

TE Verg Bescheid 2006/4/3 VKS-724/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.04.2006

Norm

WVRG §11 Abs1 und 2
WVRG §13 Abs1
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs1 Z1 litc
WVRG §23
WVRG §26 Abs1
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §3 Abs1
BVergG 2002 §7 Abs1 Z1
BVergG 2002 §9 Abs1 Z3
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa
BVergG 2002 §30 Abs2
BVergG 2002 §98
AVG §74 Abs2
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 den Antrag der ARGE 1. *** GESELLSCHAFT m.b.H. 2. ***-Bautenschutz Gesellschaft m. b.H., vertreten durch Dullinger Schneider, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten auf Autobahnen und Schnellstraßen im Bereich des Bundeslandes Wien, Zl. MA46-ALLG-30622/05, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistratsabteilung 46, Niederhofstraße 21, 1121 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 17.2.2006, wonach beabsichtigt ist, den Auftrag an das Unternehmen *** GmbH als Bestbieter zu vergeben, wird für nichtig erklärt.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 13.3.2006 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 10.000,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23, 26 Abs. 1, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 30 Abs. 2, 98 BVergG 2002 und § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23, 26 Absatz eins, 30, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 30 Absatz 2, 98, BVergG 2002 und Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 46 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Rahmen eines offenen Verfahrens den Bauauftrag zur Durchführung von Bodenmarkierungen auf Autobahnen und Schnellstraßen im Bereich des Bundeslandes Wien ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben. Es handelt sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages im Oberschwabenbereich. Die Zuschlagsfrist beträgt fünf Monate, als Preisart wurde das Auf- und Abschlagsverfahren gewählt, einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt vier Unternehmen beteiligt, darunter die antragstellende ARGE. Die Angebotseröffnung fand am 1.2.2005 statt, wobei sich ergeben hat, dass das Angebot der ARGE sowie jenes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens gleichpreisig waren (Rundungsfehler 1 Cent).

Mit Schreiben vom 17.2.2006, der ARGE am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß § 98 Z 5 und 8 BVergG 2002 ausgeschieden wurde. Als Begründung wurde dafür angegeben, dass die Antragstellerin nicht die ihr mit „Fax vom 15.12.2005“ gesetzten Fristen eingehalten hätte „bzw. Unvollständigkeit der geforderten Unterlagen“.Mit Schreiben vom 17.2.2006, der ARGE am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG 2002 ausgeschieden wurde. Als Begründung wurde dafür angegeben, dass die Antragstellerin nicht die ihr mit „Fax vom 15.12.2005“ gesetzten Fristen eingehalten hätte „bzw. Unvollständigkeit der geforderten Unterlagen“.

Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung mitgeteilt wonach beabsichtigt sei, den Auftrag an das Unternehmen „***“ erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 2.3.2006 eingelangte und damit rechtzeitige (§20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden wäre. Aufgrund der Aufforderung gemäß § 100 Abs. 3 und 4 BVergG 2002 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass die Antragstellerin die angeforderten ergänzenden Unterlagen nicht fristgerecht vorgelegt hätte, aus den vorgelegten Kopien das Gültigkeitsdatum der ADR-Ausweise nicht eindeutig ersichtlich sei und die im Original vorgelegte ADR-Bescheinigung des Firmenverantwortlichen des Unternehmens „***“ nicht geeignet sei, die in der Ausschreibung verlangten Eignungen zu erfüllen, da dieser weder als Partieführer noch als Hilfskraft genannt worden sei. Diese Annahmen der Antragsgegnerin seien falsch, weil die Antragstellerin über die geforderten ADR-Bescheinigungen verfüge. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei nicht erforderlich gewesen, die ADR-Bescheinigungen vorzulegen. Da bei allen Markierungsarbeiten die Markierungsstoffe zu transportieren sind, muss bei jeder Arbeitspartie aufgrund gesetzlicher Vorschriften ein Mitarbeiter über eine gültige ADR-Bescheinigung verfügen. Im Bezug auf die Eignung des Bieters werde aber ein solcher Nachweis mit dem Angebot nicht verlangt. Dennoch habe die ARGE bereits mit dem Angebot acht ADR-Bescheinigungen in Kopie vorgelegt und über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 5.12.2006 fristgerecht drei weitere in Kopie vorgelegt. Da in der Ausschreibung die Vorlage von ADR-Bescheinigungen nicht vorgeschrieben sei, könne der Auftraggeber „im Nachhinein nicht einfach die vorzulegenden Nachweise so verschärfen, dass er beglaubigte Kopien verlangt“. Auf den mit dem Angebot vorgelegten acht ADR-Bescheinigungen sei das Gültigkeitsdatum eindeutig zu lesen. Es treffe zwar zu, dass auf den drei, am 13.12.2005 nachgereichten ADR-Bescheinigungen bei einer das Datum eindeutig, bei zwei Bescheinigungen nur schwer lesbar sei. Dies habe jedoch nicht die Antragstellerin zu vertreten, weil die ausstellende Behörde die Stampiglie teilweise über dem Datum angebracht habe. An diesem Umstand hätte auch die Beglaubigung einer Kopie nichts geändert. Alle vorgelegten ADR-

