

TE Verg Bescheid 2006/6/22 VKS-1560/06 und weitere

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.2006

Norm

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 lita

WVRG §23 Abs5

WVRG §26 Abs2

WVRG §30 Abs5 in Verbindung mit BVergG 2002 §20 Z13 lita.

sublit.aa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4 Z1

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §97 Abs2

BVergG 2006 §98 Abs7

BVergG 2006 §118 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs3 Z5

AVG §74 Abs2

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 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 § 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 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 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. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über die Anträge der Ing. *** Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, auf Einleitung von Nachprüfungsverfahren und Erlassung einstweiliger Verfügungen bezüglich der Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Elektrotechnikleistungen in Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken, und zwar

1. für den 14., 15. und 16. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 16-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS – 1560/06),
2. für den 21. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 21-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS – 1561/06),
3. für den 13. und 23. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 23-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS – 1562/06),

4. für den 22. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 22-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS –

1563/06),

5. für den 5., 6., 7. und 12. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 12-ELEKTRO-SR 75-BUR

(=VKS – 1564/06),

6. für den 3., 4. und 11. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 11-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS

– 1565/06),

7. für den 1., 2., 8., 9. und 20. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 09-ELEKTRO-SR 75-BUR

(=VKS – 1567/06),

8. für den 10. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 10-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS –

1568/06),

1. 9.Ziffer 9

für den 17., 18. und 19. Bezirk, LV/WWDT/HT-WW 17-ELEKTRO-SR 75-BUR (=VKS – 1569/06)

durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, 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

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungen in ihrer Gesamtheit wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Dem Antrag auf Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen zu den im Spruche genannten neun Vergabeverfahren wird teilweise Folge gegeben. Nachstehende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen werden für nichtig erklärt:

1. a)Litera a

in den Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik:

in Punkt 2.10 (Eignung) lit. b erster Absatz der Satz „Pro angebotenem Los muss der Bieter für den Lohnanteil der jährlichen Netto – Angebotssumme über eine einsatzfähige Partie (1(ein)Elektromonteur und 1 (ein) Helfer) je begonnene EUR 100.000 netto verfügen und dies entsprechend nachweisen (zB durch Vorlage des Gesellenbriefes)“;in Punkt 2.10 (Eignung) Litera b, erster Absatz der Satz „Pro angebotenem Los muss der Bieter für den Lohnanteil der jährlichen Netto – Angebotssumme über eine einsatzfähige Partie (1(ein)Elektromonteur und 1 (ein) Helfer) je begonnene EUR 100.000 netto verfügen und dies entsprechend nachweisen (zB durch Vorlage des Gesellenbriefes)“;

in Punkt 2.16 Subunternehmer in Absatz 1 der Satz: „Die Weitergabe von Teilen der Leistungen an Subunternehmer ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der jeweilige Subunternehmer über die für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung erforderliche Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügt“ sowie in Absatz 2 erster Satz die Wortfolge „eine Weitergabe des gesamten Auftrags oder von wesentlichen Teilen der Arbeiten ist unzulässig“;

In Punkt 2.17 Bietergemeinschaften der letzte Satz des Absatzes 1 „Bei Ausscheiden eines Mitgliedes kann die ARGE im Einvernehmen mit dem Auftraggeber einen Ersatz stellen“.

1. 3.Ziffer 3

Die Anträge, folgend angeführte Bestimmungen in den „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD..“ für nichtig zu erklären, und zwar die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043, die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD307) und die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD314) zum Vertragsinhalt werden zu lassen, von der ÖNROM B 2110 aber zur Gänze abzugehen;

in Punkt 2.8 Losvergabe festzulegen, dass für den Fall, dass ein Bieter nur hinsichtlich einzelner der von ihm angebotenen Leistungsteile leistungsfähig ist, die Prüfung und Bewertung der Angebote dieses Bieters in der Reihenfolge erfolgt, in der die Angebotsöffnung der jeweiligen Ausschreibungen erfolgt ist;

in Punkt 2.10 Eignung lit. d offen zu lassen, wann die alternativ zugelassenen Sicherungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind; in Punkt 2.10 Eignung Litera d, offen zu lassen, wann die alternativ zugelassenen Sicherungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind;

in Punkt 2.10 Eignung lit. e die Bieter durch Referenzen nachweisen zu lassen, dass sie in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben; in Punkt 2.10 Eignung Litera e, die Bieter durch Referenzen nachweisen zu lassen, dass sie in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben;

im selben Punkt offen zu lassen, was unter angemessener Ausstattung, Geräten und technischer Ausrüstung zu verstehen ist;

in Punkt 2.22 die Angebotsöffnung nicht unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist anzusetzen;

In den Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge KD.. – SD 1043.doc

in Punkt 10.2 Systemvoraussetzungen für Hard- und Software nur das Betriebssystem WINDOWS 2000, WINDOWS XP oder WINDOWS NT4.0, Internet-Explorer ab Version 5.0 inklusive Adobe Acrobat Reader ab Version 4.0 zuzulassen;

in Punkt 10.3 Mitarbeiterschulung festzulegen, dass der Bieter eine ausreichende Anzahl seiner Mitarbeiter durch ein einziges Unternehmen für dieses Datenbank – System schulen zu lassen hat und nur Nachweise über diese Schulungen zu akzeptieren,

werden abgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Die mit Bescheid vom 18.5.2006 erlassene einstweilige Verfügung wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 5.Ziffer 5

Die Antragsgegnerin Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, hat der Antragstellerin die in Höhe von zusammen EUR 90.000 entrichteten Gebühren für die gegenständlichen neun Nachprüfungsverfahren binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 lit. a, 23 Abs. 5, 26 Abs. 2 und 30 Abs. 5 WVRG in Verbindung mit §§ 20 Z 13 lit. a, sublit. aa BVergG 2002, 3 Abs. 1 Z 1, 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3, 19 Abs. 1, 20 Abs. 2, 75, 83, 97 Abs. 2, 98 Abs. 7, 118 Abs. 1, 345 Abs. 3 Z 5 BVergG 2006 und § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Litera a,, 23 Absatz 5, 26, Absatz 2 und 30 Absatz 5, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 20, Ziffer 13, Litera a,, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, 19, Absatz eins, 20, Absatz 2, 75, 83, 97, Absatz 2, 98, Absatz 7, 118, Absatz eins, 345, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006 und Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt insgesamt neun offene Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Elektrotechnikleistungen in Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken. Dazu haben die neun Kundendienstzentren der Antragsgegnerin je ein Vergabeverfahren für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich, der teilweise mehrere Bezirke umfasst und in Gebietsteile gegliedert ist, ausgeschrieben. Die sachverständig geschätzten Vergabesummen liegen je nach Kundendienstzentrum (im Folgenden kurz „KD“) zwischen 8.020.000,-- Euro und 21.220.000,-- Euro. Sämtliche neun Verfahren wurden im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 8.4.2006, 2006/S 89- 071962 und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 14/06 vom 6.4.2006 kundgemacht.

Die Ausschreibungsbedingungen in diesen neun Vergabeverfahren sind bis auf einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Objekte und den zu erwartenden Leistungsumfang beziehen, inhaltlich ident. Nach den Ausschreibungen der einzelnen Kundendienstzentren sind Teilangebote auch auf Ebene der Gebietseinheiten zulässig, Alternativangebote sind nicht zugelassen. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf einmalige Verlängerung für weitere drei Jahre haben. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem einzigen

Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist ist jeweils der 29.5.2006, 9.00 Uhr. Die Angebotsöffnungen sollen nicht anschließend an das Angebotsende stattfinden, sondern gestaffelt, teilweise erst Tage nach Angebotsende.

Mit den am 12.5.2006 eingelangten, zu VKS-1560/06 bis VKS-1565/06 und VKS – 1567/06 bis VKS – 1569/06 protokollierten neun Anträgen begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung dieser Ausschreibungen, insbesondere zahlreicher näher beschriebener Ausschreibungsbestimmungen, die Erlassung einstweiliger Verfügungen, die Durchführung mündlicher Verhandlungen sowie Kostenersatz.

In sämtlichen, getrennt eingebrachten neun Anträgen führt die Antragstellerin darin im Einzelnen aus, dass folgende Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlagen vergaberechtswidrig wären:

- -Strichaufzählung
in 1.1., Inhaltsverzeichnis der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge ST 1043, die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 307) und die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD 314) zum Vertragsinhalt werden zu lassen, von der ÖNORM B2110 aber zur Gänze abzugehen;
- -Strichaufzählung
in 2.8., Losvergabe der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ festzulegen, dass für den Fall, dass ein Bieter nur hinsichtlich einzelner der von ihm angebotenen Leistungsteile leistungsfähig ist, die Prüfung und Bewertung der Angebote dieses Bieters in der Reihenfolge erfolgt, in der die Angebotsöffnung der jeweiligen Ausschreibungen erfolgt ist;
- -Strichaufzählung
in 2.10., Eignung, lit. b Eignungskriterien der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ festzulegen, dass ein Nachweis der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer/-innen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu erbringen ist, wobei pro angebotenem Los der Bieter für den Lohnanteil der jährlichen Netto-Angebotssumme über eine einsatzfähige Partie (ein Elektromonteur und ein Helfer) je begonnenen EUR 100.000,00 netto verfügen muss; in 2.10., Eignung, Litera b, Eignungskriterien der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ festzulegen, dass ein Nachweis der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer/-innen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu erbringen ist, wobei pro angebotenem Los der Bieter für den Lohnanteil der jährlichen Netto-Angebotssumme über eine einsatzfähige Partie (ein Elektromonteur und ein Helfer) je begonnenen EUR 100.000,00 netto verfügen muss;
- -Strichaufzählung
in 2.10., Eignung lit. d, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ offen zu lassen, wann die alternativ zugelassenen Sicherungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind; in 2.10., Eignung Litera d,, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“ offen zu lassen, wann die alternativ zugelassenen Sicherungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind;
- -Strichaufzählung
in 2.10., Eignung lit. e, technische Leistungsfähigkeit der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“, die Bieter durch Referenzen nachweisen zu lassen, dass sie in den letzten 3 Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben; in 2.10., Eignung Litera e,, technische Leistungsfähigkeit der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“, die Bieter durch Referenzen nachweisen zu lassen, dass sie in den letzten 3 Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben;
- -Strichaufzählung
im selben Punkt offen zu lassen, was unter angemessener Ausstattung, Geräten und technischer Ausrüstung zu verstehen ist;
- -Strichaufzählung
in 2.16., Subunternehmer der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD ..“, dass Subunternehmer auch über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Ausübung des entsprechenden Teils der Leistung verfügen müssen;

- -Strichaufzählung
in Punkt 2.17., Bietergemeinschaften der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD .." festzulegen, dass die ARGE bei Ausscheiden eines Mitglieds im Einvernehmen mit dem Auftraggeber einen Ersatz stellen kann;
- -Strichaufzählung
in 2.22., der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD .."

die Angebotsöffnung nicht unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist anzusetzen;

- -Strichaufzählung
in 10.2., Systemvoraussetzungen für Hard- und Software der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043 nur das Betriebssystem Windows 2000, Windows XP oder Windows NT 4,0, Internet Explorer ab Version 5.0 inklusive Adobe Acrobat Reader ab Version 4.0 zuzulassen;
- -Strichaufzählung
in Punkt 10.3., Verpflichtung zur Mitarbeiterschulung für das Datenbank-System EDISON der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043 festzulegen, dass der Bieter eine ausreichende Anzahl seiner Mitarbeiter durch ein einziges Unternehmen für dieses Datenbank-System schulen zu lassen hat und nur Nachweise über diese Schulungen zu akzeptieren.

