des Paragraph 168, Absatz eins, BVergG 2006 aus. Sie hat

im Bereich der Stadt Wien die Bereitstellung und Versorgung mit Trinkwasser sicher zu stellen. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages zur Generalsanierung des Aquäduktes Mauer der ersten Wiener Hochquellenleitung. Die Kundmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Auftragswert wurde von der Antragsgegnerin mit rund EUR 6.700.000,-- netto (einschließlich Honoraren, Nebenkosten und Reserven von 5%) geschätzt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 18.4.2007, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Zur Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen hat sich die Antragsgegnerin eines technischen Büros, der iC consulenten Ziviltechniker GmbH bedient. Die Ausschreibungsunterlagen beinhalten neben zahlreichen Plänen eine ausführliche Baubeschreibung, einen Sicherheits- und Gesundheitsplan (SIGE-Plan), Ergebnisse physikalischer und statischer Nachweise, ein Ausschreibungsleistungsverzeichnis, sowie das Angebotsdeckblatt MDBD-SR75. Nach den Ausschreibungsunterlagen waren weder Referenzen beizubringen noch bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit Eignungskriterien definiert. In der Baubeschreibung Punkt 4.2.6 „Gerüst“ wird folgendes vorgegeben:

„Das Gerüst ist für alle Arbeiten und Belastungen entsprechend auszulegen. Die einzelnen Gerüsttypen sind aus Plan Nummer 02 ersichtlich. Das Gerüst ist so auszulegen, das alle erforderlichen Arbeitsschritte, wie zB. Abtrags- und Wiederherstellungsarbeiten oder das Schalen der Untersicht durchgeführt werden können. Alle erforderlichen Umstell- oder Umbauarbeiten des Gerüsts sind in die Einheitspreise einzurechnen und werden nicht gesondert vergütet. Besonders hingewiesen wird hier auf die Demontage des Gerüsts für das Ein- und Ausbringen der für die Bogenuntersicht benötigten Schalung (siehe Punkt 4.2.3), welche ebenso in den Einheitspreisen zu berücksichtigen ist“.

In der Baubeschreibung werden die Umstände der Leistungserbringung, die Grundlagen für die Durchführungsarbeiten, eine zusammenfassende Beschreibung, Produkt- und Herstellungsanforderungen sowie zusätzliche Qualitätsanforderungen festgelegt. Neben dem Leistungsverzeichnis und dem Formblatt SR 75 war auch die Baubeschreibung und der SIGE-Plan rechtsgültig zu fertigen. Eignungskriterien oder der Nachweis von Referenz werden nach der Ausschreibung nicht verlangt.

Als Leistungsfrist sind 36 Monate vorgesehen.

Unter anderem haben sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte Angebote abgegeben. Das Kuvert, in dem das Angebot der Teilnahmeberechtigten angegeben wurde trägt den Aufdruck „Baumeister Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H.“ mit der Anschrift „\*\*\*“. Das Begleitschreiben auf Firmenpapier trägt den selben Aufdruck. Sowohl das Leistungsverzeichnis als auch das Formblatt MDBD-SR75 trägt die Stampiglie „Baumeister Ing. \*\*\* Baugesellschaft m.b.H., \*\*\*“ und ist handschriftlich gefertigt. Ebenso finden sich diese Fertigungen an allen relevanten Stellen des Formblattes SR 75.

Bei der Angebotseröffnung am 18.4.2007 wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten als billigstes, jenes der Antragstellerin als zweitbilligstes verlesen. Nach der Niederschrift zur Angebotseröffnung wurde beim Angebot der Teilnahmeberechtigten in der entsprechenden Spalte unter anderem eingetragen, dass die Baubeschreibung und der SIGE-Plan fehlt.

In der Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 30.5.2007 hat die Antragsgegnerin festgehalten, dass eines der eingelangten Angebote aus formalen Gründen auszuschneiden sei. Weiters wurde festgestellt, dass die rechnerische Richtigkeit bei den fünf abgegebenen Angeboten gegeben sei. Als Billigstbieter sei danach die „Firma \*\*\* Ing. GesmbH \*\*\*“ zu sehen. Unter dem Kapitel „Sachliche Prüfung“ wird festgehalten, dass unter anderem vom Teilnahmeberechtigten K7-Blätter zu verlangen sind, sowie die Beibringung der rechtsgültig unterfertigten Baubeschreibung und des rechtsgültig unterfertigten SIGE-Planes sowie ein Schalungsplan. Hinsichtlich des Angebotes der Antragstellerin (zweitgereihter Bieter) wurde festgestellt, dass der Bauzeitplan und der Schalungsplan fehlen. Schließlich wird in der Niederschrift festgehalten, dass sich beim Preisspiegel auffällige Preise ergeben, so dass eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen sei.

