

TE Verg Bescheid 2005/7/1 VKS-1826/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.07.2005

Norm

WVRG §1 Abs2 Z1
WVRG §2 Abs2 und 4
WVRG §11 Abs2 Z2
WVRG §13 Abs1
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs1 Z1 litc
WVRG §23
WVRG §30 Abs5
BVergG 2002 §3 Abs1
BVergG 2002 §7 Abs1 Z1
BVergG 2002 §9 Abs1 Z3
BVergG 2002 §20 Z3 lita sublitaa
BVergG 2002 §70
BVergG 2002 §91
BVergG 2002 §94 Abs1
BVergG 2002 §98 Z5 und 8
AVG §74
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 Bietergemeinschaft 1. ***, 2. *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe der hausseitigen Baumeisterarbeiten im Zuge der Sockelsanierung der Siedlung Hasenleiten, 1110 Wien, Ausschreibungsnummer 0061/005, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien – Wiener Wohnen, Simmeringer Hauptstraße 108 A, 1110 Wien, vertreten durch Domus Facility Management GmbH, Nibelungengasse 15, 1010 Wien, diese vertreten durch Knirsch, Gschaider & Cerha Rechtsanwälte OEG in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.5.2005, wonach für die Zuschlagserteilung die *** zur Durchführung der hausseitigen Baumeisterarbeiten im Vergabeverfahren Projekt 1110 Siedlung Hasenleiten vorgesehen ist, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 9.6.2005 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Der Antrag, der Antragsgegnerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23, 30 Abs. 5 WVRG und §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 3 lit. a sublit. aa, 70, 91, 94 Abs. 1 und 98 Z 5 und 8 BVergG 2002 sowie § 74 Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23, 30 Absatz 5, WVRG und Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 3, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 70, 91, 94 Absatz eins und 98 Ziffer 5 und 8 BVergG 2002 sowie Paragraph 74

AVG.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt derzeit ein Vergabeverfahren zur Sockelsanierung der Siedlung Hasenleiten, wobei die einzelnen hausallgemeinen und wohnungsseitigen Maßnahmen nach Losen ausgeschrieben wurden und angeboten werden konnten. Unter anderem hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft (im Folgenden Antragstellerin genannt) durch Legung eines Angebotes betreffend die hausseitigen Baumeisterarbeiten an der Ausschreibung beteiligt. Die Ausschreibung wurde ordnungsgemäß, auch EU-weit (Veröffentlichung am 15.2.2005) kundgemacht. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Im Ergebnis soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem billigsten Preis erfolgen.

Angebotsende war der 14.3.2005, 9.00 Uhr, die Angebotsöffnung erfolgte anschließend ab 10.00 Uhr. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung lag die Antragstellerin mit ihrem Angebot an 1. Stelle.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 20.5.2005, der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin unter anderem auch der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag „der Firma ***“ erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 2.6.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin führt darin aus, die Antragsgegnerin habe ihr mit Schreiben vom 19.4.2005 mitgeteilt, dass ihr Angebot nach den Bestimmungen des § 98 Z 5 und 8 ausgeschieden worden sei. Diese Ausscheidung sei zu Unrecht erfolgt. Die Antragsgegnerin vertrete den Standpunkt, die Antragstellerin hätte unzulässiger Weise „wesentliche Teile der Leistung“ an Subunternehmer weitergegeben. Die Antragstellerin würde aber alle ihr als Baumeister nach der Gewerbeordnung vorbehaltenen Tätigkeiten selbst ausführen. Die Beschäftigung von Subunternehmern sei nicht unzulässig. Der Anteil der Subunternehmerleistungen würde deutlich unter 50 % liegen, was auch den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. Nach den Ausschreibungsunterlagen werde in dem angeschlossenen Merkblatt des WBSF „Ausschreibung nach dem offenen Verfahren und Vergabe“ zwar gefordert, dass Leistungen von mehr als 50 % nicht an Subunternehmer vergeben werden dürfen. Dies habe die Antragstellerin eingehalten. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 2.6.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin führt darin aus, die Antragsgegnerin habe ihr mit Schreiben vom 19.4.2005 mitgeteilt,

dass ihr Angebot nach den Bestimmungen des Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 ausgeschieden worden sei. Diese Ausscheidung sei zu Unrecht erfolgt. Die Antragsgegnerin vertrete den Standpunkt, die Antragstellerin hätte unzulässiger Weise „wesentliche Teile der Leistung“ an Subunternehmer weitergegeben. Die Antragstellerin würde aber alle ihr als Baumeister nach der Gewerbeordnung vorbehaltenen Tätigkeiten selbst ausführen. Die Beschäftigung von Subunternehmern sei nicht unzulässig. Der Anteil der Subunternehmerleistungen würde deutlich unter 50 % liegen, was auch den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen würde. Nach den Ausschreibungsunterlagen werde in dem angeschlossenen Merkblatt des WBSF „Ausschreibung nach dem offenen Verfahren und Vergabe“ zwar gefordert, dass Leistungen von mehr als 50 % nicht an Subunternehmer vergeben werden dürfen. Dies habe die Antragstellerin eingehalten.

