

TE Verg Bescheid 2005/11/4 VKS-2940/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.11.2005

Norm

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 lita und c

WVRG §23 Abs5

WVRG §30

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9 Abs1 Z3

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §98 Z9

AVG §74 Abs2 in Verbindung mit WVRG §30

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 ***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung einer HF-Tunnelfunkversorgung der Wiener U-Bahn in den Abschnitten U 1 – Nord und U 2,

Ausschreibungsnummer: WLF 57/106/05/13, durch die Antragsgegnerin Wiener Linien GmbH & Co. KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher

Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat möge die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 7.9.2005 für nichtig erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragstellerin ***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in Wien, hat der

teilnahmeberechtigten Partei ***, vertreten durch Sundström/Rohrer, Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Wien, die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 2.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

1. 4.Ziffer 4

Die einstweilige Verfügung vom 30.9.2005 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. a und c, 23 Abs. 5, 30 WVRG und §§ 7 Abs. 1 Z 2, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 98 Z 9 BVergG 2002 sowie § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 WVRG.Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a und c, 23 Absatz 5, 30, WVRG und Paragraphen 7, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 98 Ziffer 9, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, WVRG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber ist (§ 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung der HF-Tunnelfunkversorgung des Betriebs-, Exekutiv- und Mobiltelefonfunks für die Strecken-, Stations- und Passagenbereiche in den Abschnitten U 1 – Nord und U 2 sowie die Anbindung und Integration in das bestehende Tunnelfunknetz der Wiener U-Bahn im Zusammenhang mit dem Ausbau des Wiener U-Bahn Netzes. Die Auftraggeberin hat den Bauauftrag nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (§ 9 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002), wobei die Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeberin tätig wird.Die Antragsgegnerin, ein zu 100 % im Eigentum der Gemeinde (bzw. des Landes) Wien stehendes Unternehmen, das auch von der Gemeinde (bzw. dem Land) Wien beherrscht wird und damit öffentlicher Auftraggeber ist (Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung der HF-Tunnelfunkversorgung des Betriebs-, Exekutiv- und Mobiltelefonfunks für die Strecken-, Stations- und Passagenbereiche in den Abschnitten U 1 – Nord und U 2 sowie die Anbindung und Integration in das bestehende Tunnelfunknetz der Wiener U-Bahn im Zusammenhang mit dem Ausbau des Wiener U-Bahn Netzes. Die Auftraggeberin hat den Bauauftrag nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 ordnungsgemäß und europaweit ausgeschrieben. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2002), wobei die Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeberin tätig wird.

Das Ende der Angebotsfrist war der 22.7.2005, 9.45 Uhr, die Öffnung der Angebote erfolgte anschließend. Insgesamt wurden drei Angebote abgegeben, zwei Angebote davon von der Antragstellerin. Bei der Angebotsöffnung wurde das Angebot „Schwarz“ der Antragstellerin an erster Stelle, deren weiteres Angebot „Weiss“ an dritter Stelle verlesen.

Mit Schreiben vom 7.9.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt sei, den Zuschlag dem an zweiter Stelle gereihten Unternehmen erteilen zu wollen.

Mit Schreiben vom 8.9.2005 ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote sowie der Vergabesumme und der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Mit Schreiben vom 14.9.2005 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot „Schwarz“ auszuscheiden gewesen sei und das Angebot der teilnahmeberechtigten Partei billiger als das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin gewesen sei. Die Antragsgegnerin hat in diesem Schreiben ihre Entscheidung ausführlich begründet und der Antragstellerin auch Teile der Niederschrift über die Prüfung der Angebote, soweit sie deren Angebot betreffen, übermittelt. Diesbezüglich kann auf das ausführliche Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.9.2005, Beilage 7 zum einleitenden Schriftsatz der Antragstellerin, verwiesen werden.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.9.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,

Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Vorauszuschicken ist, dass die Antragstellerin sich mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht gegen die Ausscheidung ihres Angebotes „Schwarz“ wendet, da nach ihrer Ansicht dieses Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 4.11.2005). Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 19.9.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Vorauszuschicken ist, dass die Antragstellerin sich mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht gegen die Ausscheidung ihres Angebotes „Schwarz“ wendet, da nach ihrer Ansicht dieses Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 4.11.2005).

Die Antragstellerin bekämpft auch nicht die Reihung ihres Angebotes „Weiss“ an zweiter Stelle, sondern führt im Wesentlichen aus, die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens auszuscheiden. Damit käme sie mit ihrem Angebot „Weiss“ als Billigstbieterin zum Zuge. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, während der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen habe sich für sie (vermeintlich) kein Grund ergeben, die Ausschreibungsbestimmungen anzufechten. Nach Abgabe des Angebotes sei hervorgekommen, dass die Ausschreibung – trotz des Beisatzes oder gleichwertig – in Wahrheit insoweit produktspezifisch gestaltet sei, als kein anderes LWL-Kabel als die genannte Referenztype mit exakt den Spezifikationen der TSP-09 derzeit nicht existiere. Die Antragstellerin habe zwar versucht, derartige LWL-Kabel von anderen Herstellern als jenen der Referenztype zu beziehen, sei aber mit diesen Bemühungen gescheitert. Eine Zusage einer Lieferfirma Dätwyler Kabel & Systeme GmbH sei von diesem Unternehmen nicht eingehalten worden (Punkt 1 e des Antrages).

