

TE Verg Bescheid 2007/5/10 VKS-2479/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.05.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19 Abs2

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita subtilaa und Z48

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §106 Abs8

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §345

GewO 1994 §32 Abs1

GewO 1994 §99

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

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 99 heute
2. GewO 1994 § 99 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 99 gültig von 27.03.2015 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 18/2015
4. GewO 1994 § 99 gültig von 01.01.2014 bis 26.03.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
5. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2013
6. GewO 1994 § 99 gültig von 14.09.2012 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
7. GewO 1994 § 99 gültig von 01.08.2002 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
8. GewO 1994 § 99 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
9. GewO 1994 § 99 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Josef Wolfgang Deitzer, Rechtsanwalt in Schwechat, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Straßenbauarbeiten in Wien 23, Metzgerstraße von Laxenburger Straße bis Halban-Kurz-Straße, Ausschreibungsnummer MA 28 – G-O-25700/06, durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28 – Straßenverwaltung und Straßenbau, Lienfeldergasse 96, 1171 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 28.3.2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 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. 2, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa und Z 48, 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 Z 1, 69 Z 1, 83, 106 Abs. 8, 108 Abs. 1 Z 2, 129 Abs. 1 Z 2, 345 BVergG 2006, §§ 32 Abs. 1, 99 GewO 1994. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, Absatz 2, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a und Ziffer 48, 3, Absatz eins, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 69, Ziffer eins, 83, 106, Absatz 8, 108, Absatz eins, Ziffer 2, 129, Absatz eins, Ziffer 2, 345, BVergG 2006, Paragraphen 32, Absatz eins, 99, GewO 1994.

Begründung:

Die Stadt Wien – Magistratsabteilung 28 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Straßenbauarbeiten im Bereich Wien 23, Metzgerstraße von Laxenburger Straße bis Halban-Kurz-Straße. Die Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgte am 15.2.2007. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Angebotsende war der 8.3.2007, 9.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Neben anderen Unternehmen hat sich auch die Antragstellerin durch fristgerechte Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung hat sie das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt. Mit Schreiben vom 8.3.2007 wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin aufgefordert, unter anderem einen Nachweis betreffend die Befugnis zur Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten nachzureichen. Diesem Ersuchen hat die Antragstellerin fristgerecht durch Nennung eines Subunternehmers entsprochen.

Mit Schreiben vom 28.3.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot nach § 129 Abs. 1 Z 2 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 BVergG 2006 ausgeschieden werden musste. Mit gesondertem Schreiben, gleichfalls vom 28.3.2007, der Antragstellerin gleichfalls am selben Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten des nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung an zweiter Stelle gereihten Unternehmens mitgeteilt. Mit Schreiben vom 28.3.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 ausgeschieden werden musste. Mit gesondertem Schreiben, gleichfalls vom 28.3.2007, der Antragstellerin gleichfalls am selben Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten des nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung an zweiter Stelle gereihten Unternehmens mitgeteilt.

Gegen die Ausscheidung ihres Angebotes richtet sich der am 4.4.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangene Zuschlagsentscheidung vom 28.3.2007 wird nicht ausdrücklich bekämpft („Bekämpft wird die Entscheidung der MA 28, die Antragstellerin gemäß § 129 BVergG 2006 auszuschneiden“). Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, die Ausscheidung ihres Angebotes sei nicht gerechtfertigt, weil sie aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung zur Durchführung von Baumeisterarbeiten selbst befugt sei die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen und sich nur für die Pflastererarbeiten eines Subunternehmers bediene. Da die Antragstellerin „über eine entsprechende Baumeistergewerbeberechtigung für Tiefbau verfügt, ist (sie) im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung ebenfalls befugt, entsprechende Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen. Es sei daher zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht notwendig gewesen, hierfür eine allfällige Subfirma namhaft zu machen“. Diese Berechtigung der Antragstellerin ergebe sich aus der Bestimmung des § 99 Abs. 1 GewO 1994. Danach sei ein Baumeister auch berechtigt „Maler- und Anstreichtätigkeiten im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen und zu leiten, er müsse sich zur Ausführung dieser Arbeiten hiezu nur eines entsprechenden Malers oder Anstreichers bedienen“. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass die Antragstellerin selbst nicht befugt sei, Bodenmarkierungsarbeiten im Rahmen ihrer Bauführung zu übernehmen, handle es sich „im gegenständlichen Fall um einen behebbaren Mangel“. Durch die Nachnennung eines Subunternehmens zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten habe die Antragstellerin diesen Mangel behoben, weshalb ihr Angebot nicht hätte ausgeschieden werden dürfen. Gegen die Ausscheidung ihres