Soweit die Antragsgegnerin die Ausscheidung ihres Angebotes darauf stütze, sie habe nicht sämtliche Nachweise, die nach der Ausschreibung auch für Subunternehmer zu erbringen gewesen wären, bis zum Ende der gesetzten Nachfrist erbracht, sei darauf hinzuweisen, dass die von der Antragsgegnerin gesetzte Nachfrist unangemessen kurz gewesen wäre. Die Nichtvorlage der angeforderten Nachweise für Subunternehmer hätte keinesfalls zum Ausscheiden des Angebotes führen dürfen, da es sich dabei nicht um einen Angebotsmangel handelt, weil diese Unterlagen nach der Ausschreibung nicht gefordert waren. Selbst wenn sie verlangt worden wären, hätte es sich bei der Nichtvorlage um einen behebbaren Mangel gehandelt, zu dessen Sanierung eine angemessene Frist zu setzen gewesen wäre. Die von der Antragsgegnerin eingeräumte Frist von 8 Tagen entspreche diesen Anforderungen nicht, worauf die Antragstellerin in ihrer Äußerung ausdrücklich darauf hingewiesen habe. Die Antragsgegnerin wäre vielmehr verpflichtet gewesen, selbst im Rahmen der Prüfung der Subunternehmer das Gewerberegister, das Firmenbuch oder das Verzeichnis des ANKÖ abzufragen. Es sei auch nicht möglich gewesen, die Strafregistrauszüge „für die federführenden Personen“ innerhalb der gesetzten Frist beizuschaffen.

Weiters stütze die Antragsgegnerin die Ausscheidung des Angebotes der Bietergemeinschaft darauf, dass die Bieterlücken nicht ausgefüllt worden wären. Auch dieser Umstand sei der Antragstellerin nicht anzulasten, weil sie bei Ausarbeitung des Angebotes den von der Antragsgegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten Datenträger verwendet hätte. Dieser Datenträger sei fehlerhaft gewesen, da bei Eingabe des Befehls „Bieterlücken ausdrucken“ das Computerprogramm nicht alle Bieterlücken ausgeworfen hätte. Dies musste der Bietergemeinschaft anlässlich der Kalkulation nicht auffallen. Im Übrigen seien die Bieterlücken über Aufforderung der Antragsgegnerin fristgerecht mit Schreiben vom 8.4.2005 vorgelegt worden.

Sollte die antragstellende Bietergemeinschaft den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr der Verlust eines Gewinnes von zumindest 10 % der Auftragssumme, das seien etwa 108.200,-- Euro netto. Darüber hinaus würde die Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren verlieren. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der gegenständlichen Antragstellung unterrichtet worden.

Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 8.6.2005 gegen den Antrag ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, eine Verständigung nach § 14 Abs. 1 WVRG sei nicht erfolgt. Der Antrag sei mangelhaft, weil der drohende Schaden nicht nachgewiesen sei, weshalb der Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre. Zu den einzelnen Anfechtungspunkten führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin hätte auf 8 Blättern, die mit großteils unleserlicher Handschrift ausgefüllt waren, nicht weniger als 34 Subunternehmer angeführt, ohne hinreichend zu spezifizieren, welche Teilleistung konkret an welche Subunternehmer in welchem Umfang weitergegeben werden sollte. Insbesondere habe die Antragstellerin bei verschiedenen Teilleistungen mehrere alternative Subunternehmer („oder“) angeführt, ohne zu spezifizieren konkret welche Leistungen von welchem Subunternehmer erbracht werden sollten. Nach ihren Berechnungen soll nach dem Angebot der Antragstellerin ein überwiegender Teil der Baumeistern vorbehaltenen Leistungen an Subunternehmer weitergegeben werden (je nach Berechnungsmethode zwischen 64,25 % und 55,72 %). Die Antragsgegnerin hat sich mit Schriftsatz vom 8.6.2005 gegen den Antrag ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, eine Verständigung nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG sei nicht erfolgt. Der Antrag sei mangelhaft, weil der drohende Schaden nicht nachgewiesen sei, weshalb der Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre. Zu den einzelnen Anfechtungspunkten führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin hätte auf 8 Blättern, die mit großteils unleserlicher Handschrift ausgefüllt waren, nicht weniger als 34 Subunternehmer angeführt, ohne hinreichend zu spezifizieren, welche Teilleistung konkret an welche Subunternehmer in welchem Umfang weitergegeben werden sollte. Insbesondere habe die Antragstellerin bei verschiedenen Teilleistungen mehrere alternative Subunternehmer („oder“) angeführt, ohne zu spezifizieren konkret welche Leistungen von welchem

Subunternehmer erbracht werden sollten. Nach ihren Berechnungen soll nach dem Angebot der Antragstellerin ein überwiegender Teil der Baumeistern vorbehaltenen Leistungen an Subunternehmer weitergegeben werden (je nach Berechnungsmethode zwischen 64,25 % und 55,72 %).

Die Antragstellerin sei mit Verbesserungsauftrag vom 4.4.2005 zur ergänzenden Vorlage von Nachweisen hinsichtlich der von ihr genannten Subunternehmer aufgefordert worden. Dabei wurde sie darauf hingewiesen, dass sämtliche für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise auch durch einen Hinweis auf Eintragungen im ANKÖ substituiert werden könnten. Innerhalb der der Antragstellerin gesetzten Frist sei sie dieser Aufforderung nicht nachgekommen. Ebenso habe die Antragstellerin trotz Aufforderung mit Verbesserungsauftrag vom 4.4.2005 nicht innerhalb der gesetzten Frist die Strafregistrauszüge bezüglich der verantwortlichen Personen (die im Angebot ursprünglich gar nicht namentlich genannt waren) vorgelegt. Die Antragsgegnerin habe das Fehlen dieser Nachweise als behebbaren Mangel behandelt und zur Verbesserung eine angemessene Frist gesetzt. Ebenso habe die Antragsgegnerin die Unvollständigkeit des Bieterlückenverzeichnisses als behebbaren Mangel angesehen und dementsprechend die Antragstellerin unter Setzung einer angemessenen Frist zur Verbesserung aufgefordert. Unrichtig sei, dass der mit den Ausschreibungsunterlagen übergebene Datenträger mangelhaft gewesen wäre. Vielmehr habe die Antragstellerin mit dem ursprünglichen Angebot gar kein Bieterlückenverzeichnis vorgelegt. Am 8.4.2005, innerhalb der gesetzten Frist, seien von der Bietergemeinschaft falsche Bieterlücken vorgelegt worden, die eine völlig andere Ausschreibung betroffen hätten, nämlich die wohnungsseitigen Baumeisterarbeiten. Die richtigen Bieterlücken seien von der Antragstellerin innerhalb der angemessenen Verbesserungsfrist nicht vorgelegt worden. Da somit die Antragstellerin in wesentlichen Punkten dem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht nachgekommen sei, sei ihr Angebot auszuschneiden gewesen.

