

# TE Verg Bescheid 2006/6/9 VKS-1648/06

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.06.2006

## Norm

WVRG §11 Abs2 Z1

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs2 Z1 litc

WVRG §22 Abs2

WVRG §26 Abs1

WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §168 Abs1

BVergG 2006 §177

BVergG 2006 §180 Abs3

BVergG 2006 §192 Abs2

BVergG 2006 §263

BVergG 2006 §269 Abs2

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 168 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 177 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 177 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 192 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 263 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 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

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\* GmbH, vertreten durch Kinberger-Schubert-Fischer, Rechtsanwälte GmbH in Zell am See, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe eines Bauauftrages zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten – Regien 2006 an der II. Hochquellenleitung, BL-Wildalpen, Ausschreibungsnummer MA 31-07313/2005-0003, durch die Antragsgegnerin Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 - Wasserwerke, Grabnergasse 4-6, 1060 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden. Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\* GmbH, vertreten durch Kinberger-Schubert-Fischer, Rechtsanwälte GmbH in Zell am See, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe eines Bauauftrages zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten – Regien 2006 an der römisch zwei. Hochquellenleitung, BL-Wildalpen, Ausschreibungsnummer MA 31-07313/2005-0003, durch die Antragsgegnerin Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 - Wasserwerke, Grabnergasse 4-6, 1060 Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden.

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 11.5.2006 für nichtig zu erklären wird ebenso zurückgewiesen, wie der Eventualantrag auf „Aufhebung der Ausschreibung und neuerliche Durchführung des Vergabeverfahrens und Nichtigklärung desselben“.

### Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 2 Z 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2 Z 1 lit. c, 22 Abs. 2, 26 Abs. 1 und 30 WVRG in Verbindung mit §§ 163, 164, 168 Abs. 1, 177, 180 Abs. 3, 192 Abs. 2, 263, 269 Abs. 2, 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer eins, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c., 22 Absatz 2, 26, Absatz eins und 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 163, 164, 168, Absatz eins, 177, 180, Absatz 3, 192, Absatz 2, 263, 269, Absatz 2, 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006.

### Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 – Wasserwerke (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten in Regie im Quellengebiet der II. Wiener Hochquellenleitung BL-Wildalpen. Die Vergabe erfolgt nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006. Die Ausschreibung ist im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 10/06 ordnungsgemäß am 9.3.2006 erfolgt. Als Leistungsbeginn ist der 20.4.2006 vorgesehen, die Leistungsfrist bis 31.12.2006 festgelegt. Einziges Zuschlagskriterium ist der billigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.4.2006, 10.00 Uhr. Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 – Wasserwerke (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten in Regie im Quellengebiet der römisch zwei. Wiener Hochquellenleitung BL-Wildalpen. Die Vergabe erfolgt nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006. Die Ausschreibung ist im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 10/06 ordnungsgemäß am 9.3.2006 erfolgt. Als Leistungsbeginn ist der 20.4.2006 vorgesehen, die Leistungsfrist bis 31.12.2006 festgelegt. Einziges Zuschlagskriterium ist der billigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.4.2006, 10.00 Uhr.

An der Ausschreibung haben sich insgesamt 10 Unternehmen durch Abgabe von Angeboten beteiligt, darunter auch

