

TE Verg Bescheid 2007/6/21 VKS-2467/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.06.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §70 Abs4

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §76 Abs1

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1 und 2

BVergG 2006 §131

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 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 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der Bietergemeinschaft *** GmbH, bestehend aus *** GmbH, Elektro ***, ***, Elektro *** Ges.m.b.H und *** KG, per Anschrift ***, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OEG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Elektriker zur Durchführung diverser Elektrikerarbeiten im 13. und 23. Bezirk, GE 1-4, Ausschreibungsnummer LV/WW/DT/HT-WW23-ELEKTRO-BUR durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Direktion Technik, Haustechnik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber – medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007, der Antragstellerin zugekommen am 16.5.2007, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 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, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 27, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 70 Abs. 4, 75, 76 Abs. 1, 123, 125, 126, 129 Abs. 1 Z 1 und 2, 131 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, Absatz eins, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 27, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera a, a,, 70 Absatz 4, 75, 76, Absatz eins, 123, 125, 126, 129, Absatz eins, Ziffer eins und 2, 131 BVergG 2006.

Begründung:

Vorweg wird zum Vorbringen der Parteien bis zur mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007, zur Antragslegitimation der Antragstellerin sowie zum Gang des Verfahrens auf den Inhalt des Bescheides vom 15.5.2007, VKS – 2467/07, verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden. Mit diesem Bescheid hat der Senat dem Antrag der Antragstellerin statt gegeben und die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 31.3.2007, das Angebot der Bietergemeinschaft im Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages Elektriker für den 13. und 23. Bezirk auszuscheiden, für nichtig erklärt. Dieser Bescheid wurde in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 öffentlich verkündet und damit erlassen. Bis zu diesem Zeitpunkt war weder dem Senat noch der Antragstellerin bekannt, dass die Antragsgegnerin am 12.4.2007 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des auf Grund der Ergebnisse der Angebotsöffnung preislich an erster Stelle gereihten Unternehmens *** getroffen hatte.

Auf Grund der Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin hat der Vergabekontrollsenat grundsätzlich die Antragslegitimation der mit ihrem Angebot hinsichtlich der vier Gebietseinheiten an 2. Stelle gereihten Bietergemeinschaft als gegeben erachtet. Da die Bietergemeinschaft bereits in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.4.2007 bereits für den Fall der Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beantragt hat, diese für nichtig zu erklären (vgl. auch Schriftsatz vom 6.4.2007) hat sie nach der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 mit Schriftsatz vom 22. Mai 2007 im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2007 von der Antragsgegnerin bekannt gegebene Tatsache der erfolgten Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 beantragt, die „in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 bzw. mit Schreiben vom 16.5.2007 bekannt gegebene Entscheidung der Stadt Wien – Wiener Wohnen, den Zuschlag an *** ... erteilen zu wollen“ für nichtig zu erklären (die Antragsgegnerin hat nach der mündlichen Verhandlung am 16.5.2007 der Antragstellerin ihre Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 übersendet). Auf Grund der Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin hat der Vergabekontrollsenat grundsätzlich die Antragslegitimation der mit ihrem Angebot hinsichtlich der vier Gebietseinheiten an 2. Stelle gereihten Bietergemeinschaft als gegeben erachtet. Da die Bietergemeinschaft bereits in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.4.2007 bereits für den Fall der Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beantragt hat, diese für nichtig zu erklären (vergleiche auch Schriftsatz vom 6.4.2007) hat sie nach der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 mit Schriftsatz vom 22. Mai 2007 im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung vom 15.4.2007 von der Antragsgegnerin bekannt gegebene Tatsache der erfolgten Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 beantragt, die „in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 bzw. mit Schreiben vom 16.5.2007 bekannt gegebene Entscheidung der Stadt Wien – Wiener Wohnen, den Zuschlag an *** ... erteilen zu wollen“ für nichtig zu erklären (die Antragsgegnerin hat nach der mündlichen Verhandlung am 16.5.2007 der Antragstellerin ihre Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 übersendet).

Im Schriftsatz vom 22.5.2007 hat die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im einleitenden Schriftsatz sowie im ersten Abschnitt des Nachprüfungsverfahrens ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin „laut Verlesung bei Angebotsöffnung ihrem Angebot keine detaillierten Referenzen beigelegt hatte“.

Überdies sei ihr „bekannt geworden, dass diese Referenzen auch nicht nachgebracht werden konnten“. Weiters bringt die Antragstellerin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Subunternehmer nach Angebotsöffnung genannt habe, bzw. ihrem Angebot keine Subunternehmererklärung beigelegt habe. Letztlich sei der Antragstellerin bekannt geworden „dass sich der Gesamtpreis des Angebotes der *** laut dem Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeberin nicht plausibel zusammensetze“. Bei rechtmäßigem Vorgehen im Zuge der Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 und Z 3 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Dies bedeute, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten von *** nicht auf den tatsächlichen Billigstbieter laute und daher jedenfalls gegen das Vergaberecht verstoße. Nach einem Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre die nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an 2. Stelle gereichte Bietergemeinschaft Billigstbieterin. Überdies sei ihr „bekannt geworden, dass diese Referenzen auch nicht nachgebracht werden konnten“. Weiters bringt die Antragstellerin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Subunternehmer nach Angebotsöffnung genannt habe, bzw. ihrem Angebot keine Subunternehmererklärung beigelegt habe. Letztlich sei der Antragstellerin bekannt geworden „dass sich der Gesamtpreis des Angebotes der *** laut dem Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeberin nicht plausibel zusammensetze“. Bei rechtmäßigem Vorgehen im Zuge der Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 3, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Dies bedeute, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten von *** nicht auf den tatsächlichen Billigstbieter laute und daher jedenfalls gegen das Vergaberecht verstoße. Nach einem Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre die nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an 2. Stelle gereichte Bietergemeinschaft Billigstbieterin.