Mit Bescheid vom 9.6.2005 hat der Vergabekontrollsenat die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten und der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten (einleitender Schriftsatz der antragstellenden Bietergemeinschaft vom 2.6.2005, Stellungnahme vom 15.6. und 30.6.2005, Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 8.6.2005 und 22.6.2005), die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, nachfolgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 ausgeschrieben. Die Verlautbarung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU am 15.2.2005 erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote endete am 14.3.2005, 9.00 Uhr.

Leistungsgegenstand ist die Erbringung der hausseitigen Baumeisterarbeiten im Rahmen der Sockelsanierung der Siedlung Hasenleiten. Dabei handelt es sich um die Sanierung von 167 Stiegenhäusern samt Erneuerung von Steigsträngen, 60.000 m² Fassade mit Vollwärmeschutz, 24.000 m² Dach neu bzw. Instandsetzung, 240 Wohnungssanierungen, ca. 1.000 m² Dachgeschoßausbau, Außenanlagen:

Neuerstellung von Mietergärten samt Zaun, Grünflächen, Gehwegen, Müllplätzen, Brieffachanlagen. Beim gegenständlichen Los handelt es sich um die Durchführung der hausseitigen (daneben war gleichzeitig ausgeschrieben die Durchführung der wohnungsseitigen) Baumeisterarbeiten.

Aus den Ausschreibungsunterlagen sind folgende, für das Nachprüfungsverfahren bedeutsame Bedingungen hervorzuheben:

Nach den Angebotsunterlagen Formular MD-BD-SR 75, Seite 2.2 gilt der Abschnitt

5.2 „Vertragsbestandteile“ der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. März 2002 mit folgenden Ergänzungen:

„Zu 5.2.4: Besondere BestimmungenMerkblatt des WBSF (Stand 16.08.2002).....“

Im Merkblatt „Ausschreibung nach dem offenen Verfahren und Vergabe (Sanierung gemäß WWFSG 1989)“ lautet die hier relevante Bestimmung hinsichtlich des Einsatzes von Subunternehmern wie folgt:

„ 1. Für die Durchführung der Ausschreibung nach dem offenen Verfahren, die Begriffsbestimmungen, Anbotserfordernisse etc. gelten die einschlägigen Bestimmungen der Durchführungsverordnung zum WWFSG 1989 –

derzeit LGBl. Nr. 16/1997 in der Fassung LGBl. Nr. 47/2001 (Sanierungsverordnung) sowie die ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.3.2000 in Anlehnung an die Verordnung über die Vergabe von Leistungen (LGBl. Nr. 20/1991 in der Fassung LGBl. Nr. 98/2001).", 1. Für die Durchführung der Ausschreibung nach dem offenen Verfahren, die Begriffsbestimmungen, Anbotserfordernisse etc. gelten die einschlägigen Bestimmungen der Durchführungsverordnung zum WWFSG 1989 – derzeit Landesgesetzblatt Nr. 16 aus 1997, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 47 aus 2001, (Sanierungsverordnung) sowie die ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.3.2000 in Anlehnung an die Verordnung über die Vergabe von Leistungen Landesgesetzblatt Nr. 20 aus 1991, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 98 aus 2001,)."

„.....Beabsichtigt der Bieter, Teileleistungen nicht selbst durchzuführen, sind diese unter Nennung der in Frage kommenden Subunternehmer in einem Begleitschreiben bekannt zu geben. Der Anteil an der Gesamtleistung, den der Bieter selbst erbringen will, muss rund 50 % betragen." (Seite 2 von 4 des Merkblattes).

Die antragstellende Bietergemeinschaft hat in ihrem rechtzeitig gelegten Angebot unter Verwendung der Beilage 13.07 „Angaben über die zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse und Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern", wobei in diesem Formular als Anmerkung¹ der Hinweis enthalten ist „Hinweis: Auf eine in der Ausschreibung angegebene Beschränkung der zulässigen Subunternehmerleistung ist Rücksicht zu nehmen" auf insgesamt 8 Blättern zu insgesamt 16 Leistungsgruppen Subunternehmer für Teileleistungen genannt. Dabei wurden bei einzelnen Leistungsgruppen mehrere Subunternehmer angeführt, ohne dass festzustellen wäre, welcher von diesen namhaft gemachten Subunternehmern bei Leistungsausführung herangezogen werden soll (etwa LG01, Gerüst LG02 Abbruch, LG03 Erdarbeiten, LG07 Betoninstandsetzung, LG11 Estrich G44 und LG39). Bei diesen Teileleistungen handelt es sich um solche, bei denen die antragstellende Bietergemeinschaft beabsichtigt, sie nicht selbst zu erbringen. In diesem Zusammenhang hat sie zur Kenntnis genommen, „dass die beantragten Subunternehmer die Kriterien der beim Auftraggeber erforderlichen Bieterprüfung erfüllen müssen." In den Subunternehmerlisten sind ANKÖ Nr. nicht angeführt. Das Angebotsformular trägt in der Spalte „Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft" bei der Bezeichnung der durchzuführenden Leistungen eine handschriftliche Verbesserung in dem das Wort „wohnungsseitige" durchgestrichen und durch das Wort „hausseitige" ersetzt wurde.