die Antragstellerin. Nachdem die Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin aufgefordert worden war, zu einzelnen Kriterien der Ausschreibung Aufklärung zu geben, wurde sie von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.5.2006 davon verständigt, dass ihr Angebot gemäß § 269 Abs. 1 lit. 2 und 5 BVergG (2006) ausgeschieden werden musste. Mit Zuschlagsentscheidung vom 11.5.2006, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. An der Ausschreibung haben sich insgesamt 10 Unternehmen durch Abgabe von Angeboten beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Nachdem die Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin aufgefordert worden war, zu einzelnen Kriterien der Ausschreibung Aufklärung zu geben, wurde sie von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.5.2006 davon verständigt, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, lit. 2 und 5 BVergG (2006) ausgeschieden werden musste. Mit Zuschlagsentscheidung vom 11.5.2006, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.5.2006 eingelangte Antrag, in dem zunächst nur ausgeführt wurde, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen weder Billigst- noch Bestbieter sei. Die Antragstellerin habe bereits im Vorjahr Arbeiten für den Wiener Magistrat im betreffenden Gebiet ausgeführt und dabei alle verlangten Arbeiten „ordentlichst ausgeführt“. Dieser einleitende Schriftsatz wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.5.2006 ergänzt und näher ausgeführt. Darin führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass erstmalig mit Schreiben vom 18.4.2006 die Antragsgegnerin „nunmehr das Thema der Erreichbarkeit des Einsatzortes innerhalb des 2-Stunden-Kriteriums auf den Tisch gebracht“ habe. Hierauf habe sich die Antragstellerin unverzüglich mit dem Unternehmen „\*\*\*“ in Verbindung gesetzt, welches mit Schreiben vom 21.4.2006 die Erfüllung des genannten Kriteriums bestätigt habe. Dieses Schreiben sei der Antragsgegnerin unverzüglich übermittelt worden. Darauf hin habe die Antragsgegnerin „völlig unverständlich“ den Standpunkt vertreten, dass es sich dabei um die Nachnennung eines Subunternehmers handle. Sofern es sich dabei überhaupt um die Nennung eines Subunternehmers handeln sollte, sei dies fristgerecht erfolgt. In der Folge habe die Antragstellerin eine ähnliche Bestätigung des Unternehmens „\*\*\*“ vom 26.4.2006 der Antragsgegnerin übermittelt. Die Antragsgegnerin habe weiterhin den Standpunkt vertreten, dass es sich dabei um eine Nachnennung von Subunternehmern handle, die nach dem Bundesvergabegesetz unzulässig und damit seitens der Antragstellerin der geforderte Nachweis nicht erbracht worden wäre. Daraufhin sei ihr Angebot nach § 269 Abs. 1 lit. 2 und 5 BVergG 2006 ausgeschieden worden. Diese Ausscheidung sei jedenfalls formalrechtlich unzulässig, weil diese Bestimmung nur für Bauvorhaben im Oberschwellenbereich anzuwenden sei, nicht aber für solche im Unterschwellenbereich. Ihr Angebot hätte daher nicht ausgeschieden werden dürfen, sodass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen nicht als Billigstbieter angesehen werden könne. Im Übrigen handle es sich um „keine auftragene Subunternehmerleistung im Sinne der Wiener Vergaberichtlinien, sondern ausschließlich um ein im Katastrophenfall zu nennendes örtliches Einsatzunternehmen, welches ohnedies fristgerecht genannt wurde.“

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.5.2006 eingelangte Antrag, in dem zunächst nur ausgeführt wurde, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen weder Billigst- noch Bestbieter sei. Die Antragstellerin habe bereits im Vorjahr Arbeiten für den Wiener Magistrat im betreffenden Gebiet ausgeführt und dabei alle verlangten Arbeiten „ordentlichst ausgeführt“. Dieser einleitende Schriftsatz wurde von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.5.2006 ergänzt und näher ausgeführt. Darin führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass erstmalig mit Schreiben vom 18.4.2006 die Antragsgegnerin „nunmehr das Thema der Erreichbarkeit des Einsatzortes innerhalb des 2-Stunden-Kriteriums auf den Tisch gebracht“ habe. Hierauf habe sich die Antragstellerin unverzüglich mit dem Unternehmen „\*\*\*“ in Verbindung gesetzt, welches mit Schreiben vom 21.4.2006 die Erfüllung des genannten Kriteriums bestätigt habe. Dieses Schreiben sei der Antragsgegnerin unverzüglich übermittelt worden. Darauf hin habe die Antragsgegnerin „völlig unverständlich“ den Standpunkt vertreten, dass es sich dabei um die Nachnennung eines Subunternehmers handle. Sofern es sich dabei überhaupt um die Nennung eines Subunternehmers handeln sollte, sei dies fristgerecht erfolgt. In der Folge habe die Antragstellerin eine ähnliche Bestätigung des Unternehmens „\*\*\*“ vom 26.4.2006 der Antragsgegnerin übermittelt. Die Antragsgegnerin habe weiterhin den Standpunkt vertreten, dass es sich dabei um eine Nachnennung von Subunternehmern handle, die nach dem Bundesvergabegesetz unzulässig und damit seitens der Antragstellerin der geforderte Nachweis nicht erbracht worden wäre. Daraufhin sei ihr Angebot nach Paragraph 269, Absatz eins, lit. 2 und 5 BVergG 2006 ausgeschieden worden. Diese Ausscheidung sei jedenfalls formalrechtlich unzulässig, weil diese Bestimmung nur für Bauvorhaben im Oberschwellenbereich anzuwenden sei, nicht aber für solche im