Angebotes richtet sich der am 4.4.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die der Antragstellerin am gleichen Tage zugelangene Zuschlagsentscheidung vom 28.3.2007 wird nicht ausdrücklich bekämpft („Bekämpft wird die Entscheidung der MA 28, die Antragstellerin gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuschneiden“). Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, die Ausscheidung ihres Angebotes sei nicht gerechtfertigt, weil sie aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung zur Durchführung von Baumeisterarbeiten selbst befugt sei die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen und sich nur für die Pflastererarbeiten eines Subunternehmers bediene. Da die Antragstellerin „über eine entsprechende Baumeistergewerbeberechtigung für Tiefbau verfügt, ist (sie) im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung ebenfalls befugt, entsprechende Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen. Es sei daher zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht notwendig gewesen, hierfür eine allfällige Subfirma namhaft zu machen“. Diese Berechtigung der Antragstellerin ergebe sich aus der Bestimmung des Paragraph 99, Absatz eins, GewO 1994. Danach sei ein Baumeister auch berechtigt „Maler- und Anstreichtätigkeiten im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen und zu leiten, er müsse sich zur Ausführung dieser Arbeiten hiezu nur eines entsprechenden Malers oder Anstreichers bedienen“. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass die Antragstellerin selbst nicht befugt sei, Bodenmarkierungsarbeiten im Rahmen ihrer Bauführung zu übernehmen, handle es sich „im gegenständlichen Fall um einen behebbaren Mangel“. Durch die Nachnennung eines Subunternehmens zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten habe die Antragstellerin diesen Mangel behoben, weshalb ihr Angebot nicht hätte ausgeschieden werden dürfen.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr der Eintritt eines Schadens von ca. EUR 255.600,-- ohne USt (entgangener Gewinn, Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren), wozu noch der Verlust eines Referenzprojektes käme. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren seien in der vorgeschriebenen Höhe beigebracht worden.

Die von ihr zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.4.2007, VKS-2479/07, antragsgemäß erlassen. Dazu kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugelangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 5.4.2007 hat die Antragsgegnerin zum einleitenden Schriftsatz Stellung genommen und im Wesentlichen vorgebracht, die Anträge der Antragstellerin wären zurück- bzw. abzuweisen, weil es diese unterlassen habe, gleichzeitig die ihr am gleichen Tage zugekommene Zuschlagsentscheidung anzufechten. Da sich der Hauptantrag der Antragstellerin nur gegen das Ausscheiden ihres Angebotes richte, erhebe sich die Frage, ob die Antragstellerin nicht auch verhalten gewesen wäre, die ihr zugelangene Zuschlagsentscheidung anzufechten. Die Antragstellerin hätte alles unternehmen müssen, den von ihr behaupteten, drohenden Schaden abzuwenden. Da sie es unterlassen habe, innerhalb der gesetzlichen Frist, die ihr übermittelte, gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung einem Nachprüfungsverfahren zu unterziehen, habe sie es im Weiteren auch unterlassen, die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung eines ihr angeblich drohenden Schadens wahrzunehmen. Da die Zuschlagsentscheidung nicht fristgerecht angefochten worden sei, sei diese bestandfest geworden.