Mit Schriftsatz vom 30.5.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat vorgebracht, dass im Angebot bereits ein Unternehmen als Subunternehmer genannt worden sei, eine dem Vergaberecht entsprechende Subunternehmererklärung liege vor. Im Angebot habe sich die Teilnahmeberechtigte auf die Eintragung im ANKÖ berufen, aus der auch Referenzen ersichtlich wären. Sie sei von der Antragsgegnerin aufgefordert worden, Referenzlisten entsprechend der Ausschreibung sowie Unterlagen im Hinblick auf die Preisgestaltung vorzulegen. In diesem Aufforderungsschreiben sei ausdrücklich auf die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nach § 125

BVergG bzw. VD 307 hingewiesen worden. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche geforderten Unterlagen fristgerecht nachgereicht. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Bei der Behauptung, dass die Teilnahmeberechtigte keine Subunternehmer genannt hätte, handle es sich um bloße Mutmaßungen, die „schlicht nicht zutreffen“. Bereits mit der Angebotslegung sei ein Schreiben des Subunternehmers vorgelegt worden, wonach dieser verbindlich erklärt habe, im Falle der Beauftragung der Teilnahmeberechtigten uneingeschränkt zur Verfügung zu stehen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei somit zeitgerecht eine Subunternehmernennung erfolgt. Die erforderlichen Referenznachweise seien jedenfalls erbracht worden, das Fehlen der Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung stelle nach dem Gesetzeswortlaut des § 70 Abs. 3 BVergG und der ständigen Rechtsprechung einem behebbaren Mangel dar, dieser Mangel sei auch behoben worden. Die Antragsgegnerin habe entsprechend den Bestimmungen des § 125 BVergG das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer vertieften Prüfung unterzogen, wozu sie bei der vorliegenden Sachlage nicht verpflichtet gewesen wäre. Der Abstand zum preislich nächstgereihten Angebot der Antragstellerin betrage bei den Losen 1, 2 und 4 maximal 6 %, beim Los 3 rund 12 %. Obwohl damit eine Notwendigkeit zur vertieften Angebotsprüfung nicht bestanden hätte, habe die Teilnahmeberechtigte der Aufforderung der Antragsgegnerin zur Vorlage von K3- und K4-Blättern, Belegen über die Materialpreise sowie einer Gegenüberstellung der Basiskalkulation in der Ausschreibung und in der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten entsprochen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Teilnahmeberechtigte in rechtskonformer Weise sich auf die Kapazitäten ihres Subunternehmers stütze, von ihr die technische Leistungsfähigkeit in hinreichender Weise mit Referenzen belegt worden sei und ihr Angebot für die 4 Lose einen plausiblen zusammengesetzten Gesamtpreis aufweise. Damit sei sie zu Recht als Billigstbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin festgestellt worden. Es werde daher beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück – in eventu abzuweisen. Mit Schriftsatz vom 30.5.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat vorgebracht, dass im Angebot bereits ein Unternehmen als Subunternehmer genannt worden sei, eine dem Vergaberecht entsprechende Subunternehmererklärung liege vor. Im Angebot habe sich die Teilnahmeberechtigte auf die Eintragung im ANKÖ berufen, aus der auch Referenzen ersichtlich wären. Sie sei von der Antragsgegnerin aufgefordert worden, Referenzlisten entsprechend der Ausschreibung sowie Unterlagen im Hinblick auf die Preisgestaltung vorzulegen. In diesem Aufforderungsschreiben sei ausdrücklich auf die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nach Paragraph 125, BVergG bzw. VD 307 hingewiesen worden. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche geforderten Unterlagen fristgerecht nachgereicht. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Bei der Behauptung, dass die Teilnahmeberechtigte keine Subunternehmer genannt hätte, handle es sich um bloße Mutmaßungen, die „schlicht nicht zutreffen“. Bereits mit der Angebotslegung sei ein Schreiben des Subunternehmers vorgelegt worden, wonach dieser verbindlich erklärt habe, im Falle der Beauftragung der Teilnahmeberechtigten uneingeschränkt zur Verfügung zu stehen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei somit zeitgerecht eine Subunternehmernennung erfolgt. Die erforderlichen Referenznachweise seien jedenfalls erbracht worden, das Fehlen der Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung stelle nach dem Gesetzeswortlaut des Paragraph 70, Absatz 3, BVergG und der ständigen Rechtsprechung einem behebbaren Mangel dar, dieser Mangel sei auch behoben worden. Die Antragsgegnerin habe entsprechend den Bestimmungen des Paragraph 125, BVergG das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer vertieften Prüfung unterzogen, wozu sie bei der vorliegenden Sachlage nicht verpflichtet gewesen wäre. Der Abstand zum preislich nächstgereihten Angebot der Antragstellerin betrage bei den Losen 1, 2 und 4 maximal 6 %, beim Los 3 rund 12 %. Obwohl damit eine Notwendigkeit zur vertieften Angebotsprüfung nicht bestanden hätte, habe die Teilnahmeberechtigte der Aufforderung der Antragsgegnerin zur Vorlage von K3- und K4-Blättern, Belegen über die Materialpreise sowie einer Gegenüberstellung der Basiskalkulation in der Ausschreibung und in der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten entsprochen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Teilnahmeberechtigte in rechtskonformer Weise sich auf die Kapazitäten ihres Subunternehmers stütze, von ihr die technische Leistungsfähigkeit in hinreichender Weise mit Referenzen belegt worden sei und ihr Angebot für die 4 Lose einen plausiblen zusammengesetzten Gesamtpreis aufweise. Damit sei sie zu Recht als Billigstbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin festgestellt worden. Es werde daher beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück – in eventu abzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 31. Mai 2007 zum Antrag auf Nichtigerklärung ihrer Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und zunächst ausgeführt, der Antrag sei unbegründet, zumal er sich „lediglich auf einen dumpfen Rumor, nicht aber auf konkrete Vorwürfe oder Nachweise berufen“ könne. Der Vorwurf

