

TE Lvwg Erkenntnis 2014/3/27 VGW-123-072-10278-2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.03.2014

Entscheidungsdatum

27.03.2014

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §41 Abs1

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG 2014 §20 Abs1

BVergG 2006 §19 Abs1

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende sowie die Richter Dr.in Lettner und Dr. Oppel über den Antrag der E.-gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalt GmbH, auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Bodenmarkierungsarbeiten in Wien durch die Stadt Wien, Magistratsabteilung 28, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 06 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 hinsichtlich der Obergruppe 06 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der von der Antragstellerin geleisteten Pauschalgebühren wird abgewiesen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500.- selbst zu tragen.römisch zwei. Der Antrag auf Ersatz der von der Antragstellerin geleisteten Pauschalgebühren wird abgewiesen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 4.500.- selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 41 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 1, 19 Abs. 1, 118 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) Rechtsgrundlagen: Paragraphen 2, Absatz 4, 7, Absatz 2, Ziffer 2, 13, 15, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 41, Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 12, Absatz eins, 19, Absatz eins, 118, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006)

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, MA 28, führt unter der Bezeichnung „...“ ein Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrags für Bodenmarkierungsarbeiten in Wien. Es handelt sich dabei um einen Bauauftrag (offenes Verfahren) im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Es gilt das Preisauflags- und Nachlassverfahren. Die ausgeschriebenen Leistungen wurden bezirksweise in acht als „Obergruppen“ bezeichnete Lose zusammengefasst. Die Abgabe von Teilangeboten war zulässig.

Die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 wurde der Antragstellerin am selben Tag übermittelt. Diese enthält die aufgrund des billigsten Angebots für die Obergruppen 01 bis 08 in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nach Ausscheiden jener Bieter, die in einer Gruppe, in der sie Billigstbieter waren, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht mehr aufgewiesen haben. Weiters werden in der Zuschlagsentscheidung die zweitgereihten Bieter pro Obergruppe (sog. „Erbaufragnehmer“) festgehalten.

Die Antragstellerin ficht diese Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Obergruppen 01, 02, 03 und 06 mit Antrag vom 31.12.2013 an.

Zu allen angefochtenen Obergruppen führt sie aus, dass die Angebotsöffnung nicht korrekt erfolgt sei, da die Verlesung der Zuschläge und Nachlässe auf die Angebotspreise unterblieben sei. Gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) sei der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge zu verlesen und in der Niederschrift festzuhalten. Vorgelesen und in der Niederschrift festgehalten worden sei bei jeder Obergruppe bloß der Gesamtpreis. Aufschläge und Nachlässe seien weder in Prozent noch in Euro verlesen worden. Dabei handle es sich um einen Verlesungsmangel, der unbehebbar sei, weil die Angebotsöffnung nicht wiederholbar sei. Zu allen angefochtenen Obergruppen führt sie aus, dass die Angebotsöffnung nicht korrekt erfolgt sei, da die Verlesung der Zuschläge und Nachlässe auf die Angebotspreise unterblieben sei. Gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) sei der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge zu verlesen und in der Niederschrift festzuhalten. Vorgelesen und in der Niederschrift festgehalten worden sei bei jeder Obergruppe bloß der Gesamtpreis. Aufschläge und Nachlässe seien weder in Prozent noch in Euro verlesen worden. Dabei handle es sich um einen Verlesungsmangel, der unbehebbar sei, weil die Angebotsöffnung nicht wiederholbar sei.

Würde der Zuschlag in den angefochtenen Obergruppen 01, 02, 03 und 06 auf Angebote erteilt werden, bei denen die Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge nicht verlesen worden sei, sei die Antragstellerin in ihrem Recht gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 BVerG 2006 verletzt. Weiters sei sie in dem Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens nach dem Grundsatz größtmöglicher Transparenz gemäß der Verpflichtung zur Berücksichtigung unionsrechtlicher Grundfreiheiten sowie dem Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 1 BVerG 2006 verletzt. Würde der Zuschlag in den angefochtenen Obergruppen 01, 02, 03 und 06 auf Angebote erteilt werden, bei denen die Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge nicht verlesen worden sei, sei die Antragstellerin in ihrem Recht gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVerG 2006 verletzt. Weiters sei sie in dem Recht auf Durchführung des Vergabeverfahrens nach dem Grundsatz größtmöglicher Transparenz gemäß der Verpflichtung zur Berücksichtigung unionsrechtlicher Grundfreiheiten sowie dem Diskriminierungsverbot in Paragraph 19, Absatz eins, BVerG 2006 verletzt.

Da dieser Verlesungsmangel alle Angebote betreffe, müsse die Ausschreibung widerrufen werden.

Zu Obergruppe 06, in der sie an zweiter Stelle gereiht ist, führt die Antragstellerin weiters aus, dass die

Teilnahmeberechtigte bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 neben den Obergruppen 04, 06 und 07, in denen sie bereits präsumtive Zuschlagsempfängerin sei, auch in Obergruppe 03 an die erste Stelle aufrücke. Damit würde die Teilnahmeberechtigte jedoch, entsprechend der in der Ausschreibung vorgegebenen Vorgangsweise zur Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in den jeweiligen Obergruppen, nicht mehr die erforderliche technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Obergruppe 06 aufweisen, da sie den für Obergruppe 03 vorgesehenen zusätzlichen Teil ihrer technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dort verbrauchen würde.