Bescheinigungen seien zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gültig gewesen und noch immer gültig. Soweit die Antragsgegnerin die ADR-Bescheinigung des Firmenverantwortlichen des Unternehmens „***“ nicht anerkenne sei dies ohne Relevanz, da insgesamt 11 gültige ADR-Bescheinigungen vorgelegt worden wären. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 2.3.2006 eingelangte und damit rechtzeitige (§20 Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden wäre. Aufgrund der Aufforderung gemäß Paragraph 100, Absatz 3 und 4 BVergG 2002 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass die Antragstellerin die angeforderten ergänzenden Unterlagen nicht fristgerecht vorgelegt hätte, aus den vorgelegten Kopien das Gültigkeitsdatum der ADR-Ausweise nicht eindeutig ersichtlich sei und die im Original vorgelegte ADR-Bescheinigung des Firmenverantwortlichen des Unternehmens „***“ nicht geeignet sei, die in der Ausschreibung verlangten Eignungen zu erfüllen, da dieser weder als Partieführer noch als Hilfskraft genannt worden sei. Diese Annahmen der Antragsgegnerin seien falsch, weil die Antragstellerin über die geforderten ADR-Bescheinigungen verfüge. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei nicht erforderlich gewesen, die ADR-Bescheinigungen vorzulegen. Da bei allen Markierungsarbeiten die Markierungsstoffe zu transportieren sind, muss bei jeder Arbeitspartie aufgrund gesetzlicher Vorschriften ein Mitarbeiter über eine gültige ADR-Bescheinigung verfügen. Im Bezug auf die Eignung des Bieters werde aber ein solcher Nachweis mit dem Angebot nicht verlangt. Dennoch habe die ARGE bereits mit dem Angebot acht ADR-Bescheinigungen in Kopie vorgelegt und über Aufforderung der Antragsgegnerin vom 5.12.2006 fristgerecht drei weitere in Kopie vorgelegt. Da in der Ausschreibung die Vorlage von ADR-Bescheinigungen nicht vorgeschrieben sei, könne der Auftraggeber „im Nachhinein nicht einfach die vorzulegenden Nachweise so verschärfen, dass er beglaubigte Kopien verlangt“. Auf den mit dem Angebot vorgelegten acht ADR-Bescheinigungen sei das Gültigkeitsdatum eindeutig zu lesen. Es treffe zwar zu, dass auf den drei, am 13.12.2005 nachgereichten ADR-Bescheinigungen bei einer das Datum eindeutig, bei zwei Bescheinigungen nur schwer lesbar sei. Dies habe jedoch nicht die Antragstellerin zu vertreten, weil die ausstellende Behörde die Stampiglie teilweise über dem Datum angebracht habe. An diesem Umstand hätte auch die Beglaubigung einer Kopie nichts geändert. Alle vorgelegten ADR-Bescheinigungen seien zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gültig gewesen und noch immer gültig. Soweit die Antragsgegnerin die ADR-Bescheinigung des Firmenverantwortlichen des Unternehmens „***“ nicht anerkenne sei dies ohne Relevanz, da insgesamt 11 gültige ADR-Bescheinigungen vorgelegt worden wären.

Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei daher rechtswidrig. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise wäre dem Angebot der Arbeitsgemeinschaft gemäß dem Billigstbieterprinzip der Ausschreibung der Zuschlag zu erteilen. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so würde ihr ein wesentlicher Schaden von rund € 6.500,- (entgangener Gewinn, Kosten der Angebotslegung, Kosten der anwaltlichen Vertretung) entstehen. Weiters wäre der Verlust eines Referenzauftrages gegeben. Im Falle der Nichtausscheidung ihres Angebotes hätte die Antragstellerin zumindest eine echte Chance den Zuschlag als Billigstbieterin zu erhalten. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden.