Mit Schriftsatz vom 18.4.2007 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft dem Verfahren als Partei beigetreten und hat gleichfalls beantragt, das Begehren auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ab- respektive zurückzuweisen. In einer weiteren Stellungnahme vom 27.4.2007 hat die Teilnahmeberechtigte ebenfalls den Standpunkt vertreten, die Antragstellerin wäre gehalten gewesen, auch die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Da dies nicht geschehen sei, sei davon auszugehen, „dass die Zuschlagsentscheidung der Magistratsabteilung 28 unabhängig von dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung anfechtungsfest geworden ist“. Die Zuschlagsentscheidung binde die ausschreibende Stelle an die dort getroffene Entscheidung und könne nur durch Nichtigerklärung auf Antrag eines Mitbewerbers oder Widerruf aus den im Gesetz genannten, hier allerdings nicht vorliegenden Gründen, aufgehoben werden. Mangels eines fristgerechten Antrages der Antragstellerin, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, könne selbst ein inhaltlich berechtigter Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidung „nie zu einer Aufhebung der bestandfest gewordenen Entscheidung über die Zuschlagserteilung führen“. Da eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht

erfolgt sei, wäre der Antrag zurückzuweisen. Ungeachtet dessen sei die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin zu Recht getroffen worden. Angebote wären ohne weiteres auszuschneiden, wenn der für den Zeitpunkt der Angebotseröffnung erforderliche Nachweis einer bestimmten Befugnis nicht zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorgelegt werde. Dieser Mangel sei nicht verbesserungsfähig. Eindeutig sei, dass nicht nur ein Nachweis dieser Befugnis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht vorgelegen wäre, sondern dass eine solche gar nicht bestanden habe. Es wäre daher weder ein Verbesserungsverfahren durchzuführen, noch der Antragstellerin die Möglichkeit zu geben gewesen, nachträglich Subunternehmer namhaft zu machen.

Im Schriftsatz vom 20.4.2007 hat die Antragstellerin zum Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und unter Hinweis auf die Bestimmung des § 99 Abs. 2 GewO 1994 ausführlich dargelegt, warum ihrer Ansicht nach die Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten durch ihre Baumeisterbefugnis gedeckt wäre. Sie vertritt weiterhin den Standpunkt, auf Grund ihrer Baumeisterbefugnis im Rahmen des § 99 GewO 1994 auch zur Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten befugt zu sein, sodass es der Namhaftmachung eines Subunternehmers nicht bedurft hätte. Über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 8.3.2007 habe die Antragstellerin jene Firma, die die Arbeiten, wozu die Antragstellerin grundsätzlich befugt sei, ausführt, genannt. Die Aufforderung vom 8.3.2007 wäre im Hinblick auf die vorhandene Befugnis der Antragstellerin daher nicht notwendig gewesen. „Die Nichtnamhaftmachung dieser Firma“ sei „zwar ein formaler Mangel, das Angebot an sich leidet jedoch nicht an einem solchen Mangel, der seine Eigenschaft als „formgültiges Angebot“ vernichtet und ist sohin verbesserungsfähig. Daher kommt es auch nicht zu dem von der Antragsgegnerin behaupteten Wettbewerbsnachteil für die übrigen Bieter, da keine Befugnis im Nachhinein bekannt gegeben wird, sondern nur eine Firma, die für die Antragstellerin tätig wird, nicht aber deren Befugnis substituieren soll“. Selbst wenn man jedoch die nachträgliche Namhaftmachung des Unternehmens zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten als Substituierung einer mangelnden Befugnis beurteilen würde, käme es zu keiner Wettbewerbsverzerrung, da der Preis, der einziges Zuschlagskriterium ist, nach Angebotslegung nicht mehr verändert worden sei. Im Schriftsatz vom 20.4.2007 hat die Antragstellerin zum Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und unter Hinweis auf die Bestimmung des Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 ausführlich dargelegt, warum ihrer Ansicht nach die Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten durch ihre Baumeisterbefugnis gedeckt wäre. Sie vertritt weiterhin den Standpunkt, auf Grund ihrer Baumeisterbefugnis im Rahmen des Paragraph 99, GewO 1994 auch zur Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten befugt zu sein, sodass es der Namhaftmachung eines Subunternehmers nicht bedurft hätte. Über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 8.3.2007 habe die Antragstellerin jene Firma, die die Arbeiten, wozu die Antragstellerin grundsätzlich befugt sei, ausführt, genannt. Die Aufforderung vom 8.3.2007 wäre im Hinblick auf die vorhandene Befugnis der Antragstellerin daher nicht notwendig gewesen. „Die Nichtnamhaftmachung dieser Firma“ sei „zwar ein formaler Mangel, das Angebot an sich leidet jedoch nicht an einem solchen Mangel, der seine Eigenschaft als „formgültiges Angebot“ vernichtet und ist sohin verbesserungsfähig. Daher kommt es auch nicht zu dem von der Antragsgegnerin behaupteten Wettbewerbsnachteil für die übrigen Bieter, da keine Befugnis im Nachhinein bekannt gegeben wird, sondern nur eine Firma, die für die Antragstellerin tätig wird, nicht aber deren Befugnis substituieren soll“. Selbst wenn man jedoch die nachträgliche Namhaftmachung des Unternehmens zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten als Substituierung einer mangelnden Befugnis beurteilen würde, käme es zu keiner Wettbewerbsverzerrung, da der Preis, der einziges Zuschlagskriterium ist, nach Angebotslegung nicht mehr verändert worden sei.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, 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 10.5.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen. Unter anderem sollen im Zuge der Durchführung der ausgeschriebenen Straßenbauarbeiten auch die in der Obergruppe 3 beschriebene Markierungsarbeiten ausgeführt werden.

Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Stadt Wien ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach den Kriterium des niedrigsten Preises erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 8.3.2007, 9.00 Uhr. Insgesamt haben sich 4 Unternehmen am Verfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 8.3.2007 wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten folgende, für das Nachprüfungsverfahren bedeutsame Bestimmungen:

Auf Seite 2 des Angebotsdeckblattes sind die Angebote unter anderem unter Berücksichtigung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt für Leistungen" Drucksorte VD 307, zu erstellen.

In der Beilage „Technische Beschreibung" wird auf Seite 8, unter V Angebotsbestimmungen ausgeführt In der Beilage „Technische Beschreibung" wird auf Seite 8, unter römisch fünf Angebotsbestimmungen ausgeführt:

1. „1.Ziffer eins
Befugnisse

Zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen sind folgende Befugnisse zwingend erforderlich:

Baumeister (Tiefbau), Pflasterer, Bodenmarkierer."

Der Ausschreibung ist weiters beigefügt eine aus 37 Seiten samt zahlreichen Anlagen bestehende Beilage betreffend die Bedingungen und Bestimmungen für die Durchführung der Bodenmarkierungen im Bereich des Bundeslandes Wien, Projekt 23., Metzgerstraße von Laxenburger Straße bis Halbarn-Kurz-Straße.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot die unter der Obergruppe 3 ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten mit einem Preis von EUR 18.134,55 (ohne USt) ausgewiesen.

In der Beilage 13.07 zum Angebot, Seite 1 hat die Antragstellerin in der Spalte Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse angeführt „Baumeister, Pflasterer" und bei Baumeister die Frage „Bieter selbst befugt?" mit ja, bei Pflasterer mit nein beantwortet.

Auf Seite 2 dieser Beilage hat die Antragstellerin beim Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern für die Leistungsgruppe Pflasterer das Unternehmen „Stein an Stein" angegeben und erklärt, auf die Kapazitäten dieses Subunternehmers aus Gründen der Befugnis zurückzugreifen. Die Erklärung dieses Subunternehmers, datiert mit 7.3.2007, ist ebenfalls dem Angebot angeschlossen.

Im Angebotsdeckblatt SR 75 ist unter Punkt 13.02 angeführt, dass dem Angebot unter anderem die unterfertigten Teile der Anlage M zur technischen Beschreibung anzuschließen sind.

Die Nennung eines Subunternehmers für die Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten ist im Angebot nicht enthalten, die Anführung der Befugnis zur Durchführung dieses Arbeiten auf Seite 1 der genannte Beilage unter der Spalte „Erforderliche Befugnisse" ist nicht erfolgt.

Mit Schreiben vom 8.3.2007 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin unter anderen zur Nachbringung von Unterlagen betreffend „Anlage M, Befugnis (Bodenmarkierung)" aufgefordert.