des Fehlens von Referenzen sei falsch, weil die Referenzen der Teilnahmeberechtigten dem Angebot in Verbindung mit deren Eintragungen im ANKÖ zu entnehmen waren. Diese Referenzen seien von der Antragsgegnerin – nach Verbesserung durch die Teilnahmeberechtigte – als ausreichend befunden worden. Der Gesamtpreis sei plausibel zusammengesetzt, was eine vertiefte Angebotsprüfung ergeben habe. Rechtsgültige und vollständige Subunternehmererklärungen seien bereits dem Angebot beigelegt gewesen. Letztlich macht die Antragsgegnerin geltend, dass der Antrag auf Nichtigerklärung unzulässig wäre. Da das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden werden musste, sei ihr die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 nicht mehr bekannt gegeben worden. Im Hinblick auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 und den im Anschluss daran verkündeten Bescheid habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 16.5.2007 die Zuschlagsentscheidung mit Telefax bekannt gegeben. Zu diesem Zeitpunkt habe für die Bietergemeinschaft die 14-tägige Nachprüfungsfrist zu laufen begonnen. Ein Nachprüfungsantrag sei während dieser Frist nicht eingebracht worden. Daraus folge, dass die ursprünglich mit dem einleitenden Schriftsatz „eventualiter gestellte“ Antrag auf Nichtigerklärung einer allenfalls ergehenden Zuschlagsentscheidung zu einem Zeitpunkt gestellt wurde, zu dem eine Zuschlagsentscheidung noch gar nicht bekannt bzw. noch gar nicht getroffen war. Eine noch nicht getroffene Entscheidung könne weder überprüft noch für nichtig erklärt werden. Die Antragstellerin hätte daher die ihr mit 16.5.2007 zugestellte Zuschlagsentscheidung anfechten müssen, was nicht rechtzeitig erfolgt sei. Eine Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sei daher unzulässig, weshalb der Antrag zurückzuweisen bzw. als unbegründet abzuweisen wäre.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.4.2007, VKS-2467/07, antragsgemäß erlassen. Sie wurde in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 für die weitere Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für die Dauer von weiteren 4 Wochen, verlängert.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenem, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, der von den Beteiligten erstatteten Schriftsätze, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 21.6.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Baumeisterleistungen, nämlich eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Elektrikerarbeiten in von ihr verwalteten Wohnhausobjekten im 13. und 23. Bezirk. Der Rahmenvertrag soll eine Dauer von drei Jahren haben, eine Optionsmöglichkeit um weitere drei Jahre ist vorgesehen. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem einzigen Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Der Auftrag ist in vier Gebietsteile geteilt, Teilangebote auch auf Ebene der Gebietseinheiten waren zulässig. Die Kundmachung ist im Amtsblatt der EU am 8.4.2006 sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 29.5.2006.

Nachdem einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen von einem Bieter bekämpft worden waren, hat der Vergabekontrollsenat diesem Antrag teilweise stattgegeben und Bestimmungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt. In der Folge hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungsunterlagen berichtigt und diese Berichtigungen entsprechend bekannt gemacht. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 14.8.2006 festgelegt. Die Eröffnung der eingelangten Angebote erfolgte am 17.8.2006.

Insgesamt haben sich 5 Unternehmen durch Legung von Angeboten hinsichtlich aller Gebietsteile und drei Unternehmen durch Legung von Angeboten bezüglich der Gebietseinheit 4 am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich aller vier Gebietseinheiten als das zweitbilligste, jenes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens hinsichtlich aller vier Gebietsteile als das Billigste verlesen.

Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate, sie wurde im Einvernehmen mit den Bietern im Zuge des Nachprüfungsverfahrens verlängert.

Zur Frage der Antragslegitimation der antragstellenden Bietergemeinschaft ist zunächst auf den Inhalt des Bescheides vom 15.5.2007, VKS-2467/07, der zwischenzeitig sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin zugekommen ist, zu verweisen. Danach ist die Antragslegitimation gegeben, weil die Entscheidung, das Angebot der Bietergemeinschaft auszuschließen, für nichtig erklärt wurde.

In der Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens war daher im zweiten Abschnitt zu prüfen, ob die von der

Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten, die bei ihrem Vorliegen zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.4.2007 führen müssten, gegeben sind oder nicht.

Die im Folgenden auszugsweise wiedergegebenen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen sind zur Prüfung dieser Frage maßgeblich.

Im Angebotsdeckblatt MD-BD-SR75 wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Beilage 13.08.1 Seite 2) unter der Zeile „Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung“ angeführt, dass „generell vorrangig die Festlegungen der Vergabeverfahrensbestimmungen in Punkt 2.10 Eignung“ gelten. Diese vorrangig anzuwendenden Bestimmungen haben auszugsweise folgenden Wortlaut:

2.10. Eignung

1. a.Litera a Allgemeines

Als geeignet gelten Unternehmer, die befugt, technisch und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind.

Information: Gleichzeitig mit dieser Ausschreibung werden auch die Elektrotechnikleistungen in den städtischen Wohnhausanlagen der anderen 8 (acht) Kundendienstzentren in eigenständigen Vergabeverfahren vergeben.