Die Antragstellerin hat zunächst nur Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich entrichtet. Da es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages handelt, und der Auftragswert sich auf den gesamten Ausschreibungszeitraum (1.1.2006 bis 31.12.2008) bezieht, handelt es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Nach Aufforderung zur Nachentrichtung der fehlenden Gebühren, hat die Antragstellerin diesem Verlangen am 9.3.2006 entsprochen. Damit hat sie auch die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne des § 30 WVRG nachgewiesen. Die Antragstellerin hat zunächst nur Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich entrichtet. Da es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages handelt, und der Auftragswert sich auf den gesamten Ausschreibungszeitraum (1.1.2006 bis 31.12.2008) bezieht, handelt es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Nach Aufforderung zur Nachentrichtung der fehlenden Gebühren, hat die Antragstellerin diesem Verlangen am 9.3.2006 entsprochen. Damit hat sie auch die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne des Paragraph 30, WVRG nachgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2006 hat sich die Antragsgegnerin im Ergebnis gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und ausgeführt, dass sich bei der Angebotsöffnung am 1.12.2005 ergeben habe, dass zwei Bieter gleichpreisig waren (Rundungsfehler 1 Cent). Da sowohl das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als auch das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft „***gesellschaft“ bei anderen Vergaben betreffend Bodenmarkierungen auf Eignung,

technische Ausrüstung usw. geprüft worden waren, sei eine Mängelbehebung und Ergänzung des Angebotes des ARGE Mitgliedes „***“ vorgenommen worden. Diesbezüglich sei die ARGE mit Fax vom 5.12.2005 unter Androhung des Ausschlusses zur Vorlage ergänzender Unterlagen ersucht worden. Als Endtermin für die Vorlage der Unterlagen sei der 13.12.2005, 15.00 Uhr, vorgegeben worden. Die Unterlagen seien jedoch nicht in der verlangten Form, bzw. teilweise nur in Kopien bei denen die Gültigkeit der ADR-Nachweise unleserlich seien, vorgelegt worden. Das Angebot der ARGE sei daher „wegen Fristüberschreitung gemäß § 98/5 und 8 ausgeschieden worden.“ Mit Schriftsatz vom 6.3.2006 hat sich die Antragsgegnerin im Ergebnis gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und ausgeführt, dass sich bei der Angebotsöffnung am 1.12.2005 ergeben habe, dass zwei Bieter gleichpreisig waren (Rundungsfehler 1 Cent). Da sowohl das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als auch das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft „***gesellschaft“ bei anderen Vergaben betreffend Bodenmarkierungen auf Eignung, technische Ausrüstung usw. geprüft worden waren, sei eine Mängelbehebung und Ergänzung des Angebotes des ARGE Mitgliedes „***“ vorgenommen worden. Diesbezüglich sei die ARGE mit Fax vom 5.12.2005 unter Androhung des Ausschlusses zur Vorlage ergänzender Unterlagen ersucht worden. Als Endtermin für die Vorlage der Unterlagen sei der 13.12.2005, 15.00 Uhr, vorgegeben worden. Die Unterlagen seien jedoch nicht in der verlangten Form, bzw. teilweise nur in Kopien bei denen die Gültigkeit der ADR-Nachweise unleserlich seien, vorgelegt worden. Das Angebot der ARGE sei daher „wegen Fristüberschreitung gemäß Paragraph 98 /, 5 und 8 ausgeschieden worden.“