Unterschwellenbereich. Ihr Angebot hätte daher nicht ausgeschieden werden dürfen, sodass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen nicht als Billigstbieter angesehen werden könne. Im Übrigen handle es sich um „keine aufgetragene Subunternehmerleistung im Sinne der Wiener Vergaberichtlinien, sondern ausschließlich um ein im Katastrophenfall zu nennendes örtliches Einsatzunternehmen, welches ohnedies fristgerecht genannt wurde.“

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so würde sie durch entgangenen Gewinn einen wesentlichen Deckungsbeitrag für das laufende Geschäftsjahr verlieren. Die Antragstellerin sei rechtzeitig und umfassend von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt worden. Die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich seien ebenfalls entrichtet worden.

Mit Schriftsatz vom 22.5.2006 hat die Antragsgegnerin beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht Folge zu geben. Das Angebot der Antragstellerin habe neben vier weiteren Angeboten wegen nicht aufgeklärter Mängel ausgeschieden werden müssen. Eignungskriterium sei die Sicherstellung der Erreichbarkeit der Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes laut dem der Ausschreibung beigelegten Kartenausschnitt in maximal zwei Stunden gewesen. Die Erfüllung dieses Kriteriums sei von der Antragstellerin in ihrem Angebot nicht nachgewiesen worden. Da die Antragstellerin ihren Firmensitz in Zell am See habe, sei sie am 18.4.2005 aufgefordert worden, zum Nachweis der Erfüllung dieses 2- Stunden-Kriteriums bis 25.4.2006 Stellung zu nehmen. Daraufhin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.4.2006 eine Firma „\*\*\*“ zur Erfüllung dieses Kriteriums genannt und mitgeteilt, „laufend Baustellen in unmittelbarer Nähe zum Quellengebiet zu betreiben“. Die Antragsgegnerin habe die Nennung des Unternehmens „\*\*\*“ als nicht mehr mögliche Nennung eines Subunternehmers zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit für diesen Auftrag gewertet und auf Grund des Hinweises auf laufende Baustellen der Antragstellerin in unmittelbarer Nähe zum Quellengebiet diese mit Schreiben vom 25.4.2006 aufgefordert, eine tabellarische Auflistung hinsichtlich dieser Baustellen bis 28.4.2006 zu übermitteln. In diesem Schreiben sei der Antragstellerin auch mitgeteilt worden, dass das Unternehmen „\*\*\*“ als Subunternehmer nicht anerkannt werden könne. Mit Schreiben vom 27.4.2006 habe die Antragstellerin darauf reagiert und zunächst ihren Standpunkt vertreten, dass das von ihr genannte Unternehmen kein Subunternehmer wäre. Weiters wurde ein Unternehmen „\*\*\* GmbH“ als zusätzliche Firma zur Einhaltung des Kriteriums genannt. Eine Auflistung jener Baustellen, die die Antragstellerin in unmittelbarer Nähe zum Quellengebiet betreibe, sei nicht gegeben worden. Daraufhin habe das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung des genannten Kriteriums ausgeschieden werden müssen. Hievon sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.5.2006 verständigt worden. Die Antragsgegnerin bezweifle weder die Befugnis noch wirtschaftliche, noch technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin im Allgemeinen. Lediglich für die betreffende Ausschreibung habe die technische Leistungsfähigkeit (Zwei-Stunden-Kriterium) nicht nachgewiesen werden können.