Die Antragstellerin bringt vor, ein Interesse an der Angebotslegung zu sämtlichen neun Ausschreibungen zu haben. Dieses Interesse werde durch die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt, weil die Antragstellerin hinsichtlich der Kalkulation der Angebote rechtswidrig eingeschränkt und/oder behindert werde und ihr die Möglichkeit genommen werde, auf Subunternehmer zurückzugreifen, um ihre Angebote kompetitiver zu gestalten und ihr überdies rechtswidrige Belastungen auferlegt würden. Unter den Eignungskriterien würden Nachweise verlangt, die nicht der Vorgabe des § 75 BVergG 2006 entsprechen würden. Sofern beim Eignungskriterium auf die Gesamtzahl der Arbeiter im Zeitpunkt der Angebotsöffnung abgestellt werden, sei dies unzulässig, weil auf das jährliche Mittel der Beschäftigten der letzten drei Jahre abzustellen wäre. Auch die Anforderung einer Mitarbeiterpartie pro 100.000 Euro angebotener Lohnkosten stelle eine unzulässige Vermengung der Eignungs- und Angebotsprüfung dar. Damit hätte es der Bieter durch die Gestaltung seines Angebotes in der Hand, die Anzahl der Arbeitspartien zu steuern. Die selben Bedenken bestünden beim Nachweis der Referenzleistungen, weil dabei auch auf den Angebotspreis abgestellt werde. Hinsichtlich der Subunternehmer habe die Antragsgegnerin lediglich festgelegt, dass diese über die erforderliche Befugnis, technischer Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen müssten, nicht jedoch über die erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Weiters werde die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Arbeit für unzulässig erklärt, was im Widerspruch zu § 83 BVergG 2006 und der Judikatur des EuGH stünde. Die Ausschreibungsunterlagen würden einen Austausch der Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft nach Zuschlagserteilung vorsehen, was rechtswidrig sei. Letztlich habe die Antragsgegnerin abermals in mehreren der angefochtenen Ausschreibungen vorgesehen, dass die Angebotsöffnung nicht unmittelbar nach dem Ende der Angebotsfrist erfolge. Dies widerspreche eindeutig der Bestimmung des § 118 Abs. 1 BVergG 2006. Die Antragsgegnerin hätte es in der Hand gehabt, das Problem der gleichzeitigen Angebotsöffnung in den neun parallel geführten Verfahren zu vermeiden weil nichts dagegen spreche, dass sie „eine gemeinsame, lange Angebotsöffnung" durchführt. Gerade dadurch, dass die Antragsgegnerin ohne äußeren Zwang zahlreiche Vergabeverfahren in gleichartiger Weise gleichzeitig durchführe, habe sie die gegenständlichen Problematik geschaffen. Hinsichtlich der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043 verlange die Antragsgegnerin zwingend ein bestimmtes Betriebssystem ohne den Beisatz „oder gleichwertig" in den Ausschreibungsunterlagen aufgenommen zu haben. Auch dies verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Weiters sehe die Antragsgegnerin in diesen Vertragsbestimmungen vor, dass verpflichtend der Bieter im Falle der Auftragserteilung Mitarbeiterschulungen bei einem bestimmten Unternehmer durchführen lassen müsste, um bei Auftragsdurchführung eine EDV - mäßige Aufbereitung aller Daten zu gewährleisten. Dadurch würden solche Bieter bevorzugt, die bereits Auftragnehmer der Antragsgegnerin wären und über entsprechend geschulte Mitarbeiter verfügen würden. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass Grundlage und Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sowie des künftigen Leistungsvertrages unter anderem näher angeführte Vertragsbestimmungen der Stadt Wien wären, in denen vielfach Bestimmungen der einschlägigen ÖNORM B2110 zugunsten des Auftraggebers verändert und ergänzt werden. Nach § 97 Abs. 2 BVergG wären Leitlinien wie ÖNORMEN für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen heranzuziehen, sofern solche vorhanden sind. Im vorliegenden Fall seien keine sachliche Gründung dafür ersichtlich, in derartig weitem Umfang, wie in den

Ausschreibungsbedingungen geschehen, von der geeigneten ÖNORM B 2110 abzuweichen. Die Beeinträchtigung der Rechte der Antragstellerin könne nur durch die Nichtigerklärung der Ausschreibungen, insbesondere der bekämpften Passagen in der Ausschreibung, behoben werden. Rechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen wie die gegenständlich bekämpften würden bewirken, dass die Antragstellerin ihr Angebot nicht bestmöglich gestalten könne und sie so keine optimale Chance für die Zuschlagserteilung habe. Verliere die Antragstellerin die optimalen Chancen auf Zuschlagserteilung, würde ihr in den jeweiligen Vergabeverfahren ein näher bezeichneter Deckungsbeitrag entgehen und ein Schaden in näher bezeichneter Höhe entstehen. Dazu käme noch bei Nichterhalt des Zuschlages der Verlust entsprechender Referenzen. Ein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens liege deshalb vor, weil die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung bei rechtskonformer Vorgangsweise entsprechend anders hätte gestalten müssen. Durch die von der Antragsgegnerin vorgenommenen Festlegungen in ihren Ausschreibungsunterlagen sei das Recht der Antragstellerin auf einen fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Wettbewerb sowie ihr Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens verletzt. Die Antragstellerin bringt vor, ein Interesse an der Angebotslegung zu sämtlichen neun Ausschreibungen zu haben. Dieses Interesse werde durch die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt, weil die Antragstellerin hinsichtlich der Kalkulation der Angebote rechtswidrig eingeschränkt und/oder behindert werde und ihr die Möglichkeit genommen werde, auf Subunternehmer zurückzugreifen, um ihre Angebote kompetitiver zu gestalten und ihr überdies rechtswidrige Belastungen auferlegt würden. Unter den Eignungskriterien würden Nachweise verlangt, die nicht der Vorgabe des Paragraph 75, BVergG 2006 entsprechen würden. Sofern beim Eignungskriterium auf die Gesamtzahl der Arbeiter im Zeitpunkt der Angebotsöffnung abgestellt werden, sei dies unzulässig, weil auf das jährliche Mittel der Beschäftigten der letzten drei Jahre abzustellen wäre. Auch die Anforderung einer Mitarbeiterpartie pro 100.000 Euro angebotener Lohnkosten stelle eine unzulässige Vermengung der Eignungs- und Angebotsprüfung dar. Damit hätte es der Bieter durch die Gestaltung seines Angebotes in der Hand, die Anzahl der Arbeitspartien zu steuern. Die selben Bedenken bestünden beim Nachweis der Referenzleistungen, weil dabei auch auf den Angebotspreis abgestellt werde. Hinsichtlich der Subunternehmer habe die Antragsgegnerin lediglich festgelegt, dass diese über die erforderliche Befugnis, technischer Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit verfügen müssten, nicht jedoch über die erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Weiters werde die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Arbeit für unzulässig erklärt, was im Widerspruch zu Paragraph 83, BVergG 2006 und der Judikatur des EuGH stünde. Die Ausschreibungsunterlagen würden einen Austausch der Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft nach Zuschlagserteilung vorsehen, was rechtswidrig sei. Letztlich habe die Antragsgegnerin abermals in mehreren der angefochtenen Ausschreibungen vorgesehen, dass die Angebotsöffnung nicht unmittelbar nach dem Ende der Angebotsfrist erfolge. Dies widerspreche eindeutig der Bestimmung des Paragraph 118, Absatz eins, BVergG 2006. Die Antragsgegnerin hätte es in der Hand gehabt, das Problem der gleichzeitigen Angebotsöffnung in den neun parallel geführten Verfahren zu vermeiden weil nichts dagegen spreche, dass sie „eine gemeinsame, lange Angebotsöffnung“ durchführt. Gerade dadurch, dass die Antragsgegnerin ohne äußeren Zwang zahlreiche Vergabeverfahren in gleichartiger Weise gleichzeitig durchführe, habe sie die gegenständlichen Problematik geschaffen. Hinsichtlich der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043 verlange die Antragsgegnerin zwingend ein bestimmtes Betriebssystem ohne den Beisatz „oder gleichwertig“ in den Ausschreibungsunterlagen aufgenommen zu haben. Auch dies verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Weiters sehe die Antragsgegnerin in diesen Vertragsbestimmungen vor, dass verpflichtend der Bieter im Falle der Auftragserteilung Mitarbeiterschulungen bei einem bestimmten Unternehmer durchführen lassen müsste, um bei Auftragsdurchführung eine EDV - mäßige Aufbereitung aller Daten zu gewährleisten. Dadurch würden solche Bieter bevorzugt, die bereits Auftragnehmer der Antragsgegnerin wären und über entsprechend geschulte Mitarbeiter verfügen würden. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass Grundlage und Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sowie des künftigen Leistungsvertrages unter anderem näher angeführte Vertragsbestimmungen der Stadt Wien wären, in denen vielfach Bestimmungen der einschlägigen ÖNORM B2110 zugunsten des Auftraggebers verändert und ergänzt werden. Nach Paragraph 97, Absatz 2, BVergG wären Leitlinien wie ÖNORMEN für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen heranzuziehen, sofern solche vorhanden sind. Im vorliegenden Fall seien keine sachliche Begründung dafür ersichtlich, in derartig weitem Umfang, wie in den Ausschreibungsbedingungen geschehen, von der geeigneten ÖNORM B 2110 abzuweichen. Die Beeinträchtigung der Rechte der Antragstellerin könne nur durch die Nichtigerklärung der Ausschreibungen, insbesondere der bekämpften Passagen in der Ausschreibung, behoben werden. Rechtswidrige

Ausschreibungsbestimmungen wie die gegenständlich bekämpften würden bewirken, dass die Antragstellerin ihr Angebot nicht bestmöglich gestalten könne und sie so keine optimale Chance für die Zuschlagserteilung habe. Verliere die Antragstellerin die optimalen Chancen auf Zuschlagserteilung, würde ihr in den jeweiligen Vergabeverfahren ein näher bezeichneter Deckungsbeitrag entgehen und ein Schaden in näher bezeichneter Höhe entstehen. Dazu käme noch bei Nichterhalt des Zuschlages der Verlust entsprechender Referenzen. Ein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens liege deshalb vor, weil die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung bei rechtskonformer Vorgangsweise entsprechend anders hätte gestalten müssen. Durch die von der Antragsgegnerin vorgenommenen Festlegungen in ihren Ausschreibungsunterlagen sei das Recht der Antragstellerin auf einen fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Wettbewerb sowie ihr Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens verletzt.

Die Antragsgegnerin sei in sämtlichen neun Vergabeverfahren von der beabsichtigten Antragstellung im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und umfassend verständigt worden, die Pauschalgebühren seien zu sämtlichen neun Nachprüfungsverfahren entrichtet worden. Die Antragsgegnerin sei in sämtlichen neun Vergabeverfahren von der beabsichtigten Antragstellung im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und umfassend verständigt worden, die Pauschalgebühren seien zu sämtlichen neun Nachprüfungsverfahren entrichtet worden.

Unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen zu den Anträgen auf Nichtigerklärung beantragte die Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition die Erlassung einstweiliger Verfügungen. Mit Bescheid vom 18.5.2006 hat der Vergabekontrollsenat die neun Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden, wobei das Verfahren VKS – 1560/06 als führend erklärt wurde. Mit gleichen Bescheid hat der Vergabekontrollsenat die beantragten einstweiligen Verfügungen erlassen. Diesbezüglich kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt des den Beteiligten zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 17.5.2006 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragstellerin dazu nicht legitimiert sei. Nach den der Antragsgegnerin zur Verfügung stehenden Unterlagen (ANKÖ-Abfrage, Homepage der Antragstellerin) sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin die geforderten einschlägigen Referenzen über Arbeiten in vergleichbaren Objekten (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) nicht erbringen könne. Ihre Angebote wären daher wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit nicht zu berücksichtigen. Sie könne daher in subjektiv-konkreten Rechten nicht verletzt sein.

Weiters müsse auch bezweifelt werden, dass die Antragstellerin ein eigenes Interesse an den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren habe. Nach Informationen der Antragsgegnerin sei sie lediglich ein „Werkzeug“ der WK Wien. Die Antragsgegnerin vermute, dass es dieser Interessensvertretung ein Anliegen wäre, alle vom Auftragsvolumen her bedeutenden Ausschreibungen, die nach Billigstbieterprinzip – wie gegenständlich in den neun Vergabeverfahren – vergeben werden sollen, zu hintertreiben. Der Nachprüfungswerberin gehe es offenbar nicht um die Wahrung ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen, womit sie die Instrumentarien des Vergaberechtes „schlicht rechtsmissbräuchlich“ verwende. In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin zusammengefasst aus, dass die von ihr erarbeiteten Ausschreibungsunterlagen im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG 2006 stünden. Ein Verstoß gegen § 75 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 liege nicht vor, weil diese Bestimmung nicht verlange, dass ein Auftraggeber alle darin genannten Nachweise fordern müsse. Die weiteren Äußerungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 19.5.2006 werden in der Folge bei Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte näher wiedergegeben werden. Weiters müsse auch bezweifelt werden, dass die Antragstellerin ein eigenes Interesse an den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren habe. Nach Informationen der Antragsgegnerin sei sie lediglich ein „Werkzeug“ der WK Wien. Die Antragsgegnerin vermute, dass es dieser Interessensvertretung ein Anliegen wäre, alle vom Auftragsvolumen her bedeutenden Ausschreibungen, die nach Billigstbieterprinzip – wie gegenständlich in den neun Vergabeverfahren – vergeben werden sollen, zu hintertreiben. Der Nachprüfungswerberin gehe es offenbar nicht um die Wahrung ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen, womit sie die Instrumentarien des Vergaberechtes „schlicht rechtsmissbräuchlich“ verwende. In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin zusammengefasst aus, dass die von ihr erarbeiteten Ausschreibungsunterlagen im Einklang mit den Bestimmungen des BVergG 2006 stünden. Ein Verstoß gegen Paragraph 75, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 liege nicht vor, weil diese Bestimmung nicht verlange, dass

ein Auftraggeber alle darin genannten Nachweise fordern müsse. Die weiteren Äußerungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 19.5.2006 werden in der Folge bei Behandlung der einzelnen Anfechtungspunkte näher wiedergegeben werden.