In ihrer dazu abgegebenen Stellungnahme hat die ARGE mit Schriftsatz vom 14.3.2006 ausgeführt, dass die Auftraggeberin selbst den Standpunkt vertrete, dass die Eignung und somit auch die technische Leistungsfähigkeit des Mitgliedes der ARGE „***“ gegeben sei. An der technischen Leistungsfähigkeit der ARGE könne daher kein Zweifel bestehen weil bei Bieter- und Arbeitsgemeinschaften die technische Leistungsfähigkeit aller Mitglieder „zu addieren“ sei. Aufgrund der von der Antragsgegnerin selbst bestätigten Eignung (inklusive technischen Leistungsfähigkeit) des Unternehmens „***“ sei zwangsläufig auch die technische Leistungsfähigkeit der ARGE für diese Ausschreibung gegeben. Unabhängig davon sei auch die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens „***“ allein (aufgrund der Ausschreibungsunterlage) gegeben. Die ADR-Bescheinigungen der „***- Mitarbeiter“ seien fristgerecht vorgelegt worden und gültig.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16.3.2006 ausgeführt, dass nach ihrer Ansicht „die Eignung jedes Anbieters, also auch der Einzelfirmen einer ARGE, auf Eignung zu prüfen“ seien. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren davon auszugehen sei, „dass entweder die Fa. *** oder die Fa. *** die Bodenmarkierungsarbeiten ausführen wollen und beide Firmen nicht gleichzeitig auf der Baustelle sind (technisch weder sinnvoll noch zweckmäßig), ist auch die vollständige Ausbildung der Arbeitnehmer beider Unternehmen erforderlich, da sowohl mit leicht entzündlichen Stoffen als auch mit ätzenden Einzelkomponenten hantiert“ werde. Zum Argument des Addierens der technischen Leistungsfähigkeit vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, „dass die ADR-Ausbildung als Eignungskriterium angesehen wird und daher als Voraussetzung zur Erlangung eines Auftrages erforderlich“ sei. Der Nachweis der Eignung des Unternehmens *** sei nicht fristgerecht erbracht worden.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 13.3.2006 entsprochen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt stellt der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der anderen Seite zur Kenntnis gebracht wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung folgenden weiteren entscheidungserheblichen Sachverhalt fest:

Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Bodenmarkierungen auf Autobahnen und Schnellstraßen im Bereich des Bundeslandes Wien. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Rahmenvertrag mit einer Laufzeit von drei Jahren liegt im Oberschwellenbereich, er soll nach einem offenen Verfahren vergeben werden. Die Zuschlagsfrist beträgt fünf Monate, als Preisart wurde das Auf- und Abschlagsverfahren gewählt, einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die für das Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit lauten wie folgt:

„Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen;“.

Im Kapitel „Firmenprofil“ hatte jeder Bieter das ihm zur Verfügung stehende Personal, gegliedert nach Führungskräften, Vorarbeiter (Partieführer), Hilfspersonal anzugeben und unter anderem auch die Namen jener Mitarbeiter einzusetzen, die nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz ausgebildet sind (Seite 6 der Erläuterungen zur Ausschreibung).

Punkt 2.5.2 der Bedingungen und Bestimmungen von Bodenmarkierungen im Bereich des Bundeslandes Wien (Seite 13) lautet wie folgt:

„2.5.2 Der Auftragnehmer ist verantwortlich, dass Arbeitspartien so zusammengestellt werden, dass mindestens ein Mitarbeiter pro Arbeitspartie über eine gültige ADR-Bescheinigung über die Lenkung von Kraftfahrzeugen zur Beförderung gefährlicher Güter berechtigt ist“

Dass die ADR-Bescheinigungen, sei es in Kopie, in beglaubigter Form oder im Original mit dem Angebot vorzulegen waren, wird nach den Ausschreibungsbedingungen nicht verlangt. Bei der Angebotseröffnung am 1.12.2005 wurden insgesamt vier Angebote verlesen. Das Angebot der Antragstellerin wurde mit einem zivilrechtlichen Preis von € 195.272,54, jenes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens mit einem zivilrechtlichen Preis vom € 195.272,55 verlesen. In der Niederschrift zur Angebotsöffnung findet sich in der Spalte „Angebotsprüfung, richtig gestellter zivilrechtlicher Preis“ eine Korrektur dahingehend, dass dieser Preis bei dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen auf € 195.272,54 berichtigt wurde. Sowohl das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als auch die Antragstellerin haben auf die vorgegebenen Preise einen Nachlass von jeweils 41% angeboten.

Bezüglich der Angebotsprüfung findet sich in den Vergabeakten ein Vermerk vom 17.1.2006, wonach die Eignung des Unternehmens „***“ als auch des Mitgliedes der ARGE „***“ auf Grund früherer Tätigkeiten für die Antragsgegnerin für gegeben erachtet wurden. Die Antragsgegnerin hat jedoch „eine nähere Prüfung auf Eignung und Voraussetzung zur Erlangung des Auftrages des ARGE Partners *** Bautenschutz GmbH“ für erforderlich gehalten. Es wurde daher die ARGE zu Handen des Unternehmens „***“ mit Fax vom 5.12.2005 aufgefordert, bis spätestens 13.12.2005, 15.00 Uhr folgende Unterlagen nachzureichen:

„Als ausgewiesener Ansprechpartner der ARGE *** GmbH – *** GmbH werden sie ersucht folgende Unterlagen zur Beurteilung ihres Angebotes nachzureichen.

