

TE Verg Bescheid 2011/1/20 VKS-12390/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.01.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1 und 2

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z8 und 16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §106

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Gesellschaft mbH, ***, vertreten durch Vavrovsky Herbst Kinsky, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der "Dach - GU - Arbeiten für die Instandsetzung der städtischen Wohnhausanlage Wien 17, Zeillergasse 7-11" durch die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 28.10.2010 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2) Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 11.11.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3) Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1 und 2, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 8 und 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 19, 106, 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins und 2, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 8 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 19, 106, 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006

Begründung:

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch das Kundendienstzentrum KD 17 f.d. 17., 18. und 19. Bezirk (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Zimmermeisterarbeiten im Zuge der Instandsetzung der städtischen Wohnhausanlage in Wien 17, Zeillergasse 7-11. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Billigstbieterprinzip). Die Ausschreibung wurde am 24.04.2010 im Amtsblatt der EU, Zl. 2010/S80-119219 sowie auf der Website der Antragsgegnerin am 29.04.2010 kund gemacht. Die Angebotsfrist endete am 26.05.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 28.10.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag dem nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 08.11.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zunächst vor, in der Zuschlagsentscheidung sei die Auftraggeberin unrichtig bzw. irreführend bezeichnet, was für sich allein gesehen zur Nichtigserklärung der angefochtenen Entscheidung führen müsste. Weiters bringt sie vor, die Zuschlagsentscheidung sei das Ergebnis eines rechts- und wettbewerbswidrigen Vergabeverfahrens, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar oder mittelbar wesentlich mitgewirkt habe. Dazu führt die Antragstellerin mehrere Gründe an, die sich vor allem auf das Verhalten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei Angebotslegungen in der Vergangenheit beziehen. Schließlich führt sie aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei das Ergebnis einer manipulativen Preisfestsetzung, weil diese bereits wisse, welche Leistungen nicht zur Ausführung kommen. Sie habe daher

überflüssige Positionen unterpreisig, also nicht kostendeckend, anbieten können. Aus all diesen Gründe basiere die angefochtene Entscheidung auf einem wettbewerbswidrigen und die Antragstellerin diskriminierenden Vergabeverfahren und sei daher mit Rechtswidrigkeit behaftet. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschieden werden müssen, womit die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster Stelle zu liegen käme. Aus diesen Gründen begehrt sie die "angefochtene Ausscheidungsentscheidung" (wohl richtig Zuschlagsentscheidung) für nichtig zu erklären. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 08.11.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zunächst vor, in der Zuschlagsentscheidung sei die Auftraggeberin unrichtig bzw. irreführend bezeichnet, was für sich allein gesehen zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung führen müsste. Weiters bringt sie vor, die Zuschlagsentscheidung sei das Ergebnis eines rechts- und wettbewerbswidrigen Vergabeverfahrens, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar oder mittelbar wesentlich mitgewirkt habe. Dazu führt die Antragstellerin mehrere Gründe an, die sich vor allem auf das Verhalten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei Angebotslegungen in der Vergangenheit beziehen. Schließlich führt sie aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei das Ergebnis einer manipulativen Preisfestsetzung, weil diese bereits wisse, welche Leistungen nicht zur Ausführung kommen. Sie habe daher überflüssige Positionen unterpreisig, also nicht kostendeckend, anbieten können. Aus all diesen Gründe basiere die angefochtene Entscheidung auf einem wettbewerbswidrigen und die Antragstellerin diskriminierenden Vergabeverfahren und sei daher mit Rechtswidrigkeit behaftet. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschieden werden müssen, womit die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster Stelle zu liegen käme. Aus diesen Gründen begehrt sie die "angefochtene Ausscheidungsentscheidung" (wohl richtig Zuschlagsentscheidung) für nichtig zu erklären.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung eines nicht diskriminierenden und wettbewerbskonformen Vergabeverfahrens, auf eine ausschreibungskonforme und nachvollziehbare (überprüfbare) Bewertung der Angebote, auf Durchführung eines Vergabeverfahrens und letztlich auf Zuschlagserteilung verletzt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden an Verlust der bisher getätigten Aufwendungen für die Beteiligung am Vergabeverfahren sowie für Rechtsberatung, weiters der Verlust eines erheblichen Erfüllungsinteresses an der Durchführung des gegenständlichen Auftrages und letztlich der Verlust eines für sie relevanten Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 11.11.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit ihrer Stellungnahme vom 16.11.2010 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Partei in das Verfahren beigetreten und hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie hat entschieden bestritten, sich an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar oder mittelbar beteiligt zu haben. In ihrer Stellungnahme vom 17.11.2010 hat die Antragsgegnerin gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, eine unrichtige Bezeichnung des Auftraggebers liege nicht vor, da Auftraggeber die "Stadt Wien - Wiener Wohnen" sei und bis Mitte des Jahres 2010 die jeweilig zuständigen Kundendienstzentren die Vergabeverfahren, wie das gegenständliche, durchgeführt hätten. Mitte 2010 sei ein zentrales Bausanierungsmanagement geschaffen worden, das nunmehr die Vergabeverfahren im Zusammenhang mit Sanierungsmaßnahmen durchführe, weshalb dieses in der Zuschlagsentscheidung angeführt worden sei. Dies ändere nichts daran, dass Auftraggeber die Stadt Wien - Wiener Wohnen und nicht eine Organisationseinheit von Wiener Wohnen sei. Entschieden bestritten wird von der Antragsgegnerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in irgendeiner Art und Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung mitgewirkt hätte. Im Übrigen macht die Antragsgegnerin geltend, dass diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen nicht vorlägen, selbst wenn solche vorliegen sollten, wären diese mangels Anfechtung "bestandfest" geworden.