Das Lichtwellenleiterkabel mit der Bezeichnung „FRNC-Lichtwellenleiterkabel 24 S 9/125“ sei als Referenztype als einziges geeignet, die technischen Spezifikationen zu erfüllen. Ein Kabel gleichwertiger Art existiere nicht. Die Angebotsfrist und die Frist zur Vorlage des Musterkabels sei zu kurz bemessen gewesen, um ein gleichwertiges Kabel herstellen zu lassen. Dieses Vorbringen ist nach Meinung der Antragstellerin nicht präkludiert, weil sie den Sachverhalt erst im Zuge der Bemühungen um ein entsprechendes Produkt „nach der Angebotsabgabe“ (!) erkannt habe. Die konkreten Mängel der Ausschreibung, rechtswidrig ein bestimmtes Produkt zu verlangen (und damit den Wettbewerb zu verhindern) und Alternativangebote auszuschließen, könnte daher auch noch mit dem Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung bekämpft werden.

Die Hersteller des LWL-Kabels hätten es entweder abgelehnt, der Antragstellerin ein Angebot für die Lieferung zu stellen oder hätten die Lieferung zugesagt, aber die verlangten Muster nicht zur Verfügung gestellt. Damit hätten die Hersteller des ausgeschriebenen Kabels in wettbewerbsverzerrender Weise in das Vergabeverfahren eingegriffen. Es sei anzunehmen, dass das Unternehmen „Pirelli“ der teilnahmeberechtigten Partei ein weit günstigeres Angebot gelegt hätte als der Antragstellerin, wodurch ebenfalls eine Wettbewerbsverzerrung gegeben sei. Der Zulieferer hätte damit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, was gegen die Bestimmung des § 98 Z 9 BVergG 2002 verstoße. Das Angebot dieses Bieters wäre daher auszuschneiden gewesen. In diesem Zusammenhang vermutet die Antragstellerin, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ein unterpreisiges Angebot gelegt hätte. In weiterer Folge bezweifelt die Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit der teilnahmeberechtigten Partei, behauptet mangelnde Referenzen, sowie dass, das von diesem Unternehmen angebotene Kabel nicht der technischen Spezifikation TSP 09 entspreche. Die von der Teilnahmeberechtigten gelegten Prüfberichte seien nicht mehr gültig, der Nachweis der elektrischen Eigenschaften der angebotenen Kabel sei gemäß ÖNORM EN 61196-4 durch eine Messung im Freifeld zu erbringen gewesen. Das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Prüfprotokoll beziehe sich aber auf eine Messung im Tunnel. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot entspreche damit nicht den im Punkt 02.03 des Leistungsverzeichnisses (Überwachung der Tunnelfunkanlage) geforderten Spezifikationen, der rechnerische Nachweis zu neun möglichen Beeinträchtigungen des Funksystems könne nicht vorliegen. Letztlich bringt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin hätte sowohl das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wie auch ihr Angebot „Weiss“ ausscheiden müssen, weil nach den Angaben des Herstellers nicht einmal die Referenztype des LWL-Kabels die geforderten technischen Spezifikationen aufweise und weil die Prüfprotokolle des Herstellers nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen (Punkt 6 des Antrages). Die Hersteller des LWL-Kabels hätten es entweder abgelehnt, der Antragstellerin ein Angebot für die Lieferung zu stellen oder hätten die

Lieferung zugesagt, aber die verlangten Muster nicht zur Verfügung gestellt. Damit hätten die Hersteller des ausgeschriebenen Kabels in wettbewerbsverzerrender Weise in das Vergabeverfahren eingegriffen. Es sei anzunehmen, dass das Unternehmen „Pirelli“ der teilnahmeberechtigten Partei ein weit günstigeres Angebot gelegt hätte als der Antragstellerin, wodurch ebenfalls eine Wettbewerbsverzerrung gegeben sei. Der Zulieferer hätte damit dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, was gegen die Bestimmung des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 verstoße. Das Angebot dieses Bieters wäre daher auszuschneiden gewesen. In diesem Zusammenhang vermutet die Antragstellerin, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen ein unterpreisiges Angebot gelegt hätte. In weiterer Folge bezweifelt die Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit der teilnahmeberechtigten Partei, behauptet mangelnde Referenzen, sowie dass, das von diesem Unternehmen angebotene Kabel nicht der technischen Spezifikation TSP 09 entspreche. Die von der Teilnahmeberechtigten gelegten Prüfberichte seien nicht mehr gültig, der Nachweis der elektrischen Eigenschaften der angebotenen Kabel sei gemäß ÖNORM EN 61196-4 durch eine Messung im Freifeld zu erbringen gewesen. Das von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Prüfprotokoll beziehe sich aber auf eine Messung im Tunnel. Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot entspreche damit nicht den im Punkt 02.03 des Leistungsverzeichnisses (Überwachung der Tunnelfunkanlage) geforderten Spezifikationen, der rechnerische Nachweis zu neun möglichen Beeinträchtigungen des Funksystems könne nicht vorliegen. Letztlich bringt die Antragstellerin vor, die Antragsgegnerin hätte sowohl das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wie auch ihr Angebot „Weiss“ ausscheiden müssen, weil nach den Angaben des Herstellers nicht einmal die Referenztype des LWL-Kabels die geforderten technischen Spezifikationen aufweise und weil die Prüfprotokolle des Herstellers nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen (Punkt 6 des Antrages).