1. 1.Ziffer eins
Untergliederung der genannten Partieführer nach Zugehörigkeit zum Unternehmen.
2. 2.Ziffer 2
Nachweis der Anmeldung ihrer Mitarbeiter bei der SV, gegliedert nach Unternehmenszugehörigkeit zum Zeitpunkt des Ausschreibungsdatums.
3. 3.Ziffer 3
Beglaubigte Nachweise der gültigen ADR-Bescheinigungen der genannten Mitarbeiter, gegliedert nach Unternehmenszugehörigkeit.
4. 4.Ziffer 4
Aktueller Firmenbuchauszug entsprechend Seite 2 der Ausschreibung ihres ARGE Partners.
5. 5.Ziffer 5
Unbedenklichkeitsbescheinigungen ihres ARGE Partners von der GK und des FA.
6. 6.Ziffer 6
Liefervereinbarung ihres ARGE Partners.

Sie werden ersucht die vollständigen Unterlagen bis 13.12.2005, 15.00 Uhr nachzubringen, ansonsten ihr Angebot nicht berücksichtigt werden kann. Eine Fristverlängerung ist ausgeschlossen, da bereits die Angebotsfrist ausreichend bemessen wurde."

Mit Schreiben vom 12.12.2005, eingelangt bei der Antragsgegnerin am 13.12.2005, 11.00 Uhr hat das Unternehmen „***“ diesem Ersuchen entsprochen und – soweit für das Nachprüfungsverfahren bedeutsam – eine Untergliederung der genannten Partieführer nach Zugehörigkeit zum Unternehmen vorgenommen (Beilage 1) und beglaubigte Kopien über ADR-Nachweise betreffend fünf Mitarbeiter, wobei nicht klar ersichtlich ist, ob es sich dabei um Mitarbeiter des Unternehmens „***“ handelt, vorgelegt. Die beglaubigten ADR-Bescheinigungen betreffen jedenfalls nicht jene Mitarbeiter, die in den Erläuterungen zur Ausschreibung, Seite 6, Firmenprofil unter der Spalte „Namen jener

Mitarbeiter, die nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz ausgebildet wurden", angeführt sind. Weiters hat die Antragstellerin als Anlage 3 zu ihrem Schreiben drei Kopien von ADR-Bescheinigungen betreffend drei Mitarbeiter vorgelegt, wobei (diesbezüglich) vermerkt ist „***“. Von diesen drei in Kopie vorgelegten Bescheinigungen ist lediglich bei einer Bescheinigung das Datum der Ausstellung deutlich erkennbar. Bei zwei Kopien ist das Datum insofern nicht klar erkennbar als dort lediglich lesbar ist „09.02.200“. Eine Verlängerung ist bei diesen beiden Ausweisen nicht eingetragen. In den Vergabeakten findet sich weiters eine Faxnachricht von „***“ datiert mit 13.12.2005, Faxzeit 13.12.2005, 13.07 Uhr, mit folgendem Inhalt:

„Betrifft Unterlagen ARGE *** – *** .

Termingerecht zum 13.12.2005 wurden sämtliche Unterlagen in Kopie vorgelegt. Aufgrund der laufenden Markierungsarbeiten in der Steiermark konnten die Originale der ADR-Scheine den Herrn .. und .. nicht entzogen werden. Wir verweisen aber darauf, dass der ADR-Schein des Koordinators .. im Original am heutigen Tag vorgelegt wurde. Sie erhalten in den nächsten Tagen eine notarielle Erklärung dass sämtliche vorgelegte Unterlagen ordnungsgemäß und mit den Originalen übereinstimmen, zum heutigen Tag, bestätigt werden".

Auf dieses im Faxwege zugegangene Schreiben hat die Antragsgegnerin mit folgendem Schreiben vom gleichen Tag reagiert:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmen auf ihre Mitteilung wird festgehalten dass die Unterlagen weder vollständig noch in der verlangten Form (Fax vom 5.12.2005) vorgelegt wurden, sondern lediglich teilweise unleserliche Kopien".