Die Antragstellerin habe u.a. für Obergruppe 06 ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag in Obergruppe 06 nicht bekommen, würde ihr daraus der im Antrag näher bezifferte Schaden entstehen. Nach Ausscheiden der Teilnahmeberechtigten in Obergruppe 06 würde die Antragstellerin als Zweitgereichte an die erste Stelle aufrücken. Durch die Zuschlagserteilung an die Teilnahmeberechtigte sei die Antragstellerin daher in ihrem Recht verletzt, dass Bieter, die die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht aufwiesen, gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden würden. Weiters sei sie in ihrem Recht gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt, dass der Zuschlag nur an einen leistungsfähigen Bieter erteilt werde. Die Antragstellerin habe u.a. für Obergruppe 06 ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag in Obergruppe 06 nicht bekommen, würde ihr daraus der im Antrag näher bezifferte Schaden entstehen. Nach Ausscheiden der Teilnahmeberechtigten in Obergruppe 06 würde die Antragstellerin als Zweitgereichte an die erste Stelle aufrücken. Durch die Zuschlagserteilung an die Teilnahmeberechtigte sei die Antragstellerin daher in ihrem Recht verletzt, dass Bieter, die die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht aufwiesen, gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden würden. Weiters sei sie in ihrem Recht gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt, dass der Zuschlag nur an einen leistungsfähigen Bieter erteilt werde.

Die Antragstellerin beantragte daher, die Zuschlagsentscheidung unter anderem hinsichtlich der Obergruppe 06 für nichtig zu erklären und der Auftraggeberin aufzutragen, die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Erteilung des Zuschlags in der Obergruppe 06 bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, wurde mit Beschluss vom 8.1.2014, Zahl VGW-123/V/072/10279/2014, Folge gegeben.

Mit Schriftsatz vom 09.1.2014 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Obergruppe 06, „P.“ Oberflächenbearbeitung und M. Gesellschaft m.b.H., als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten, hat sich gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und vorgebracht, dass das Vorbringen der Antragstellerin nicht berechtigt sei.

Das Vorbringen der Antragstellerin richte sich ausschließlich gegen die Zuschlagsentscheidung an die Teilnahmeberechtigte in Obergruppe 06. Die Teilnahmeberechtigte habe mit ihrem Angebot alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, sonst wäre sie nicht als präsumtive Zuschlagsempfängerin berücksichtigt worden. Die Antragstellerin vermute zu Unrecht, dass die Teilnahmeberechtigte den erforderlichen Jahresumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre nicht aufweise.

Die Teilnahmeberechtigte habe schon mit ihrem Angebot bekanntgegeben, dass sie eine Subunternehmerin beschäftigen werde. Zusammen mit der Subunternehmerin verfüge sie über ausreichend Arbeitskräfte, um alle Leistungen in den Obergruppen 03, 04, 06, 07 und 08 zu erbringen, sodass ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht bezweifelt werden könne. Die Anträge der Antragstellerin seien daher abzuweisen.

Die Antragsgegnerin stellt in ihrem Schriftsatz vom 13.1.2014 zunächst den Ablauf des Vergabeverfahrens dar. Zum Antragsumfang bringt sie vor, dass die Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers jeder einzelnen Obergruppe in unmittelbarem Zusammenhang mit den Ergebnissen aller vorangegangener Obergruppen stehe. Es habe daher im gegenständlichen Vergabeverfahren nur eine aus mehreren Entscheidungen bestehende Zuschlagsentscheidung für alle Obergruppen getroffen werden können.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin könne daher auch nur diese eine Zuschlagsentscheidung in ihrer Gesamtheit Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein. Die Anfechtung der Ergebnisse in einzelnen Obergruppen mache keinen Sinn, da das Ausscheiden von Teilangeboten in einer Obergruppe Auswirkungen auf die Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den anderen Obergruppen hätte.

Die Antragsgegnerin stellt daher den Antrag, die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für einzelne Obergruppen auf einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Zuschlagsentscheidung zu erweitern.

Zu dem von der Antragstellerin geltend gemachten Verlesungsmangel führt die Antragsgegnerin aus, dass es den Bietern möglich gewesen sei, innerhalb jeder Obergruppe auf jede einzelne Leistungsgruppe Nachlässe bzw. Aufschläge getrennt auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges anzubieten. Daraus ergebe sich eine Vielzahl von Möglichkeiten. Im Zuge der Angebotsöffnung könnten nur jene Tatsachen verlesen werden, welche aus den Angeboten ersichtlich seien. Das wäre z.B. bei einem Gesamtnachlass auf die Obergruppe der Fall. Bei Nutzung der anderen Möglichkeiten fände sich keine zu verlesende Summe über „das Ausmaß des Nachlasses bzw. Aufschlages“ in den Angeboten.