Diese beiden Schriftsätze hat die Antragsstellerin jeweils mit ihrer Stellungnahme vom 24.11.2010 beantwortet.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 18.01.2011 geltend gemacht, der Antragstellerin würde es an

der Antragslegitimation mangeln, da ihr Angebot an einem unbehebbaran Mangel leide. Es seien an mehreren Stellen des Leistungsverzeichnisses Bieterlücken vorgesehen, von denen keine einzige von der Antragstellerin ausgefüllt worden sei. Dem Angebot der Antragstellerin seien auch keine K4-Blätter beigelegt worden, aus denen die angebotenen Materialien hätten erschlossen werden können. Das Angebot der Antragstellerin sei damit eindeutig unvollständig und leide an einem unbehebbaran Mangel, weshalb es zwingend auszuschneiden wäre. Damit komme der Antragstellerin aber im Nachprüfungsverfahren keine Antragslegitimation mehr zu.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Zimmermeisterarbeiten im Zuge der Sanierung der Wohnhausanlage in Wien 17, Zeillergasse 7-11. Die Ausschreibung wurde sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß kundgemacht. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Billigstbieterprinzip). Die Angebotsfrist endete am 26.05.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Zimmermeisterarbeiten im Zuge der Sanierung der Wohnhausanlage in Wien 17, Zeillergasse 7-11. Die Ausschreibung wurde sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß kundgemacht. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Billigstbieterprinzip). Die Angebotsfrist endete am 26.05.2010, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Nach dem Angebotsdeckblatt MBD - SR 75 waren den Angeboten die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (Drucksorte VD 307), der Abschnitt 5.2 "Vertragsbestandteile" der ÖNORM B2110 Ausgabe 01.03.2002 sowie die "Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen" (Drucksorte VD 314) inklusive Ergänzungen in der jeweils geltenden Fassung zu Grunde zu legen.

Die Antragstellerin hat ein ausgepreistes und rechtsgültig gefertigtes Leistungsverzeichnis in Verbindung mit einem Datenträger abgegeben. Auch das Formblatt SR 75 wurde von ihr ordnungsgemäß unterfertigt.