In einem weiteren Schriftsatz vom 1.6.2006 hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass nach dem Angebotsblatt SR 75 das Angebot unter Berücksichtigung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (Drucksorte VD 307) zu erstellen waren. In der VD 307 sei die Regelung über die Nennung von Subunternehmern genannt wurden. Dagegen habe die Antragstellerin verstoßen, weil die von ihr nachträglich namhaft gemachten Unternehmen nicht bereits mit dem Angebot als Subunternehmer genannt wurden. Das Antwortschreiben der Antragstellerin vom 27.4.2006 habe nicht als Aufklärung hinsichtlich der Einhaltung des Zwei-Stunden-Kriteriums gewertet werden können.

Zu diesen Ausführungen hat die Antragstellerin mit Schriftsätzen vom jeweils 6. Juni 2006 repliziert und ausgeführt, „dass nunmehr Subunternehmer – trotz Aufforderung – nicht nach benannt werden sollen dürfen, ist gleichermaßen unverständlich wie auch systemwidrig und hat gerade deshalb derart großes Unverständnis bei der Einschreiterin hervorgerufen“. Bisher habe die Antragsgegnerin das „2-Stunden-Kriterium“ zur Erfüllung und der technischen Leistungsfähigkeit bei vorangegangenen Bauvorhaben nicht herangezogen noch bei gleich gearteten Bauvorhaben im Unterschwellenbereich im Jahre 2005 weder gefordert oder gar für erforderlich erachtet. Gegenständlich handle es sich nicht um den Verstoß gegen die Subunternehmerklausel sondern einzig um die Frage „der möglichen kurzfristigen Erreichbarkeit im ausnahmsweisen Bedarfsfalle“ wozu „ohnedies letztlich über Aufforderung unverzüglich zwei Subunternehmer genannt wurden“. Beim Vorgehen der Antragsgegnerin handle es sich „hier ganz eindeutig um einen

Willkürakt sondergleichen", weshalb das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen „als Billigstbieterin durchgedrückt werden soll, ist in diesem Maße vollkommen unerfindlich und unter Berücksichtigung reiner technischer und rechtlicher Gesichtspunkte auch in keiner Weise nachvollziehbar".

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie den Schriftsätzen der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, folgende weitere Feststellungen:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 – Wasserwerke, ist als öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich tätig und daher Sektorenauftraggeber im Sinne der §§ 163 ff BVergG 2006. Die Eigenschaft der Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeber im Bereich Wasser ist unstrittig. Sie hat am 9.3.2006 die Vergabe von Erhaltungsarbeiten in Regie im Quellengebiet der II. Wiener Hochquellenleitung ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.4.2006, 10.00 Uhr. Als Zuschlagskriterium gilt der niedrigste Preis. Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 31 – Wasserwerke, ist als öffentlicher Auftraggeber im Sektorenbereich tätig und daher Sektorenauftraggeber im Sinne der Paragraphen 163, ff BVergG 2006. Die Eigenschaft der Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeber im Bereich Wasser ist unstrittig. Sie hat am 9.3.2006 die Vergabe von Erhaltungsarbeiten in Regie im Quellengebiet der römisch zwei. Wiener Hochquellenleitung ordnungsgemäß ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.4.2006, 10.00 Uhr. Als Zuschlagskriterium gilt der niedrigste Preis.

Die für das Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Angebotsbestimmungen lauten wie folgt:

Im Angebotsblatt MD-BD-SR 75, Seite 2, 1.) wird festgelegt:

„Ich (wir) biete(n) die Ausführung der beschriebenen Leistungen unter Berücksichtigung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen" (Drucksorte VD 307)..... an".

Unter den besonderen technischen und rechtlichen Erläuterungen wird im Punkt 2 ausgeführt:

Der Ersterer stellt sicher, sämtliche möglichen Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes II, siehe beiliegenden Kartenausschnitt, in maximal 2 Stunden zu erreichen". Der Ersterer stellt sicher, sämtliche möglichen Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes römisch zwei, siehe beiliegenden Kartenausschnitt, in maximal 2 Stunden zu erreichen".

Der Firmensitz der Antragstellerin liegt in 5700 Zell am See und ist damit mehr als drei Stunden vom fraglichen Gebiet entfernt.