Mit Schreiben vom 13.3.2007 hat die Antragstellerin unter anderen mit mitgeteilt: „Als Subunternehmer für die Markierungsarbeiten geben wir ihnen die Firma Eisenschutzgesellschaft m.b.H..... bekannt". Diesem Schreiben ist angeschlossen ein offenbar von dem Unternehmen „Eisenschutzgesellschaft m.b.H. und dem Unternehmen Auer & Koessler Ges.m.b.H., Straßenmarkierungen, ausgefülltes Firmenprofil. Das von der Antragstellerin mit ihrem einleitenden Schriftsatz als Beilage 4 vorgelegte, mit Leitungsverzeichnis überschriebene Schreiben der „Eisenschutzgesellschaft m.b.H.", wonach von diesen Unternehmer/n die Bodenmarkierungen mit einer Angebotssumme netto von EUR 18.134,55 angeboten werden, befindet sich nicht in den Vergabeakten. Dieses Schreiben ist mit 9.3.2007 datiert.

Mit Schreiben vom 28.3.2007 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 iVm § 19 Abs. 1 BVergG 2006 ausgeschieden wurde. Mit dem weiteren Schreiben vom gleichen Tage hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und unter anderem auch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Teilnahmberechtigte zu erteilen. Beide Schreiben sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Mit Schreiben vom 28.3.2007 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 ausgeschieden wurde. Mit dem weiteren Schreiben vom gleichen Tage hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und unter anderem auch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Teilnahmberechtigte zu erteilen. Beide Schreiben sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen.

Am 4.4.2007 ist der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der

Ausscheidungsentscheidung in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Anträge sind ordnungsgemäß vergibt worden. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist erfolgt.

Diese Feststellungen konnten vor allem Grund des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Antragstellerin getroffen werden. Danach war zunächst als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin, wie sie auch in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, zunächst nicht die Absicht hatte, für die Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten einen Subunternehmer mit entsprechender Befugnis zu nennen. Eine Befugnis sollte nicht substituiert werden. Die mündliche Verhandlung hat auch ergeben, dass das Leistungsverzeichnis von dem von der Antragstellerin nachträglich genannten Subunternehmer erst am 9.3.2007 (Aufforderung der Antragsgegnerin vom 8.3.2007) erstellt wurde. Dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin deshalb zur Vorlage der entsprechenden Befugnisnachweise aufgefordert hat, weil sie angenommen hat, dass deren Vorlage irrtümlich nicht erfolgte, hat sie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht. In diesem Sinne habe sie zunächst einen behebbaren Mangel angenommen. Statt des geforderten Nachweises sei jedoch von der Antragstellerin ein Subunternehmer genannt worden, wobei das Subunternehmerangebot nicht vorgelegt wurde. Dass die Antragstellerin über eine Befugnis zur Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten nicht verfügt, ist unstrittig.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens (15.2.2007) sowie den Zeitpunkt der Antragstellung auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (4.4.2007) auf den gegenständlichen Sachverhalt sowohl die Bestimmungen des BVergG 2006 als auch jene des WVRG 2007 anzuwenden sind.

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 BVergG 2006). 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, BVergG 2006). 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 § 28 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 oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung 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 Unterschwellenbereich 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 28, Absatz eins, 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 oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich 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.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 28.3.2007 zugegangen ist, ist der am 4.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 28.3.2007 zugegangen ist, ist der am 4.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007.