Nach den in dem Vergabeakten erliegenden Aktenvermerk vom 17.1.2006 wurde das Angebot der ARGE im Ergebnis mit der Begründung ausgeschieden, dass „die verlangten Unterlagen nicht fristgerecht vollständig eingelangt sind und der Ausschluss angedroht wurde" weshalb das Angebot „gemäß § 98/5 und 8 BVergG 2002" nicht zu berücksichtigen sei. Nach den in dem Vergabeakten erliegenden Aktenvermerk vom 17.1.2006 wurde das Angebot der ARGE im Ergebnis mit der Begründung ausgeschieden, dass „die verlangten Unterlagen nicht fristgerecht vollständig eingelangt sind und der Ausschluss angedroht wurde" weshalb das Angebot „gemäß Paragraph 98 /, 5 und 8 BVergG 2002" nicht zu berücksichtigen sei.

Die Ausscheidung ihres Angebotes wurde der Antragstellerin gleichzeitig mit der Zuschlagsentscheidung mit Schreiben vom 17.12.2005, ihr im Faxweg an gleichem Tage zugegangen, mitgeteilt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten, des Inhaltes der von den beteiligten erstatteten Schriftsätze sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, an der die Antragsgegnerin nicht teilgenommen hat. Danach kann als erwiesen angenommen werden, dass die Antragstellerin – entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin – dem Ersuchen um Nachreichung fehlender Unterlagen fristgerecht mit dem am 13.12.2005, 11.00 Uhr bei der Antragsgegnerin eingelangten Schreiben vom 12.12.2005 entsprochen hat. Weiters war festzustellen, dass die Antragstellerin die verlangten Unterlagen vorgelegt und die geforderten Aufklärungen gegeben hat. Zutreffend ist, dass jene Kopien, die die drei ADR-Bescheinigungen von Mitarbeitern des Unternehmens *** betreffen bei zwei Mitarbeitern bezüglich der letzten Ziffer der Jahreszahl nicht lesbar sind. Als erwiesen konnte aber auch angenommen werden, dass die Antragstellerin bereits mit dem Angebot Kopien (wenn auch nicht in beglaubigter Form) jener ADR-Bescheinigungen für jene Mitarbeiter, die nach dem Gefahrgutbeförderungsgesetz ausgebildet wurden und die dort namentlich genannten vier Mitarbeiter sowie für weitere Mitarbeiter, die in der Spalte „Hilfspersonal" angeführt sind, vorgelegt hat. Damit ist der Sachverhalt, soweit für die rechtliche Beurteilung erforderlich, ausreichend festgestellt.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die formalen Voraussetzungen für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens wurden bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 13.3.2006 eingehend geprüft und als gegeben erachtet. Sie liegen auch weiterhin vor. Diesbezüglich kann daher auf dem Inhalt des den Beteiligten zugekommenen Bescheides verwiesen werden.

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

Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Vorweg ist zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zurecht ausgeschieden worden ist. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagerteilung geeignet gewesen wäre und ihm durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist seine Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Bei Prüfung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Arbeitsgemeinschaft unter Anziehung der Gründe des § 98 Z 5 und 8 BVergG 2002 ausgeschieden hat. Vorweg ist zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zurecht ausgeschieden worden ist. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagerteilung geeignet gewesen wäre und ihm durch Nichtberücksichtigung seines Angebotes ein Schaden entstehen könnte. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist seine Antragslegitimation zu verneinen (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Bei Prüfung dieser Frage ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Arbeitsgemeinschaft unter Anziehung der Gründe des Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVergG 2002 ausgeschieden hat.