Im Leistungsverzeichnis sind insgesamt 8 Positionen mit Bieterlücken enthalten, in welchen kein Leitprodukt angegeben ist. Es handelt sich dabei um die Positionen 01.1906D (Seilsicherung), 07.80320 (Betonanstrich), 07.80330 (Betonfläche imprägnieren), 10.8005B (Sanierputz 100%ig), 10.84.590 (Wasserglasfarbe), 35.7521 (WDVS Kaminfang), 39.3109E (Bodendämmelemente) und 39.3109F (Anschlussprofil). Diese Bieterlücken wurden im Angebot der Antragstellerin nicht ausgefüllt, die Summe dieser nicht ausgefüllten Positionen beläuft sich auf rund 730.000,-- Euro.

Mit dem Angebot hat die Antragstellerin auch nicht Strafregistrauskünfte bezüglich der „federführenden" Vertreter der Bietergemeinschaft vorgelegt.

Mit Schreiben vom 4.4.2005 hat die mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraute Ziviltechniker GmbH die Antragstellerin zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert. Dieses Schreiben lautet inhaltlich wie folgt: „Für die Prüfung der Angebotsunterlagen des Projektes 11, Siedlung Hasenleiten/Gewerk Hausseitige Baumeisterarbeiten, bitte ich Sie, um Übermittlung folgender Unterlagen bis 11.4.2005:

1. 1.Ziffer eins

Unterfertigter SIGE-Plan

2. 2.Ziffer 2

Nachweis laut Ausschreibung für alle Subunternehmer (siehe Beiblatt)

3. 3.Ziffer 3

Korrektur der Beilage 13.06 Seite 1 Verpflichtungserklärung ARGE:

Die Leistungen beziehen sich auf hausseitige Baumeisterarbeiten und nicht auf wohnungsseitige Baumeisterarbeiten.

4. 4.Ziffer 4

Bekanntgabe der im Auftragsfall federführenden Personen und deren Stellvertreter sowie ein Strafregistrauszug dieser Personen gemäß BVergG 2002 § 54. Bekanntgabe der im Auftragsfall federführenden Personen und deren Stellvertreter sowie ein Strafregistrauszug dieser Personen gemäß BVergG 2002 Paragraph 54,

5. 5.Ziffer 5

Aufstellung welche Leistungen von welchen Subunternehmern, bzw. welche Leistungen von der ARGE selbst erbracht werden.

6. 6.Ziffer 6

Vollständiges Bieterlückenverzeichnis".

Dieses Schreiben ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen.

Mit Schreiben vom 8.4.2005 hat die Antragstellerin darauf wie folgt reagiert:

„In Beantwortung Ihres Schreibens vom 4.4.2005 teilen wir Ihnen mit, dass wir nicht alle geforderten Unterlagen innerhalb der von Ihnen eingeräumten Zeit (bis 11.4.2005) liefern können.

Zu Punkt 1 Ihres Schreibens: Der unterfertigte SIGE-Plan liegt diesem Schreiben bei.

Zu Punkt 2: Die benötigte Zeit für Firmenbonitätsauskünfte übersteigt den von Ihnen zuerkannten Zeitrahmen. Diese Unterlagen werden spätestens in zwei Wochen nachgereicht.

Zu Punkt 3: Die Beilage – 13.06 Seite 1 – die ARGE-Verpflichtungserklärung liegt korrigiert dem Schreiben bei.

Zu Punkt 4: Der Antrag auf Ausstellung eines Strafregistrauszuges für die federführenden Personen, DI. *** und Ing. *** wurde gestellt. Die Ausstellung der Strafregistrauszüge wurde uns von der Behörde innerhalb einer Frist von drei Wochen zugesagt. Diese werden dann umgehend nachgereicht.

Zu Punkt 5: In den Beilagen 13.07/Seite 2 (mehrfach) unseres Angebotes vom 14.3.2005 wurde schon bekannt gegeben, welche Leistungen von welchen Subunternehmer im Auftragsfall durchgeführt werden.

Zu Punkt 6: Das vollständige Bieterlückenverzeichnis liegt diesem Schreiben bei. Wir danken Ihnen für Ihre Bemühungen und werden Ihnen raschest die noch fehlenden Unterlagen nachreichen".

Die auch im Schreiben der Antragstellerin vom 8.4.2005 als fehlend bezeichneten Unterlagen wurden der Antragsgegnerin nicht bis zum Ende der Frist 11.4.2005 vorgelegt. Tatsächlich hat die Antragstellerin diese weiteren Unterlagen am 25.4.2005 beim Wohnfond Wien abgegeben, da sich das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Ziviltechnikerbüro weigerte die Unterlagen zu übernehmen.

Mit Schreiben vom 19.4.2005 hat die Antragsgegnerin der Bietergemeinschaft mitgeteilt, dass ihr Angebot „gemäß BVergG 2002 § 98 ausgeschieden" wurde. Als Grundlage für diese Entscheidung wurde angeführt, dass wesentliche Teile der Leistung die in ihre Befugnis fallen, zur Gänze an Subunternehmer weitergegeben wurden, sämtliche Nachweise, die laut Ausschreibung auch für die Subunternehmer zu erbringen sind, bis zum Ende der Nachfrist nicht erbracht wurden und schließlich das Angebot unvollständig sei, da die Bieterlücken nicht ausgefüllt wurden. Mit Schreiben vom 19.4.2005 hat die Antragsgegnerin der Bietergemeinschaft mitgeteilt, dass ihr Angebot „gemäß BVergG 2002 Paragraph 98, ausgeschieden" wurde. Als Grundlage für diese Entscheidung wurde angeführt, dass wesentliche Teile der Leistung die in ihre Befugnis fallen, zur Gänze an Subunternehmer weitergegeben wurden, sämtliche Nachweise, die laut Ausschreibung auch für die Subunternehmer zu erbringen sind, bis zum Ende der Nachfrist nicht erbracht wurden und schließlich das Angebot unvollständig sei, da die Bieterlücken nicht ausgefüllt wurden.