Der Antrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Zunächst war auf das Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten einzugehen, wonach die Antragstellerin genötigt gewesen wäre, nicht nur die Entscheidung über die beabsichtigte Ausscheidung ihres Angebotes anzufechten, sondern auch die ihr am gleichen Tage zugekommene Zuschlagsentscheidung. Mit diesem Vorbringen hat sich der Senat bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 10.4.2007 auseinandergesetzt, sodass zunächst auf die Begründung dieses Bescheides verwiesen werden kann. Ergänzend dazu ist auszuführen, dass der Standpunkt der Teilnahmeberechtigten, wonach die Zuschlagsentscheidung mangels Anfechtung durch die Antragstellerin oder sonstiger Bieter innerhalb der im § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007 vorgesehenen Frist „bestandfest“ geworden ist grundsätzlich richtig ist. Dies bedeutet im Ergebnis aber nichts anderes, als dass diese Zuschlagsentscheidung von keinem der am Verfahren beteiligten Bieter mehr angefochten werden kann, sohin auch nicht von der Antragstellerin. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die Antragsgegnerin damit zwingend an ihre Zuschlagsentscheidung gebunden wäre. Die Zuschlagsentscheidung kann von der Auftraggeberin bis zur Zuschlagserteilung als zivilrechtliche Wissenserklärung jederzeit zurückgenommen oder abgeändert werden (vgl. Elsner, BVergG 2006, RZ 209). Allfällige Ansprüche etwa der Teilnahmeberechtigten, die im Hinblick auf die Zuschlagsentscheidung bereits unternehmerische Dispositionen getroffen hat, vermögen an der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Zuschlagsentscheidung nichts zu ändern, sondern allenfalls zivilrechtliche Ansprüche begründen. Zunächst war auf das Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten einzugehen, wonach die Antragstellerin genötigt gewesen wäre, nicht nur die Entscheidung über die beabsichtigte Ausscheidung ihres Angebotes anzufechten, sondern auch die ihr am gleichen Tage zugekommene Zuschlagsentscheidung. Mit diesem Vorbringen hat sich der Senat bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 10.4.2007 auseinandergesetzt, sodass zunächst auf die Begründung dieses Bescheides verwiesen werden kann. Ergänzend dazu ist auszuführen, dass der Standpunkt der Teilnahmeberechtigten, wonach die Zuschlagsentscheidung mangels Anfechtung durch die Antragstellerin oder sonstiger Bieter innerhalb der im Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007 vorgesehenen Frist „bestandfest“ geworden ist grundsätzlich richtig ist. Dies bedeutet im Ergebnis aber nichts anderes, als dass diese Zuschlagsentscheidung von keinem der am Verfahren beteiligten Bieter mehr angefochten werden kann, sohin auch nicht von der Antragstellerin. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die Antragsgegnerin damit zwingend an ihre Zuschlagsentscheidung gebunden wäre. Die Zuschlagsentscheidung kann von der Auftraggeberin bis zur Zuschlagserteilung als zivilrechtliche Wissenserklärung jederzeit zurückgenommen oder abgeändert werden (vergleiche Elsner, BVergG 2006, RZ 209). Allfällige Ansprüche etwa der Teilnahmeberechtigten, die im Hinblick auf die Zuschlagsentscheidung bereits unternehmerische Dispositionen getroffen hat, vermögen an der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Zuschlagsentscheidung nichts zu ändern, sondern allenfalls zivilrechtliche Ansprüche begründen.

Ausgehend von diesen Überlegungen hatte sich der Senat mit dem Vorbringen der Antragstellerin, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, zu befassen. Der Schwerpunkt der Argumentation der Antragstellerin liegt darin, dass sie auf Grund ihrer „Baumeisterbefugnis“ entsprechend der Bestimmung des § 99 GewO 1994 grundsätzlich auch berechtigt sei, die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen. Unstrittig ist, dass für die Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten eine entsprechende Befugnis erforderlich ist. Diese Befugnis wird jedoch nicht von der Baumeisterbefugnis der Antragstellerin abgedeckt. Ausgehend von diesen Überlegungen hatte sich der Senat mit dem Vorbringen der Antragstellerin, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, zu befassen. Der Schwerpunkt der Argumentation der Antragstellerin liegt darin, dass sie auf Grund ihrer „Baumeisterbefugnis“ entsprechend der Bestimmung des Paragraph 99, GewO 1994 grundsätzlich auch berechtigt sei, die ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten durchzuführen. Unstrittig ist, dass für die Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten eine entsprechende Befugnis erforderlich ist. Diese Befugnis wird jedoch nicht von der Baumeisterbefugnis der Antragstellerin abgedeckt.