Im gegenständlichen Fall seien gesetzeskonform die „Gesamt-Teilangebote“ aller Bieter in allen Obergruppen sowie die Gesamtsumme der angebotenen Preise aller angebotenen Obergruppen verlesen worden. Bei der Verlesung konnten allerdings nur jene Preise verlesen werden, die in den Angeboten ausgewiesen gewesen seien. Die Antragstellerin könne daher in keinem ihrer Rechte gemäß § 118 BVergG 2006 verletzt sein, die Angebotsöffnung sei gesetzeskonform durchgeführt worden. Im Übrigen seien im vorliegenden Fall die Preise der Musterkalkulation bekannt, weshalb es leicht möglich sei, das Ausmaß der angebotenen Nachlässe bzw. Aufschläge zu bestimmen. Im gegenständlichen Fall seien gesetzeskonform die „Gesamt-Teilangebote“ aller Bieter in allen Obergruppen sowie die Gesamtsumme der angebotenen Preise aller angebotenen Obergruppen verlesen worden. Bei der Verlesung konnten allerdings nur jene Preise verlesen werden, die in den Angeboten ausgewiesen gewesen seien. Die Antragstellerin könne daher in keinem ihrer Rechte gemäß Paragraph 118, BVergG 2006 verletzt sein, die Angebotsöffnung sei gesetzeskonform durchgeführt worden. Im Übrigen seien im vorliegenden Fall die Preise der Musterkalkulation bekannt, weshalb es leicht möglich sei, das Ausmaß der angebotenen Nachlässe bzw. Aufschläge zu bestimmen.

Mit Schriftsatz vom 24.1.2014 hielt die Teilnahmeberechtigte ihr Vorbringen und ihre Anträge aufrecht.

Mit Schriftsatz vom 5.2.2014 brachte die Antragstellerin vor, dass bei der Berechnung der erforderlichen technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten für die Obergruppe 06 die Obergruppen 07 und 08 außer Betracht zu bleiben hätten. Für die Obergruppen 03, 04 und 06 sei ein kumulierter mittlerer Jahresumsatz von EUR 2.880.000,- erforderlich. Offenbar benötige die Teilnahmeberechtigte zur Beschaffung der erforderlichen Umsatzzahlen die von ihr namhaft gemachten zwei Subunternehmer. Hingewiesen werde in diesem Zusammenhang auf die „Besonderen Angebotsbestimmungen“ zum Rahmenvertrag, wonach die Ergänzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nur gemeinsam mit der Befugnis oder der technischen Leistungsfähigkeit vorgenommen werden dürfe.

Unbestritten sei, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderliche Gewerbeberechtigung und die Referenzen aufweise. Auch verfüge die Teilnahmeberechtigte über ausreichend Arbeitnehmer und Arbeitskräfte mit ADR-Führerschein und Ausbildung für Bodenmarkierungen. Eine Ergänzung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer könne daher nicht erfolgen, weil die Teilnahmeberechtigte für die Befugnis und die technische Leistungsfähigkeit keinen Subunternehmer benötige. Dabei sei zu beachten, dass aufgrund der in der Ausschreibung festgehaltenen Vorgangsweise zur Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in den einzelnen Leistungsgruppen auch erst unter Berücksichtigung der Reihung eines Bieters eine Aussage darüber getroffen werden könne, ob er sich auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers berufen könne, oder nicht.

Mit Schriftsatz vom 24.3.2014 brachte die Antragsgegnerin vor, dass für den Fall der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 auch die präsumtive Zuschlagsempfänger in den folgenden Obergruppen neu ermittelt werden müssten. In diesem Fall würde die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung auch für alle folgenden Obergruppen zurückziehen. Es sei davon auszugehen, dass bei Bestätigung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 die anderen Antragsteller ihre Anträge überdenken und möglicherweise zurückziehen würden. Die Antragsgegnerin stellte daher den Antrag, die Verhandlung betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 07 zu vertagen und das diesbezügliche Nachprüfungsverfahren bis zur Entscheidung über die Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 zu vertagen.

Am 27.3.2014 fand im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. In dieser Verhandlung hielt die Antragstellerin ihr schriftliches Vorbringen aufrecht.

Vor einem näheren Eingehen auf die von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe wurde vom Senat zur Rechtsansicht der Antragsgegnerin, wonach es sich im vorliegenden Verfahren um ein einheitliches Vergabeverfahren mit einer einheitlichen Zuschlagsentscheidung in einem Schreiben handle, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch nur in ihrer Gesamtheit nachgeprüft werden könne, folgende Rechtsansicht dargelegt:

Eine gemeinsame Behandlung aller Obergruppen des gegenständlichen Vergabeverfahrens in einem Nachprüfungsverfahren ist nicht möglich. Aufgrund der Bestimmungen der bestandsfesten Ausschreibung war es für die Bieter zulässig, in einer, in mehreren oder in allen Obergruppen anzubieten. Jeder Bieter kann jedoch nur in jenen Obergruppen zur Stellung eines Nachprüfungsantrags hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung legitimiert sein, in denen er auch ein Angebot gelegt und damit sein Interesse am Vertragsabschluss bekundet hat.

Es ist dem Verwaltungsgericht Wien auch nicht möglich, Nachprüfungsanträge einzelner Bieter „von amtswegen“ zu erweitern, wie dies von der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 13.1.2014 beantragt wurde. Das Gericht hat lediglich zu prüfen, ob die jeweiligen Antragsteller antragslegitimiert sind und ob gegebenenfalls die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers vorliegen und diese Entscheidung daher für nichtig zu erklären ist.