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr an Aufwand für die Angebotserstellung ein Schaden von rund EUR 26.000,--, dazu komme der Verlust eines erzielbaren Gewinnes von etwa 3 % der Auftragssumme. Ein weiterer Schaden drohe ihr dadurch zu entstehen, dass sie bei Nichterlangung des Auftrages die mit diesem Auftrag zusammenhängenden Folgeaufträge nicht erhalten würde, wobei es sich um ein Vielfaches des Gewinns aus der ausgeschriebenen Leistung handle. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig verständigt worden. Die nach § 30 WVRG zu entrichtenden Pauschalgebühren seien zur Einzahlung gelangt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, so drohe ihr an Aufwand für die Angebotserstellung ein Schaden von rund EUR 26.000,--, dazu komme der Verlust eines erzielbaren Gewinnes von etwa 3 % der Auftragssumme. Ein weiterer Schaden drohe ihr dadurch zu entstehen, dass sie bei Nichterlangung des Auftrages die mit diesem Auftrag zusammenhängenden Folgeaufträge nicht erhalten würde, wobei es sich um ein Vielfaches des Gewinns aus der ausgeschriebenen Leistung handle. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig verständigt worden. Die nach Paragraph 30, WVRG zu entrichtenden Pauschalgebühren seien zur Einzahlung gelangt.

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 26.9.2005 gegen die Anträge ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, dass das von der Antragstellerin gelegte und an erster Stelle gereichte Angebot „Schwarz“ habe ausgeschieden werden müssen, weil trotz angemessener Frist eine Mängelbehebung nicht vorgenommen wurde. In Wahrheit ziele die Argumentation der Antragstellerin, was die Qualität und Beschaffung der verlangten Kabel anlange, auf eine Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen, die jedoch rechtzeitig hätte erfolgen müssen.

Die Bezeichnung „FRNC-Lichtwellenleiterkabel 24 S 9/125“ sei keine Produktbezeichnung, sondern eine international übliche Bezeichnung für solche Kabel eines beliebigen Herstellers. Darüber hinaus sei für das LWL-Kabel keine Referenztype angegeben, sondern diesbezüglich eine Bieterlücke freigelassen worden. Die Anforderungen an die Qualität der Produkte der gegenständlichen Ausschreibung wären aus Sicherheitsgründen im U-Bahn-Tunnel hoch, weswegen eine genaue Spezifikation notwendig gewesen sei. Dennoch sei die Antragsgegnerin nicht von einer Monopolstellung eines Herstellers ausgegangen, weil in der Vergangenheit qualitativ hoch stehende Produkte von mehreren Herstellern angeboten worden wären. Auch die Antragstellerin selbst gebe an, mit mehreren Herstellern wegen einer Zulieferung Kontakt aufgenommen zu haben.

Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot entspreche allen Ausschreibungsbedingungen, die erforderlichen Referenzen und Nachweise wären erbracht worden. Es lägen auch aufrechte Prüfprotokolle vor, wobei die Antragsgegnerin sowohl die Prüfnachweise für das Angebot der Mitbeteiligten als auch für das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin, die das gleiche Kabel angeboten habe, als ordnungsgemäß erbracht beurteilt habe. Es treffe zu, dass

die ÖNORM EN 61196-4 die Messung im Freifeld verlange. Der Hersteller des HF-Kabels habe Messungen und Prüfprotokolle im Tunnel erstellen lassen. Aus den Messwerten im Tunnel könnten die Messwerte im Freiland rechnerisch ermittelt werden, weil sich aus den, den Angeboten beigelegten Bestätigungen des Kabelherstellers ergibt, dass die Ergebnisse der Tunnelmessung um 10 bis 15 Dezibel besser seien als die Ergebnisse der Freifeldmessung (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10.10.2005). Die Überwachung sei nicht mit einer Baugruppe sondern in mehreren Positionen ausgeschrieben worden, die alle im Angebot des Billigstbieters enthalten wären. Von der Billigstbieterin seien auch alle erforderlichen Nachweise zu den Kabeln erbracht worden. Da die Antragstellerin selbst in ihrem Angebot „Weiss“ die gleichen Kabeltypen angeboten habe, habe die Antragsgegnerin keine Veranlassung gehabt, alle Angebote auszuschneiden.