Im § 99 Abs. 1 und 2 GewO 1994 sind jene Gewerke angeführt, welche der Baumeister auch ausführen darf. Bodenmarkierungsarbeiten sind nicht unter diesen Gewerken angeführt. Es kann der Baumeister diese zwar

übernehmen, planen, berechnen und leiten, er hat sich jedoch zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin zwar berechtigt war, die entsprechenden Arbeiten zu übernehmen, ohne über die entsprechende Befugnis zu verfügen. Dass die Antragstellerin letztlich diesen Standpunkt geteilt hat, ergibt sich aus dem Umstand, dass sie über Aufforderung der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9.3.2007 einen mit der entsprechenden Befugnis versehenen Subunternehmer nachgenannt hat, anstatt auf ihre „Baumeisterbefugnis“ zu verweisen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vorbringt, sie habe beabsichtigt die Markierungsarbeiten durch das Unternehmen „Eisenschutz“ ausführen zu lassen (Schriftsatz vom 20.4.2007), ist sie auf die Bestimmung des § 83 BVergG 2006 zu verweisen. Die Antragsgegnerin hat in der Ausschreibung festgelegt, dass ein Bieter Leistungen anderer Unternehmen anzugeben hat, was seitens der Antragstellerin nur begl. der Pflastererarbeiten im Angebot erfolgt ist. Im Paragraph 99, Absatz eins und 2 GewO 1994 sind jene Gewerke angeführt, welche der Baumeister auch ausführen darf. Bodenmarkierungsarbeiten sind nicht unter diesen Gewerken angeführt. Es kann der Baumeister diese zwar übernehmen, planen, berechnen und leiten, er hat sich jedoch zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Dies bedeutet, dass die Antragstellerin zwar berechtigt war, die entsprechenden Arbeiten zu übernehmen, ohne über die entsprechende Befugnis zu verfügen. Dass die Antragstellerin letztlich diesen Standpunkt geteilt hat, ergibt sich aus dem Umstand, dass sie über Aufforderung der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9.3.2007 einen mit der entsprechenden Befugnis versehenen Subunternehmer nachgenannt hat, anstatt auf ihre „Baumeisterbefugnis“ zu verweisen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin vorbringt, sie habe beabsichtigt die Markierungsarbeiten durch das Unternehmen „Eisenschutz“ ausführen zu lassen (Schriftsatz vom 20.4.2007), ist sie auf die Bestimmung des Paragraph 83, BVergG 2006 zu verweisen. Die Antragsgegnerin hat in der Ausschreibung festgelegt, dass ein Bieter Leistungen anderer Unternehmen anzugeben hat, was seitens der Antragstellerin nur begl. der Pflastererarbeiten im Angebot erfolgt ist.

Nach § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 hat jedes Angebot insbesondere zu enthalten die Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind dabei unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. In diesem Sinne hat die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere in der technischen Beschreibung darauf hingewiesen, dass zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen unter anderem auch die Befugnis des Bodenmarkierers erforderlich ist (Punkt V.1 der Technischen Beschreibung). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung der VD 307, Punkt 1.1. der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien, die dem Angebot zu Grunde zu legen waren, zu verweisen. Danach müssen die Bieter im offenen Verfahren und die von diesen namhaft gemachten Subunternehmer für die von ihnen zu erbringenden Leistungen zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung befugt sein. Nach Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 hat jedes Angebot insbesondere zu enthalten die Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind dabei unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. In diesem Sinne hat die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere in der technischen Beschreibung darauf hingewiesen, dass zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen unter anderem auch die Befugnis des Bodenmarkierers erforderlich ist (Punkt römisch fünf.1 der Technischen Beschreibung). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung der VD 307, Punkt 1.1. der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien, die dem Angebot zu Grunde zu legen waren, zu verweisen. Danach müssen die Bieter im offenen Verfahren und die von diesen namhaft gemachten Subunternehmer für die von ihnen zu erbringenden Leistungen zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung befugt sein.