Mit Schreiben vom 18.4.2006 hat die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf Punkt 2 der „Besonderen technischen und rechtlichen Erläuterungen" die Antragstellerin um Aufklärung zur Frage der Erreichbarkeit der Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes innerhalb von zwei Stunden ersucht. Dieses Schreiben lautet diesbezüglich wie folgt:

„Uns ist es im Zuge der Angebotsprüfung nicht möglich, die Einhaltung dieses 2- Stunden-Kriteriums von ihrem Firmensitz aus nachzuvollziehen.

Daher ersuchen wir Ihre diesbezügliche schriftliche Stellungnahme bis spätestens Dienstag, 25.4.2006, 13.00 Uhr an die Betriebsleitung Wildalpen .... zu übermitteln".

Darauf hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.4.2006 wie folgt geantwortet:

„Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 18.4.2006 übermitteln wir Ihnen in der Anlage die gewünschten Kalkulationsnachweise sowie eine Bestätigung der Baufirma \*\*\* betreffend Erreichbarkeit des Quellengebiet innerhalb von zwei Stunden. Weiters stellt dies auf Grund der Tatsache, dass wie laufend Baustellen in unmittelbarer Nähe haben, ohnedies kein Problem für uns dar ....."

Diesem Schreiben ist angeschlossen eine Bestätigung des Baumeisters \*\*\* wie folgt:

„....bezüglich der Erreichbarkeit des Quellgebietes Wildalpen innerhalb 2 Stunden sichern wir Ihnen volle Unterstützung im Katastrophenfall zu, wenn nicht ohnehin von Ihnen eine ausreichende Anzahl von Mitarbeitern in der Nähe ist."

Auf dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin ihrerseits mit Schreiben vom 25.4.2006 reagiert, dass folgenden Wortlaut hat:

„Aufgrund neuer Angebotsbestimmungen der Stadt Wien (VD 307) ist es leider nicht möglich Subunternehmer nach zu

nennen. Daher können wir die genannte Fa. Ing. \*\*\* GmbH bezüglich des 2-Stunden-Kriteriums nicht anerkennen.

Hinsichtlich der von Ihnen genannten Baustellen ersuchen wir um tabellarische Auflistung folgender Daten:

Örtlichkeit der Baustellen

Datum der Beauftragung

Baubeginn/Bauende

Leistungsumfang

Auftraggeber/Ansprechpartner mit Telefonnummer

Weiters ersuchen wir um Bekanntgabe der Kontaktperson der Firma \*\*\* GmbH mit Telefonnummer bezüglich ständiger Erreichbarkeit....."

Dazu hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.4.2006 wie folgt geantwortet:

„Betreffend Ihrem Schreiben vom 26.4.2006 (Angebotsbestimmungen) teilen wir Ihnen mit, dass es sich hierbei um ein Missverständnis handelt, wir haben keinen Subunternehmer nach genannt. Die Firma \*\*\* sowie auch die Firma \*\*\* (siehe in der Anlage zur Vorsicht eine weitere Bestätigung) stellen – und dies im Übrigen nur wenn notwendig – lediglich Arbeitskräfte oder Geräte zur Verfügung. Koordiniert und abgewickelt wird das Ganze natürlich über uns. Übrigens genügt lt. Bundesvergabeamt gemäß Ausschreibung die Erklärung des Anbieters, dass er die Einhaltung des 2-Stunden-Kriteriums sicherstellt .....“ Diesem Schreiben war angeschlossen eine Bestätigung der \*\*\* Ges.m.b.H. mit folgendem Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr Bmst. \*\*\*,

bezüglich der Erreichbarkeit des Quellengebietes Wildalpen innerhalb von 2 Stunden sichern wir Ihnen unsere volle Unterstützung mit bemannten Geräten (wie z.B. Kran-LKW, Bagger etc.) im Katastrophenfall zu, wenn sich nicht ohnehin von ihnen ausreichend Geräte in der Nähe befinden“.

Als Abschluss dieses Schriftverkehrs hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach mit den Unternehmen „\*\*\*“ und \*\*\* Subunternehmer genannt worden wären, „da auch nur die Beistellung von Arbeitskräften und Material eine Subunternehmerleistung“ darstelle. „Eine nachträgliche Nennung von Subunternehmern ist jedoch lt. BVergG nicht zulässig! Weiters wurde der Aufforderung (Schreiben vom 25.4.2006) zur Auflistung von Baustellen zur Erfüllung des 2-Stunden-Kriteriums in Ihrem Schreiben vom 27.4.2006 nicht nachgekommen. Daher wurden die geforderten Nachweise nicht erbracht“. Unter Hinweis auf diese Gründe wurde der Antragstellerin die Ausscheidung ihres Angebotes mangels „technischer Leistungsfähigkeit“ bekannt gegeben.