Mit Schriftsatz vom 24.5.2006 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin, ihr fehle es an der Antragslegitimation wegen mangelnder Referenzen ausgeführt, dass die Regelung bezüglich dieser Frage im Punkt 2.10e der Verfahrensbestimmungen rechtswidrig wäre. Dieser Punkt der Ausschreibungsunterlage sei ohnedies wegen Vergaberechtswidrigkeit angefochten worden. Im Übrigen verfüge die Antragstellerin über ausreichende Referenzen, wie sie in der Ausschreibung verlangt würden. Selbstverständlich beabsichtige die Antragstellerin sich an den Vergabeverfahren zu beteiligen und ein ausschreibungskonformes und auch sonst rechtskonformes Angebot zu legen. Zum Nachweis dafür beruft sie sich auf mit diesem Schriftsatz vorgelegte Referenzlisten, Referenzschreiben und Rechnungen.

In ihrer darauf erstatteten Stellungnahme vom 12.6.2006 führt die Antragsgegnerin aus, es treffe zwar zu, dass die Antragstellerin Punkt 2.10e der Ausschreibungsunterlage angefochten habe, diese Anfechtung sich jedoch lediglich auf die – behauptete – Verquickung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. die geforderte technische Ausstattung beziehe, nicht jedoch auf den geforderten Standard für taugliche Referenzprojekte. „Dieser Standard“ sei „mithin anfechtungsfest geworden; das diesbezügliche Rügerecht der Nachprüfungswerberin“ sei präkludiert.

In ihrer Gegenstellungnahme vom 20.6.2006 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannten Argumente wiederholt.

Vorauszuschicken ist, dass der Vergabekontrollsenat bei seiner Entscheidung über die zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen neun Nachprüfungsanträge, um eine bessere Übersichtlichkeit und Verständlichkeit zu gewährleisten, jeweils Feststellungen zu den einzelnen Anfechtungspunkten trifft, sodann die Stellungnahmen der beiden Beteiligten wiedergibt und jeweils die rechtliche Beurteilung anschließend daran vornimmt. Dabei folgt er der Gliederung der Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz, Abschnitt 3 – Geltend gemachte Beschwerdegründe und Rechtswidrigkeiten.

Zu den nachstehend wiedergegebenen Feststellungen, soweit sie angefochtene Punkte der Ausschreibungen betreffen, gelangte der Vergabekontrollsenat vor allem auf Grund des unbedenklichen Inhaltes der Vergabeakten sowie der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens eingebrachten Schriftsätze des Antragstellers (einleitender Schriftsatz vom 12.5.2006, Stellungnahmen vom 24.5.2006 und 20.6.2006) und der Antragsgegnerin (Stellungnahmen vom 17.5.2006, 19.5.2006, 12.6.2006) und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung.

Allgemein zu bemerken ist, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt bereits die Bestimmungen des mit 1.2.2006 in Kraft getretenen Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, mit den Ausnahmebestimmungen des § 345 Abs. 3 BVergG 2006, anzuwenden sind. Allgemein zu bemerken ist, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt bereits die Bestimmungen des mit 1.2.2006 in Kraft getretenen Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, mit den Ausnahmebestimmungen des Paragraph 345, Absatz 3, BVergG 2006, anzuwenden sind.

Zunächst war das Vorbringen der Antragsgegnerin zu prüfen, ob der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren Antragslegitimation zukommt oder nicht (vgl. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 17.5.2006). Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 20 Z 13 lit. a des BVergG 2002) des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach der weiterhin in Geltung stehenden Bestimmung des § 20 Z 13 BVergG 2002 (siehe § 345 Abs. 3 Z 5 BVergG 2006) handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gemäß Z 13 lit. a sublit. aa leg. cit. gesondert anfechtbare Entscheidung. Werden von einem an einem Vergabeverfahren interessierten Unternehmer die Ausschreibung oder Ausschreibungsbestimmungen angefochten, hat er die allgemeinen Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Nachprüfungsverfahren sowie sein Interesse an einer Angebotslegung zu behaupten, er muss in diesem Stadium des Verfahrens aber noch nicht die besonderen Eignungskriterien, wie etwa gegenständlich einschlägige Referenzen, nachweisen. Weder die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes noch des WVRG verlangen den Nachweis über Referenzprojekte, um die Ausschreibungsbestimmungen anfechten zu können. Die Prüfung, ob ein Bieter die verlangten Ausschreibungsbedingungen erfüllt und allenfalls geforderte Referenzen erbringen kann, hat erst im Stadium der Angebotsprüfung zu erfolgen, weshalb der diesbezüglich Einwand der Antragsgegnerin ins Leere geht. In

diesem Sinn hat der Vergabekontrollsenat – wie dies bereits in der Entscheidung über die einstweilige Verfügung zum Ausdruck gekommen ist - die Antragslegitimation der Antragstellerin bejaht. Zunächst war das Vorbringen der Antragsgegnerin zu prüfen, ob der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren Antragslegitimation zukommt oder nicht (vergleiche Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 17.5.2006). Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, des BVergG 2002) des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach der weiterhin in Geltung stehenden Bestimmung des Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 (siehe Paragraph 345, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006) handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gemäß Ziffer 13, Litera a, Sub-Liter a, a, leg. cit. gesondert anfechtbare Entscheidung. Werden von einem an einem Vergabeverfahren interessierten Unternehmer die Ausschreibung oder Ausschreibungsbestimmungen angefochten, hat er die allgemeinen Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Nachprüfungsverfahren sowie sein Interesse an einer Angebotslegung zu behaupten, er muss in diesem Stadium des Verfahrens aber noch nicht die besonderen Eignungskriterien, wie etwa gegenständlich einschlägige Referenzen, nachweisen. Weder die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes noch des WVRG verlangen den Nachweis über Referenzprojekte, um die Ausschreibungsbestimmungen anfechten zu können. Die Prüfung, ob ein Bieter die verlangten Ausschreibungsbedingungen erfüllt und allenfalls geforderte Referenzen erbringen kann, hat erst im Stadium der Angebotsprüfung zu erfolgen, weshalb der diesbezüglich Einwand der Antragsgegnerin ins Leere geht. In diesem Sinn hat der Vergabekontrollsenat – wie dies bereits in der Entscheidung über die einstweilige Verfügung zum Ausdruck gekommen ist - die Antragslegitimation der Antragstellerin bejaht.

Das Ende der Angebotsfristen in den gegenständlichen neun Vergabeverfahren war jeweils der 29.5.2006, 9.00 Uhr. Die Anträge auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibungen bzw. einzelner Ausschreibungsbestimmungen sind am 12.5.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Sie sind damit rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. a WVRG. Die Antragstellerin hat in ihren Anträgen auch ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr allenfalls drohenden Schaden dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Die Antragstellerin hat auch die rechtzeitige und vollständige Benachrichtigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG nachgewiesen. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Die zu entrichtenden Gebühren wurden beigebracht. Die Anträge sind auch grundsätzlich zulässig, da damit gesondert anfechtbare Entscheidungen der Auftraggeberin (§ 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002) bekämpft werden. Das Ende der Angebotsfristen in den gegenständlichen neun Vergabeverfahren war jeweils der 29.5.2006, 9.00 Uhr. Die Anträge auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibungen bzw. einzelner Ausschreibungsbestimmungen sind am 12.5.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Sie sind damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, WVRG. Die Antragstellerin hat in ihren Anträgen auch ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr allenfalls drohenden Schaden dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Die Antragstellerin hat auch die rechtzeitige und vollständige Benachrichtigung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG nachgewiesen. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen den Voraussetzungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Die zu entrichtenden Gebühren wurden beigebracht. Die Anträge sind auch grundsätzlich zulässig, da damit gesondert anfechtbare Entscheidungen der Auftraggeberin (Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Liter a, a, BVergG 2002) bekämpft werden.

Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Bei den gegenständlichen Verfahren handelt es sich um die Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006). Da die Ausschreibungen der Antragsgegnerin angefochten werden, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1 WVRG zuständig. Da die Antragstellerin ihr Interesse an der Teilnahme an den Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungen und den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt hat, sie ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen ist, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin insoweit gegeben. Gemäß § 26 WVRG hat der Vergabekontrollsenat im Zuge eines Verfahrens zur Vergabe eines Auftrages ergangene Entscheidungen eines Auftraggebers für nichtig zu erklären,

wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (nunmehr Bundesvergabegesetz 2006) oder der hiezu erlassenen Verordnungen stehen und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidung kommt dabei insbesondere auch die Streichung von Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischen Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Die Antragstellerin beantragt primär die Ausschreibung als Ganzes für nichtig zu erklären, insbesondere aber die von ihr näher bezeichneten Ausschreibungsbestimmungen. Wie noch darzustellen sein wird, hat der Vergabekontrollsenat keinen Grund gefunden, die angefochtenen neun Ausschreibungen der Antragsgegnerin in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates wird es der Antragsgegnerin möglich sein, auch nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen in ihren Ausschreibungsunterlagen, nach entsprechender Ergänzung bzw. Berichtigung das Vergabeverfahren entsprechend fortzuführen. In diesem Sinne war daher vorweg der Antrag der Antragstellerin, die neun Ausschreibungen in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, abzuweisen. Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Bei den gegenständlichen Verfahren handelt es sich um die Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006). Da die Ausschreibungen der Antragsgegnerin angefochten werden, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, WVRG zuständig. Da die Antragstellerin ihr Interesse an der Teilnahme an den Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungen und den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt hat, sie ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen ist, ist die Antragslegitimation der Antragstellerin insoweit gegeben. Gemäß Paragraph 26, WVRG hat der Vergabekontrollsenat im Zuge eines Verfahrens zur Vergabe eines Auftrages ergangene Entscheidungen eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (nunmehr Bundesvergabegesetz 2006) oder der hiezu erlassenen Verordnungen stehen und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidung kommt dabei insbesondere auch die Streichung von Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischen Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Die Antragstellerin beantragt primär die Ausschreibung als Ganzes für nichtig zu erklären, insbesondere aber die von ihr näher bezeichneten Ausschreibungsbestimmungen. Wie noch darzustellen sein wird, hat der Vergabekontrollsenat keinen Grund gefunden, die angefochtenen neun Ausschreibungen der Antragsgegnerin in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates wird es der Antragsgegnerin möglich sein, auch nach Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen in ihren Ausschreibungsunterlagen, nach entsprechender Ergänzung bzw. Berichtigung das Vergabeverfahren entsprechend fortzuführen. In diesem Sinne war daher vorweg der Antrag der Antragstellerin, die neun Ausschreibungen in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, abzuweisen.

Bei den einzelnen Anfechtungspunkten folgt der Vergabekontrollsenat wie bereits ausgeführt, der Systematik der Antragstellerin unter Abschnitt 3 ihrer einleitenden Schriftsätze. Dazu im Einzelnen:

Ausschreibungsunterlage „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge - Elektrotechnik KG.....“:

Zu 3.1.1. Punkt 2.10 lit. b der Ausschreibung – Eignungskriterien
Zu 3.1.1. Punkt 2.10 Litera b, der Ausschreibung – Eignungskriterien:

Unter diesem Punkt wird festgelegt, dass ein Nachweis der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer/-innen zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu erbringen ist, wobei pro angebotenem Los der Bieter für den Lohnanteil der jährlichen Netto-Angebotssumme über eine einsatzfähige Partie (ein Elektromonteur und ein Helfer) je begonnenen EUR 100.000,- netto verfügen muss.