Mit Schreiben vom 25.4.2005 hat die Bietergemeinschaft Eignungsnachweise und Firmenbonitätsauskünfte über die für die Ausführung vorgesehenen Subunternehmer und die Strafregistrauszüge für die federführenden Personen der Wien Fonds vorgelegt.

Am 20.5.2005 ist die Zuschlagsentscheidung ergangen, wonach die Antragsgegnerin beabsichtigt, die „hausseitigen Baumeisterarbeiten" an das nach den Ergebnissen Angebotsöffnung an zweiter Stelle gereichte Unternehmen vergeben zu wollen.

Diese ergänzenden Feststellungen gründen sich auf den als unbedenklich zu wertenden Inhalt der Vergabeakten, sowie das Vorbringen der Streitteile und der von ihnen vorgelegten Urkunden. Bei dieser Sachlage konnte die Durchführung der beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen, da von einer mündlichen Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht zu erwarten ist, zumal es sich vorliegend nur um die Lösung von Rechtsfragen handelt (§ 24 Abs. 5 WVRG) und beide Teile ausreichend Gelegenheit hatten, in ihren Schriftsätzen ihre jeweiligen Standpunkte darzulegen. Diese ergänzenden Feststellungen gründen sich auf den als unbedenklich zu wertenden Inhalt der Vergabeakten, sowie das Vorbringen der Streitteile und der von ihnen vorgelegten Urkunden. Bei dieser

Sachlage konnte die Durchführung der beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen, da von einer mündlichen Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht zu erwarten ist, zumal es sich vorliegend nur um die Lösung von Rechtsfragen handelt (Paragraph 24, Absatz 5, WVRG) und beide Teile ausreichend Gelegenheit hatten, in ihren Schriftsätzen ihre jeweiligen Standpunkte darzulegen.

In rechtlicher Hinsicht hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe der hausseitigen Baumeisterarbeiten im Rahmen der Sockelsanierung der Siedlung Hasenleiten. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich. Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe der hausseitigen Baumeisterarbeiten im Rahmen der Sockelsanierung der Siedlung Hasenleiten. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich.

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 Nichtigkeitsverfahrens 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 Nichtigkeitsverfahrens zuständig.

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. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen, was von der Antragsgegnerin letztlich im Schriftsatz vom 22.6.2005 (Seite 3) zugestanden wird. Die Entrichtung der nach § 30 WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen der Bestimmung des § 17 Abs. 1 WVRG. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin formal gegeben, zumal sie mit ihrem Angebot an erster Stelle gereiht war. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 20.5.2005 erfolgte, ist der am 2.6.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung 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 BVergG 2002. Gemäß § 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. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen, was von der Antragsgegnerin letztlich im Schriftsatz vom 22.6.2005 (Seite 3) zugestanden wird. Die Entrichtung der nach Paragraph 30, WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen der Bestimmung des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin formal gegeben, zumal sie mit ihrem Angebot an erster Stelle gereiht war. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 20.5.2005 erfolgte, ist der am 2.6.2005 eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung 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, BVergG 2002.

Der Antrag erweist sich jedoch im Ergebnis als nicht berechtigt.

Zunächst war zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden worden ist. Gemäß § 98 BVergG 2002, Ziffer 5 sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehren, auszuschneiden. Weiters sind Angebote

auszuscheiden (Ziffer 8), sofern sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhafte oder unvollständige Angebote wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Ziviltechnikerbüro die Antragstellerin mit Schreiben vom 4.4.2005 zur Nachreichung von Unterlagen bis 11.4.2005 aufgefordert hat. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin ohnedies die Mängel, die das Angebot der Antragstellerin aufgewiesen hat, als behebbare Mängel im Sinne des § 94 Abs. 1 BVergG 2002 behandelt hat. In diesem Zusammenhang fühlt sich die Bietergemeinschaft zunächst dadurch beschwert, dass ihr für die Nachreichung der im Schreiben vom 4.4.2005 geforderten Unterlagen nur eine Frist bis 11.4.2005 eingeräumt wurde, sie bezeichnet diese Frist als unangemessen kurz. Zunächst war zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden worden ist. Gemäß Paragraph 98, BVergG 2002, Ziffer 5 sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bieter, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehren, auszuscheiden. Weiters sind Angebote auszuscheiden (Ziffer 8), sofern sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen, fehlerhafte oder unvollständige Angebote wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Ziviltechnikerbüro die Antragstellerin mit Schreiben vom 4.4.2005 zur Nachreichung von Unterlagen bis 11.4.2005 aufgefordert hat. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin ohnedies die Mängel, die das Angebot der Antragstellerin aufgewiesen hat, als behebbare Mängel im Sinne des Paragraph 94, Absatz eins, BVergG 2002 behandelt hat. In diesem Zusammenhang fühlt sich die Bietergemeinschaft zunächst dadurch beschwert, dass ihr für die Nachreichung der im Schreiben vom 4.4.2005 geforderten Unterlagen nur eine Frist bis 11.4.2005 eingeräumt wurde, sie bezeichnet diese Frist als unangemessen kurz.

Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. So wären sowohl der unterfertigte SIGE-Plan als auch die Nachweise für die Eignung der Subunternehmer bereits mit dem Angebot zu erbringen gewesen (siehe Anmerkung in Beilage 13.07/Seite 2). Ebenso wäre die Aufstellung jener Leistungen, welche von Subunternehmern erbracht werden bzw. welche Leistungen von der ARGE selbst erbracht werden sollen sowie ein vollständiges Bieterlückenverzeichnis bereits mit dem Angebot vorzulegen gewesen. Diesbezüglich kann sich daher die Bietergemeinschaft durch die von der Antragsgegnerin gesetzte Frist für die Nachreichung nicht beschwert erachten.