Weiters treten in den verschiedenen Obergruppen unterschiedliche präsumtive Zuschlagsempfänger und unterschiedliche Antragsteller auf. Das würde bedeuten, dass bei einer gemeinsamen Behandlung aller Obergruppen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der jeweiligen Bieter beeinträchtigt würden, sobald eine Erörterung der jeweiligen Kalkulationsgrundlagen, Referenzen, Einzelheiten zur technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, etc. erforderlich wären.

Der Komplexität des gegenständlichen Vergabeverfahrens kann im Nachprüfungsverfahren daher nach Ansicht des Senats nur dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Behandlung der einzelnen Obergruppen eine Reihenfolge eingehalten wird, die den Rückwirkungen der jeweiligen Entscheidungen des Gerichts in einer Obergruppe auf die anderen Obergruppen Rechnung trägt. Weiters werden vom Gericht gemäß § 39 Abs. 2 AVG i.V.m. § 17 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) die Nachprüfungsverfahren, die idente Antragsteller und Teilnahmeberechtigte aufweisen, zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Komplexität des gegenständlichen Vergabeverfahrens kann im Nachprüfungsverfahren daher nach Ansicht des Senats nur dadurch Rechnung getragen werden, dass in der Behandlung der einzelnen Obergruppen eine Reihenfolge eingehalten wird, die den Rückwirkungen der jeweiligen Entscheidungen des Gerichts in einer Obergruppe auf die anderen Obergruppen Rechnung trägt. Weiters werden vom Gericht gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 17, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) die Nachprüfungsverfahren, die idente Antragsteller und Teilnahmeberechtigte aufweisen, zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Zum Problembereich der Verlesung der Angebote anlässlich der Angebotsöffnung wird vom Senat auf das am 20.3.2014 hinsichtlich der Obergruppen 01 und 02 des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens zur Zahl VGW-123/072/10235/2014 verkündete Erkenntnis verwiesen, in dem nach eingehender Erörterung des diesbezüglichen Vorbringens der Antragstellerin und der Antragsgegnerin folgender Sachverhalt als erwiesen angesehen wurde:

In der gegenständlichen Ausschreibung waren Angebote für einzelne, mehrere oder alle Obergruppen ausdrücklich zugelassen. Die Auftraggeberin ist davon ausgegangen, dass der zu verlesende „Gesamtpreis“ die Summe der Preise der von jedem Bieter angebotenen Obergruppen war und hat diese Summen anlässlich der Angebotsöffnung vom 24.10.2013 verlesen. Sie hat weiters die Zuschläge bzw. Nachlässe verlesen, wo solche auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen angeboten wurden. Da die Ausschreibung auch Aufschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene und auf Leistungsgruppenebene zuließ, haben nicht alle Bieter Zuschläge und Nachlässe auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen gemacht. Hinsichtlich dieser Angebote wurden daher keine Zuschläge und Nachlässe verlesen. Ebenfalls verlesen hat die Antragsgegnerin die Preise der einzelnen Obergruppen pro Bieter. Hier hat sie keine Zuschläge und Nachlässe verlesen, da dies in § 118 Abs. 5 Z 2 BVergG 2006 nur hinsichtlich des Gesamt- bzw. Angebotspreises gefordert ist. Aufgrund des Vorbringens der Parteien und des Akteninhalts kam der Senat im o.g. Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis, dass durch diese Vorgangsweise den Bestimmungen des § 118 Abs. 5 BVergG 2006 und den Anforderungen an die Angebotsöffnung aus dem Gesichtspunkt der Transparenz und der Verhinderung von Manipulationen Rechnung getragen wurde. In der gegenständlichen Ausschreibung waren Angebote für einzelne, mehrere oder alle Obergruppen ausdrücklich zugelassen. Die

Auftraggeberin ist davon ausgegangen, dass der zu verlesende „Gesamtpreis“ die Summe der Preise der von jedem Bieter angebotenen Obergruppen war und hat diese Summen anlässlich der Angebotsöffnung vom 24.10.2013 verlesen. Sie hat weiters die Zuschläge bzw. Nachlässe verlesen, wo solche auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen angeboten wurden. Da die Ausschreibung auch Aufschläge und Nachlässe auf Obergruppenebene und auf Leistungsgruppenebene zuließ, haben nicht alle Bieter Zuschläge und Nachlässe auf die Summe der Preise der angebotenen Obergruppen gemacht. Hinsichtlich dieser Angebote wurden daher keine Zuschläge und Nachlässe verlesen. Ebenfalls verlesen hat die Antragsgegnerin die Preise der einzelnen Obergruppen pro Bieter. Hier hat sie keine Zuschläge und Nachlässe verlesen, da dies in Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2006 nur hinsichtlich des Gesamt- bzw. Angebotspreises gefordert ist. Aufgrund des Vorbringens der Parteien und des Akteninhalts kam der Senat im o.g. Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis, dass durch diese Vorgangsweise den Bestimmungen des Paragraph 118, Absatz 5, BVergG 2006 und den Anforderungen an die Angebotsöffnung aus dem Gesichtspunkt der Transparenz und der Verhinderung von Manipulationen Rechnung getragen wurde.

Die Teilnahmeberechtigte, die im o.g. Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Obergruppen 01 und 02 nicht Partei war, wurde ausdrücklich gefragt, ob sie zu diesen Ausführungen eine Stellungnahme abgeben wolle, erstattete jedoch dazu kein Vorbringen.