Die Antragstellerin bekämpft diese Festlegungen und verweist auf die abschließende Aufzählung der Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit in § 75 BVergG 2006. Insbesondere sei der geforderte Nachweis unzulässig, weil die Antragsgegnerin auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung und nicht auf das jährliche Mittel der Beschäftigten der letzten drei Jahre abstellt. Weiters hält sie diesen Nachweis für vergaberechtswidrig, da er eine unzulässige Vermengung von Eignungs- und Angebotsprüfung darstellt. (Gemeint ist hier wohl Eignungs- und Zuschlagskriterium. Dies deswegen, weil der Lohnkostenanteil als Bestandteil des einzigen Zuschlagskriteriums „Preis“

gilt und gleichzeitig zum Bestandteil der Eignung gemacht wird). Darüber hinaus führe diese Festlegung im Ergebnis dazu, dass der Mindeststandard der Eignung nicht für alle Bieter einheitlich, sondern von der jeweiligen Angebotssumme abhängig sei. Bieter mit höherem Lohnkostenanteil müssten demnach über eine höhere Zahl an einsatzfähigen Partien verfügen, als jene mit niedrigerem Lohnkostenanteil. Die Antragstellerin bekämpft diese Festlegungen und verweist auf die abschließende Aufzählung der Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit in Paragraph 75, BVergG 2006. Insbesondere sei der geforderte Nachweis unzulässig, weil die Antragsgegnerin auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung und nicht auf das jährliche Mittel der Beschäftigten der letzten drei Jahre abstellt. Weiters hält sie diesen Nachweis für vergaberechtswidrig, da er eine unzulässige Vermengung von Eignungs- und Angebotsprüfung darstellt. (Gemeint ist hier wohl Eignungs- und Zuschlagskriterium. Dies deswegen, weil der Lohnkostenanteil als Bestandteil des einzigen Zuschlagskriteriums „Preis“ gilt und gleichzeitig zum Bestandteil der Eignung gemacht wird). Darüber hinaus führe diese Festlegung im Ergebnis dazu, dass der Mindeststandard der Eignung nicht für alle Bieter einheitlich, sondern von der jeweiligen Angebotssumme abhängig sei. Bieter mit höherem Lohnkostenanteil müssten demnach über eine höhere Zahl an einsatzfähigen Partien verfügen, als jene mit niedrigerem Lohnkostenanteil.

Die Antragsgegnerin rechtfertigt ihre Festlegung damit, dass sie geringere Anforderungen an die Bieter vorhergesehen habe, als dies gemäß § 75 BVergG 2006 zulässig. Das Abstellen auf den Beschäftigungsstand zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei ein „weniger“ gegenüber den gesetzlich erlaubten Nachweisen. Weiters argumentiert die Antragsgegnerin, dass Eignungskriterien gemäß BVergG 2006 nicht diskriminierend und auf den Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderungen sein müssten. Dass sie für alle Bieter einheitlich zu sein haben, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Bezüglich der Zulässigkeit solcher Nachweise verweist die Antragsgegnerin auf die Entscheidung des VKS, Zl. VKS- 1367/05, wo ähnliche Nachweise bekämpft und damals vom VKS für zulässig erachtet wurden. Die Antragsgegnerin rechtfertigt ihre Festlegung damit, dass sie geringere Anforderungen an die Bieter vorhergesehen habe, als dies gemäß Paragraph 75, BVergG 2006 zulässig. Das Abstellen auf den Beschäftigungsstand zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei ein „weniger“ gegenüber den gesetzlich erlaubten Nachweisen. Weiters argumentiert die Antragsgegnerin, dass Eignungskriterien gemäß BVergG 2006 nicht diskriminierend und auf den Leistungsinhalt abgestimmte Mindestanforderungen sein müssten. Dass sie für alle Bieter einheitlich zu sein haben, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Bezüglich der Zulässigkeit solcher Nachweise verweist die Antragsgegnerin auf die Entscheidung des VKS, Zl. VKS- 1367/05, wo ähnliche Nachweise bekämpft und damals vom VKS für zulässig erachtet wurden.

Hiezu hat der VKS erwogen:

Bei der Frage der Zulässigkeit des gegenständlichen Eignungskriteriums sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen. Zum einen ist festzustellen, dass eine Vermengung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien vergaberechtlich unzulässig ist. Die von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung als Eignungskriterium definierte Forderung nach einer bestimmten Anzahl von Mitarbeitern pro EUR 100.000,-- Umsatz kann insofern als Eignungskriterium qualifiziert werden, als es sich dabei um eine, auf den Leistungsinhalt abgestimmte, Mindestanforderung an den Bieter handelt. Hinsichtlich der von der Antragstellerin angeführten Problematik, dass das Bundesvergabegesetz 2006 eine abschließende Aufstellung der Nachweise enthält, worunter sich die von der Antragsgegnerin in der Ausschreibung festgelegten nicht befindet, ist auszuführen, dass es durchaus erforderlich sein kann und jedenfalls zulässig ist, die abschließend aufgezählten Nachweise durch Festlegung von Mindestanforderungen oder Konkretisierungen in einer konkreten Ausschreibung zu ergänzen. Insoweit kann in der Festlegung der Antragsgegnerin keine vergaberechtswidrige Vorgangsweise erblickt werden. Die hinter dem konkreten Eignungskriterium stehende Forderung der Antragsgegnerin nach ausreichender Leistungsfähigkeit hinsichtlich der im Unternehmen des Bieters vorhandenen Zahl der Mitarbeiter ist daher grundsätzlich vergaberechtskonform. Die in der Ausschreibung gewählte Form der Spezifizierung des gewünschten Nachweises stellt die Festlegung von Mindestanforderungen (eine einsatzfähige Partie bestehend aus Elektromonteur und Helfer je 100.000,-- Euro) dar. Die von der Antragstellerin aufgeworfene Problematik, wonach sich die 100.000,-- Euro-Grenze auf den Lohnanteil der jährlichen Nettoangebotssumme unter Einbeziehung des allenfalls zu gewährenden Aufschlages oder Nachlasses zu beziehen habe, wie dies in dem in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Beispiel dargestellt wird, führt aber im Ergebnis zu einer unterschiedlichen Eignungsanforderung an die einzelnen Bieter in Abhängigkeit ihrer Angebotspreise unter unterschiedliche Gewichtung der Preisanteile. Schon aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Vergleichbarkeit der Angebote, müsste diese angefochtene Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen

dahingehend ausgelegt werden, dass es sich bei der Vergleichssumme von 100.000,-- Euro um die vom Auftraggeber vorgegebene, für alle Bieter in gleicher Höhe geltende Lohnsumme handelt. Eine diesbezügliche Klarstellung konnte in der mündlichen Verhandlung jedoch nicht erreicht werden.

Die gegenständlichen Vergabeverfahren wurden im Preisaufschlag- und nachlassverfahren ausgeschrieben, wodurch es bereits in der Ausschreibung eine dementsprechende Lohnsumme gibt. Nur diese, durch jegliche Aufschläge und Nachlässe der Bieter unveränderte Summe wäre zur Betrachtung der Eignung eines Unternehmers heranzuziehen. Damit wäre gewährleistet, dass auch alle Bieter am gleichen Maßstab, nämlich der für alle gleichen Lohnsumme in den Ausschreibungsunterlagen gemessen werden. Nur so könnte die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung sinnvoll zur Anwendung gebracht werden, da bei jeder anderen Interpretation jene Unternehmer, die hohe Nachlässe auf die Lohnsumme geben, damit nur eine geringere Eignung benötigen würden als jene Unternehmern, die geringe Nachlässe oder sogar Aufschläge auf die Lohnsumme anbieten würden.

Da Ausschreibungsbestimmungen eindeutig sein müssen, um im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter und der Vergleichbarkeit der Angebote den Vorgaben des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 entsprechen zu können, eine diesbezügliche Klarstellung seitens der Antragsgegnerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht erfolgt ist, war die diesbezügliche Bestimmung für nichtig zu erklären. Da Ausschreibungsbestimmungen eindeutig sein müssen, um im Sinne der Gleichbehandlung der Bieter und der Vergleichbarkeit der Angebote den Vorgaben des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechen zu können, eine diesbezügliche Klarstellung seitens der Antragsgegnerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht erfolgt ist, war die diesbezügliche Bestimmung für nichtig zu erklären.

Zu 3.1.2. Punkt 2.10 lit. e der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD.....“ Zu 3.1.2. Punkt 2.10 Litera e, der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD.....“:

In Punkt 2.10 Eignung, lit. e, Technische Leistungsfähigkeit, wird festgelegt, dass die Bieter durch Referenzen nachweisen müssen, dass sie in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben. Im selben Punkt wird offen gelassen, was unter angemessener Ausstattung, Geräten und technischer Ausrüstung zu verstehen ist. In Punkt 2.10 Eignung, Litera e., Technische Leistungsfähigkeit, wird festgelegt, dass die Bieter durch Referenzen nachweisen müssen, dass sie in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme erbracht haben. Im selben Punkt wird offen gelassen, was unter angemessener Ausstattung, Geräten und technischer Ausrüstung zu verstehen ist.

Die Antragstellerin kritisiert wiederum die Verknüpfung von Angebotspreis und Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit mit der gleichen Begründung wie zum vorhergehenden Punkt, nämlich, dass der Mindeststandard nicht für alle Bieter einheitlich festgelegt, sondern vom jeweiligen Angebotspreis, abhängig sei. Weiters wird von ihr eine Erklärung über Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung verlangt, weil in den Ausschreibungsbestimmungen diesbezüglich keine Mindestanforderungen festgelegt wurden. Dadurch sei eine Eignungsprüfung nicht möglich.

Die Antragsgegnerin argumentiert zu den Referenzen ebenso wie im vorangegangenen Punkt dargestellt und ergänzt, dass sie berechtigt gewesen wäre, Referenzprojekte mit einem dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbaren Auftragsvolumen zu verlangen.

Hiezu hat der VKS erwogen:

Die Zulässigkeit des bekämpften Eignungsnachweises für Referenzen ist ähnlich zu bewerten, wie die Zulässigkeit des Eignungskriteriums über Mitarbeiter je 100.000,--

Euro. Bei der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Festlegung handelt es sich wiederum um eine Spezifizierung von einem der im § 75 BVergG 2006 abschließend aufgezählten Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit. Auch in diesem Fall wird zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber die Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme ohne Berücksichtigung jeglicher Aufschläge und Nachlässe der Bieter heranzuziehen sei. (Auch wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen nicht mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck kommt.) Euro. Bei der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Festlegung handelt es sich wiederum um eine Spezifizierung von einem der im Paragraph 75, BVergG 2006 abschließend aufgezählten Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit. Auch in

diesem Fall wird zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber die Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme ohne Berücksichtigung jeglicher Aufschläge und Nachlässe der Bieter heranzuziehen sei. (Auch wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen nicht mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck kommt.)

Die Forderung nach einer Erklärung über Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung des Bieters entspricht zwar dem Grunde nach dem knappen Wortlaut des § 75 BVergG 2006, beinhaltet jedoch keine Angaben über Mindestanforderungen. Daraus folgt, dass der Antragsgegnerin jegliche, einem durchschnittlichen Elektrikerbetrieb zur Verfügung stehende Ausstattung und technische Ausrüstung für den gegenständlichen Auftrag für ausreichend scheint. Diesbezüglich wird in den Materialien zum BVergG 2006 ausgeführt, dass „§ 75 eine für den Auftraggeber abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung enthält. Welche Nachweise der Auftraggeber verlangt, liegen in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot determinierten Ermessen.“ Die Forderung nach einer Erklärung über Ausstattung, Geräte und technische Ausrüstung des Bieters entspricht zwar dem Grunde nach dem knappen Wortlaut des Paragraph 75, BVergG 2006, beinhaltet jedoch keine Angaben über Mindestanforderungen. Daraus folgt, dass der Antragsgegnerin jegliche, einem durchschnittlichen Elektrikerbetrieb zur Verfügung stehende Ausstattung und technische Ausrüstung für den gegenständlichen Auftrag für ausreichend scheint. Diesbezüglich wird in den Materialien zum BVergG 2006 ausgeführt, dass „§ 75 eine für den Auftraggeber abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung enthält. Welche Nachweise der Auftraggeber verlangt, liegen in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot determinierten Ermessen.“

Wenn daher ein Auftraggeber in seine Ausschreibung diese Nachweise gemäß § 75 BVergG 2006 ohne weitere Konkretisierung oder Festlegung von Mindestanforderungen aufnimmt, so kann er bei der Bieterprüfung im Zuge der Angebotsprüfung auch keinerlei, über das Ausmaß der üblichen Ausstattung eines einschlägigen Unternehmens hinausgehende, Anforderungen stellen. In diesem Sinne erweist sich die Anfechtung dieser Ausschreibungsbestimmungen als nicht berechtigt. Wenn daher ein Auftraggeber in seine Ausschreibung diese Nachweise gemäß Paragraph 75, BVergG 2006 ohne weitere Konkretisierung oder Festlegung von Mindestanforderungen aufnimmt, so kann er bei der Bieterprüfung im Zuge der Angebotsprüfung auch keinerlei, über das Ausmaß der üblichen Ausstattung eines einschlägigen Unternehmens hinausgehende, Anforderungen stellen. In diesem Sinne erweist sich die Anfechtung dieser Ausschreibungsbestimmungen als nicht berechtigt.