Nach § 69 Z 1 BVergG 2006 muss die Befugnis im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (8.3.2007) hat die Antragstellerin über eine eigene Befugnis zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten nicht verfügt, aber auch nicht angegeben, dass sie sich diesbezüglich eines befugten Subunternehmers bedienen werde. Erstmals mit Schreiben vom 13.3.2007 hat sie ein befugtes Unternehmen als Subunternehmer zur Durchführung der ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten genannt. Diese nachträgliche Nennung eines Subunternehmers stellt im Ergebnis eine nach § 106 Abs. 8 BVergG 2006

unzulässige Angebotsänderung dar (vgl. BVA 19.2.2004, 12N-12/04-5 mit dort zahlreich angeführten Belegstellen). Nach Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss die Befugnis im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung (8.3.2007) hat die Antragstellerin über eine eigene Befugnis zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten nicht verfügt, aber auch nicht angegeben, dass sie sich diesbezüglich eines befugten Subunternehmers bedienen werde. Erstmals mit Schreiben vom 13.3.2007 hat sie ein befugtes Unternehmen als Subunternehmer zur Durchführung der ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten genannt. Diese nachträgliche Nennung eines Subunternehmers stellt im Ergebnis eine nach Paragraph 106, Absatz 8, BVergG 2006 unzulässige Angebotsänderung dar (vergleiche BVA 19.2.2004, 12N-12/04-5 mit dort zahlreich angeführten Belegstellen).

Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10.5.2007 ausgeführt hat, bei den ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des § 32 Abs. 1 GewO, die von der Antragstellerin im Rahmen ihrer Baumeisterbefugnis ausgeführt werden könnten, konnte dem nicht gefolgt werden. § 32 Abs. 1 GewO nimmt ausdrücklich Bezug auf geringe Nebenleistungen, die gegenständlich nicht vorliegen, was sich bereits daraus ergibt, dass in der Ausschreibung diesbezüglich eine eigene Obergruppe (OG 03) gebildet wurde und dazu in den Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Ausführungsbestimmungen enthalten (Einsatz bestimmter Geräte und Maschinen, speziell geschulter Arbeiter, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften etc.) sind. Letztlich hat die Antragsgegnerin diesbezüglich einen Befugnisnachweis verlangt. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10.5.2007 ausgeführt hat, bei den ausgeschriebenen Bodenmarkierungsarbeiten handle es sich um geringfügige Nebenleistungen im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, GewO, die von der Antragstellerin im Rahmen ihrer Baumeisterbefugnis ausgeführt werden könnten, konnte dem nicht gefolgt werden. Paragraph 32, Absatz eins, GewO nimmt ausdrücklich Bezug auf geringe Nebenleistungen, die gegenständlich nicht vorliegen, was sich bereits daraus ergibt, dass in der Ausschreibung diesbezüglich eine eigene Obergruppe (OG 03) gebildet wurde und dazu in den Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Ausführungsbestimmungen enthalten (Einsatz bestimmter Geräte und Maschinen, speziell geschulter Arbeiter, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften etc.) sind. Letztlich hat die Antragsgegnerin diesbezüglich einen Befugnisnachweis verlangt.

Da somit im Zeitpunkt der Angebotseröffnung die zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten erforderliche Befugnis weder bei der Antragstellerin vorlag noch durch ein dazu befugtes Unternehmen substituiert wurde, vielmehr die Nennung eines Subunternehmers erst nachträglich im Angebotsprüfungsverfahren erfolgte, ist der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 gegeben. Die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin ist in vergaberechtskonformer Weise erfolgt, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war. Da somit im Zeitpunkt der Angebotseröffnung die zur Durchführung der Bodenmarkierungsarbeiten erforderliche Befugnis weder bei der Antragstellerin vorlag noch durch ein dazu befugtes Unternehmen substituiert wurde, vielmehr die Nennung eines Subunternehmers erst nachträglich im Angebotsprüfungsverfahren erfolgte, ist der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 gegeben. Die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin ist in vergaberechtskonformer Weise erfolgt, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf § 19 Abs. 2 WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 10.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 10.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Bekämpfung der Ausscheidungsentscheidung; mangelnde Befugnis; Baumeistergewerbe; Bodenmarkierung; nachträgliche Nennung eines Subunternehmers.

Dokumentnummer

VERGT_20070510_2479_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