Weiters wurde vom Senat ausgeführt, dass die Mitteilung der im gegenständlichen Vergabeverfahren als „Erbauftragnehmer“ genannten Zweitgereihten in § 131 Abs. 1 BVergG 2006 nicht vorgesehen ist. Im Hinblick darauf, dass nach der Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber eine neue Zuschlagsentscheidung bzw. eine Widerrufsentscheidung zu treffen ist, jedoch kein automatisches Nachrücken des Zweitgereihten erfolgt, sieht der Senat diese Auflistung der Zweitgereihten als bloße Information an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter an, die keine vergaberechtlichen Rechtswirkungen entfaltet. Weiters wurde vom Senat ausgeführt, dass die Mitteilung der im gegenständlichen Vergabeverfahren als „Erbauftragnehmer“ genannten Zweitgereihten in Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vorgesehen ist. Im Hinblick darauf, dass nach der Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber eine neue Zuschlagsentscheidung bzw. eine Widerrufsentscheidung zu treffen ist, jedoch kein automatisches Nachrücken des Zweitgereihten erfolgt, sieht der Senat diese Auflistung der Zweitgereihten als bloße Information an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter an, die keine vergaberechtlichen Rechtswirkungen entfaltet.

Die Parteien erstatteten folgendes ergänzende Vorbringen:

Die Antragstellerin trug vor, dass die oben ausgeführte Darstellung, welche Preise, Aufschläge und Nachlässe anlässlich der Angebotsöffnung vom 24.10.2013 verlesen worden seien, zutreffe. Sie führte jedoch aus, dass ihrer Meinung nach durch eine Verlesung der Summe aller Aufschläge bzw. Nachlässe pro Bieter, gleichgültig auf welcher Ebene diese angeboten wurden, sowohl dem Gesetzestext, als auch den Erfordernissen der Transparenz und der Verhinderung von Manipulationen besser gedient worden wäre, als durch die Verlesung von willkürlich gewählten Teilnachlässen. Konkret hätte aus dem Angebot der Antragstellerin die Summe der Aufschläge/Nachlässe aus Seite 106 des amtlichen Kurzleistungsverzeichnisses verlesen werden müssen.

Die Auftraggeberin erwiderte, dass sie zugestehende, dass der Informationsgehalt der verlesenen Summe der Preise der angebotenen Obergruppen pro Bieter sowie der entsprechenden Aufschläge und Nachlässe relativ gering sei. Diese Verlesung sei erfolgt, um dem Gesetz genüge zu tun. Für die Bieter sei die Verlesung der Preise für die einzelnen Obergruppen von größerer Bedeutung gewesen. Da es sich hier um Teilangebote handle, sehe das Gesetz jedoch diesbezüglich keine Verlesung von Zuschlägen und Nachlässen vor. Weiters wäre eine Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der einzelnen Bieter zu befürchten, wenn man Zuschläge und Nachlässe auch auf Leistungsgruppenebene verlesen hätte.

Die Antragstellerin trug weiters vor, dass ihrer Meinung nach die Frage ob die Teilnahmeberechtigte in Obergruppe 03 zum Zug komme oder nicht und damit dort die laut der Vorgangsweise in der Ausschreibung vorgesehen technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit „verbrauche“, eine Vorfrage für die Entscheidung sei, ob die Teilnahmeberechtigte in der Obergruppe 06 die dafür erforderliche technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit noch aufweise. Sie beantragte daher die Unterbrechung des Verfahrens hinsichtlich Obergruppe 06 bis zur Zuschlagserteilung in Obergruppe 03.

Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte entgegneten, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderliche

technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in der Obergruppe 06 auch dann hätte, wenn ihr der Zuschlag in der Obergruppe 03 erteilt würde. Sie sprachen sich gegen den Antrag der Antragstellerin auf Unterbrechung des Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich Obergruppe 06 aus. Übereinstimmend hielten die Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte und die Antragsgegnerin fest, dass die Terminisierung einer allfälligen Unterbrechung mit Rechtskraft der Zuschlagsentscheidung (Ablauf der Anfechtungsfrist und damit der Eintritt der Bestandsfestigkeit) festgelegt werden möge.

Die Antragstellerin äußerte in der Folge ihre Überzeugung, wonach die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten in den Obergruppen 03, 04 und 06 nur dann ausreichend gegeben sein könne, wenn diese in Widerspruch zu § 83 BVergG 2006 den gesamten Auftrag an Subunternehmer weitergebe und stellte an die Antragsgegnerin die Frage, ob von der Teilnahmeberechtigten für ganze Obergruppen Subunternehmer namhaft gemacht worden seien. Die Antragsgegnerin erwiderte darauf, dass die Teilnahmeberechtigten selbst eine ausreichende wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit für die Obergruppen 03, 04 und 06 aufweise und die von der Teilnahmeberechtigten angeführten Subunternehmer nur für einzelne Leistungsgruppen aus einzelnen Obergruppen namhaft gemacht worden seien. Die Antragstellerin äußerte in der Folge ihre Überzeugung, wonach die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten in den Obergruppen 03, 04 und 06 nur dann ausreichend gegeben sein könne, wenn diese in Widerspruch zu Paragraph 83, BVergG 2006 den gesamten Auftrag an Subunternehmer weitergebe und stellte an die Antragsgegnerin die Frage, ob von der Teilnahmeberechtigten für ganze Obergruppen Subunternehmer namhaft gemacht worden seien. Die Antragsgegnerin erwiderte darauf, dass die Teilnahmeberechtigten selbst eine ausreichende wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit für die Obergruppen 03, 04 und 06 aufweise und die von der Teilnahmeberechtigten angeführten Subunternehmer nur für einzelne Leistungsgruppen aus einzelnen Obergruppen namhaft gemacht worden seien.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die linke Spalte der Beilage 13.07.2 der Angebotsunterlagen der Teilnahmeberechtigten (Bekanntgabe der Subunternehmer) wurde nicht stattgegeben, da sich die Teilnahmeberechtigten ausdrücklich dagegen aussprachen. Die Antragsgegnerin legte eine Berechnung zur technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten bei zusätzlichem Zuschlag der Obergruppe 03 zum Akt und ersuchte, diese von der Akteneinsicht auszunehmen. Die Teilnahmeberechtigten schloss sich dem Vorbringen der Antragsgegnerin an.