Soweit die Antragsgegnerin um die Bekanntgabe der im Auftragsfall federführenden Personen und deren Stellvertreter sowie Vorlage eines Strafregistrauszuges dieser Personen im Sinne des § 54 BVergG 2002 ersuchte, erscheint die gesetzte Frist ebenfalls als nicht unangemessen kurz. Es ist allgemein bekannt, dass die Beschaffung von Strafregistrauskünften, seitdem diese über die Magistratischen Bezirksämter erfolgen, innerhalb kürzester Zeit, jedenfalls innerhalb Tagesfrist, erlangt werden können. Was die Korrektur der Beilage 13.06 Seite 1 Verpflichtungserklärung ARGE betrifft, ist auch hier ein besonderer Zeitaufwand nicht anzunehmen. Die Notwendigkeit dieser Korrektur ist auch ein Hinweis darauf, dass die Antragstellerin bei Angebotsausarbeitung von den „wohnungsseitigen“ Arbeiten ausgegangen ist. Der Vergabekontrollsenat vertritt daher die Ansicht, dass die von der Antragsgegnerin für die Nachreichung der Unterlagen gesetzte Frist nicht unangemessen kurz war. Soweit die Antragsgegnerin um die Bekanntgabe der im Auftragsfall federführenden Personen und deren Stellvertreter sowie Vorlage eines Strafregistrauszuges dieser Personen im Sinne des Paragraph 54, BVergG 2002 ersuchte, erscheint die gesetzte Frist ebenfalls als nicht unangemessen kurz. Es ist allgemein bekannt, dass die Beschaffung von Strafregistrauskünften, seitdem diese über die Magistratischen Bezirksämter erfolgen, innerhalb kürzester Zeit, jedenfalls innerhalb Tagesfrist, erlangt werden können. Was die Korrektur der Beilage 13.06 Seite 1 Verpflichtungserklärung ARGE betrifft, ist auch hier ein besonderer Zeitaufwand nicht anzunehmen. Die Notwendigkeit dieser Korrektur ist auch ein Hinweis darauf, dass die Antragstellerin bei Angebotsausarbeitung von den „wohnungsseitigen“ Arbeiten ausgegangen ist. Der Vergabekontrollsenat vertritt daher die Ansicht, dass die von der Antragsgegnerin für die Nachreichung der Unterlagen gesetzte Frist nicht unangemessen kurz war.

Zur Weitergabe „wesentlicher Teile der Leistung“ an Subunternehmer kann zunächst im Grundsätzlichen der Antragstellerin zwar zugestimmt werden, dass § 70 Abs. 1 BVergG 2002 keine starre Grenze enthält, in welchem Umfange die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer zulässig ist oder nicht. Jedenfalls ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, sofern es sich nicht um Kaufverträge handelt. Weiters ist zu beachten, dass der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen - für Baumeisterleistungen sind

als Basis dieser Beurteilung die dem Baumeister gemäß § 202 GewO 1994 allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten heranzuziehen – selbst auszuführen hat. Danach ist ein Bieter auf Grund dieser Bestimmung durchaus berechtigt, beispielsweise auch 70 % oder mehr des Gesamtauftrages an einen Subunternehmer weiter zu geben, sofern er nur jene wesentlichen Teile der Arbeiten selbst ausführt, die in seine Befugnis fallen. Ein quantitatives Überwiegen ist also für den Umfang von Subunternehmerleistungen, die weiter gegeben werden dürfen, gegenüber der früheren Gesetzeslage nicht mehr entscheidungsrelevant sind (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht 2 326 f). Der Bieter hat jedenfalls in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Dabei hat er nachzuweisen, dass der in Aussicht genommene Subunternehmer jene vergaberechtliche Eignung hat, welche für die Erbringung seines Leistungsteiles erforderlich ist. Dies ist erforderlich, weil der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung unter anderen die Befugnis, Zuverlässigkeit sowie die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Subunternehmern zu prüfen hat (vgl. § 91 Abs. 3 BVergG 2002). Die Eignungsprüfung für den Subunternehmer erstreckt sich nicht auf die Gesamtleistung, sondern nur auf jene Teile der Leistung, die dieser erbringen soll. Da der Auftraggeber die Eignung eines bestimmten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu prüfen hat, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen. Der Bieter hat daher spätestens im Angebot jene Teilleistungen bekannt zu geben, die er an einen konkreten Subunternehmer weiter zu geben beabsichtigt und den Subunternehmer konkret zu benennen (vgl. VWGH 29.5.2002, 2002/04/0023). Dies bedeutet, dass der Bieter bereits mit dem Angebot konkret anzugeben hat, welche Subunternehmer welche konkreten Leistungen erbringen soll. Dies hat die Antragstellerin, wie sich aus ihrem Angebot eindeutig ergibt, bei mehreren Leistungsgruppen (LG01 Gerüst, LG02 Abbruch, LG03 Erdarbeiten, LG07 Betoninstandsetzung, LG11 Estrich, LG44 und LG39) nicht getan. Sie ist auch diesbezüglich im Rahmen des Verbesserungsverfahrens dem Ersuchen der Antragsgegnerin vom 4.4.2005, eine Aufstellung welche Leistungen von welchen Subunternehmern bzw. welche Leistungen von der ARGE selbst erbracht werden, nicht nachgekommen. In ihrem Antwortschreiben vom 8.4.2005 hat die Antragstellerin zu diesem Punkt lapidar ausgeführt, „in den Beilagen 13.07/Seite 2 (mehrfach) unseres Angebotes vom 14.3.2005 wurde schon bekannt gegeben, welche Leistungen von welchen Subunternehmern im Auftragsfall durchgeführt werden“. Damit hat sie die Gelegenheit zur Verbesserung ihres Angebotes im Bereich der Subunternehmer Leistungen nicht genutzt, was bereits gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 (ohne dass nach einem Teil der Rechtsprechung dazu überhaupt ein Mängelbehebungsversuch durchzuführen gewesen wäre, vgl. BVA 11.7.2002, F-25/01-10) zum Ausscheiden ihres Angebotes führen muss. Dazu kommt, dass es nach dem diesbezüglich unbekämpft gebliebenen Ausschreibungsinhalt Bedingung war, dass bei Einsatz von Subunternehmen „der Anteil an der Gesamtleistung, den der Bieter selbst erbringen will“ rund 50 % betragen muss. Da bereits die mangelhafte Bezeichnung der Subunternehmer bzw. des von ihnen konkret auszuführenden Anteils der Leistungen einen Ausscheidungsgrund bildet, war der Vergabekontrollsenat nicht gehalten, zu überprüfen, ob die nach dem Angebot von Subunternehmern durchzuführenden Leistungen unter oder über 50 % des Auftrages liegen (Behauptung der Antragstellerin „deutlich unter 50 %“, Vorbringen der Antragsgegnerin „je nach Berechnungsmethode zwischen 64,25 % und 55,72 %“). Zur Weitergabe „wesentlicher Teile der Leistung“ an Subunternehmer kann zunächst im Grundsätzlichen der Antragstellerin zwar zugestimmt werden, dass Paragraph 70, Absatz eins, BVergG 2002 keine starre Grenze enthält, in welchem Umfange die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer zulässig ist oder nicht. Jedenfalls ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, sofern es sich nicht um Kaufverträge handelt. Weiters ist zu beachten, dass der Auftragnehmer wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen - für Baumeisterleistungen sind als Basis dieser Beurteilung die dem Baumeister gemäß Paragraph 202, GewO 1994 allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten heranzuziehen – selbst auszuführen hat. Danach ist ein Bieter auf Grund dieser Bestimmung durchaus berechtigt, beispielsweise auch 70 % oder mehr des Gesamtauftrages an einen Subunternehmer weiter zu geben, sofern er nur jene wesentlichen Teile der Arbeiten selbst ausführt, die in seine Befugnis fallen. Ein quantitatives Überwiegen ist also für den Umfang von Subunternehmerleistungen, die weiter gegeben werden dürfen, gegenüber der früheren Gesetzeslage nicht mehr entscheidungsrelevant sind vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht 2 326 f). Der Bieter hat jedenfalls in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Dabei hat er nachzuweisen, dass der in Aussicht genommene Subunternehmer jene vergaberechtliche Eignung hat, welche für die Erbringung seines Leistungsteiles erforderlich ist. Dies ist erforderlich, weil der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung unter anderen die Befugnis, Zuverlässigkeit sowie die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Subunternehmern zu prüfen hat vergleiche Paragraph 91, Absatz 3, BVergG