Der Bieter muss seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Summe der von ihm insgesamt angebotenen Lose nachweisen. Ist ein Bieter nur hinsichtlich einzelner der von ihm angebotenen Leistungsteile leistungsfähig, so erfolgt die Prüfung und Bewertung der Angebote dieses Bieters in der Reihenfolge, in der die Angebotseröffnung der jeweiligen Ausschreibungen erfolgt ist.

Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (§ 69 Z 1 BVergG) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Der Auftraggeber behält sich vor, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen. Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG) und während des gesamten Vertragserfüllungszeitraums fortbestehen. Der Auftraggeber behält sich vor, von den Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens oder vom Auftragnehmer während der Vertragserfüllung weitere Nachweise für das Fortbestehen der Eignung zu verlangen.

1. e.Litera e Technische Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass er in den letzten 3 (drei) Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme (also die Hälfte des angebotenen Bauvolumens für 3 [drei] Jahre) in einem zum Auftragsgegenstand vergleichbaren Bereich (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) erbracht hat.

Dieser Nachweis ist durch Beilage einer Liste der wesentlichen, in den letzten 3 (drei) Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des jeweiligen Auftraggebers, der Gesamtleistungssumme pro Auftraggeber, der Gesamtauftragszahl pro Auftraggeber und eines entsprechend auskunftsbereiten Vertreters dieser Auftraggeber samt deren Kontaktdaten (e-mail, Telefax und Telefon) zu erbringen.

Auf die Formalerfordernisse für Referenzen gem. § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG (siehe beispielhafte Beilage 13.08.2 und 13.08.3 der MD BD-SR75) wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat. Auf die Formalerfordernisse für Referenzen gem. Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG (siehe beispielhafte Beilage 13.08.2 und 13.08.3 der MD BD-SR75) wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat.

Zur Nennung von Subunternehmen war die Beilage 13.07.02 sowie die Erklärung des Subunternehmers nach Beilage 13.07.03 zu verwenden.

Die Teilnahmeberechtigte hat rechtzeitig ein Angebot für alle 4 Gebietseinheiten gelegt. Ihrem Angebot war angeschlossen ein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern (Beilage 13.07.02) für die Teillose 1 bis 4, wobei die

Teilnahmeberechtigte das Unternehmen *** genannt hat. Die Nennung des Subunternehmers erfolgte aus Gründen der technischen Leistungsfähigkeit. Ebenso angeschlossen war dem Angebot die Erklärung des Subunternehmers (Beilage 13.07.3), datiert mit 23.5.2006, die ordnungsgemäß unterfertigt ist.

Angeschlossen war als Beilage eine Führungsbestätigung des ANKÖ vom November 2005 sowie die Kopie eines Schreibens der Teilnahmeberechtigten an den Auftragnehmerkataster Österreich vom 12.5.2006, in dem unter anderem ausgeführt wird, dass die Teilnahmeberechtigte „als ausführendes Unternehmen für private und gewerbliche Kunden tätig“ ist, wobei das Haupttätigkeitsfeld die Kontrahententätigkeit für Wiener Wohnen darstellt. Gleichzeitig übermittelt wurde eine Referenzliste. Ebenso vorgelegt wurde dem Angebot eine Bestätigung der LBG Wirtschaftstreuhand, wonach die Teilnahmeberechtigten 4 Personen beschäftigt, darunter 2 Facharbeiter.

Die Angebotseröffnung fand am 17.8.2006 ab 13.00 Uhr statt. Dabei wurden 8 Angebote verlesen, jenes der Teilnahmeberechtigten als das mit dem niedrigsten Preis. Nach dem Inhalt der Niederschrift zur Angebotseröffnung wurde in der Spalte „Erklärungen.....“ keine Anmerkung zum Angebot der Teilnahmeberechtigten eingetragen.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten wurde in der Folge das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer eingehenden Prüfung unterzogen. Die Teilnahmeberechtigte wurde im Zuge dieser Prüfung um Aufklärung bzw. Nachreichung von Unterlagen mit Schreiben vom 23.2.2007 wie folgt aufgefordert:

ANGEBOT ZU AUSSCHREIBUNG

RAHMENVERTRAG ELEKTRIKER FÜR DEN 13. UND 23. BEZ

Sehr geehrter Hr. ***!

Zu Ihrem Angebot betreffend Rahmenvertrag Elektriker für den 13. und 23. Bezirk vom 23. Mai 2006 ersuchen wir um verbindliche schriftliche Aufklärung zu folgenden Punkten bis spätestens 05. März 2007 10:00 Uhr.

1. 1.Ziffer eins

Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit. Der Bieter muss nachweisen, dass er in den letzten 3 Jahren Leistungen von zumindest der Hälfte der im Kurzleistungsverzeichnis abgebildeten Nettoteilangebotssummen für die von ihm angebotenen Gebietseinheiten ohne Mehrwertsteuer (also die Hälfte des von Wiener Wohnen vorgegebenen Nettobauvolumens für 3 Jahre) in einem zum Auftragsgegenstandes vergleichbaren Bereich (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) erbracht hat. Dies bedeutet, dass der Bieter alle vorgegebenen Nettoteilangebotssummen für die von ihm angebotenen Gebietseinheiten vor Änderung von Faktoren aufsummieren muss um zum gewünschten Berechnungswert zu gelangen.

Dieser Nachweis ist entsprechend den Ausschreibungsunterlagen in Form einer Liste der wesentlichen, in den letzten 3 Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des jeweiligen Auftraggebers, der Gesamtleistungssumme pro Auftraggeber, der Gesamtauftragszahl pro Auftraggeber und eines entsprechend auskunftsbereiten Vertreters dieser Auftraggeber samt der Kontaktdaten (e-mail, Telefax und Telefon) zu erbringen.