Am 27.4.2007 fand mit dem Geschäftsführer der Teilnahmeberechtigten ein Aufklärungsgespräch statt, bei dem dieser unter anderem aufgefordert wurde den rechtsgültig unterfertigten SIGE-Plan, die rechtsgültig unterfertigte Baubeschreibung, einen Plan und eine Beschreibung der Lehrschalung sowie K7-Blätter für 13 Positionen und K3-Blätter für Regiepositionen nachzureichen. Dieser Aufforderung ist die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 8.5.2007 vollständig nachgekommen. Der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Plan der Lehrschalung und die Beschreibung hierzu wurden von der Antragsgegnerin ihrem technischen Konsulenten zur Prüfung übermittelt. Dieser

hat mit Schreiben vom 10.5.2007 erklärt, dass die von der Teilnahmeberechtigten vorgeschlagene Schalungsmethode technisch durchaus machbar sei, zumal ähnliche Konzepte mit Traggerüst etwa auch bei Bogenbrücken angewendet werden.

Im Zuge der Angebotsprüfung fand eine weitere Besprechung mit der Teilnahmeberechtigten am 23.5.2007 statt in deren Zuge der Geschäftsführer der Teilnahmeberechtigten unter anderem ersucht wurde weitere K3-Blätter zum Mittellohn sowie K3-Blätter für Hilfsarbeiter und Facharbeiter nachzureichen. Weiters hat ihn die Antragsgegnerin ersucht, zu einzelnen näher definierten Positionen K7-Blätter mit Erklärungen nachzureichen. Dafür wurde der Teilnahmeberechtigten eine Frist bis 29.5.2007 gesetzt. Innerhalb dieser Frist hat die Teilnahmeberechtigte die geforderten Unterlagen vorgelegt und dazu die verlangten Erklärungen gegeben. Schließlich hat noch am 30.5.2007 ein Aufklärungsgespräch mit der Teilnahmeberechtigten stattgefunden.

Aufgrund der Ergebnisse dieser Aufklärungsgespräche, sowie nach Einholung von Auskünften aus dem ANKÖ hat die Vergabekommission in ihrer Sitzung vom 8.6.2007 auf der Grundlage des Berichtes ihrer Betriebsabteilung 7 die Empfehlung abgegeben „die Firma Ing. \*\*\* GmbH – \*\*\* für die Durchführung der Arbeiten mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 4.601.545,51 zu beauftragen“. Als Begründung wird zusammenfassend angeführt, dass die Teilnahmeberechtigte im Zuge der Aufklärungsgespräche alle geforderten Unterlagen fristgerecht nachgereicht habe und diese für in Ordnung befunden wurden. Bei den im Zuge der Angebotseröffnung festgestellten Mängeln handle es sich um behebbare Mängel, die nicht kalkulationsrelevant seien und die die wettbewerbliche Stellung dieses Bieters gegenüber den restlichen Bietern nicht beeinflussen. Die Teilnahmeberechtigte sei für das gesamte ausgeschriebene Gewerk befugt und ausreichend leistungsfähig. Mängel in den Angeboten der restlichen Bieter seien als behebbar anzusehen, deren Angebote daher nicht auszuschneiden. Festgehalten wird, dass der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Gesamtpreis „um ca. 35% unter der Kostenschätzung“ liege. Die Vergabeakten belegen, dass die Antragsgegnerin ein sorgfältig dokumentiertes Prüfverfahren durchgeführt hat.

Am 5.6.2007 hat die Antragsgegnerin folgende Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben:

„Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die MA 31 – Wiener Wasserwerke gibt gemäß § 272 Bundesvergabegesetz 2006 in der geltenden Fassung für das Vergabeverfahren I. WR. HQL – Generalsanierung Aquädukt Mauer bekannt, dass nach Prüfung der eingelangten Angebote der Zuschlag an den Bieter Fa. Ing. \*\*\* erfolgen soll. Die MA 31 – Wiener Wasserwerke gibt gemäß Paragraph 272, Bundesvergabegesetz 2006 in der geltenden Fassung für das Vergabeverfahren römisch eins. WR. HQL – Generalsanierung Aquädukt Mauer bekannt, dass nach Prüfung der eingelangten Angebote der Zuschlag an den Bieter Fa. Ing. \*\*\* erfolgen soll.