Aufgrund der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 27.3.2014 werden folgende weiteren entscheidungsrelevanten Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – MA 28 handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, welche ein vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisauflags- und Nachlassverfahren führt. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien – MA 28 handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, welche ein vergabeverfahren als offenes Verfahren und Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip im Preisauflags- und Nachlassverfahren führt.

Die Bieter mussten im gegenständlichen Vergabeverfahren laut Ausschreibung als Nachweis der Eignung u.a. eine Gewerbeberechtigung für Anstreicher, das Ausführen von Bodenmarkierungen oder Gleichwertiges nachweisen. Jeder Bieter musste außerdem maximal zwei Referenzen für Bodenmarkierungsarbeiten auf öffentlichen, unter Verkehr stehenden Straßen im Ortsgebiet in den letzten fünf Jahren mit einem Gesamtumfang 5000 m oder 1000 m² Spritzplastik und 5000 m oder 1000 m² Kaltplastik vorlegen. Weiters war der Nachweis eines bestimmten Mindestumsatzes pro Jahr sowie einer bestimmten Mindestanzahl an Mitarbeitern, davon jeweils eine bestimmte Anzahl von Personen mit ADR-Bescheinigung (Bescheinigung der Erlaubnis einer Beförderung von Gefahrgut auf der Straße) und Ausbildung zum Bodenmarkierer, pro Obergruppe gefordert.

Für die Vergabe der einzelnen Obergruppen sieht die verfahrensgegenständliche Ausschreibung folgende Vorgangsweise vor:

Sollte ein Bieter für mehrere Obergruppen Billigstbieter sein, wurden die Obergruppen, in denen er Billigstbieter war, von Obergruppe 01 aufwärts bis Obergruppe 08 an ihn vergeben, wobei jeweils der für die Obergruppe erforderliche

Mindestumsatz und die erforderlichen Personalzahlen pro Obergruppe vom vorhandenen Mindestumsatz und den vorhandenen Personalressourcen des Bieters abgerechnet wurden, bis die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die nächste Gruppe nicht mehr ausreichte. In den Obergruppen, für die die Leistungsfähigkeit trotz billigstem Preis nicht ausreichte, wurde der Bieter mangels technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Wenn die Leistungsfähigkeit für eine höhere Obergruppe ausreichend war, für die der Bieter ebenfalls Billigstbieter war, wurde diese wiederum zugeschlagen.

Die Antragstellerin hat für die Obergruppen 01, 02, 03 und 06 je ein Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung fand am 24.10.2013 statt. Es wurden die Summe der Preise aller pro Bieter angebotenen Obergruppen (Gesamtpreis und Angebotspreis), wo Zuschläge bzw. Nachlässe auf diese Summe der Preise aller angebotenen Obergruppen angeboten wurden, diese, sowie der für jede einzelne Obergruppe angebotene Preis pro Bieter verlesen.

Die Antragstellerin ist in Obergruppe 06 an zweiter Stelle gereiht. Billigstbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin ist die Teilnahmeberechtigte.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 wurde in Obergruppe 06 die Teilnahmeberechtigte als präsumtive Zuschlagsempfängerin bekanntgegeben. Die Antragstellerin wurde in eine Liste der zweitgereihten Bieter aufgenommen, die in dieser Zuschlagsentscheidung als „Erbauftragnehmer“ bezeichnet werden.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 41 Abs. 1 WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31.12.2013 bei Vergabekontrollsenat Wien anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen. Gemäß Paragraph 41, Absatz eins, WVRG 2014 sind die mit Ablauf des 31.12.2013 bei Vergabekontrollsenat Wien anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen dieses Landesgesetzes beim Verwaltungsgericht Wien fortzuführen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist bis zur Zuschlagserteilung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht insbesondere zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen, wie der Zuschlagsentscheidung, zuständig. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 ist bis zur Zuschlagserteilung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder der hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht insbesondere zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen, wie der Zuschlagsentscheidung, zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

§ 19 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen ist. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er

enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat in ihrer Eingabe die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß § 15 WVRG 2014 nachgewiesen. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2013 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Er enthält die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat in ihrer Eingabe die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 15, WVRG 2014 nachgewiesen.