Zu 3.2. Unvollständige Subunternehmerprüfung:

In Punkt 2.16 der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD“ wird festgelegt, dass Subunternehmer über die erforderliche Befugnis, technische Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit für die Ausführung des entsprechenden Teils der Leistung verfügen müssen. Weiters wird von der Antragstellerin unter diesem Punkt angefochten, dass die Ausschreibungsbedingungen vorsehen, „eine Weitergabe des gesamten Auftrags oder von wesentlichen Teilen der Arbeiten ist unzulässig“.

Die Antragstellerin kritisiert in diesem Zusammenhang, dass gemäß § 83 BVergG 2006 die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig ist, als der Subunternehmer auch die für die Ausführung eines Teils erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt, welche Anforderungen in diesen Punkt der Ausschreibung fehlen. Weiters kritisiert die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Arbeiten für unzulässig erklärt hat. Auch dies widerspreche § 83 BVergG 2006. Die Antragstellerin kritisiert in diesem Zusammenhang, dass gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig ist, als der Subunternehmer auch die für die Ausführung eines Teils erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt, welche Anforderungen in diesen Punkt der Ausschreibung fehlen. Weiters kritisiert die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin die Weitergabe von wesentlichen Teilen der Arbeiten für unzulässig erklärt hat. Auch dies widerspreche Paragraph 83, BVergG 2006.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass sich der Bestimmung des § 83 BVergG 2006 nicht entnehmen lasse, dass ein Auftraggeber die Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer nicht ausschließen darf. Sie ist der Meinung, dass bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung ein solcher Ausschluss zulässig sein muss. Nur die Weitergabe des gesamten Auftrages sei an sich unzulässig. Die Antragsgegnerin leitet daraus ab, dass es kein gemeinschaftsrechtliches Gebot gibt, die Weitervergabe von wesentlichen Leistungsteilen an Subunternehmer jedenfalls zuzulassen. Die Sensibilität der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sowie Dauer und Umfang des

Rahmenvertrages würden ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Leistungsteile rechtfertigen. Die zu erwartenden zehntausende Einzelaufträge würden vollelektronisch abgewickelt und erforderten die kontinuierliche Ausführung der Leistungen durch geprüfte und ausgewählte Auftragnehmer. In der mündlichen Verhandlung hat sie dazu ergänzend ausgeführt, eben wegen der zahlreichen („etwa hunderttausende Aufträge“) könnten die jährlich zu erbringenden Leistungen nicht in jedem Einzelfall abgenommen werden. Es sei daher für die Antragsgegnerin wichtig, dass der konkrete Unternehmer diese Arbeiten tatsächlich selbst ausführt, weil dies ein gewisses Vertrauensverhältnis voraussetze. Die Durchführung der Arbeiten könnte nur stichprobenweise überprüft werden (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass sich der Bestimmung des Paragraph 83, BVergG 2006 nicht entnehmen lasse, dass ein Auftraggeber die Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer nicht ausschließen darf. Sie ist der Meinung, dass bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung ein solcher Ausschluss zulässig sein muss. Nur die Weitergabe des gesamten Auftrages sei an sich unzulässig. Die Antragsgegnerin leitet daraus ab, dass es kein gemeinschaftsrechtliches Gebot gibt, die Weitervergabe von wesentlichen Leistungsteilen an Subunternehmer jedenfalls zuzulassen. Die Sensibilität der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sowie Dauer und Umfang des Rahmenvertrages würden ein Verbot der Weitergabe wesentlicher Leistungsteile rechtfertigen. Die zu erwartenden zehntausende Einzelaufträge würden vollelektronisch abgewickelt und erforderten die kontinuierliche Ausführung der Leistungen durch geprüfte und ausgewählte Auftragnehmer. In der mündlichen Verhandlung hat sie dazu ergänzend ausgeführt, eben wegen der zahlreichen („etwa hunderttausende Aufträge“) könnten die jährlich zu erbringenden Leistungen nicht in jedem Einzelfall abgenommen werden. Es sei daher für die Antragsgegnerin wichtig, dass der konkrete Unternehmer diese Arbeiten tatsächlich selbst ausführt, weil dies ein gewisses Vertrauensverhältnis voraussetze. Die Durchführung der Arbeiten könnte nur stichprobenweise überprüft werden (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Hiezu hat der VKS erwogen:

Hinsichtlich der Anforderungen an die Eignung von Subunternehmern legt § 83 BVergG 2006 eindeutig fest, dass diese auch ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen haben. Diesbezüglich fehlen entsprechende Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlagen, weshalb die Ausschreibungsbestimmungen in diesem Punkte für nichtig zu erklären waren. Hinsichtlich der Anforderungen an die Eignung von Subunternehmern legt Paragraph 83, BVergG 2006 eindeutig fest, dass diese auch ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen haben. Diesbezüglich fehlen entsprechende Bestimmungen in der Ausschreibungsunterlagen, weshalb die Ausschreibungsbestimmungen in diesem Punkte für nichtig zu erklären waren.

Bezüglich der Frage, ob die Beschränkung der Zulässigkeit der Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer zulässig ist, ist festzustellen, dass § 83 BVergG 2006 eine solche Beschränkung lediglich für die Weitergabe des gesamten Auftrages vorsieht. Gegenüber den diesbezüglichen Bestimmungen im BVergG 2002 hat sich im BVergG 2006 eine wesentliche Änderung ergeben. War es gemäß den bisher geltenden Bestimmungen des BVergG 2002 einem öffentlichen Auftraggeber noch möglich, die Ausführung von wesentlichen Teilen der Leistung vom Bieter bzw. Auftragnehmer erbringen zu lassen und hierfür keinen Subunternehmer zuzulassen, wurde diese Bestimmung im BVergG 2006 auf Grund der einschlägigen EuGH-Judikatur nicht mehr aufgenommen. Ein Unternehmen kann demnach den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit jedenfalls dadurch erbringen, dass er die tatsächliche Verfügbarkeit von Kapazitäten eines leistungsfähigen Dritten nachweist (vgl. EuGH 2.12.1999, Rs C – 176/98 „Holst Italia“ u.a.). Bezüglich der Frage, ob die Beschränkung der Zulässigkeit der Weitergabe wesentlicher Leistungsteile an Subunternehmer zulässig ist, ist festzustellen, dass Paragraph 83, BVergG 2006 eine solche Beschränkung lediglich für die Weitergabe des gesamten Auftrages vorsieht. Gegenüber den diesbezüglichen Bestimmungen im BVergG 2002 hat sich im BVergG 2006 eine wesentliche Änderung ergeben. War es gemäß den bisher geltenden Bestimmungen des BVergG 2002 einem öffentlichen Auftraggeber noch möglich, die Ausführung von wesentlichen Teilen der Leistung vom Bieter bzw. Auftragnehmer erbringen zu lassen und hierfür keinen Subunternehmer zuzulassen, wurde diese Bestimmung im BVergG 2006 auf Grund der einschlägigen EuGH-Judikatur nicht mehr aufgenommen. Ein Unternehmen kann demnach den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit jedenfalls dadurch erbringen, dass er die tatsächliche Verfügbarkeit von Kapazitäten eines leistungsfähigen Dritten nachweist vergleiche EuGH 2.12.1999, Rs C – 176/98 „Holst Italia“ u.a.).

Die Antragsgegnerin argumentiert in diesem Zusammenhang, dass ein solcher Ausschluss – bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung – zulässig sein muss, ergebe sich bereits aus einer wertenden systematischen Betrachtung: Gemäß § 83 erster Satz BVergG 2006 sei „die Weitergabe des gesamten Auftrages“ an sich unzulässig. Dieses Verbot

machte keinen Sinn, wenn es bereits dadurch umgangen werden könnte, dass der Auftragnehmer nur kleinste Auftragsteile (z.B. Grobplanungen) selbst erbringt, den ganz überwiegenden Teil des Auftrages aber an Subunternehmer weitergibt. Auch der Gesetzgeber des BVergG 2006 gehe daher offenbar davon aus, dass der Auftragnehmer die wesentlichen Teile des Auftrages selbst zu erbringen hat. Die Antragsgegnerin argumentiert in diesem Zusammenhang, dass ein solcher Ausschluss – bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung – zulässig sein muss, ergebe sich bereits aus einer wertenden systematischen Betrachtung: Gemäß Paragraph 83, erster Satz BVergG 2006 sei „die Weitergabe des gesamten Auftrages“ an sich unzulässig. Dieses Verbot mache keinen Sinn, wenn es bereits dadurch umgangen werden könnte, dass der Auftragnehmer nur kleinste Auftragsteile (z.B. Grobplanungen) selbst erbringt, den ganz überwiegenden Teil des Auftrages aber an Subunternehmer weitergibt. Auch der Gesetzgeber des BVergG 2006 gehe daher offenbar davon aus, dass der Auftragnehmer die wesentlichen Teile des Auftrages selbst zu erbringen hat.

Abgesehen davon, dass dem Vorbringen der Antragsgegnerin das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe nicht zu entnehmen sind, auch nicht wenn sie ausführt, dass ihr wegen der Unzahl der zu vergebenden Einzelaufträge eine effektive Kontrolle der Arbeitsdurchführung nicht möglich sei, steht dem auch die „subunternehmerfreundliche“ Judikatur des EuGH entgegen. Die Grenze für den Einsatz von Subunternehmern wird lediglich bei Bauaufträgen dort gezogen, wo sie die Weitergabe des gesamten Auftrages betrifft. Somit widerspricht dieser Teil der Angebotsbestimmungen über Subunternehmer den geltenden Bestimmungen des BVergG 2006 und war daher in diesem Umfang für nichtig zu erklären.

Zu 3.3 Unzulässiger Austausch in Arbeitsgemeinschaften

Im Punkt 2.17 der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD.....“ wird festgelegt, dass die ARGE bei Ausscheiden eines Mitgliedes im Einvernehmen mit dem Auftraggeber einen Ersatz stellen kann.

Die Antragstellerin führt dazu aus, dass, wenn ein Mitglied einer ARGE ausgetauscht wird, eine neue ARGE vorliegt. Eine ARGE sei keine eigene juristische Person, sie sei in der Regel Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich um die Erlangung eines Auftrages bewirbt. Somit liegt bei Austausch eines ARGE-Mitglieds ein neuer Vertrag und damit eine vergaberechtswidrige Direktvergabe vor.

Die Antragsgegnerin stellt in Frage, dass die Antragstellerin durch diese Bestimmung überhaupt beschwert sein kann. Letztlich rechtfertigt sie diese Bestimmung damit, dass Arbeitsgemeinschaften gemäß § 20 Abs. 2 BVergG 2006 nunmehr als solche parteifähig sind. Damit wäre eine „ARGE“ als juristische Person Träger von Rechten und Pflichten. Ein Auswechseln von Mitgliedern der ARGE habe daher keine Auswirkungen auf das Bestehen dieser juristischen Person und damit auf das mit ihr zustande gekommene Vertragsverhältnis. Die Antragsgegnerin stellt in Frage, dass die Antragstellerin durch diese Bestimmung überhaupt beschwert sein kann. Letztlich rechtfertigt sie diese Bestimmung damit, dass Arbeitsgemeinschaften gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 nunmehr als solche parteifähig sind. Damit wäre eine „ARGE“ als juristische Person Träger von Rechten und Pflichten. Ein Auswechseln von Mitgliedern der ARGE habe daher keine Auswirkungen auf das Bestehen dieser juristischen Person und damit auf das mit ihr zustande gekommene Vertragsverhältnis.