Am 28.9.2005 hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen einen Antrag auf Teilnahme als Partei im Sinne des § 16 Abs. 2 WVRG gestellt. Am 28.9.2005 hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen einen Antrag auf Teilnahme als Partei im Sinne des Paragraph 16, Absatz 2, WVRG gestellt.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 30.9.2005 entsprochen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Die Teilnahmeberechtigte hat sich im Wesentlichen der Argumentation der Antragsgegnerin angeschlossen und gleichfalls die Ab- bzw. Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Insbesondere hat sie bestritten, mit dem Hersteller des Kabels wettbewerbswidrige Absprachen getroffen zu haben. Soweit die Antragstellerin jedoch geltend mache, dass ihr Angebot „Weiss“ auszuschneiden gewesen wäre, fehle es ihr an der Antragslegitimation. Dem Teilnahmeantrag wurde mit Bescheid vom 30.9.2005, Zl. VKS – 3054/05 entsprochen. Dazu wird auf den Inhalt des allen Beteiligten zugegangenen Bescheides verwiesen.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin wie auch der Teilnahmeberechtigten replizierte die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 3.10.2005, dass ihr zum Zeitpunkt der Angebotslegung durchaus Zusagen über die Lieferung der in Frage stehenden Kabel von verschiedenen Unternehmen vorgelegen wären. Die Behauptung der Antragsgegnerin, für das LWL-Kabel sei keine Referenztype angegeben, sei unrichtig, weil sich aus der Beschreibung ergebe, dass es sich nur um ein „Pirelli“ Kabel handeln könne. Auch die in der Ausschreibung unter Position 0301100 und dem Punkt 2.9.1.1 enthaltene Spezifikation deute auf diesen Produzenten hin. Es sei zwar richtig, dass auch andere Hersteller für Kabel dieser Spezifikation existieren würden, nur würden diese zur Zeit keine derartigen Kabel anbieten. Das wettbewerbswidrige Verhalten der Antragsgegnerin bestehe darin, keine anderen Kabel mit abweichenden Spezifikationen zugelassen zu haben. Zu den elektrischen Eigenschaften der HF-Kabel führte die Antragstellerin aus, dass eine Messung im Tunnel nicht ohne weiteres auf die vorgeschriebene Messung im Freien umzurechnen sei.

Zu letzterem Vorbringen hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 10.10.2005 ausgeführt, dass das LWL-Kabel nach den für einen sicheren U-Bahn Betrieb erforderlichen Eigenschaften ausgeschrieben worden sei. Diese Anforderungen seien sachlich gerechtfertigt, die technische Kurzbeschreibung des Kabeltyps sei gebräuchlich, ebenso wie andere Kürzel, die seit Jahren von der Antragsgegnerin verwendet würden. Kabel in der ausgeschriebenen Spezifikation würden seit Jahren von zahlreichen Kabelherstellern produziert. Es gebe mehrere unterschiedliche Arten ein Kabel, wie es in der Ausschreibung verlangt werde, aufzubauen. Es liege daher eine neutrale Ausschreibung vor. Der Antragsgegnerin wären keine Umstände bekannt, die den Tatbestand des § 98 Z 9 BVergG 2002 erfüllen könnten. Zu letzterem Vorbringen hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 10.10.2005 ausgeführt, dass das LWL-Kabel nach den für einen sicheren U-Bahn Betrieb erforderlichen Eigenschaften ausgeschrieben worden sei. Diese Anforderungen seien sachlich gerechtfertigt, die technische Kurzbeschreibung des Kabeltyps sei gebräuchlich, ebenso wie andere Kürzel, die seit Jahren von der Antragsgegnerin verwendet würden. Kabel in der ausgeschriebenen Spezifikation würden seit Jahren von zahlreichen Kabelherstellern produziert. Es gebe mehrere unterschiedliche Arten ein Kabel, wie es in der Ausschreibung verlangt werde, aufzubauen. Es liege daher eine neutrale Ausschreibung vor. Der Antragsgegnerin wären keine Umstände bekannt, die den Tatbestand des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 erfüllen könnten.

Die Tatsache, dass weder im Angebot „Weiss“ der Antragstellerin noch im Angebot der Teilnahmeberechtigten die geforderten Prüfprotokolle nach der mehrfach genannten ÖNORM für Messungen im Freifeld beigebracht werden konnten, sei von der Antragsgegnerin als nicht ausreichend angesehen worden, diese beiden Angebote auszuschneiden.

Es sei zu berücksichtigen, dass beide im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter das gleiche Kabel angeboten hätten. Von beiden Bietern sei der Nachweis über Messungen im Tunnel beigebracht worden. Es stünde den Bietern frei, die geforderten Eigenschaften mit anderen Unterlagen als vom Auftraggeber vorgesehen, nachzuweisen. Dies vor allem dann, wenn ein Bieter aus einem gerechtfertigten Grund die geforderten Nachweise nicht erbringen kann und diese Nachweise gleichwertig sind. Im gegenständlichen Fall seien die Nachweise der Messungen im Tunnel im Hinblick auf die Verwendung der HF-Kabel als gleichwertig erachtet worden. Eine Umrechnung auf Messwerte im Freiland konnte vorgenommen werden, weil in dem, den Angeboten beigelegten „Statement for Coupling Attention Definitions“ des Kabelherstellers angegeben ist, dass die Ergebnisse der Tunnelmessung um 10 bis 15 Dezibel besser seien als die Ergebnisse der Freilandmessung. Die in der Ausschreibung geforderten Messwerte bei der Freilandmessung seien um 13 bis 9 Dezibel schlechter als die nachgewiesenen Werte im Tunnel. Die Antragsgegnerin habe daher das verlangte Kriterium als sowohl von der Antragstellerin als auch von der Mitbeteiligten als erfüllt betrachtet. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten habe alle Spezifikationen erfüllt, die Billigstbieterin habe auch wie gefordert ein Musterkabel zur Prüfung der technischen Spezifikationen beigebracht. Das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin habe das gleiche LWL-Kabel-Produkt enthalten, wie das Angebot der Teilnahmeberechtigten. Obwohl die Antragstellerin – entgegen den Ausschreibungsbedingungen – kein Musterkabel vorgelegt habe, habe die Antragsgegnerin den Schluss auf die Eigenschaften dieses angebotenen Produktes aus der Überprüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten gezogen und den Nachweis der technischen Eigenschaft des LWL-Kabels im Angebot „Weiss“ der Antragstellerin als erbracht angesehen. Dieses Angebot sei daher auch nicht ausgeschieden worden.