§ 98 Z 5 BVergG 2002 bestimmt, dass Angebote von Bieterinnen auszuschneiden sind, die es unterlassen haben innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin innerhalb der ihr mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 5.12.2005 gesetzten Frist die geforderten Unterlagen nachgereicht hat. Eine Ausscheidung des Angebotes der ARGE wegen Nichteinhaltung gesetzter Fristen kommt daher nicht in Frage. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin damit argumentiert, die in Kopie vorgelegten ADR-Bescheinigungen wären bezüglich des Ausstellungsdatums nicht eindeutig lesbar gewesen, so hätte sie dies zum Anlass nehmen müssen, eine weitere Aufklärung im Sinne des § 94 BVergG 2002 zu verlangen. Gegebenenfalls hätte die Antragstellerin zur Vorlage der Originale aufgefordert werden müssen. Da dies von der Antragsgegnerin unterlassen wurde, erweist sich diesbezüglich die Prüfung der von ihr verlangten Nachweise als mangelhaft. Eine Ausscheidung nach Ziffer 5 des § 98 BVergG 2002 erweist sich damit als nicht gerechtfertigt. Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 bestimmt, dass Angebote von Bieterinnen auszuschneiden sind, die es unterlassen haben innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Das Verfahren hat ergeben, dass die Antragstellerin innerhalb der ihr mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 5.12.2005 gesetzten Frist die geforderten Unterlagen nachgereicht hat. Eine Ausscheidung des Angebotes der ARGE wegen Nichteinhaltung gesetzter Fristen kommt daher nicht in Frage. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin damit argumentiert, die in Kopie vorgelegten ADR-Bescheinigungen wären bezüglich des Ausstellungsdatums nicht eindeutig lesbar gewesen, so hätte sie dies zum Anlass nehmen müssen, eine weitere Aufklärung im Sinne des Paragraph 94, BVergG 2002 zu verlangen. Gegebenenfalls hätte die Antragstellerin zur Vorlage der Originale aufgefordert werden müssen. Da dies von der Antragsgegnerin unterlassen wurde, erweist sich diesbezüglich die Prüfung der von ihr verlangten Nachweise als mangelhaft. Eine Ausscheidung nach Ziffer 5 des Paragraph 98, BVergG 2002 erweist sich damit als nicht gerechtfertigt.

Aber auch der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund der Ziffer 8 leg.cit. liegt nicht vor. Nach den Ausschreibungsunterlagen war ein Nachweis der ADR-Bescheinigungen mit dem Angebot nicht zwingend vorgeschrieben. Dennoch wurde dieser Nachweis bereits mit dem Angebot durch das Mitglied der ARGE „***“ in ausreichender Form erbracht. Nach § 30 Abs. 2 BVergG 2002 können auch Arbeitsgemeinschaften Angebote einreichen. Die Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Sowohl in der Judikatur als auch in der Fachliteratur wird dazu einhellig die Ansicht vertreten, dass bei Bietergemeinschaften die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aller Mitglieder zu „addieren“ ist. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil die Mitglieder einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft solidarisch für die Ausführung haften. Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn in einer solchen Situation das „Addieren“ der vergaberechtlichen Eignung aller Mitglieder einer Bietergemeinschaft unzulässig wäre, ein Bieter aber seine fehlende technische sowie finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch einen Subunternehmer, der dem Auftraggeber gegenüber in keiner Weise haftet, substituieren lassen könnte (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², S334 und die dort zitierten Belegstellen). Das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft „***“ hat bereits mit dem Angebot die