Dieser Sachverhalt ist wie folgt zu beurteilen:

Die angefochtene Bestimmung wird in der Ausschreibung unter „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge“ angeführt, sie ist ihrem Wesen nach aber eine Vertragsbestimmung, die erst nach Vertragsabschluss und damit dem Ende des Vergabeverfahrens zum Tragen kommen soll. Würde sich nämlich während des Vergabeverfahrens die Identität eines oder mehrere Mitglieder einer ARGE ändern, so würde dies zum Wegfall des Bieters „Bietergemeinschaft“ führen. Inwieweit eine Änderung hinsichtlich der Zusammensetzung einer ARGE während der Vertragserbringung zulässig sein kann, wird vom konkreten Anlassfall abhängen und nach den Bestimmungen des Zivilrechtes zu beurteilen sein. Gemäß § 1175 ABGB handelt es sich bei einer ARGE als Zusammenschluss mehrerer Unternehmen rechtlich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR). Das BVergG ermöglicht mehreren Rechtspersonen in Form einer ARGE ein gemeinsames Angebot zu legen. Die ARGE besitze jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb die Rechte und Pflichten den einzelnen Mitgliedern zuzurechnen sind. Das Angebot ist daher von allen Mitgliedern zu unterfertigen und der Vertrag kommt zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Mitgliedern der ARGE als Vertragspartner zustande. Die Haftung gegenüber dem Auftraggeber ist auf Grund gesetzlicher Anordnung (§ 1203 ABGB, § 20 Z 3 BVergG) eine solidarische. Kommt es zum Ausscheiden eines Mitgliedes

der ARGE, so ist nach § 1207 ABGB vorzugehen. Nur dann, wenn eine GesBR nur aus zwei Personen besteht, erlischt sie durch den Wegfall des Anderen. Besteht sie aus mehreren Mitgliedern, so wird von den übrigen Mitgliedern vermutet, dass sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Die angefochtene Bestimmung wird in der Ausschreibung unter „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge“ angeführt, sie ist ihrem Wesen nach aber eine Vertragsbestimmung, die erst nach Vertragsabschluss und damit dem Ende des Vergabeverfahrens zum Tragen kommen soll. Würde sich nämlich während des Vergabeverfahrens die Identität eines oder mehrere Mitglieder einer ARGE ändern, so würde dies zum Wegfall des Bieters „Bietergemeinschaft“ führen. Inwieweit eine Änderung hinsichtlich der Zusammensetzung einer ARGE während der Vertragserbringung zulässig sein kann, wird vom konkreten Anlassfall abhängen und nach den Bestimmungen des Zivilrechtes zu beurteilen sein. Gemäß Paragraph 1175, ABGB handelt es sich bei einer ARGE als Zusammenschluss mehrerer Unternehmen rechtlich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR). Das BVergG ermöglicht mehreren Rechtspersonen in Form einer ARGE ein gemeinsames Angebot zu legen. Die ARGE besitzt jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb die Rechte und Pflichten den einzelnen Mitgliedern zuzurechnen sind. Das Angebot ist daher von allen Mitgliedern zu unterfertigen und der Vertrag kommt zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Mitgliedern der ARGE als Vertragspartner zustande. Die Haftung gegenüber dem Auftraggeber ist auf Grund gesetzlicher Anordnung (Paragraph 1203, ABGB, Paragraph 20, Ziffer 3, BVergG) eine solidarische. Kommt es zum Ausscheiden eines Mitgliedes der ARGE, so ist nach Paragraph 1207, ABGB vorzugehen. Nur dann, wenn eine GesBR nur aus zwei Personen besteht, erlischt sie durch den Wegfall des Anderen. Besteht sie aus mehreren Mitgliedern, so wird von den übrigen Mitgliedern vermutet, dass sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen.

Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 20 Abs. 2 BVergG 2006 bezieht, wird darin nur die Prozessfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geregelt, nicht aber die Parteifähigkeit im Sinne des Zivilrechtes. Grundsätzlich ist die ARGE als GesBR nicht parteifähig. So hat der VwGH ausgeführt, dass eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht dann Prozessfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat, wenn der Materiengesetzgeber dieser Gesellschaft selbständige, von den Mitgliedern der Gesellschaft losgelöste materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumt. Damit ist eine ARGE grundsätzlich im Nachprüfungsverfahren parteifähig, wobei damit nur die verfahrensrechtliche Rechtsfähigkeit gemeint ist (vgl. Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht³, 79.). Ein Auswechseln von Mitgliedern der ARGE nach Auftragserteilung hat daher entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin „Auswirkungen auf das Bestehen dieser juristischen Person“ (vgl. auch MKK, Schwartz Bundesvergabegesetz, RZ 4 zu § 20 Z 3; Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002, RZ 9 f zu § 20 Z 3). Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 bezieht, wird darin nur die Prozessfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geregelt, nicht aber die Parteifähigkeit im Sinne des Zivilrechtes. Grundsätzlich ist die ARGE als GesBR nicht parteifähig. So hat der VwGH ausgeführt, dass eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht dann Prozessfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat, wenn der Materiengesetzgeber dieser Gesellschaft selbständige, von den Mitgliedern der Gesellschaft losgelöste materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumt. Damit ist eine ARGE grundsätzlich im Nachprüfungsverfahren parteifähig, wobei damit nur die verfahrensrechtliche Rechtsfähigkeit gemeint ist (vergleiche Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht³, 79.). Ein Auswechseln von Mitgliedern der ARGE nach Auftragserteilung hat daher entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin „Auswirkungen auf das Bestehen dieser juristischen Person“ (vergleiche auch MKK, Schwartz Bundesvergabegesetz, RZ 4 zu Paragraph 20, Ziffer 3.; Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2002, RZ 9 f zu Paragraph 20, Ziffer 3.).

Dass die Auftraggeberin bei einem Ausscheiden eines Mitgliedes der ARGE nach Auftragserteilung dabei an die Vorgaben des Vergaberechtes gebunden ist, ergibt sich aus ihrer Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber. Ein etwaiges Fehlverhalten wäre dann gesondert aufzuzeigen und darüber zu entscheiden.

Die Argumentation der Antragsgegnerin geht daher ins Leere, da es sich bei der Formulierung im § 20 Abs. 2 BVergG 2006 eindeutig nur auf die Parteistellung einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft im Rahmen des Vergabeverfahrens und hier ganz besonders im Rahmen eines Vergaberechtsschutzverfahrens bezieht. Die Argumentation der Antragsgegnerin geht daher ins Leere, da es sich bei der Formulierung im Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 eindeutig nur auf die Parteistellung einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft im Rahmen des Vergabeverfahrens und hier ganz besonders im Rahmen eines Vergaberechtsschutzverfahrens bezieht.

Im Ergebnis erweist sich die Festlegung, dass „bei Ausscheiden eines Mitgliedes kann die ARGE im Einvernehmen mit dem Auftraggeber einen Ersatz stellen" wegen ausreichender gesetzlicher Regelungen als nicht erforderlich, weshalb sie für nichtig zu erklären war.

Zu 3.4 Keine Angebotsöffnung unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist

In Punkt 2.22 der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD „wird festgelegt, dass die Angebotsöffnung nicht in jedem Verfahren unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist stattfindet. So ist in den Ausschreibungen KD 9 der 29.5.2006, 12.00 Uhr; KD 10 der 30.5.2006, 8.00 Uhr; KD 11 der 31.5.2006, 8.00 Uhr; KD 12 der 31.5.2006, 8.00 Uhr; KD 17 der 1.6.2006, 15.00 Uhr; KD 21 der 1.6.2006, 8.00 Uhr, KD 23 der 1.6.2006, 12.00 Uhr; KD 16 der 2.6.2006, 8.00 Uhr vorgesehen.

Die Antragstellerin kritisiert mit umfangreicher Argumentation, dass die Angebotsöffnungen zwischen einigen Stunden und vier Tagen (je nach Ausschreibung und Gebietseinheit) angesetzt sind. Dies verstoße gegen den Wortlaut des § 118 Abs. 1 BVergG 2006. Der Zweck dieser Bestimmung liege im Schutz der teilnehmenden Bieter, sie soll den Verdacht von Manipulationen ausschließen. Eine Angebotsöffnung nach mehreren Stunden oder Tagen sei nicht „unmittelbar" und damit rechtswidrig. Die Antragstellerin führt aus, warum die Bestimmungen über die Festsetzung des Termins der Angebotsöffnung gegen die entsprechenden Regelungen des BVergG verstößt, insbesondere das Gebot zur Transparenz verletzt und sich rein auf Organisationsprobleme der Antragsgegnerin gründet. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen eine dem Gesetz entsprechende Vorgangsweise, also die Öffnung sämtlicher Angebote unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, sicherzustellen. Die Antragstellerin kritisiert mit umfangreicher Argumentation, dass die Angebotsöffnungen zwischen einigen Stunden und vier Tagen (je nach Ausschreibung und Gebietseinheit) angesetzt sind. Dies verstoße gegen den Wortlaut des Paragraph 118, Absatz eins, BVergG 2006. Der Zweck dieser Bestimmung liege im Schutz der teilnehmenden Bieter, sie soll den Verdacht von Manipulationen ausschließen. Eine Angebotsöffnung nach mehreren Stunden oder Tagen sei nicht „unmittelbar" und damit rechtswidrig. Die Antragstellerin führt aus, warum die Bestimmungen über die Festsetzung des Termins der Angebotsöffnung gegen die entsprechenden Regelungen des BVergG verstößt, insbesondere das Gebot zur Transparenz verletzt und sich rein auf Organisationsprobleme der Antragsgegnerin gründet. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen eine dem Gesetz entsprechende Vorgangsweise, also die Öffnung sämtlicher Angebote unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, sicherzustellen.

Die Antragsgegnerin argumentiert, dass dem Vergabegesetz sowie auch den Vergaberichtlinien der EU nicht zu entnehmen sei, dass die Angebotsöffnung ausschließlich und zwingend unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist stattzufinden hat. Sie verweist dazu auf die Entscheidung des VKS, Zl. VKS-1367/05, wo die Nachprüfungsbehörde sich für die Zulässigkeit dieser Festlegungen ausgesprochen hat.

Nach § 118 Abs. 1 BVergG 2006 sind „im offenenVerfahren die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, zu öffnen". Wie der Vergabekontrollsenat bereits mehrfach zur Vorgängerbestimmung (§ 88 Abs. 1 BVergG 2002) judiziert hat, soll durch diese Vorschrift die Möglichkeit allfälliger Manipulationen (z.B. durch ein mutwilliges Hinauszögern der Angebotsverlesung) vermieden werden. Dass die Gefahr einer derartigen Vorgangsweise der Antragsgegnerin bestünde, wurde vom Antragsteller weder behauptet noch finden sich dafür Hinweise in den Vergabeakten. Dazu hat insbesondere die Antragsgegnerin ausgeführt, dass nach Ablauf der Angebotsfrist auch in den gegenständlichen Vergabeverfahren durch notarielle Versiegelung der eingelangten Angebote und das notarielle Aufbrechen dieses Siegels bei der (späteren) Angebotsöffnung sichergestellt sein wird, dass eine Manipulation der eingelangten Dokumente und Unterlagen unmöglich ist. Dazu kommt die von ihr in der mündlichen Verhandlung gegebene weitere Erklärung, dass die notariell gesicherten Angebote auch entsprechend verwahrt würden. Auch ihre Begründung, warum sie diese Vorgangsweise gewählt hat, erscheint plausibel, weil nur so verhindert werden kann, dass Mitbewerber bei verschiedenen Endzeitpunkten der Angebotsfristen mit daran anschließender Angebotseröffnung in Kenntnis der Bewerbersituation ihre Angebote in jenem Vergabeverfahren, die ein späteres Angebotsende haben, noch entsprechend adaptieren könnten (vgl. auch VKS- 1367/05 ua.). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch auf die Vergaberichtlinie 2004/18/EG, die eine Angebotsöffnung unmittelbar nach Angebotsfrist nicht verlangt. Die Angebotsöffnung wird darin lediglich an einer einzigen Stelle, nämlich Anhang VII, Bekanntmachung Punkt 13 lit. b erwähnt, wonach „Datum, Uhrzeit und Ort der Öffnung der Angebote" bei offenen Verfahren in der Bekanntmachung genannt sein müssen. Diesen Anforderungen entsprechen die Ausschreibungsbestimmungen. Da gegenständlich von der Antragsgegnerin mehrere umfangreiche