Die Teilnahmeberechtigte hat dazu ergänzend im Schriftsatz vom 10.10.2005 vorgebracht, dass auch das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre, da sie die erforderlichen Referenzen nicht nachweisen könne. Überdies sei sie nicht im Besitz jener Arbeitsgeräte, die für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich wären. Letztlich habe die Antragstellerin zwei Hauptangebote gelegt und die verlangten Kabelmuster nicht beigebracht. Im Übrigen hat sie sich den Ausführungen der Antragsgegnerin in deren Schriftsatz vom 10.10.2005 angeschlossen.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, hat der Vergabekontrollsenat nach dem Inhalt der Akten des Vergabeverfahrens, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung folgende ergänzende Feststellungen getroffen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin im Sektorenbereich die gegenständlichen Bauleistungen nach ordnungsgemäßer Bekanntmachung in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe ausgeschrieben. Gegenstand des Bauauftrages ist die Errichtung der HF-Tunnelfunkversorgung des Betriebs-, Exekutiv- und Mobiltelefonfunks für die Strecken-, Stations- und Passagenbereiche in den Abschnitten U 1 – Nord und U 2 und die Anbindung und Integration an das bestehende Tunnelfunknetz der Wiener U-Bahn. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen.

Am gegenständlichen Vergabeverfahren haben sich nur zwei Bieter beteiligt, nämlich die Antragstellerin durch Legung von zwei Angeboten (Angebot „Weiss“ und „Schwarz“) und die Teilnahmeberechtigte durch Legung eines Angebotes. Bei der Angebotsöffnung am 22.7.2005 wurde das Angebot der Antragstellerin „Schwarz“ an erster Stelle, das Angebot der Teilnahmeberechtigten an zweiter Stelle und das Angebot der Antragstellerin „Weiss“ an dritter Stelle gereiht. In der Folge wurde das Angebot „Schwarz“ ausgeschieden, sodass nunmehr die Antragstellerin mit ihrem Angebot „Weiss“ an zweiter Stelle liegt.

In der Folge wurden die beiden Angebote am 5.9.2005 von der Antragsgegnerin eingehend geprüft. Nach dem Inhalt der Niederschrift vom gleichen Tage fand eine Prüfung auf Vollständigkeit, Vorliegen der Befugnisse, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter statt. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten hat alle Kriterien erfüllt (Seite 4 der Niederschrift), ihm liegen alle geforderten Prüfprotokolle bei. Die Einhaltung der in den technischen Spezifikationen der Ausschreibung verlangten Eigenschaften ist nachgewiesen. Die Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten sind deren Angebot angeschlossen und wurden gleichfalls geprüft (Seite 9 der Niederschrift). Die besonderen Bedingungen für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (projektspezifische Erfahrung, Qualitätssicherung, Leistungsfähigkeit der Projektleitung, Personalkapazität und Arbeitsgeräte) wurden gleichfalls eingehend überprüft und sind als erfüllt ausgewiesen (Seite 10 bis 11 der Niederschrift). Im Rahmen der Prüfung der Preisangemessenheit wurde dieses Angebot auch einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen und dabei sowohl Leistungsgruppen als auch Einzelpositionen kontrolliert (Seiten 12 bis

13 der Niederschrift). Die technische Prüfung der Angebote ergab, dass im Angebot der Teilnahmeberechtigten Bieterlücken ausgefüllt sind und die vorgeschriebenen Werte bestätigt werden. Die erforderlichen Datenblätter, Mess- und Prüfprotokolle liegen vor. Die geforderten Muster wurden übergeben, die vorgesehenen Prüfungen an diesen Mustern wurden von der Antragsgegnerin durchgeführt (Seiten 13 bis 18 der Niederschrift). Das Funktions- und Ausfallskonzept des Angebotes der Teilnahmeberechtigten wurde geprüft und ist nachvollziehbar. Die rechnerischen Nachweise der ausreichenden Versorgung, der Nachweis der unterbrechungslosen, betriebssicheren Versorgung, die rechnerischen Nachweise über die Koppelfelder Funkzentrale KB und Stationsausrüstung, die rechnerischen Nachweise über die Durchgangsdämpfung und die rechnerischen Nachweise über die Dämpfung der LWL-Komponenten liegen vor und wurden eingehend überprüft, die erforderlichen Nachweise vollständig erbracht (Seiten 19 bis 22 der Niederschrift). Die Niederschrift über die Angebotsprüfung kommt zum Ergebnis, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten das Angebot mit dem niedrigsten Preis ist und alle Bedingungen der Ausschreibung erfüllt sind. Die Antragsgegnerin hat auch in ihrer Niederschrift begründet, warum sie sich mit der Vorlage einer Messung des HF-Kabels im Tunnel und der Umrechnung der Werte im Freiland begnügt und letztlich auf die Vorlage von Messergebnissen im Freiland gemäß ÖNORM EN 61196-4, verzichtet hat. Dabei hat sie berücksichtigt, dass auch von der Antragstellerin ein Kabel des gleichen Produzenten angeboten wurde. Eine Anfechtung der Ausschreibungsbestimmungen ist nicht erfolgt.