Oben genannter Bieter ist im vorliegenden Vergabeverfahren als Billigstbieter hervorgegangen.

Die korrekte Vergabesumme beträgt ohne USt. 4.601.545,51 EUR.

Ihr Angebot wird abgelehnt weil Ihre Firma nicht den billigsten Preis geboten hat.

Die Stillhaltefrist gem. § 273 endet am 20. Juni 2007. Die Stillhaltefrist gem. Paragraph 273, endet am 20. Juni 2007."

Mit dem nachfolgend wiedergegebenen Schreiben vom 6.6.2006 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung vom 5.6.2007 richtig gestellt:

„Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Klarstellung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die MA 31 hat mit Fax per 5.6.2007 die Zuschlagsentscheidung für das Bauvorhaben Generalsanierung Aquädukt Mödling bekanntgegeben. Die Vergabesumme wurde irrtümlich als ohne USt. bezeichnet.

Daher erfolgt eine Richtigstellung:

Die korrigierte Vergabesumme beträgt inklusive USt. 4.601.545,51 EUR (netto 3.834.621,26)."

Sowohl die Zuschlagsentscheidung vom 5.6.2007 als auch die Berichtigung dazu vom 6.6.2007 sind jeweils am gleichen

Tage der Antragstellerin zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 19.6.2007 in der Geschäftsstelle des VKS Wien eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach § 18 Abs. WVRG 2007. Sowohl die Zuschlagsentscheidung vom 5.6.2007 als auch die Berichtigung dazu vom 6.6.2007 sind jeweils am gleichen Tage der Antragstellerin zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 19.6.2007 in der Geschäftsstelle des VKS Wien eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach Paragraph 18, Abs. WVRG 2007.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund des Inhaltes der sorgfältig geführten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, des Vorbringens der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, ordnungsgemäß gefertigt von dem Unternehmen Baumeister Ing. \*\*\* Gesellschaft m.b.H. gelegt wurde. Ebenso war als erwiesen anzunehmen, dass im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens von diesem Unternehmer sowohl die Baubeschreibung als auch der SIGE-Plan ordnungsgemäß gefertigt nachgereicht wurde. Aus den Vergabeakten ist auch eindeutig ersichtlich, dass die Auftraggeberin das Angebot der Teilnahmberechtigten einer vertieften Angebotsprüfung, insbesondere einer eingehenden Prüfung der Angemessenheit der Preise, unterzogen hat und dazu in mehreren Verfahrensschritten die entsprechenden Aufklärungen verlangt hat. Die Antragsgegnerin hat auch in nachvollziehbarer Weise das Ergebnis dieser Prüftätigkeit dokumentiert, sodass die vergaberechtlich erforderliche Transparenz des Angebotsprüfungsverfahrens in jeder Richtung gegeben ist. Aus den von der Teilnahmberechtigten im Zuge der Angebotsprüfung nachgereichten K-Blättern ist schlüssig ableitbar, dass die von ihr angebotenen Preise, wenn auch knapp kalkuliert, so doch plausibel sind.