Vergabeverfahren gleichzeitig geführt werden, ist ihr Vorgehen bei Festlegung eines späteren Termins zur Angebotsöffnung im Ergebnis sachlich gerechtfertigt und kann noch gebilligt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass – worauf von der Antragstellerin aufmerksam gemacht – wurde, in den Ausschreibungsbestimmungen ein (durch aus zweckmäßiger) Hinweis auf die notarielle Versiegelung und sichere Verwahrung der eingelangten Angebote bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht enthalten ist. Nach Paragraph 118, Absatz eins, BVergG 2006 sind „im offenenVerfahren die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, zu öffnen“. Wie der Vergabekontrollsenat bereits mehrfach zur Vorgängerbestimmung (Paragraph 88, Absatz eins, BVergG 2002) judiziert hat, soll durch diese Vorschrift die Möglichkeit allfälliger Manipulationen (z.B. durch ein mutwilliges Hinauszögern der Angebotsverlesung) vermieden werden. Dass die Gefahr einer derartigen Vorgangsweise der Antragsgegnerin bestünde, wurde vom Antragsteller weder behauptet noch finden sich dafür Hinweise in den Vergabeakten. Dazu hat insbesondere die Antragsgegnerin ausgeführt, dass nach Ablauf der Angebotsfrist auch in den gegenständlichen Vergabeverfahren durch notarielle Versiegelung der eingelangten Angebote und das notarielle Aufbrechen dieses Siegels bei der (späteren) Angebotsöffnung sichergestellt sein wird, dass eine Manipulation der eingelangten Dokumente und Unterlagen unmöglich ist. Dazu kommt die von ihr in der mündlichen Verhandlung gegebene weitere Erklärung, dass die notariell gesicherten Angebote auch entsprechend verwahrt würden. Auch ihre Begründung, warum sie diese Vorgangsweise gewählt hat, erscheint plausibel, weil nur so verhindert werden kann, dass Mitbewerber bei verschiedenen Endzeitpunkten der Angebotsfristen mit daran anschließender Angebotseröffnung in Kenntnis der Bewerbersituation ihre Angebote in jenem Vergabeverfahren, die ein späteres Angebotsende haben, noch entsprechend adaptieren könnten (vergleiche auch VKS- 1367/05 ua.). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch auf die Vergaberichtlinie 2004/18/EG, die eine Angebotsöffnung unmittelbar nach Angebotsfrist nicht verlangt. Die Angebotsöffnung wird darin lediglich an einer einzigen Stelle, nämlich Anhang römisch sieben, Bekanntmachung Punkt 13 Litera b, erwähnt, wonach „Datum, Uhrzeit und Ort der Öffnung der Angebote“ bei offenen Verfahren in der Bekanntmachung genannt sein müssen. Diesen Anforderungen entsprechen die Ausschreibungsbestimmungen. Da gegenständlich von der Antragsgegnerin mehrere umfangreiche Vergabeverfahren gleichzeitig geführt werden, ist ihr Vorgehen bei Festlegung eines späteren Termins zur Angebotsöffnung im Ergebnis sachlich gerechtfertigt und kann noch gebilligt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass – worauf von der Antragstellerin aufmerksam gemacht – wurde, in den Ausschreibungsbestimmungen ein (durch aus zweckmäßiger) Hinweis auf die notarielle Versiegelung und sichere Verwahrung der eingelangten Angebote bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht enthalten ist.

Der Anfechtung der Festlegung der Termine zu Angebotsöffnung war daher nicht stattzugeben.

Zu 3.5 Unzulässige Einschränkungen der Systemvoraussetzungen

In Punkt 10.2 der „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043“, Systemvoraussetzungen für Hard- und Software wird festgelegt, dass nur das Betriebssystem Windows 2000, Windows XP oder Windows NT 4., Internet-Explorer ab Version 5.0 inklusive Adobe Acrobat Reader ab Version 4.0 zugelassen sind.

Die Antragstellerin kritisiert die zwingende Festlegung dieser Softwarekomponenten, da allgemein bekannt sei, dass es alternative Produkte gibt. Dies widerspreche § 98 Abs. 3 BVergG 2006. Verweise auf bestimmte Produkte sind nach § 98 Abs. 7 BVergG 2006 ausnahmslos mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen, in den Ausschreibungsbestimmungen sei dies nicht geschehen. Die Antragstellerin kritisiert die zwingende Festlegung dieser Softwarekomponenten, da allgemein bekannt sei, dass es alternative Produkte gibt. Dies widerspreche Paragraph 98, Absatz 3, BVergG 2006. Verweise auf bestimmte Produkte sind nach Paragraph 98, Absatz 7, BVergG 2006 ausnahmslos mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu verstehen, in den Ausschreibungsbestimmungen sei dies nicht geschehen.

Die Antragsgegnerin bezweifelt hier eine konkrete Beschwerde der Antragstellerin, nimmt jedoch an, dass die Antragstellerin über die einschlägigen Microsoftprodukte verfügt und ergänzt, dass Adobe Acrobat Reader kostenlos im Internet zur Verfügung steht. Zur Rechtfertigung dieser angefochtenen Vorgaben führt die Antragsgegnerin aus, dass zur Administration der Vielzahl an Aufträgen eine maßgeschneiderte EDV-Lösung Anwendung finde (EDIS-on). Dabei kommt es zu Zugriffen des jeweiligen Auftragnehmers auf das EDV-System der Antragsgegnerin. Die EDV-Systeme Auftragnehmer Auftraggeber müssten daher kompatibel sein. Zur Sicherstellung der Funktionalität des Systems „EDIS-on“ sei daher die in den Ausschreibungsbedingungen aufgenommene Festlegung erforderlich. In den Ausschreibungsbedingungen sei der Beisatz „oder gleichwertig“ nicht aufgenommen worden, weil es ein gleichwertiges

Betriebssystem nicht gebe. Im Übrigen sei Ausschreibungsgrundlage auch die Geltung der VD 307 (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Hiezu hat der VKS erwogen:

Gemäß § 98 Abs. 7 BVergG 2006 darf in technischen Spezifikationen nur dann auf bestimmte Marken oder Typen verwiesen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und solche Verweise mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen wurden. Gemäß Paragraph 98, Absatz 7, BVergG 2006 darf in technischen Spezifikationen nur dann auf bestimmte Marken oder Typen verwiesen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und solche Verweise mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen wurden.

Die Erklärung und Begründung der Antragsgegnerin für die angefochtenen Festlegungen ist grundsätzlich plausibel und stellt offensichtlich einen Grund für eine ausnahmsweise Nennung von Marken und Typen dar. Die gegenständliche Regelung bezieht sich darüber hinaus nicht auf die eigentlich zu erbringende Leistung, sondern auf ein Werkzeug zur leichteren Administration der Aufträge und zur Kommunikation zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber während der Vertragserfüllung. Die geforderten Systemvoraussetzungen können als Standard bezeichnet werden und sehen, hinsichtlich des Computer-Betriebssystems, mehrere Wahlmöglichkeiten vor. Die Kosten zur Beschaffung derartiger EDV-Systeme, so sie nicht ohnehin im Betrieb bereits vorhanden sind, können als, im Verhältnis zum Auftragsgegenstand, gering angesehen werden. Das Fehlen des Zusatzes „oder gleichwertig“ im gegenständlichen Punkt der Vertragsbestimmungen wird durch die allgemeine Formulierung in den allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 307), Punkt 3.2 ersetzt, in der generell für die Gleichwertigkeit von Leistungen festgestellt wird: „Leistungen, die den technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprechen, denen jedoch inhaltlich gleichwertige technische Spezifikationen zu Grunde liegen, werden einschließlich der im Herstellerstaat durchgeführten Prüfungen und Überwachungen als gleichwertig behandelt, wenn mit ihnen in der Praxis das geforderte Schutzniveau an Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit erreicht wird“. Die Geltung der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, VD 307, sind Grundlage der gegenständlichen Ausschreibungen. In der gegenständlichen Bestimmungen in den Ausschreibungen kann daher nach Ansicht des VKS ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht gesehen werden, da es einem Bieter grundsätzlich möglich ist, den Nachweis zu führen, dass mit seinen alternativen Produkten die gleiche Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit gewährleistet ist.

Eine Nichtigerklärung dieser Ausschreibungsbestimmungen hatte daher nicht zu erfolgen.

Zu 3.6 Unzulässiger Zwang von Mitarbeiterschulungen

In Punkt 10.3 der Ausschreibungsunterlage „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD1043“ wird die Verpflichtung der Bieter zur Mitarbeiterschulung für das Datenbank-System EDIS-on festgelegt. Danach hat der Bieter nach Auftragserteilung eine ausreichende Anzahl seiner Mitarbeiter durch das in den Vertragsbestimmungen genannte Unternehmen *** Elektrotechnik GmbH für dieses Datenbanksystem schulen zu lassen, wobei nur Nachweise dieses Unternehmens über diese Schulungen akzeptiert werden.

Die Antragstellerin hält die Verpflichtung zur Schulung von Mitarbeitern bei dem durch den Auftraggeber vorgegebenen Unternehmen für unzulässig, weil damit eine Zugangsvoraussetzung geschaffen wird, die einen Vertragspartner an den anderen ausliefert. Darüber hinaus könne aufgrund dieser Monopolstellung für die Schulungen ein hoher Preis verlangt werden. Das führe zu einer unzulässigen Belastung der Bieter und es könnten Bieter bevorzugt werden, die bereits Auftragnehmer des Auftraggebers sind und für deren Mitarbeiter eine derartige Schulung nicht mehr benötigt werde.

Die Antragsgegnerin begründet diese Forderung damit, dass das von ihr in den Ausschreibungsunterlagen genannte Unternehmen die maßgeschneiderte EDV-Lösung EDIS-on für sie erstellt hat. Dieses Unternehmen verfüge über das notwendige Know-How und über Patente und Markenrechte an dieser EDV-Lösung. Es gebe somit niemand anderen, der diese Schulung vornehmen könnte. Zu den Ausführungen der Antragstellerin stellt die Antragsgegnerin fest, dass es keinesfalls vom Wohlwollen des von ihr genannten Unternehmens abhängt, ob und zu welchen Preisen ein Unternehmer geschult werde, da es diesbezüglich entsprechende vertragliche Festlegungen aufgrund eines diesbezüglich geführten Vergabeverfahrens zwischen dem Unternehmen „***“ und der Auftraggeberin gebe. Deswegen seien auch die Schulungskosten in der Ausschreibung bekannt gegeben worden, um eine entsprechende

kalkulatorische Berücksichtigung zu ermöglichen. Schließlich gebe es derzeit noch kein einziges Unternehmen, dessen Mitarbeiter auf dem Programm EDIS-on eingeschult wurden und das sich daher die dafür anfallenden Kosten sparen könnte. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin ergänzend ausgeführt, dass damit für alle Bieter die Ausgangslage gleich wäre, weil alle Bieter eine entsprechende Anzahl von Mitarbeitern auf das Betriebssystem einschulen müssten. Sollte jedoch ein Bieter bereits einen Mitarbeiter haben, der diese Schulung aufweist oder eine ähnliche Ausbildung hat, würde sich lediglich die Gleichwertigkeitsproblematik ergeben (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Hierzu hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die gegenständliche Vertragsbestimmung, wonach der Auftragnehmer verpflichtet wird, Mitarbeiter auf dem Stadt Wien eigenen Datenbanksystem EDIS-on einschulen zu lassen, ist eine für alle Bieter kalkulierbare Vertragsbedingung. Da nach den Angaben der Antragsgegnerin, die nicht bestritten wurden, noch kein Unternehmer über Mitarbeiter verfügt, die eine derartige Schulung absolviert haben, kann es somit auch nicht zu der von der Antragstellerin behaupteten unzulässigen Belastung von Bietern, die noch nicht Auftragnehmer der Antragsgegnerin waren, kommen. In den Ausschreibungsunterlagen sind die Kosten für die Schulungen entsprechend den zwischen der Antragsgegnerin und dem Schulungsunternehmen bestehenden Vertrag aufgelistet und können daher vom Bieter in Betracht der für die angebotene Leistung erforderlichen Zahl an Mitarbeitern bei der Angebotskalkulation berücksichtigt werden. Letztlich hat die Antragsgegnerin dazu erklärt, sollte dennoch ein Mitarbeiter eines Bieters über die geforderte Ausbildung verfügen, so wird dies unter den Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit geprüft werden. Im gegenständlichen Vertragspunkt kann daher keine Vergaberechtswidrigkeit gefunden werden.