Die Zuschlagsentscheidung vom 7.9.2005 zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund der Inhalte der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurden. Insbesondere hat sich ergeben, dass die Antragsgegnerin ihrer Prüfpflicht in außerordentlich sorgfältiger Art und Weise nachgekommen ist. Im Zusammenhang mit den Erklärungen des Vertreters der Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung konnte die Feststellung getroffen werden, dass beide Bieter die gleichen Kabel angeboten, jedoch einen Nachweis entsprechend der ÖNORM EN 61196-4 zur Freilandmessung nicht erbracht haben. In diesem Zusammenhang konnte der Senat den nicht entgegengetretenen Angaben des Vertreters der Antragsgegnerin in seinen Feststellungen folgen, wonach die Tunnelwertnachweise für die in den beiden verbliebenen Angeboten angeführten Kabel jedenfalls erreicht werden. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat dazu ausgeführt: „Sollte er als Techniker gefragt werden, könne er der Argumentation der Antragsgegnerin hinsichtlich der Tunnelwerte/Freilandwerte im Prinzip zustimmen“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Der Vergabekontrollsenat ist daher in seinen Feststellungen zum Ergebnis gelangt, dass letztlich beide noch vorhandenen Angebote in allen Punkten den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen.

Ausgehend von diesen Feststellungen hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen stellen einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich dar (§§ 3 Abs. 1, 9 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002). 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. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen stellen einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich dar (Paragraphen 3, Absatz eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2002). 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.

Die Zuschlagsentscheidung vom 7.9.2005 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 19.9.2005 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG). Die Zuschlagsentscheidung vom 7.9.2005 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 19.9.2005 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG).

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. Von der Antragstellerin wird die Ausscheidung ihres zunächst an erster Stelle gereihten Angebotes „Schwarz“ ausdrücklich nicht bekämpft, sondern nur die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten, da deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal sie nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung bei Ausscheiden des

Angebotes der Teilnahmberechtigten als Zuschlagsempfängerin in Frage kommen könnte. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Der Nachprüfungsantrag entspricht auch sonst den Anforderungen des § 17 Abs. 1 WVRG, die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002. Von der Antragstellerin wird die Ausscheidung ihres zunächst an erster Stelle gereihten Angebotes „Schwarz“ ausdrücklich nicht bekämpft, sondern nur die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmberechtigten, da deren Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal sie nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung bei Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmberechtigten als Zuschlagsempfängerin in Frage kommen könnte. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Der Nachprüfungsantrag entspricht auch sonst den Anforderungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 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. Da das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin nicht auszuschneiden ist und sie damit für eine Zuschlagserteilung in Frage kommen könnte, ist ihre nach § 13 Abs. 1 WVRG erforderliche Antragslegitimation gegeben. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 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. Da das Angebot „Weiss“ der Antragstellerin nicht auszuschneiden ist und sie damit für eine Zuschlagserteilung in Frage kommen könnte, ist ihre nach Paragraph 13, Absatz eins, WVRG erforderliche Antragslegitimation gegeben.

Im Ergebnis erweist sich jedoch der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung – ausgehend von den Feststellungen – als nicht berechtigt, weil die im Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen. Soweit sich die Antragstellerin zunächst in ihrem „Recht auf Festlegung tatsächlich produkt- bzw. produzentenneutraler Spezifikationen“ in den Ausschreibungsunterlagen verletzt erachtet, macht sie inhaltlich Mängel der Ausschreibung geltend. Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, bezüglich derer gemäß § 20 Abs. 1 Z 1 lit. a WVRG ein Antrag auf Nichtigerklärung spätestens 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden muss. Eine Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen ist nicht erfolgt, sodass das diesbezügliche Recht auf Stellung eines Nachprüfungsantrages verloren gegangen ist. Es handelt sich bei der genannten Frist des WVRG um eine sogenannte „Präklusions- bzw. Ausschlussfrist“. Wird eine Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten, werden daher allfällige Mängel, was den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entspricht, unanfechtbar, sind damit als geheilt anzusehen und zwingend dem weiteren Vergabeverfahren zu Grunde zu legen (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 583 f). Wenn auch auf die diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin nicht weiter einzugehen ist, sei dennoch angemerkt, dass sie nach ihrer Darstellung unmittelbar nach Bekanntmachung (27.5.2005) sich die Ausschreibungsunterlagen beschafft hat (Angaben in der mündlichen Verhandlung), sodass es ihr bei entsprechender Bearbeitung des Angebotes möglich gewesen sein müsste, die von ihr im einleitenden Schriftsatz behaupteten Schwierigkeiten rechtzeitig zu entdecken und gegebenenfalls eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Im Ergebnis erweist sich jedoch der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung – ausgehend von den Feststellungen – als nicht berechtigt, weil die im Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen. Soweit sich die Antragstellerin zunächst in ihrem „Recht auf Festlegung tatsächlich produkt- bzw. produzentenneutraler Spezifikationen“ in den Ausschreibungsunterlagen verletzt erachtet, macht sie inhaltlich Mängel der Ausschreibung geltend. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, bezüglich derer gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, WVRG ein Antrag auf Nichtigerklärung spätestens 14 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden muss. Eine Anfechtung der Ausschreibungsbedingungen ist nicht erfolgt, sodass das diesbezügliche Recht auf Stellung eines Nachprüfungsantrages verloren gegangen ist. Es handelt sich bei der genannten Frist des WVRG um eine sogenannte „Präklusions- bzw. Ausschlussfrist“. Wird eine Ausschreibung nicht