Auf die Formalerfordernisse für Referenzen gem. § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 wird hingewiesen, eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt – Wiener Wohnen handelt hat. Auf die Formalerfordernisse für Referenzen gem. Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 wird hingewiesen, eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt – Wiener Wohnen handelt hat.

Die der Ausschreibung beigelegten Beilagen Nr. 13.08.2 Referenzliste und Nr. 13.08.3 Referenznachweise wurden von Ihnen nicht ausgefüllt.

Diese Daten sind für die Eignungsprüfung unbedingt erforderlich und hätten bereits Ihrem Angebot beigelegt werden müssen.

1. 3.Ziffer 3

Preisprüfung

Auf Grund der von Ihnen angebotenen Abschläge auf die Leistungsgruppen 01 – 12 und 14 – 22 im Bereich Lohn und auf die Leistungsgruppen 01 – 22 im Bereich Sonstiges werden Sie aufgefordert alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen um eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG 2006 bzw. der VD 307 durchführen zu können. Auf

Grund der von Ihnen angebotenen Abschlüsse auf die Leistungsgruppen 01 – 12 und 14 – 22 im Bereich Lohn und auf die Leistungsgruppen 01 – 22 im Bereich Sonstiges werden Sie aufgefordert alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen um eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 bzw. der VD 307 durchführen zu können.

Für die verbindliche schriftliche Aufklärung wird Ihnen eine Frist bis zum 5. März 2007 10:00 Uhr eingeräumt. Der Postweg ist Risiko des Bieters. Sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss Ihr Angebot gemäß § BVergG 2006 § 129 ausgeschieden werden. Für die verbindliche schriftliche Aufklärung wird Ihnen eine Frist bis zum 5. März 2007 10:00 Uhr eingeräumt. Der Postweg ist Risiko des Bieters. Sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss Ihr Angebot gemäß Paragraph BVergG 2006 Paragraph 129, ausgeschieden werden.

Dieser Aufforderung ist die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 5.3.2007 nachgekommen, in dem sie zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sowohl eigene Referenzlisten als auch solche des Subunternehmers *** vorgelegt hat. Zur Preisprüfung hat die Teilnahmeberechtigte Formblätter K3 für Monteure und Helfer-Regiepreis, K3-Blätter-Berechnung Mittellohnpreis, K4-Blatt Kalkulationsnachweis Material samt Nettoeinkaufsliste sowie zur Preisprüfung Lohn eine Aufstellung über den Zeiteinsatz basierend auf dem Mittellohnpreis vorgelegt. In der eigenen Referenzliste hat die Teilnahmeberechtigte nur Leistungen (E-Installationen) in den Jahren 2003 bis 2006, die sie für die Antragsgegnerin erbracht hat, angeführt.

Über Anfrage vom 7.3.2007 hat die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 8.3.2007 ihr Einverständnis „zur Erstreckung der Zuschlagsfrist“ um 2 Monate erklärt.

Am 12.3.2007 hat die Antragsgegnerin abermals die Teilnahmeberechtigte hinsichtlich jener Referenznachweise, die von ihrem Subunternehmer erbracht wurden, um Aufklärung ersucht, um eine eindeutige Prüfung dieser Referenzen vornehmen zu können. Weiters wurde die Teilnahmeberechtigte um Aufklärung zu dem von ihr gelegten K3-Blatt Mittellohnpreis ersucht.

Diesem Ersuchen ist die Teilnahmeberechtigte mit Schreiben vom 19.3.2007 nachgekommen, hat dazu K3-Blätter vorgelegt und verschiedene, von der Subunternehmerin *** stammende Referenznachweise vorgelegt. In den Vergabeakten findet sich sodann ein Aktenvermerk über die Prüfungen der angegebenen Referenzen, datiert mit 22.3.2007. Dabei wurde festgestellt, dass die Referenzen nun in der entsprechenden Form erbracht worden sind.

Mit Niederschrift vom 11.4.2007 wurde das Ergebnis der Angebotsprüfung festgehalten. Dieser Niederschrift ist ein Motivenbericht unter anderem über die Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten angeschlossen. Das Ergebnis der Prüfung wird wie folgt festgehalten.

Ergebnis der Prüfung

Es erfolgte die Prüfung des Bieters und des Subunternehmers gemäß § 123 BVergG 2006. Es erfolgte die Prüfung des Bieters und des Subunternehmers gemäß Paragraph 123, BVergG 2006.

Dieser Prüfung hat ergeben, dass der Bieter und der Subunternehmer die Eignungskriterien und alle sonstigen Vorgabe erfüllen. Die Angemessenheit der Preise ist gegeben.

Der Bieter hat im KD 23 für alle 4 Gebietseinheiten abgegeben.

In der Gebietseinheit 1 verbleiben 3 Angebote im Vergabeverfahren, der Bieter hat laut Reihungsliste, das billigste Teilangebot abgegeben. Daher ist der Bieter in der Gebietseinheit 1 für den Zuschlag vorzusehen.

In der Gebietseinheit 2 verbleiben 3 Angebote im Vergabeverfahren, der Bieter hat laut Reihungsliste, das billigste Teilangebot abgegeben. Daher ist der Bieter in der Gebietseinheit 2 für den Zuschlag vorzusehen.

In der Gebietseinheit 3 verbleiben 3 Angebote im Vergabeverfahren, der Bieter hat laut Reihungsliste, das billigste Teilangebot abgegeben. Daher ist der Bieter in der Gebietseinheit 3 für den Zuschlag vorzusehen.