für die Durchführung des Auftrages erforderlichen ADR-Bescheinigungen seiner Mitarbeiter in ausreichender Zahl nachgewiesen. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin, wie sich aus den Vergabeakten eindeutig ergibt, die grundsätzliche Eignung des Unternehmens „***“ für die ausgeschriebenen Bauleistungen als gegeben annimmt. Die Aufforderung zur nachträglichen Vorlage der ADR-Bescheinigungen auch hinsichtlich der beim zweiten Mitglied der Arbeitsgemeinschaft beschäftigten Arbeitnehmer erscheint unter dem Gesichtspunkt, dass die Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit bereits durch das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft *** in ausreichender Form erbracht worden sind als grundsätzlich nicht erforderlich und mit den Bestimmungen des Vergaberechts in Widerspruch stehend. Die Ansicht der Antragsgegnerin, dass auch die technische Leistungsfähigkeit des Mitgliedes der Arbeitsgemeinschaft „***“ zu prüfen gewesen sei, kann im Hinblick darauf, dass die technische Leistungsfähigkeit des anderen Mitgliedes der ARGE als uneingeschränkt gegeben anzusehen ist, nicht geteilt werden. In diesem Sinne erweist sich sohin die Aufforderung zur Vorlage von ADR-Bescheinigungen bezüglich der Arbeitnehmer des Unternehmens *** als willkürlich. Damit erübrigt sich aber auch im Ergebnis die Frage, ob der Nachweis hinsichtlich dieser Mitarbeiter in entsprechender Form erbracht wurde, bzw. ob diesbezüglich ein Verbesserungsverfahren durchzuführen gewesen wäre. Der Einsatz der Mitarbeiter obliegt ausschließlich dem Auftragnehmer. Dieser ist auch verpflichtet, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten, wobei diese Einhaltung im vorliegenden Fall nicht anzuzweifeln ist, da selbst bei Ausfall einzelner Mitarbeiter noch ausreichend Personal mit den gewünschten Qualifikationen zur Verfügung steht. Ein Ausscheidungsgrund nach Ziffer 8 des § 98 BVergG 2002 liegt damit ebenfalls nicht vor. Aber auch der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund der Ziffer 8 leg.cit. liegt nicht vor. Nach den Ausschreibungsunterlagen war ein Nachweis der ADR-Bescheinigungen mit dem Angebot nicht zwingend vorgeschrieben. Dennoch wurde dieser Nachweis bereits mit dem Angebot durch das Mitglied der ARGE „***“ in ausreichender Form erbracht. Nach Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2002 können auch Arbeitsgemeinschaften Angebote einreichen. Die Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Sowohl in der Judikatur als auch in der Fachliteratur wird dazu einhellig die Ansicht vertreten, dass bei Bietergemeinschaften die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aller Mitglieder zu „addieren“ ist. Dies ist sachlich gerechtfertigt, weil die Mitglieder einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft solidarisch für die Ausführung haften. Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn in einer solchen Situation das „Addieren“ der vergaberechtlichen Eignung aller Mitglieder einer Bietergemeinschaft unzulässig wäre, ein Bieter aber seine fehlende technische sowie finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch einen Subunternehmer, der dem Auftraggeber gegenüber in keiner Weise haftet, substituieren lassen könnte (vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², S334 und die dort zitierten Belegstellen). Das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft „***“ hat bereits mit dem Angebot die für die Durchführung des Auftrages erforderlichen ADR-Bescheinigungen seiner Mitarbeiter in ausreichender Zahl nachgewiesen. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin, wie sich aus den Vergabeakten eindeutig ergibt, die grundsätzliche Eignung des Unternehmens „***“ für die ausgeschriebenen Bauleistungen als gegeben annimmt. Die Aufforderung zur nachträglichen Vorlage der ADR-Bescheinigungen auch hinsichtlich der beim zweiten Mitglied der Arbeitsgemeinschaft beschäftigten Arbeitnehmer erscheint unter dem Gesichtspunkt, dass die Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit bereits durch das Mitglied der Arbeitsgemeinschaft *** in ausreichender Form erbracht worden sind als grundsätzlich nicht erforderlich und mit den Bestimmungen des Vergaberechts in Widerspruch stehend. Die Ansicht der Antragsgegnerin, dass auch die technische Leistungsfähigkeit des Mitgliedes der Arbeitsgemeinschaft „***“ zu prüfen gewesen sei, kann im Hinblick darauf, dass die technische Leistungsfähigkeit des anderen Mitgliedes der ARGE als uneingeschränkt gegeben anzusehen ist, nicht geteilt werden. In diesem Sinne erweist sich sohin die Aufforderung zur Vorlage von ADR-Bescheinigungen bezüglich der Arbeitnehmer des Unternehmens *** als willkürlich. Damit erübrigt sich aber auch im Ergebnis die Frage, ob der Nachweis hinsichtlich dieser Mitarbeiter in entsprechender Form erbracht wurde, bzw. ob diesbezüglich ein Verbesserungsverfahren durchzuführen gewesen wäre. Der Einsatz der Mitarbeiter obliegt ausschließlich dem Auftragnehmer. Dieser ist auch verpflichtet, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten, wobei diese Einhaltung im vorliegenden Fall nicht anzuzweifeln ist, da selbst bei Ausfall einzelner Mitarbeiter noch ausreichend Personal mit den gewünschten Qualifikationen zur Verfügung steht. Ein Ausscheidungsgrund nach Ziffer 8 des Paragraph 98, BVergG 2002 liegt damit ebenfalls nicht vor.

Damit erweist sich die Entscheidung der Antragsgegnerin, dass Angebot der Antragstellerin auszuscheiden als nicht berechtigt. Es wird Aufgabe der Antragsgegnerin sein, nach allfälliger weiterer Prüfung der Angebote, eine neuerliche Zuschlagsentscheidung im fortzusetzenden Verfahren zu treffen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf § 74 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf Paragraph 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Schlagworte

Mängel der Eignungsnachweise; Umfang der Prüfungspflicht der Nachweise; Eignungsnachweis durch ARGE.

Dokumentnummer

VERGT_20060403_724_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