rechtzeitig angefochten, werden daher allfällige Mängel, was den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entspricht, unanfechtbar, sind damit als geheilt anzusehen und zwingend dem weiteren Vergabeverfahren zu Grunde zu legen (vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 583 f). Wenn auch auf die diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin nicht weiter einzugehen ist, sei dennoch angemerkt, dass sie nach ihrer Darstellung unmittelbar nach Bekanntmachung (27.5.2005) sich die Ausschreibungsunterlagen beschafft hat (Angaben in der mündlichen Verhandlung), sodass es ihr bei entsprechender Bearbeitung des Angebotes möglich gewesen sein müsste, die von ihr im einleitenden Schriftsatz behaupteten Schwierigkeiten rechtzeitig zu entdecken und gegebenenfalls eine Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen.

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass im Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich nur ein einziges Unternehmen in der Lage gewesen ist, Kabel in der verlangten Spezifikation zu erzeugen und zu liefern, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil weder von ihr behauptet wurde noch sonst im Verfahren hervorgekommen ist, dass bezüglich der Lieferung dieses Kabels an die Teilnahmeberechtigte eine Absprache über eine ausschließliche Belieferung bestanden hätte. Durch die Abgabe ihres, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Angebotes „Weiss“ hat die Antragstellerin selbst nachgewiesen, dass es ihr möglich ist, ein Kabel gleicher Spezifikation, offenbar vom selben Erzeuger, anzubieten, wie dies die Teilnahmeberechtigte getan hat. Der in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund des § 98 Z 9 BVergG 2002 würde überdies nur dann vorliegen, wenn die darin verpönten Abreden von den Bietern vorgenommen worden wären. Die Bestimmung der Ziffer 9 als Ausscheidungsgrund betrifft nur Bieterabsprachen, nicht aber Absprachen zwischen Bietern und Subunternehmern oder Lieferanten. Sollten derartige Absprachen in wettbewerbsbeschränkender Art und Weise vorliegen, so wäre diesen mit den Mitteln des Kartellrechts bzw. des Rechtes über den unlauteren Wettbewerb zu begegnen, sie würden aber keinen Ausscheidungsgrund im Sinne des BVergG 2002 abgeben. Selbst wenn die von der Antragstellerin genannten Lieferanten ihr zunächst die Belieferung zugesagt haben, die in der Folge jedoch nicht eingehalten haben, weil sie nach Darstellung der Antragstellerin „in Wahrheit nie die Absicht hatten, die Antragstellerin tatsächlich zu beliefern“, wäre dieser Umstand für das Vergabeverfahren nur dann von Bedeutung, wenn an diesem Verhalten die Antragsgegnerin in irgendeiner Form mitgewirkt hätte. Derartiges ist – wie bereits ausgeführt – nicht hervorgekommen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass im Zeitpunkt der Angebotslegung tatsächlich nur ein einziges Unternehmen in der Lage gewesen ist, Kabel in der verlangten Spezifikation zu erzeugen und zu liefern, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil weder von ihr behauptet wurde noch sonst im Verfahren hervorgekommen ist, dass bezüglich der Lieferung dieses Kabels an die Teilnahmeberechtigte eine Absprache über eine ausschließliche Belieferung bestanden hätte. Durch die Abgabe ihres, den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Angebotes „Weiss“ hat die Antragstellerin selbst nachgewiesen, dass es ihr möglich ist, ein Kabel gleicher Spezifikation, offenbar vom selben Erzeuger, anzubieten, wie dies die Teilnahmeberechtigte getan hat. Der in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 würde überdies nur dann vorliegen, wenn die darin verpönten Abreden von den Bietern vorgenommen worden wären. Die Bestimmung der Ziffer 9 als Ausscheidungsgrund betrifft nur Bieterabsprachen, nicht aber Absprachen zwischen Bietern und Subunternehmern oder Lieferanten. Sollten derartige Absprachen in wettbewerbsbeschränkender Art und Weise vorliegen, so wäre diesen mit den Mitteln des Kartellrechts bzw. des Rechtes über den unlauteren Wettbewerb zu begegnen, sie würden aber keinen Ausscheidungsgrund im Sinne des BVergG 2002 abgeben. Selbst wenn die von der Antragstellerin genannten Lieferanten ihr zunächst die Belieferung zugesagt haben, die in der Folge jedoch nicht eingehalten haben, weil sie nach Darstellung der Antragstellerin „in Wahrheit nie die Absicht hatten, die Antragstellerin tatsächlich zu beliefern“, wäre dieser Umstand für das Vergabeverfahren nur dann von Bedeutung, wenn an diesem Verhalten die Antragsgegnerin in irgendeiner Form mitgewirkt hätte. Derartiges ist – wie bereits ausgeführt – nicht hervorgekommen.