2002). Die Eignungsprüfung für den Subunternehmer erstreckt sich nicht auf die Gesamtleistung, sondern nur auf jene Teile der Leistung, die dieser erbringen soll. Da der Auftraggeber die Eignung eines bestimmten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu prüfen hat, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen. Der Bieter hat daher spätestens im Angebot jene Teilleistungen bekannt zu geben, die er an einen konkreten Subunternehmer weiter zu geben beabsichtigt und den Subunternehmer konkret zu benennen vergleiche VWGH 29.5.2002, 2002/04/0023). Dies bedeutet, dass der Bieter bereits mit dem Angebot konkret anzugeben hat, welche Subunternehmer welche konkreten Leistungen erbringen soll. Dies hat die Antragstellerin, wie sich aus ihrem Angebot eindeutig ergibt, bei mehreren Leistungsgruppen (LG01 Gerüst, LG02 Abbruch, LG03 Erdarbeiten, LG07 Betoninstandsetzung, LG11 Estrich, LG44 und LG39) nicht getan. Sie ist auch diesbezüglich im Rahmen des Verbesserungsverfahrens dem Ersuchen der Antragsgegnerin vom 4.4.2005, eine Aufstellung welche Leistungen von welchen Subunternehmern bzw. welche Leistungen von der ARGE selbst erbracht werden, nicht nachgekommen. In ihrem Antwortschreiben vom 8.4.2005 hat die Antragstellerin zu diesem Punkt lapidar ausgeführt, „in den Beilagen 13.07/Seite 2 (mehrfach) unseres Angebotes vom 14.3.2005 wurde schon bekannt gegeben, welche Leistungen von welchen Subunternehmern im Auftragsfall durchgeführt werden“. Damit hat sie die Gelegenheit zur Verbesserung ihres Angebotes im Bereich der Subunternehmer Leistungen nicht genutzt, was bereits gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 (ohne dass nach einem Teil der Rechtsprechung dazu überhaupt ein Mängelbehebungsversuch durchzuführen gewesen wäre, vergleiche BVA 11.7.2002, F-25/01-10) zum Ausscheiden ihres Angebotes führen muss. Dazu kommt, dass es nach dem diesbezüglich unbekämpft gebliebenen Ausschreibungsinhalt Bedingung war, dass bei Einsatz von Subunternehmen „der Anteil an der Gesamtleistung, den der Bieter selbst erbringen will“ rund 50 % betragen muss. Da bereits die mangelhafte Bezeichnung der Subunternehmer bzw. des von ihnen konkret auszuführenden Anteils der Leistungen einen Ausscheidungsgrund bildet, war der Vergabekontrollsenat nicht gehalten, zu überprüfen, ob die nach dem Angebot von Subunternehmern durchzuführenden Leistungen unter oder über 50 % des Auftrages liegen (Behauptung der Antragstellerin „deutlich unter 50 %“, Vorbringen der Antragsgegnerin „je nach Berechnungsmethode zwischen 64,25 % und 55,72 %“).