Zu 3.7 Unzulässiges Abgehen von existierenden Normen

In der Ausschreibungsunterlage „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD.“ wird in Punkt 1.1 Inhaltsverzeichnis festgelegt, dass die Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge SD 1043, die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 307) und die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD 314) zum Vertragsinhalt werden.

Die Antragstellerin kritisiert, dass in den Vertragsbestimmungen, insbesondere in den VD 314 vielfach Bestimmungen der einschlägigen ÖNORM B2110 zu Gunsten des Auftraggebers verändert und ergänzt wurden. Dies widerspreche § 97 Abs. 2 BVergG 2006, wonach Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen sind. Abweichungen seien nur in einzelnen Punkten zulässig, wofür der Auftraggeber einen sachlichen Grund benötigt und diesen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen hat. Im vorliegenden Fall sei eine solche sachliche Begründung nicht gegeben worden und auch nicht ersichtlich. Die Antragstellerin kritisiert, dass in den Vertragsbestimmungen, insbesondere in den VD 314 vielfach Bestimmungen der einschlägigen ÖNORM B2110 zu Gunsten des Auftraggebers verändert und ergänzt wurden. Dies widerspreche Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006, wonach Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen sind. Abweichungen seien nur in einzelnen Punkten zulässig, wofür der Auftraggeber einen sachlichen Grund benötigt und diesen in den Ausschreibungsunterlagen offen zu legen hat. Im vorliegenden Fall sei eine solche sachliche Begründung nicht gegeben worden und auch nicht ersichtlich.

Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass § 97 Abs. 2 BVergG 2006 die Heranziehung geeigneter Leitlinien nicht vorschreibt, sondern den Auftraggeber die Möglichkeit einräumt, diese Leitlinien, so sie nicht geeignet erscheinen, entsprechend abzuändern. Die sachliche Rechtfertigung solcher Abweichungen sei einem Bieter auf Anfrage bekannt zu geben. In den Ausschreibungsunterlagen habe die Antragsgegnerin von dieser gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht. Die Antragstellerin habe allerdings nicht nach der sachlichen Rechtfertigung für die Abweichungen gefragt, daher habe sie auch nicht die Gründe dafür darlegen können. Die Antragsgegnerin sie jedoch nach wie vor gerne bereit, etwaige Aufklärungen zu geben, wenn ihr die Antragstellerin konkret bekannt gebe, welche Bestimmungen ihrer Meinung nach von Vorgaben der ÖNORM B2110 abweichen. Im Übrigen sei der von der Antragstellerin erhobene Vorwurf nicht ausreichend spezifiziert. Die Antragsgegnerin führt dazu aus, dass Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 die Heranziehung geeigneter Leitlinien nicht vorschreibt, sondern den Auftraggeber die Möglichkeit einräumt, diese Leitlinien, so sie nicht geeignet erscheinen, entsprechend abzuändern. Die sachliche Rechtfertigung solcher Abweichungen sei einem Bieter auf Anfrage bekannt zu geben. In den Ausschreibungsunterlagen habe die Antragsgegnerin von dieser gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht. Die Antragstellerin habe allerdings nicht nach der sachlichen Rechtfertigung für die Abweichungen gefragt, daher habe sie auch nicht die Gründe dafür

darlegen können. Die Antragsgegnerin sie jedoch nach wie vor gerne bereit, etwaige Aufklärungen zu geben, wenn ihr die Antragstellerin konkret bekannt gebe, welche Bestimmungen ihrer Meinung nach von Vorgaben der ÖNORM B2110 abweichen. Im Übrigen sei der von der Antragstellerin erhobene Vorwurf nicht ausreichend spezifiziert.

Hierzu hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

§ 97 Abs. 2 BVergG 2006 räumt einem Auftraggeber die Möglichkeit ein von vorhandenen ÖNORMEN abzuweichen. Dies hat die Antragsgegnerin in den gegenständlichen Vergabeverfahren gemacht. Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die ÖNORM B2110 nicht Vertragsbestandteil werden würde, ist im Ergebnis unrichtig. Die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD 314) beinhalten auch die Anwendung der Bestimmungen der ÖNORM B2110. Zu einzelnen Punkten dieser Normen werden Änderungen und Ergänzungen vorgenommen. Nach Vorhalt der allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen (VD 314) hat in der mündlichen Verhandlung die Antragstellerin auch erklärt, nunmehr zu erkennen, dass diese ÖNORM B2110 ausdrücklich als Vertragsbestandteil genannt werde. Trotzdem bleibe für sie die Frage offen, wie weit der Auftraggeber in seinen allgemeinen Vertragsbestimmungen von dieser ÖNORM abgehen dürfe (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Dennoch hat die Antragstellerin kein weiteres Vorbringen dahingehend erstattet, welche konkreten Punkte der Vertragsbestimmungen der Ausschreibung ihrer Ansicht nach gegen die ÖNORM B2110 verstoßen und warum eine derartige Abweichung über das Ausmaß der Ermächtigung des Gesetzes hinausgeht. Ein generelles Verbot von ÖNORMEN abzuweichen, enthält das BVergG nicht. Mangels konkreter Bezeichnung welche Ausschreibungsbestimmungen in diesem Zusammenhang gegebenenfalls für nichtig zu erklären wären, war der Anfechtung in diesem Punkt nicht Folge zu geben. Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 räumt einem Auftraggeber die Möglichkeit ein von vorhandenen ÖNORMEN abzuweichen. Dies hat die Antragsgegnerin in den gegenständlichen Vergabeverfahren gemacht. Der Vorwurf der Antragstellerin, dass die ÖNORM B2110 nicht Vertragsbestandteil werden würde, ist im Ergebnis unrichtig. Die allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (VD 314) beinhalten auch die Anwendung der Bestimmungen der ÖNORM B2110. Zu einzelnen Punkten dieser Normen werden Änderungen und Ergänzungen vorgenommen. Nach Vorhalt der allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen (VD 314) hat in der mündlichen Verhandlung die Antragstellerin auch erklärt, nunmehr zu erkennen, dass diese ÖNORM B2110 ausdrücklich als Vertragsbestandteil genannt werde. Trotzdem bleibe für sie die Frage offen, wie weit der Auftraggeber in seinen allgemeinen Vertragsbestimmungen von dieser ÖNORM abgehen dürfe (Protokoll der mündlichen Verhandlung). Dennoch hat die Antragstellerin kein weiteres Vorbringen dahingehend erstattet, welche konkreten Punkte der Vertragsbestimmungen der Ausschreibung ihrer Ansicht nach gegen die ÖNORM B2110 verstoßen und warum eine derartige Abweichung über das Ausmaß der Ermächtigung des Gesetzes hinausgeht. Ein generelles Verbot von ÖNORMEN abzuweichen, enthält das BVergG nicht. Mangels konkreter Bezeichnung welche Ausschreibungsbestimmungen in diesem Zusammenhang gegebenenfalls für nichtig zu erklären wären, war der Anfechtung in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

Die Antragstellerin hat unter Abschnitt 2.3 ihres einleitenden Schriftsatzes, überschrieben mit „Angefochtene Entscheidung (en)“ auch ausgeführt, die Bestimmungen in Punkt 2.8 der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge/Elektrotechnik ..“, soweit sie die Losvergabe betreffen, anzufechten. In der Folge hat sie jedoch dazu im Kapitel „geltend gemachte Beschwerdegründe und Rechtswidrigkeiten“ keine konkreten Ausführungen vorgenommen insbesondere nicht, worin die Antragstellerin eine Vergaberechtswidrigkeit dieser Bestimmungen konkret erblickt. Auch in der mündlichen Verhandlung hat sie diesbezüglich befragt keine ergänzenden Ausführungen erstattet.

Ebenso hat die Antragstellerin unter Punkt 2.3 ihres Nachprüfungsantrages Punkt

2.10 lit. d der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik..“ 2.10 Litera d, der „Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik..“

angefochten, insoweit darin offen gelassen wurde, wann die alternativ zugelassenen Sicherungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind. Auch dazu werden in Kapitel 3 unter den geltend gemachten Beschwerdegründen keine näheren Ausführungen gemacht. Diesbezüglich hat die Antragstellerin im Zuge der mündlichen Verhandlung erklärt keine ergänzenden Ausführungen zu haben, die Antragsgegnerin hätte jedoch festzulegen gehabt, was sie als „gleichwertig“ ansieht. Zutreffend weist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass mit der Bestimmung zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass an Stelle einer Bankgarantie der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter die bedungene Sicherstellung auch

durch Bargeld, Bareinlagen oder Rücklassversicherungen leisten kann, sofern diese Sicherstellungsmittel einer Bankgarantie gegenüber gleichwertig sind, der Situation der Bieter bzw. Auftragnehmer entgegengekommen werden sollte. Was als „gleichwertig“ anzusehen ist, ergibt sich daraus, ob mit einem alternativ angebotenen Sicherungsmittel rechtlich und wirtschaftlich der gleiche Zweck erreicht werden kann, wie mit der Stellung einer Bankgarantie. Soweit die Antragstellerin rügt, die Ausschreibungsbestimmungen ließen nicht erkennen was als „angemessene“ Ausrüstung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen angesehen werden kann, ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates vom Horizont eines sachverständigen Bieters auszugehen, der zu beurteilen hat, mit welcher Ausrüstung er die ausgeschriebenen Leistungen erbringen kann. Gerade im Hinblick auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen und den Umstand, dass ein Bieter auch für mehrere Gebietsteile anbieten kann, erscheint die Argumentation der Antragsgegnerin, dass deshalb eine nähere Festlegung in absoluten Zahlen zur Ausrüstung nicht gemacht werden könne, durchaus vertretbar.

Zusammenfassend ist zu bemerken, dass das Nachprüfungsverfahren gezeigt hat, dass dem Antrag der Antragstellerin in zumindest drei Punkten stattzugeben und die diesbezüglichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären waren. Hingegen hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die übrigen, von der Antragstellerin gleichfalls angefochtenen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen durchaus im Einklang mit dem Vergaberecht stehen. Der Wegfall jener Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, die mit dem gegenständlichen Bescheid für nichtig erklärt wurden, sind nicht von einer derartigen Bedeutung, dass dies die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibungen zu Folge haben müsste. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates kann die Antragsgegnerin mit den von einer Nichtigkeitserklärung nicht betroffenen Bestimmungen der Ausschreibung, gegebenenfalls nach entsprechender Neuformulierung bzw. Klarstellungen, der gestrichenen Bestimmungen durchaus zu einer den Bestimmungen des Vergaberechtes entsprechenden Zuschlagsentscheidung kommen. Es war daher der primär gestellte Antrag auf Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen, hingegen gem. § 26 Abs. 2 WVRG jene Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, die dem Vergaberecht widersprechen, für nichtig zu erklären. Zusammenfassend ist zu bemerken, dass das Nachprüfungsverfahren gezeigt hat, dass dem Antrag der Antragstellerin in zumindest drei Punkten stattzugeben und die diesbezüglichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären waren. Hingegen hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die übrigen, von der Antragstellerin gleichfalls angefochtenen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen durchaus im Einklang mit dem Vergaberecht stehen. Der Wegfall jener Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, die mit dem gegenständlichen Bescheid für nichtig erklärt wurden, sind nicht von einer derartigen Bedeutung, dass dies die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibungen zu Folge haben müsste. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates kann die Antragsgegnerin mit den von einer Nichtigkeitserklärung nicht betroffenen Bestimmungen der Ausschreibung, gegebenenfalls nach entsprechender Neuformulierung bzw. Klarstellungen, der gestrichenen Bestimmungen durchaus zu einer den Bestimmungen des Vergaberechtes entsprechenden Zuschlagsentscheidung kommen. Es war daher der primär gestellte Antrag auf Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung abzuweisen, hingegen gem. Paragraph 26, Absatz 2, WVRG jene Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, die dem Vergaberecht widersprechen, für nichtig zu erklären.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 18.5.2006 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 30 Abs. 5 WVRG im Zusammenhang mit § 74 Abs. 2 AVG (vgl. VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092-5). Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 30, Absatz 5, WVRG im Zusammenhang mit Paragraph 74, Absatz 2, AVG vergleiche VwGH vom 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092-5).

Schlagworte

Teilweise Nichtigkeitserklärung von Ausschreibungsbestimmungen; Weitergabe an Subunternehmer; erforderliche und sachlich gerechtfertigte Nachweise; Austausch der Mitglieder einer ARGE.

Dokumentnummer

VERGT_20060622_1560_06_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