In der Gebietseinheit 4 verbleiben 5 Angebote im Vergabeverfahren, der Bieter hat laut Reihungsliste, das billigste Teilangebot abgegeben. Daher ist der Bieter in der Gebietseinheit 4 für den Zuschlag vorzusehen.

Auf der Grundlage dieser Prüfungsergebnisse hat die Vergabekommission am 11.4.2007 ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten und zwar für alle 4 ausgeschriebenen Gebietseinheiten getroffen.

Diese Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens, nämlich am 16.5.2007 zugestellt worden. Dagegen richtet sich der am 22.5.2007 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung, in dem auf die Ausführungen im Einleitenden Schriftsatz Bezug genommen wird.

Die Teilnahmeberechtigte hat für sich Referenzen über Leistungen, die sie für die Antragsgegnerin erbracht hat, im Betrag von rund EUR 900.000,-- nachgewiesen, der von ihr genannte Subunternehmer Referenzen über einen Betrag von rund EUR 4,270.000,--. Die Teilnahmeberechtigte ist in der Lage mit eigenem Personal einen Teil der ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen und hat auch entsprechende Leistungen (E-Installationen) in der Vergangenheit mehrfach für die Antragsgegnerin erbracht. Die Teilnahmeberechtigte wird die ausgeschriebenen Leistungen zu rund 20 %, ihre Subunternehmerin zu rund 80 % erbringen. Eine Weitergabe des gesamten Auftrages an die Subunternehmerin ist nicht beabsichtigt. Die Subunternehmerin alleine wäre ebenfalls nicht in der Lage, den gesamten Auftrag alleine auszuführen. Sollte die Antragstellerin im Zuge der Leistungserbringung mehr Personal benötigen, so werden von ihr Leiharbeiter eingesetzt werden (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.6.2007).

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.4.2007 ist der Antragstellerin am 16.5.2007 zugekommen. Ihr Antrag vom 22.5.2007, in dem konkret begehrt wird, diese Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, ist am gleichen Tage in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht bestritten wurde, insbesondere auf jene Unterlagen in den Vergabeakten, die im Rahmen der Feststellungen auszugsweise wieder gegeben wurden. Danach konnte zunächst als erwiesen angenommen werden, dass die Teilnahmeberechtigte sehr wohl einen Subunternehmer in ihrem Angebot genannt hat und eine entsprechende Subunternehmererklärung angeschlossen hat. Weiters ist erwiesen, dass die Teilnahmeberechtigte bereits in ihrem Angebot auf die sie betreffenden Eintragungen im ANKÖ verwiesen hat und diese Eintragungen auch Referenzen beinhalten. Die Prüfung der Referenzen ist in den Vergabeakten ordnungsgemäß und nachvollziehbar dokumentiert, ebenso die von der Antragsgegnerin vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung. Nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 21.6.2007 war als erwiesen anzunehmen, dass die Teilnahmeberechtigte nicht beabsichtigt, den gesamten Auftrag an den Subunternehmer zur Ausführung zu übergeben, sondern etwa 20 % der Leistungen mit eigenen Kräften selbst erbringen wird. Ein Hinweis darauf, dass die Teilnahmeberechtigte auch über operatives Personal verfügt, ist nicht nur die Bestätigung des Steuerberatungsunternehmens, das bereits mit dem Angebot vorgelegt wurde, sondern auch die Bestätigung der Gebietskrankenkasse. Unstrittig ist, dass die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2006 der Antragstellerin erst am 16.5.2007 zugekommen ist.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Bauleistungen zum Gegenstand, wobei dieser Vertrag eine Laufzeit von drei Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere drei Jahre, haben soll. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmen, 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 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, bzw. des Bescheides vom 15.5.2007 festgestellt wurde. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Bauleistungen zum Gegenstand, wobei dieser Vertrag eine Laufzeit von drei Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere drei Jahre, haben soll. 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 Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmen, das ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Liter 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, bzw. des Bescheides vom 15.5.2007 festgestellt wurde.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 16.5.2007 zugegangen ist, ist der gegen eine konkrete Zuschlagsentscheidung ausgeführte Antrag auf Nichtigkeitsklärung vom 22.5.2007 rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 16.5.2007 zugegangen ist, ist der gegen eine konkrete Zuschlagsentscheidung ausgeführte Antrag auf Nichtigkeitsklärung vom 22.5.2007 rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Vorweg ist wiederholend darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin, nach dem die Entscheidung ihr Angebot auszuschneiden, für nichtig erklärt worden ist, wieder als Bieterin des Vergabeverfahrens anzusehen ist, die mit ihrem, nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an zweiter Stelle gereihten Angebot grundsätzlich zur Anfechtung berechtigt ist.

Soweit die Antragsgegnerin vorgebracht hat, der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung sei nicht rechtzeitig gestellt worden, ist darauf zu verweisen, dass die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 der Antragstellerin erst am 16.5.2007 zugekommen ist. Obwohl die Antragstellerin bereits in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.4.2007 mögliche zugunsten der verbliebenen Bieter lautende Zuschlagsentscheidungen angefochten hat (siehe auch Schriftsatz der Antragstellerin vom 6.4.2007) hat sie mit Schriftsatz vom 22.5.2007 konkret die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 als nichtig angefochten. Dieser Antrag ist am 22.5.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates, und damit innerhalb der Frist des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 eingelangt. An der Rechtzeitigkeit dieser Antragstellung bestehen daher keine Zweifel. Soweit die Antragsgegnerin vorgebracht hat, der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung sei nicht rechtzeitig gestellt worden, ist darauf zu verweisen, dass die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 der Antragstellerin erst am 16.5.2007 zugekommen ist. Obwohl die Antragstellerin bereits in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 4.4.2007 mögliche zugunsten der verbliebenen Bieter lautende Zuschlagsentscheidungen angefochten hat (siehe auch Schriftsatz der Antragstellerin vom 6.4.2007) hat sie mit Schriftsatz vom 22.5.2007 konkret die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 als nichtig angefochten. Dieser Antrag ist am 22.5.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates, und damit innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 eingelangt. An der Rechtzeitigkeit dieser Antragstellung bestehen daher keine Zweifel.

Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens hat die Teilnahmeberechtigte, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, bereits mit dem Angebot eine Erklärung eines befugten und auch technisch leistungsfähigen Subunternehmers vorgelegt. Damit hat sie den Bestimmungen des § 76 Abs. 1 BVergG 2006 vollinhaltlich entsprochen. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens hat die Teilnahmeberechtigte, auf deren Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, bereits mit dem Angebot eine Erklärung eines befugten und auch technisch leistungsfähigen Subunternehmers vorgelegt. Damit hat sie den Bestimmungen des Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 vollinhaltlich entsprochen.

Soweit die Antragstellerin vorgebracht hat, die Teilnahmeberechtigte hätte nicht die verlangten Referenznachweise erbracht bzw. würde nicht über die verlangten Referenzen verfügen, finden sich dafür keine Anhaltspunkte in den Vergabeakten. Zunächst hat sich das Vorbringen der Antragstellerin als unrichtig herausgestellt, dass im Zuge der Angebotseröffnung von der Antragsgegnerin vermerkt worden wäre, beim Angebot der Teilnahmeberechtigten

würden die Referenznachweise fehlen. Die gemäß § 118 Abs. 6 BVergG 2006 von der Antragsgegnerin erstellte Niederschrift über die Eröffnung der Angebote enthält keinen derartigen Hinweis. Diese Niederschrift wurde von den bei der Angebotseröffnung anwesenden Vertretern der Bieter, auch von einem Vertreter der Antragstellerin, offenbar ohne jegliche Bemängelung unterfertigt. Im Übrigen steht dieses Vorbringen auch im Widerspruch zum Inhalt der Vergabeakten, weil aus dem ordnungsgemäß gesicherten Angebot der Teilnahmeberechtigten eindeutig ersichtlich ist, dass sich diese auf ihre Eintragung im ANKÖ berufen hat, in der auch Referenzen angeführt sind. Das Verlangen zur Vorlage von Referenzen sollte dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne des § 75 BVergG 2006 dienen. Nach § 70 Abs. 4 BVergG 2006 kann ein Unternehmer den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Dabei handelt es sich um die Vereinfachung des Nachweissystems, wozu auch auf die Eintragungen im österreichischen Auftragnehmerkataster (ANKÖ) von den Bietern verwiesen werden kann (Elsner, BVergG 2006, Rz 336). Die Antragsgegnerin hat im Zuge der Angebotsprüfung die Teilnahmeberechtigte zutreffend ersucht, ihr die Referenznachweise konkret zu erbringen, welchem Ersuchen die Teilnahmeberechtigte auch innerhalb der ihr gesetzten Frist nachgekommen ist. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin die vorgelegten Referenzen eingehend geprüft, wobei sie hinsichtlich jener Leistungen, die die Teilnahmeberechtigte selbst für die Antragsgegnerin erbracht hat, entsprechend den Ausschreibungsbedingungen von der Vorlage von Bestätigungen absehen konnte. Soweit die Antragstellerin vorgebracht hat, die Teilnahmeberechtigte hätte nicht die verlangten Referenznachweise erbracht bzw. würde nicht über die verlangten Referenzen verfügen, finden sich dafür keine Anhaltspunkte in den Vergabeakten. Zunächst hat sich das Vorbringen der Antragstellerin als unrichtig herausgestellt, dass im Zuge der Angebotseröffnung von der Antragsgegnerin vermerkt worden wäre, beim Angebot der Teilnahmeberechtigten würden die Referenznachweise fehlen. Die gemäß Paragraph 118, Absatz 6, BVergG 2006 von der Antragsgegnerin erstellte Niederschrift über die Eröffnung der Angebote enthält keinen derartigen Hinweis. Diese Niederschrift wurde von den bei der Angebotseröffnung anwesenden Vertretern der Bieter, auch von einem Vertreter der Antragstellerin, offenbar ohne jegliche Bemängelung unterfertigt. Im Übrigen steht dieses Vorbringen auch im Widerspruch zum Inhalt der Vergabeakten, weil aus dem ordnungsgemäß gesicherten Angebot der Teilnahmeberechtigten eindeutig ersichtlich ist, dass sich diese auf ihre Eintragung im ANKÖ berufen hat, in der auch Referenzen angeführt sind. Das Verlangen zur Vorlage von Referenzen sollte dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Sinne des Paragraph 75, BVergG 2006 dienen. Nach Paragraph 70, Absatz 4, BVergG 2006 kann ein Unternehmer den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Dabei handelt es sich um die Vereinfachung des Nachweissystems, wozu auch auf die Eintragungen im österreichischen Auftragnehmerkataster (ANKÖ) von den Bietern verwiesen werden kann (Elsner, BVergG 2006, Rz 336). Die Antragsgegnerin hat im Zuge der Angebotsprüfung die Teilnahmeberechtigte zutreffend ersucht, ihr die Referenznachweise konkret zu erbringen, welchem Ersuchen die Teilnahmeberechtigte auch innerhalb der ihr gesetzten Frist nachgekommen ist. Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin die vorgelegten Referenzen eingehend geprüft, wobei sie hinsichtlich jener Leistungen, die die Teilnahmeberechtigte selbst für die Antragsgegnerin erbracht hat, entsprechend den Ausschreibungsbedingungen von der Vorlage von Bestätigungen absehen konnte.