Es trifft zu, dass für die Eignungsprüfung der Subunternehmen Auskünfte des ANKÖ, die von der Antragsgegnerin eingeholt hätten werden können, ausreichend gewesen wären. Nun hat es die Antragstellerin unterlassen, in den von ihr handschriftlich angeführten Subunternehmerverzeichnissen auch nur bei einem einzigen Subunternehmer, dessen ANKÖ-Nr. anzugeben. Wenn daher die Antragsgegnerin im Rahmen der Eignungsprüfung der Subunternehmer das Formular mit einer Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise übermittelte, kann ihr dies nicht vorgeworfen werden. Die Antragstellerin hätte noch immer die Gelegenheit gehabt, innerhalb der ihr zur Verfügung stehenden Frist zur Mängelbehebung die ANKÖ-Nrn. der von ihr namhaft gemachten Subunternehmer mitzuteilen.

Die Antragstellerin hat auch innerhalb der ihr gesetzten Frist die Strafregistrauszüge der im Auftragsfall federführenden Personen (*** und ***) nicht beigebracht, ebenso nicht alle Bieterlücken nachgebracht. Wenn auch die Antragstellerin bei den Bieterlücken Einheitspreise angegeben hat, wäre sie dennoch verpflichtet gewesen die geforderten Bieterlücken unter Angabe der Produkte auszufüllen. Der Einheitspreis setzt sich neben dem Lohnanteil und dem Anteil „Sonstiges“ auch aus dem Preis des angebotenen Produktes zusammen. Die Nichtangabe des Produktes eröffnet dem Bieter unter Nennung des Gesamtpreises einen Handlungsspielraum für die Produktwahl, womit er im Auftragsfalle entsprechend den verschiedenen am Markt befindlichen Produkten disponieren kann. Die nicht fristgerechte Nennung der Bieterlücken stellt somit einen Mangel des Angebotes dar und ist, da trotz Aufforderung nicht behoben, als solcher zu werten.

Zusammenfassend erweist sich daher die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin im Sinne des § 98 Z 5 BVergG 2002 als berechtigt, weil die Antragstellerin es unterlassen hat, innerhalb der ihr gesetzten, angemessenen Frist, eine Mängelbehebung vorzunehmen, bzw. alle geforderten Unterlagen rechtzeitig nachzureichen. Dass die letzten fehlenden Unterlagen von der Antragstellerin, nachdem sich das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraute Ziviltechnikerbüro zur Übernahme nicht bereit erklärte, beim Wien-Fond am 25.4.2005 abgegeben hat, war nicht zu berücksichtigen, da die Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes bereits am 19.4.2005 ergangen ist. Damit erweist sich die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als im Ergebnis zutreffend. Zusammenfassend erweist sich daher die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG 2002 als berechtigt, weil die Antragstellerin es unterlassen hat, innerhalb der ihr gesetzten, angemessenen Frist, eine Mängelbehebung vorzunehmen, bzw. alle geforderten Unterlagen rechtzeitig

nachzureichen. Dass die letzten fehlenden Unterlagen von der Antragstellerin, nachdem sich das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraute Ziviltechnikerbüro zur Übernahme nicht bereit erklärte, beim Wien-Fond am 25.4.2005 abgegeben hat, war nicht zu berücksichtigen, da die Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes bereits am 19.4.2005 ergangen ist. Damit erweist sich die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, als im Ergebnis zutreffend.

Daraus folgt, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mangelt. Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gegenständlich ficht die Antragstellerin – bei der ihr zuvor mitgeteilten Ausscheidung ihres Angebotes handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung – zutreffend die Zuschlagsentscheidung vom 20.5.2005 an. Bei dieser handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. Ein Unternehmer ist zur Anfechtung jedoch nur insofern antragslegitimiert, als seine Möglichkeit am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt werden könnte. Soweit die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, weil ihr als Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, könnte ihr nur dann ein Schaden entstehen, wenn sie berechtigt gewesen wäre, auch tatsächlich den Zuschlag zu erhalten. Daraus folgt, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mangelt. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gegenständlich ficht die Antragstellerin – bei der ihr zuvor mitgeteilten Ausscheidung ihres Angebotes handelt es sich nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung – zutreffend die Zuschlagsentscheidung vom 20.5.2005 an. Bei dieser handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002. Ein Unternehmer ist zur Anfechtung jedoch nur insofern antragslegitimiert, als seine Möglichkeit am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt werden könnte. Soweit die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, weil ihr als Billigstbieterin der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, könnte ihr nur dann ein Schaden entstehen, wenn sie berechtigt gewesen wäre, auch tatsächlich den Zuschlag zu erhalten.

Wie das Nachprüfungsverfahren jedoch ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zutreffend ausgeschieden. Die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten konnten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht festgestellt werden. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zu Recht erfolgt ist, hat sie keine echte Chance mehr den Zuschlag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VWGH 27.9.2002, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Wie das Nachprüfungsverfahren jedoch ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zutreffend ausgeschieden. Die von der Antragstellerin behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten konnten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht festgestellt werden. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zu Recht erfolgt ist, hat sie keine echte Chance mehr den Zuschlag zu erhalten. Es kann ihr somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vergleiche VWGH 27.9.2002, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 9.6.2005 gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 9.6.2005 gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Der Kostenausspruch gründet sich auf § 74 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG; da die Antragstellerin mit ihrem

Antrag unterlegen ist, kommt ein Ersatz der von ihr entrichteten Gebühren durch die Antragsgegnerin nicht in Frage. Der Kostenausspruch gründet sich auf Paragraph 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG; da die Antragstellerin mit ihrem Antrag unterlegen ist, kommt ein Ersatz der von ihr entrichteten Gebühren durch die Antragsgegnerin nicht in Frage.

Schlagworte

Subunternehmerleistung - Ausmaß der Weitergabe; Nachweis für Subunternehmer; Verbesserungsfrist.

Dokumentnummer

VERGT_20050701_1826_05_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