Die Antragstellerin hat weiters vorgebracht, die Antragsgegnerin habe „beim Angebot des Billigstbieters von der Erbringung sämtlicher verlangter Referenzen und Leistungsspezifikationen“ abgesehen. Dieses Vorbringen ist durch den Inhalt der Vergabeakten, insbesondere der Niederschrift der Antragsgegnerin über die Angebotsprüfung vom 5.9.2005, eindeutig widerlegt. Die Ergebnisse dieser Niederschrift sind durch die Aktenlage vollkommen gedeckt, alle nach den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise und Bestätigungen wurden von der Teilnahmeberechtigten erbracht. Die Schlussfolgerung der Antragsgegnerin, dass dem Angebot der Teilnahmeberechtigten als jenem mit dem billigsten Preis der Zuschlag zu erteilen wäre, ist eingehend und

nachvollziehbar begründet. Die von der Antragstellerin diesbezüglich vorgebrachten, behaupteten Rechtswidrigkeiten, die zu einer Ausscheidung führen hätten müssen, liegen weder bei dem Angebot der Teilnahmeberechtigten noch beim Angebot „Weiss“ der Antragstellerin vor.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass alle Angebote, auch ihr Angebot „Weiss“ ausgeschieden hätte werden müssen. Der Vergabekontrollsenat vermag der diesbezüglichen Argumentation der Antragstellerin nicht zu folgen. Die Antragsgegnerin hat sich mit der Vorlage von Messdaten des HF-Kabels im Tunnel und der Umrechnung der Werte für eine Freilandmessung begnügt und nicht – wie die Antragstellerin es offenbar verlangt – auf der Vorlage von Messergebnissen im Freiland gemäß ÖNORM EN 61196-4, bestanden. Die Antragsgegnerin hat, belegt durch Messergebnisse des Kabelherstellers in logisch nachvollziehbarer Weise dargelegt, warum sie letztlich von der Vorlage von Messergebnissen im Freiland nach der genannten ÖNORM verzichtet hat. Sie hat dies damit begründet, dass sowohl von der Antragstellerin als auch von der Teilnahmeberechtigten das gleiche Kabel angeboten wurde, das jedenfalls aufgrund der vorliegenden Messberichte die Anforderungen für den Tunnelbetrieb eindeutig erfüllt habe. Ihre Argumentation, dass die Messergebnisse im Tunnelbereich ungünstiger wären, als im Freilandbereich, aber dennoch die geforderten Werte gegeben wären, ist nachvollziehbar und wurde dieser Argumentation der Antragsgegnerin letztlich auch vom Geschäftsführer der Antragstellerin, wenn auch nur „als Techniker“, zugestimmt. Der Nachweis über Messungen im Tunnelbereich wurde jedenfalls beigebracht und von der Antragsgegnerin für beide Angebote akzeptiert. Wollte man aber – worauf die Teilnahmeberechtigte zutreffend verwiesen hat – der Argumentation der Antragstellerin folgen, dass ihr Angebot „Weiss“, weil es nicht der Ausschreibung entspreche, auszuschneiden wäre, wäre damit auch ihre Legitimation für das Nichtigerklärungsverfahren nicht mehr gegeben, was letztlich zur Zurückweisung ihres Antrages führen müsste.

Zusammenfassend ist daher der Vergabekontrollsenat zum Ergebnis gelangt, dass die von der Antragstellerin behaupteten Anfechtungsgründe teilweise verfristet sind, im übrigen nicht nachgewiesen werden konnten. Die Antragsgegnerin hat in einem sorgfältig geführten Vergabeverfahren, ohne gegen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 verstoßen zu haben, eine nachvollziehbare mit den Ausschreibungsunterlagen in Einklang stehende Zuschlagsentscheidung getroffen, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war. Mit der Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet.

Es war daher gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweilige Verfügung vom 30.9.2005 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Es war daher gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweilige Verfügung vom 30.9.2005 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten gründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Die Kostenentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten gründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag nicht durchgedrungen ist, hat sie die Kosten des Verfahrens selbst zu tragen (§ 30 Abs. 5 WVRG). Da die Antragstellerin mit ihrem Antrag nicht durchgedrungen ist, hat sie die Kosten des Verfahrens selbst zu tragen (Paragraph 30, Absatz 5, WVRG).

Schlagworte

Bieterabsprachen; Anforderung an Referenzen; Abweisung des Antrages da Ausschreibung nicht rechtzeitig angefochten.

Dokumentnummer

VERGT_20051104_2940_05_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>