Die Antragsgegnerin hat auch die Referenznachweise des von der Antragstellerin genannten Subunternehmens eingehend geprüft und das Prüfergebnis umfassend dokumentiert.

Hinsichtlich der Behauptung, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden, weil der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt sei, werden im Nachprüfungsantrag keine näheren Ausführungen gemacht, warum dieser Ausscheidungstatbestand nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gegeben sein soll. Aus dem Akteninhalt ergeben sich keine Hinweise auf diesen Ausscheidungstatbestand. Die Antragsgegnerin ist ihrer Prüfpflicht nach § 123 Abs 2 und den §§ 124, 125 BVergG 2006 in sorgfältiger und dokumentierter Art und Weise nachgekommen und hat insbesondere die von der Teilnahmeberechtigten verlangten detaillierten Kalkulationsgrundlagen einer Prüfung unterzogen. Diese Kalkulationsgrundlagen rechtfertigen die Annahme der Antragsgegnerin, dass die angebotenen Preise nachvollziehbar sind und ein plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis vorliegt. Hinsichtlich der Behauptung, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre auszuschneiden, weil der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt sei, werden im

Nachprüfungsantrag keine näheren Ausführungen gemacht, warum dieser Ausscheidungstatbestand nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gegeben sein soll. Aus dem Akteninhalt ergeben sich keine Hinweise auf diesen Ausscheidungstatbestand. Die Antragsgegnerin ist ihrer Prüfpflicht nach Paragraph 123, Absatz 2 und den Paragraphen 124, 125, BVergG 2006 in sorgfältiger und dokumentierter Art und Weise nachgekommen und hat insbesondere die von der Teilnahmberechtigten verlangten detaillierten Kalkulationsgrundlagen einer Prüfung unterzogen. Diese Kalkulationsgrundlagen rechtfertigen die Annahme der Antragsgegnerin, dass die angebotenen Preise nachvollziehbar sind und ein plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis vorliegt.

Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, die Teilnahmberechtigte sei nicht in der Lage die ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen, sondern beabsichtige vielmehr, den Auftrag in seiner Gesamtheit an den Subunternehmer weiterzugeben. Aus den von der Teilnahmberechtigten vorgelegten Beilagen zu ihrem Angebot geht hervor, dass sie zwar über einen niedrigen Personalstand verfügt, jedoch zwei Facharbeiter beschäftigt. Dies wird auch durch die Bestätigung der Krankenkasse untermauert. Dazu kommt, dass die Teilnahmberechtigte eigene Referenzen über einen Umfang von rund EUR 900.000,-- während der letzten Jahre nachgewiesen hat, und zwar an Leistungen, die sie für die Antragsgegnerin erbrachte. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass sie aus der Erbringung dieser Leistungen wisse, dass die Teilnahmberechtigte selbst auch operativ tätig sei. Nach § 83 BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen Kaufverträge. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten hinsichtlich des Umfangs der Subunternehmerleistungen nach den zu VKS - 1560/06 ua geführten Nachprüfungsverfahren keinerlei Angaben. Aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens konnte als erwiesen angenommen werden, dass die Teilnahmberechtigte in der Lage ist, jedenfalls einen Teil der ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen und auch beabsichtigt, 20 % der ausgeschriebenen Leistungen selbst mit eigenen Kräften auszuführen. Von einer Weitergabe des gesamten Auftrages kann daher nicht die Rede sein. Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, die Teilnahmberechtigte sei nicht in der Lage die ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen, sondern beabsichtige vielmehr, den Auftrag in seiner Gesamtheit an den Subunternehmer weiterzugeben. Aus den von der Teilnahmberechtigten vorgelegten Beilagen zu ihrem Angebot geht hervor, dass sie zwar über einen niedrigen Personalstand verfügt, jedoch zwei Facharbeiter beschäftigt. Dies wird auch durch die Bestätigung der Krankenkasse untermauert. Dazu kommt, dass die Teilnahmberechtigte eigene Referenzen über einen Umfang von rund EUR 900.000,-- während der letzten Jahre nachgewiesen hat, und zwar an Leistungen, die sie für die Antragsgegnerin erbrachte. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass sie aus der Erbringung dieser Leistungen wisse, dass die Teilnahmberechtigte selbst auch operativ tätig sei. Nach Paragraph 83, BVergG 2006 ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen Kaufverträge. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten hinsichtlich des Umfangs der Subunternehmerleistungen nach den zu VKS - 1560/06 ua geführten Nachprüfungsverfahren keinerlei Angaben. Aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens konnte als erwiesen angenommen werden, dass die Teilnahmberechtigte in der Lage ist, jedenfalls einen Teil der ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen und auch beabsichtigt, 20 % der ausgeschriebenen Leistungen selbst mit eigenen Kräften auszuführen. Von einer Weitergabe des gesamten Auftrages kann daher nicht die Rede sein.

Zusammenfassend ergibt sich sohin, dass die Antragsgegnerin ein den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Verfahren geführt hat, die Verfahrensschritte eingehend und nachvollziehbar dokumentiert wurden und von ihr eine Zuschlagsentscheidung getroffen wurde, die mit den Bestimmungen des BVergG 2006 im Einklang steht. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung dieser Zuschlagsentscheidung war daher abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Abweisung eines Nichtigerklärungsantrages; ausreichender Referenznachweis durch Berufung auf Eintragung im ANKÖ; keine vergaberechtswidrige Weitergabe des Auftrages.

Dokumentnummer

VERGT_20070621_2467_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