An der Ausschreibung haben sich insgesamt 10 Unternehmen durch Abgabe von Angeboten, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt. Neben dem Angebot der Antragstellerin wurden vier weitere Angebote wegen nicht erfolgter Mängelbehebung ausgeschieden. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen liegt damit preislich an erster Stelle unter den verbliebenen Angeboten.

Die Zuschlagsentscheidung vom 11.5.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 19.5.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt, die Gebühren wurden entrichtet, die Antragsgegnerin ist gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung verständigt worden. Die Zuschlagsentscheidung vom 11.5.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 19.5.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt, die Gebühren wurden entrichtet, die Antragsgegnerin ist gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung verständigt worden.

Diese Feststellungen konnten vor allem auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien getroffen werden. Danach steht fest, dass die Antragstellerin, obwohl diese Möglichkeit nach den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen war, Subunternehmer in ihrem Angebot nicht genannt hat. Weiters war es als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin, die zunächst in ihrem Schreiben vom 24.4.2006 noch ausgeführt hat, dass die Frage der Erreichbarkeit des Quellengebietes kein Problem darstelle, weil sie ohnedies „laufend Baustellen in unmittelbarer Nähe“ haben, eine tabellarische Auflistung dieser Baustellen, trotz Aufforderung

durch die Antragsgegnerin, in der Folge nicht abgegeben hat. Ob es sich bei der Namhaftmachung der Unternehmen „\*\*\*“ und „\*\*\*“ um die unzulässige Nachnennung von Subunternehmern handelt, wird im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu klären sein. Jedenfalls steht fest, dass beide von der Antragstellerin genannten Unternehmen lediglich bestätigt haben, die Antragstellerin „volle Unterstützung im Katastrophenfall“ zuzusichern.

Bei seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat Nachstehendes erwogen:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch Kundmachung am 9.3.2006 eingeleitet. Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 sind damit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde durch Kundmachung am 9.3.2006 eingeleitet. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, sind damit die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach § 30 WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG, insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie dann, wenn ihr Angebot unter Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen zu Unrecht ausgeschieden wurde, mit ihrem Angebot an erster Stelle zu reihen wäre. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 11.5.2006 erfolgte, ist der am 19.5.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVerG 2002. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach Paragraph 30, WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie dann, wenn ihr Angebot unter Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen zu Unrecht ausgeschieden wurde, mit ihrem Angebot an erster Stelle zu reihen wäre. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 11.5.2006 erfolgte, ist der am 19.5.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 2002.

Auszugehen ist davon, dass das gegenständliche Angebot unter Zugrundelegung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (Drucksorte VD 307), wie dies von der Antragstellerin durch Unterfertigung des Formblattes MD-BD-SR 75 ausdrücklich zur Kenntnis genommen wurden, zu erstellen war.

Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe eines Bauauftrages durch einen Sektorenauftraggeber, weshalb die Bestimmungen des dritten Teiles des BVerG 2006 anzuwenden sind. Nach § 263 Abs. 1 BVerG 2006 gelten bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich für Angebote ausschließlich die Bestimmungen der Absätze 2 bis 9 sowie jene Vorschriften, auf die in den Absätzen 2 bis 9 verwiesen wird. Nach Abs. 2 leg. cit. hat sich der Bieter bei offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Im Gegensatz zu den für Angebote im Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen (§ 257 Abs. 1 BVerG 2006) ist die Bekanntgabe von