Zum Antragsvorbringen, die Verlesung der Angebote in allen Obergruppen des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend erfolgt, hat der erkennende Senat aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin, die die verlesenen Preise, Aufschläge und Nachlässe ausdrücklich außer Streit gestellt hat, im vorliegenden Verfahren keinen Anlass gesehen, von seiner oben dargestellten Rechtsansicht im Vorverfahren zu Obergruppe 01 und 02 abzugehen, wonach die Angebotsöffnung ordnungsgemäß und den Bestimmungen des § 118 Abs. 5 BVergG 2006 entsprechend erfolgt ist. Insbesondere konnte die Antragstellerin nicht nachvollziehbar darlegen, welchen Gewinn an Transparenz die von ihr eingeforderte Vorgangsweise bei der Verlesung gebracht hätte. Zum Antragsvorbringen, die Verlesung der Angebote in allen Obergruppen des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend erfolgt, hat der erkennende Senat aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin, die die verlesenen Preise, Aufschläge und Nachlässe ausdrücklich außer Streit gestellt hat, im vorliegenden Verfahren keinen Anlass gesehen, von seiner oben dargestellten Rechtsansicht im Vorverfahren zu Obergruppe 01 und 02 abzugehen, wonach die Angebotsöffnung ordnungsgemäß und den Bestimmungen des Paragraph 118, Absatz 5, BVergG 2006 entsprechend erfolgt ist. Insbesondere konnte die Antragstellerin nicht nachvollziehbar darlegen, welchen Gewinn an Transparenz die von ihr eingeforderte Vorgangsweise bei der Verlesung gebracht hätte.

Zur Frage der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten sowie zur Frage, welche Auswirkungen oben dargestellte von der Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung vorgesehene Vorgangsweise bei der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger auf das Nachprüfungsverfahren haben muss, hat der Senat Folgendes erwogen:

Aufgabe des Landesverwaltungsgerichts Wien im Vergaberecht ist die nachprüfende Kontrolle von Entscheidungen des Auftraggebers, soweit diese angefochten werden, nicht jedoch das Durchführen von Vergabeverfahren oder das Treffen von Entscheidungen anstelle des Auftraggebers. Das Verwaltungsgericht Wien hat daher im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zunächst zu prüfen, ob die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen in den Obergruppen 01 bis 08 die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten aufweisen und daher für nichtig zu erklären sind. Obwohl im Vergabeverfahren die Entscheidung darüber, wer den Zuschlag in den einzelnen Obergruppen erhalten soll, entsprechend der gegenständlichen Ausschreibung von Obergruppe 01 aufsteigend bis zu Obergruppe 08 zu treffen war und die Bieter, die die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in der nächsten zu beurteilenden Obergruppe, in der sie Bestbieter waren, nicht aufwiesen, auszuschneiden waren, gilt dies nur bedingt für das Nachprüfungsverfahren.

Hier ist hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Anträge zunächst zu prüfen, ob die Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten in den Obergruppen 04, 06 und 07 die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten aufweisen und daher für nichtig zu erklären sind oder ob die diesbezüglichen Anträge abzuweisen sind. In diesen Obergruppen hat nämlich schon eine Entscheidung der Antragsgegnerin über die Zuschlagserteilung an die Teilnahmeberechtigten stattgefunden.

Für Obergruppe 03 gilt dies nicht. Hier ist die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer anderen präsumtiven Zuschlagsempfängerin erfolgt, die Teilnahmeberechtigte ist nur an zweiter Stelle gereiht. Hier kann das Verwaltungsgericht Wien nur die Zuschlagsentscheidung an diese präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Nachprüfungsanträge überprüfen. Die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten ist hier allenfalls im Zusammenhang mit der Antragslegitimation der Teilnahmeberechtigten zu berücksichtigen, da auch sie die Zuschlagsentscheidung in dieser Obergruppe angefochten hat. Ausgangspunkt dafür muss jedoch die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien über die von der Antragsgegnerin bereits getroffene Zuschlagsentscheidung in OG 04, OG 06 und OG 07 sein.

Eine allfällige Nichtigerklärung der derzeitigen Zuschlagsentscheidung in OG 03 hätte nämlich gerade nicht zur Folge, dass, wie von der Antragstellerin offenbar vorausgesetzt, die Teilnahmeberechtigte automatisch „nachrückt“, sondern es ist eine neue Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin erforderlich, damit die Teilnahmeberechtigte allenfalls präsumtive Zuschlagsempfängerin wird. Es wäre jedoch ebenfalls denkbar, dass die Auftraggeberin die Teilnahmeberechtigte in Obergruppe 03 ausscheidet oder das Vergabeverfahren in dieser Obergruppe widerruft. Eine allfällige Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 hat somit keine unmittelbare Auswirkung auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten in den nachfolgenden Obergruppen, für die sie bereits präsumtive Zuschlagsempfängerin ist, während dies umgekehrt sehr wohl der Fall ist.

Diese Vorgangsweise im Nachprüfungsverfahren stellt sicher, dass die zu den einzelnen Obergruppen eingeleiteten Nachprüfungsverfahren unter Berücksichtigung der in der gegenständlichen Ausschreibung gewählten Vorgangsweise bei der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger durchgeführt werden können.