Bei dieser Sachlage bedurfte es auch nicht der von der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz von 4.7.2007 und in der mündlichen Verhandlung von 9.8.2007 beantragten Einholung eines Gutachtens eines Bausachverständigen aus dem Spezialgebiet Bauwirtschaft zur Frage, ob die angebotenen Preise im Angebot der Teilnahmberechtigten plausibel sind und die angebotene Art der Arbeitsdurchführung ausschreibungskonform sei. Die von der Teilnahmberechtigten angeführten Preise weichen zwar in zahlreichen Positionen geringfügig nach unten von den Preisen des nächstgereichten Angebotes (Antragstellerin) ab, in einigen Positionen liegen sie höher als etwa im Angebot der Antragstellerin. Der in den Vergabeakten erliegende Preisspiegel weist generell teilweise erhebliche Preisschwankungen in den Angeboten aller fünf Bieter in einzelnen Positionen auf, so wird etwa von der Teilnahmberechtigten die Einrichtung der Baustelle mit EUR 14.994,80 ausgepreist, von einem anderen Mitbieter mit EUR 159.252,45. Derartige massive Preisschwankungen treffen auch bei anderen Positionen zu, insbesondere bei den Vorhaltekosten eigener Baubetrieb, Baukosten, Gemeinkosten im einzelnen, etc. In den Arbeitsbereichen, wo der Einsatz von menschlicher Arbeitskraft notwendig ist, sind die Preisschwankungen aller Angebote wesentlich niedriger, wobei die Teilnahmberechtigte jedenfalls stets im unteren Bereich eines möglichen Preisbogens angesiedelt ist. Aus den Vergabeakten und den von der Teilnahmberechtigten vorgelegten K-Blättern zu einzelnen Positionen ergibt sich, wie diese Preisansätze kalkuliert wurden. Die daraus von der Antragsgegnerin gezogenen Schlussfolgerungen sind nachvollziehbar und die im Angebot der Teilnahmberechtigten angeführten Preise plausibel. Im Hinblick auf die fachkundige Zusammensetzung des Senates war diesem die Überprüfung der gründlich dokumentierten vertieften Angebotsprüfung der Antragsgegnerin durchaus möglich, weshalb es der beantragten Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen nicht bedurfte.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Sie übt eine Sektorentätigkeit im Sinne der §§ 164, 168 BVergG 2006 im Bereich Wasser aus. Auf die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind daher die Bestimmungen des 3. Teiles des BVergG 2006 anzuwenden. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Bauvertrages im Oberschwellenbereich zur Durchführung der Sanierungsarbeiten am Aquädukt Mauer der ersten Wiener Hochquellwasserleitung zum Gegenstand. Die Leistungsfrist beträgt 36 Monate. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie übt eine Sektorentätigkeit im Sinne der Paragraphen

164, 168, BVergG 2006 im Bereich Wasser aus. Auf die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind daher die Bestimmungen des 3. Teiles des BVergG 2006 anzuwenden. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Bauvertrages im Oberschwellenbereich zur Durchführung der Sanierungsarbeiten am Aquädukt Mauer der ersten Wiener Hochquellwasserleitung zum Gegenstand. Die Leistungsfrist beträgt 36 Monate. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erfolgen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z. 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2006, 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 im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2006, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 5.6.2007 zugegangen. Ihr am 19.6.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z. 6 WVRG 2007. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 5.6.2007 zugegangen. Ihr am 19.6.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Was zunächst das Vorbringen der Antragstellerin anlangt, die Antragsgegnerin beabsichtige den Zuschlag einem nicht existenten Unternehmen zu erteilen, hat das Verfahren eindeutig ergeben, dass der Zuschlag auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten erteilt werden soll, von der auch das Angebot in rechtsverbindlicher Art und Weise gefertigt worden ist. Trotz der nicht vollständigen Wiedergabe der Firma der Zuschlagsempfängerin in der Zuschlagsentscheidung konnte in keinem Stadium des Vergabeverfahrens ein Zweifel daran bestehen, wer tatsächlich als Bieter aufgetreten ist und an wen tatsächlich der Zuschlag erteilt werden soll.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden gewesen, da ihm weder die unterfertigte Baubeschreibung noch der unterfertigte SiGE – Plan angeschlossen waren.

Gemäß § 267 Abs. 2 Z 5 BVergG 2006 hat der Auftraggeber ua. zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Unstrittig war dem Angebot der Teilnahmeberechtigten der SiGE – Plan und die Baubeschreibung angeschlossen. Dabei hat es sich – wie von der Antragsgegnerin zutreffend erkannt – jedoch um einen behebbaren Mangel gehandelt. Nach § 257 Abs. 2 BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes durch Fertigung des Formblattes SR 75 sowie des vollständig ausgepreisten Leistungsverzeichnisses, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm abgegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 5 zu § 83). Unabhängig von den fehlenden beiden Unterlagen hat die Teilnahmeberechtigte damit ein verbindliches Angebot i.S. des § 2 Z. 3 BVergG 2006 gelegt (vgl.

VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8; VKS Wien vom 15.3.2007, VKS – 402/07 uva.). Die Antragsgegnerin hat daher richtiger Weise die Teilnahmberechtigte zur Nachreichung der verbindlich gefertigten Baubeschreibung sowie des SiGE – Planes aufgefordert. Erst wenn diese nicht, oder nicht rechtzeitig die fehlenden Angebotsteile vorgelegt hätte, wäre das Angebot der Teilnahmberechtigten auszuschneiden gewesen. Da durch die Nachreichung der fehlenden Angebotsteile überdies eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Teilnahmberechtigten nicht erfolgte, war deren Angebot nicht auszuschneiden. Gemäß Paragraph 267, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG 2006 hat der Auftraggeber ua. zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Unstrittig war dem Angebot der Teilnahmberechtigten der SiGE – Plan und die Baubeschreibung angeschlossen. Dabei hat es sich – wie von der Antragsgegnerin zutreffend erkannt – jedoch um einen behebbaren Mangel gehandelt. Nach Paragraph 257, Absatz 2, BVergG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes durch Fertigung des Formblattes SR 75 sowie des vollständig ausgepreisten Leistungsverzeichnisses, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm abgegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzgebers (vergleiche Gölls in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 5 zu Paragraph 83.). Unabhängig von den fehlenden beiden Unterlagen hat die Teilnahmberechtigte damit ein verbindliches Angebot i.S. des Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gelegt (vergleiche VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8; VKS Wien vom 15.3.2007, VKS – 402/07 uva.). Die Antragsgegnerin hat daher richtiger Weise die Teilnahmberechtigte zur Nachreichung der verbindlich gefertigten Baubeschreibung sowie des SiGE – Planes aufgefordert. Erst wenn diese nicht, oder nicht rechtzeitig die fehlenden Angebotsteile vorgelegt hätte, wäre das Angebot der Teilnahmberechtigten auszuschneiden gewesen. Da durch die Nachreichung der fehlenden Angebotsteile überdies eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Teilnahmberechtigten nicht erfolgte, war deren Angebot nicht auszuschneiden.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach § 267 BVergG 2006 zur Prüfung der Angebote in einer den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Art und Weise nachgekommen ist. Insbesondere hat die Antragsgegnerin zutreffend auch eine eingehende, sorgfältige vertiefte Prüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne der Vorschriften des § 268 BVergG 2006 vorgenommen und diesen Prüfungsvorgang umfassend und nachvollziehbar dokumentiert. Ebenso ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert ist die Art und Weise wie die Antragsgegnerin zur gegenständlichen Zuschlagsentscheidung gekommen ist. So sind insbesondere die Prüfschritte der Antragsgegnerin und deren Ergebnis festgehalten. Ebenso ergibt sich, dass eine plausibel erklärbare Preisbildung im Angebot der Teilnahmberechtigten vorliegt. Die dabei von der Antragsgegnerin angestellten Überlegungen sind schlüssig und stehen zu keinen sonstigen Ergebnissen des Prüfverfahrens im Widerspruch. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach den §§ 267, 268 BVergG 2006 ausreichend nachgekommen, sodass die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung in einem § 187 Abs. 1 BVergG 2006 entsprechenden Vergabeverfahren zustande gekommen ist. Diese Zuschlagsentscheidung verstößt weder inhaltlich noch formal gegen vergaberechtliche Bestimmungen, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach Paragraph 267, BVergG 2006 zur Prüfung der Angebote in einer den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Art und Weise nachgekommen ist. Insbesondere hat die Antragsgegnerin zutreffend auch eine eingehende, sorgfältige vertiefte Prüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne der Vorschriften des Paragraph 268, BVergG 2006 vorgenommen und diesen Prüfungsvorgang umfassend und nachvollziehbar dokumentiert. Ebenso ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert ist die Art und Weise wie die Antragsgegnerin zur gegenständlichen Zuschlagsentscheidung gekommen ist. So sind insbesondere die Prüfschritte der Antragsgegnerin und deren Ergebnis festgehalten. Ebenso ergibt sich, dass eine plausibel erklärbare Preisbildung im Angebot der Teilnahmberechtigten vorliegt. Die dabei von der Antragsgegnerin angestellten Überlegungen sind schlüssig und stehen zu keinen sonstigen Ergebnissen des Prüfverfahrens im Widerspruch. Damit ist die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach den Paragraphen 267, 268, BVergG 2006 ausreichend nachgekommen, sodass die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung in einem Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechenden Vergabeverfahren zustande gekommen ist. Diese Zuschlagsentscheidung verstößt weder inhaltlich noch formal gegen vergaberechtliche Bestimmungen, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 26.6.2007 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das

Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 26.6.2007 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung 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 Anfechtung vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung der Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

#### **Schlagworte**

Technische Leistungsfähigkeit; Kalkulation; Mangelhafte Zuschlagsentscheidung; Gutachten eines Sachverständigen wegen „Fachkundigkeit“ des Senates nicht erforderlich.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20070809\_4378\_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](http://www.jusline.at)