Subunternehmern bei Angeboten im Unterschwellenbereich nicht erforderlich. Ob es sich nun bei der Nennung der Unternehmen „\*\*\*“ und „\*\*\*“ um eine auch im Sektorenbereich unzulässige Nachnennung von Subunternehmern handelt, kann vorliegend dahingestellt bleiben, weil Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung ohnedies der Umstand ist, dass im Hinblick auf die von der Antragstellerin auch zur Kenntnis genommene Geltung der VD 307 ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot nicht vorliegt. Nach den besonderen technischen und rechtlichen Erläuterungen hatte der Bieter sicherzustellen, sämtliche mögliche Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes II in maximal zwei Stunden zu erreichen. Dass die Antragstellerin dazu in der Lage ist, hat sie in ihrem Angebot nicht nachgewiesen, obwohl ihr dies durch die Antragsgegnerin im Hinblick auf ihre Erklärung, „ohnedies Baustellen in unmittelbarer Nähe zu haben“ im Rahmen der Angebotsprüfung ermöglicht worden ist. Sie hat aber auch mit dem Angebot nicht nachgewiesen, dass sie in der Lage wäre, dieses Kriterium in anderer Art und Weise zu erfüllen. Soweit sie sich in diesem Zusammenhang auf die Erklärungen der beiden von ihr genannten Unternehmen stützt, entsprechen diese inhaltlich nicht den Vorgaben des Punktes 2 der Ausschreibungsbedingungen (Besondere technische und rechtliche Erläuterungen), worin eine Einschränkung auf die Erreichbarkeit im Katastrophenfall nicht enthalten ist. Dass die Antragstellerin nachträglich durch die Antragsgegnerin zur Nennung von Subunternehmen aufgefordert worden wäre, steht nicht nur im Widerspruch zum Vorbringen der Antragsgegnerin, sondern ist auch nach dem Akteninhalt nicht ersichtlich. Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe eines Bauauftrages durch einen Sektorenauftraggeber, weshalb die Bestimmungen des dritten Teiles des BVergG 2006 anzuwenden sind. Nach Paragraph 263, Absatz eins, BVergG 2006 gelten bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich für Angebote ausschließlich die Bestimmungen der Absätze 2 bis 9 sowie jene Vorschriften, auf die in den Absätzen 2 bis 9 verwiesen wird. Nach Absatz 2, leg. cit. hat sich der Bieter bei offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Im Gegensatz zu den für Angebote im Oberschwellenbereich geltenden Bestimmungen (Paragraph 257, Absatz eins, BVergG 2006) ist die Bekanntgabe von Subunternehmern bei Angeboten im Unterschwellenbereich nicht erforderlich. Ob es sich nun bei der Nennung der Unternehmen „\*\*\*“ und „\*\*\*“ um eine auch im Sektorenbereich unzulässige Nachnennung von Subunternehmern handelt, kann vorliegend dahingestellt bleiben, weil Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung ohnedies der Umstand ist, dass im Hinblick auf die von der Antragstellerin auch zur Kenntnis genommene Geltung der VD 307 ein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot nicht vorliegt. Nach den besonderen technischen und rechtlichen Erläuterungen hatte der Bieter sicherzustellen, sämtliche mögliche Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes römisch zwei in maximal zwei Stunden zu erreichen. Dass die Antragstellerin dazu in der Lage ist, hat sie in ihrem Angebot nicht nachgewiesen, obwohl ihr dies durch die Antragsgegnerin im Hinblick auf ihre Erklärung, „ohnedies Baustellen in unmittelbarer Nähe zu haben“ im Rahmen der Angebotsprüfung ermöglicht worden ist. Sie hat aber auch mit dem Angebot nicht nachgewiesen, dass sie in der Lage wäre, dieses Kriterium in anderer Art und Weise zu erfüllen. Soweit sie sich in diesem Zusammenhang auf die Erklärungen der beiden von ihr genannten Unternehmen stützt, entsprechen diese inhaltlich nicht den Vorgaben des Punktes 2 der Ausschreibungsbedingungen (Besondere technische und rechtliche Erläuterungen), worin eine Einschränkung auf die Erreichbarkeit im Katastrophenfall nicht enthalten ist. Dass die Antragstellerin nachträglich durch die Antragsgegnerin zur Nennung von Subunternehmen aufgefordert worden wäre, steht nicht nur im Widerspruch zum Vorbringen der Antragsgegnerin, sondern ist auch nach dem Akteninhalt nicht ersichtlich.

Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass die Ausscheidung ihres Angebots „jedenfalls formalrechtlich unzulässigerweise“ erfolgte, weil sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 269 Abs. 1 BVergG berufen habe, übersieht sie, dass im Abs. 2 dem Sektorenauftraggeber die Möglichkeit eingeräumt ist, auch im Unterschwellenbereich Angebote von Bieter gemäß den in Abs. 1 genannten Gründen auszuschneiden. Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass die Ausscheidung ihres Angebots „jedenfalls formalrechtlich unzulässigerweise“ erfolgte, weil sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 269, Absatz eins, BVergG berufen habe, übersieht sie, dass im Absatz 2, dem Sektorenauftraggeber die Möglichkeit eingeräumt ist, auch im Unterschwellenbereich Angebote von Bieter gemäß den in Absatz eins, genannten Gründen auszuschneiden.

Zusammengefasst erweist sich sohin die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin als berechtigt, weil sie die nach den Ausschreibungsunterlagen geforderte Erreichbarkeit „sämtlicher möglicher Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes II..... in maximal 2 Stunden“ nicht nachweisen konnte. Dabei handelt es sich zwar nicht um einen Mangel der technischen Leistungsfähigkeit, sondern um ein bieterbezogenes Kriterium, nämlich der Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen, womit im Ergebnis ein unvollständiges Angebot vorliegt. Zusammengefasst erweist sich

sohin die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin als berechtigt, weil sie die nach den Ausschreibungsunterlagen geforderte Erreichbarkeit „sämtlicher möglicher Einsatzorte innerhalb des Quellengebietes römisch zwei..... in maximal 2 Stunden" nicht nachweisen konnte. Dabei handelt es sich zwar nicht um einen Mangel der technischen Leistungsfähigkeit, sondern um ein bieterbezogenes Kriterium, nämlich der Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen, womit im Ergebnis ein unvollständiges Angebot vorliegt.

Das Verfahren hat daher ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen zu Recht ausgeschieden worden ist. Damit hat die Antragstellerin überhaupt keine Chance mehr, den Auftrag selbst zu erhalten. Ihr kann somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Das Verfahren hat daher ergeben, dass das Angebot der Antragstellerin wegen Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen zu Recht ausgeschieden worden ist. Damit hat die Antragstellerin überhaupt keine Chance mehr, den Auftrag selbst zu erhalten. Ihr kann somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Auch das von der Antragstellerin hilfsweise erhobene Begehren auf „Aufhebung der Ausschreibung und neuerliche Durchführung des Vergabeverfahrens und Nichtigklärung desselben" war zurückzuweisen, da mangels entsprechender diesbezüglicher Entscheidungen des Auftraggebers eine Kompetenz des VKS hiezu nicht gegeben ist. Weder wurde die Ausschreibung rechtzeitig angefochten, sodass Bestimmungen der Ausschreibung (sofern dies gemeint sein sollte) im Stadium der Zuschlagsentscheidung nicht mehr angefochten werden können (vgl. § 20 Abs. 2 Z 1 lit. a WVRG) noch ist erkennbar, welche sonstige Entscheidung der Antragsgegnerin für nichtig erklärt werden sollte („Nichtigklärung desselben"). Auch das von der Antragstellerin hilfsweise erhobene Begehren auf „Aufhebung der Ausschreibung und neuerliche Durchführung des Vergabeverfahrens und Nichtigklärung desselben" war zurückzuweisen, da mangels entsprechender diesbezüglicher Entscheidungen des Auftraggebers eine Kompetenz des VKS hiezu nicht gegeben ist. Weder wurde die Ausschreibung rechtzeitig angefochten, sodass Bestimmungen der Ausschreibung (sofern dies gemeint sein sollte) im Stadium der Zuschlagsentscheidung nicht mehr angefochten werden können (vergleiche Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, WVRG) noch ist erkennbar, welche sonstige Entscheidung der Antragsgegnerin für nichtig erklärt werden sollte („Nichtigklärung desselben").

Eine Kostenentscheidung konnte entfallen, da ein Kostenersatzbegehren nicht gestellt wurde.

#### **Schlagworte**

Nachträgliche Nennung eines Subunternehmers; mangelnde technische Leistungsfähigkeit.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20060609\_1648\_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](http://www.jusline.at)