Aus diesen Erwägungen konnte das Vorbringen der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte würde bei einer allfälligen Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 für die angefochtene Obergruppe 06 nicht mehr die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit aufweisen, schon grundsätzlich nicht zu einer Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Obergruppe 06 führen. Aufgrund des Vorbringens der Teilnahmeberechtigten und der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung und des Akteninhalts steht im Übrigen fest, dass die Teilnahmeberechtigte auch über eine ausreichende technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für die Obergruppen 03, 04, und 06 verfügt, wenn sie den Zuschlag in diesen Gruppen erhalten sollte. Fest steht weiters, dass die Teilnahmeberechtigte keinen Subunternehmer für ganze Obergruppen namhaft gemacht hat.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Unterbrechung des Nachprüfungsverfahrens in Obergruppe 06 bis zur Rechtskraft der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 war keine Folge zu geben, da, wie oben dargestellt, die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung in Obergruppe 03 keine Vorfrage zum gegenständlichen Nachprüfungsverfahren ist. Aus diesem Grund war auch dem Antrag der Antragsgegnerin auf Vertagung der Verhandlung zu OG 06 bis zum Abspruch über OG 03 nicht Folge zu geben.

Eben so wenig war dem Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht hinsichtlich der linken Spalte der Beilage 13.07.2 der Angebotsunterlagen der Teilnahmeberechtigten (Bekanntgabe der Subunternehmer) stattzugeben. Einerseits handelt es sich dabei um Angebotsunterlagen der Teilnahmeberechtigten, die sich ausdrücklich gegen die Gewährung der Akteneinsicht ausgesprochen hat. Andererseits wurde der Inhalt dieses Dokuments, soweit davon keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betroffen sind, anlässlich der mündlichen Verhandlung erörtert und vom Senat als mit den Angaben der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten übereinstimmend befunden. Aus der Tatsache, dass die Antragstellerin keine Akteneinsicht in dieses Dokument erhielt, ergibt sich für sie kein Nachteil hinsichtlich ihrer Rechtsverfolgung.

Wo von den Parteien beantragte Beweise im Verfahren nicht aufgenommen wurden, wurde der Sicht der Partei zum jeweiligen Beweisthema vom Senat gefolgt bzw. war von der beantragten Beweisaufnahme keine weitere Klärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts zu erwarten.

Nachdem von der Antragstellerin über das o.a. Vorbringen zur Reihung und dadurch beeinflussten technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten hinaus kein Vorbringen zu deren Angebot erstattet wurde, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus den dargestellten Gründen abzuweisen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2014 war dieses Erkenntnis im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Nachdem von der Antragstellerin über das o.a. Vorbringen zur Reihung und dadurch beeinflussten technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten hinaus kein Vorbringen zu deren Angebot erstattet wurde, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus den dargestellten Gründen abzuweisen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2014 war dieses Erkenntnis im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden.

Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der bestandsfesten Ausschreibung eine Vorgangsweise hinsichtlich der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in jeder Obergruppe gewählt, die bewirkt, dass eine Zuschlagsentscheidung in einer niedrigeren Obergruppe durch den „Verbrauch“ von erforderlicher technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Auswirkungen für den Zuschlag in höheren Obergruppen hat. Diese Reihenfolge ist nach Rechtsansicht des erkennenden Senats im Nachprüfungsverfahren nicht bindend. Vielmehr sind zunächst die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten eines Bieters zu prüfen, auch wenn sich diese Zuschlagsentscheidungen auf höhere Obergruppen bezieht, bevor die Rechtsstellung desselben Bieters in einer niedrigeren Obergruppe beurteilt werden kann, in der dieser nur an zweiter Stelle gereiht ist. Da die Vorgangsweise im Nachprüfungsverfahren bei allfälligen Nichtigerklärungen von Zuschlagsentscheidungen Auswirkungen auf den Ausgang der Nachprüfungsverfahren in höheren Obergruppen haben muss und die Stadt Wien regelmäßig Aufträge in mehreren Losen ausschreibt, kann von einer grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage ausgegangen werden. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde von der Antragsgegnerin in der bestandsfesten Ausschreibung eine Vorgangsweise hinsichtlich der Ermittlung der präsumtiven Zuschlagsempfänger in jeder Obergruppe gewählt, die bewirkt, dass eine Zuschlagsentscheidung in einer niedrigeren Obergruppe durch den „Verbrauch“ von erforderlicher technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit Auswirkungen für den Zuschlag in höheren Obergruppen hat. Diese Reihenfolge ist nach Rechtsansicht des erkennenden Senats im Nachprüfungsverfahren nicht bindend. Vielmehr sind zunächst die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten eines Bieters zu prüfen, auch wenn sich diese Zuschlagsentscheidungen auf höhere Obergruppen bezieht, bevor die Rechtsstellung desselben Bieters in einer niedrigeren Obergruppe beurteilt werden kann, in der dieser nur an zweiter Stelle gereiht ist. Da die Vorgangsweise im Nachprüfungsverfahren bei allfälligen Nichtigerklärungen von Zuschlagsentscheidungen Auswirkungen auf den Ausgang der Nachprüfungsverfahren in höheren Obergruppen haben muss und die Stadt Wien regelmäßig Aufträge in mehreren Losen ausschreibt, kann von einer grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage ausgegangen werden.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren; Nichtigerklärungsverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGW:2014:VGW.123.072.10278.2014

Zuletzt aktualisiert am

02.06.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at