Die letzte Seite des von ihr schriftlich abgegebenen Leistungsverzeichnisses (Seite 122) trägt nach der Zusammenstellung der einzelnen Gruppensummen nach der "Angebots-Summe Gesamt" und vor dem Datum sowie der Unterschrift und Firmenstampiglie folgenden Text:

"Zahlbar innerhalb 30 Tage abzüglich 3% Skonto oder 60 Tage netto Kassa. Bei Zahlungsverzug verfällt der Skontoanspruch, weiters werden Verzugszinsen in der Höhe von 1,5% pro begonnenen Monat verrechnet. Ungerechtfertigte Skontoabzüge ausserhalb der Skontofrist werden ausnahmslos zurückgefordert!!!!"

Dieser Text ist auf Seite 5 des SR 75 nicht enthalten, auch nicht im Anschreiben zum Angebot und auch nicht im Ausdruck der Daten des Datenträgers.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der VD 307 und VD 314 werden im Folgenden wörtlich wiedergegeben:

Aus der VD 307:

3.1.1

"Der Bieter hat sich bei der Stellung des Angebots an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf bei offenen und nicht offenen Verfahren vom Bieter weder geändert noch ergänzt werden."

3.1.2

"Der Bieter anerkennt für den Fall der Abgabe eines Datenträgers gemeinsam mit einem automationsunterstützt erstellten, ausgepreisten und ausgedruckten Kurzleistungsverzeichnis die vom Auftraggeber erstellte Beschreibung der Leistung."

Aus der VD 314:

Abschnitt 5, 30.1.1

"Rechnungen, Abschlagsrechnungen und Regierechnungen sind, wenn nicht anderes vereinbart wurde, spätestens 30 Tage nach Eingang bei der vom AG bekanntgegeben Stelle zur Zahlung fällig. Der Tag des Einlangens der Rechnung wird in die Fristen nicht einbezogen."

Abschnitt 5, 30.1.6

"Werden Zahlungen nicht fristgerecht geleistet, so gebühren für den offenen Betrag vom Ende der Zahlungsfrist an, sofern nichts anderes vereinbart ist, Zinsen in der Höhe von 4% p.a."

Alternativ- und Abänderungsangebote waren unzulässig. Die Ausschreibungsbestimmungen wurden von der Antragstellerin innerhalb offener Anfechtungsfrist nicht angefochten.

Am 28.10.2010 ist der Antragstellerin im Faxwege die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom gleichen Tage zugekommen. Diese trägt als Absender zunächst den Namen und die Anschrift der mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betrauten ZT - Arbeitsgemeinschaft sowie daneben die Bezeichnung "Stadt Wien - Wiener Wohnen, Zentrales Bausanierungsmanagement, Guglgasse 15, A- 110 Wien".

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 08.11.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Eine Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich sind beigebracht worden. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 08.11.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Eine Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich sind beigebracht worden.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Inhalt der Vergabeakten, insbesondere aus dem Angebot der Antragstellerin. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 20.01.2011, nachdem sie mit ihrem Zusatz auf Seite 122 des schriftlich erstellten Leistungsverzeichnisses konfrontiert worden ist, erklärt, dieser Text habe sich "eingeschlichen, es (könne) wie wir ausgeführt haben, eine Willenserklärung meiner Mandantschaft nicht erblickt werden" (Protokoll Seite 5). Sowohl aus der Niederschrift über die Angebotseröffnung als auch aus den Erklärungen der Parteien ergibt sich, dass diese Zusätze im Angebot der Antragstellerin im Zuge der Angebotseröffnung nicht verlesen worden sind.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich der Zimmermeisterarbeiten im Zuge der Sanierung der Wohnhausanlage in Wien 17, Zeillergasse 7-11 (§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006). Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.05.2010, 10 Uhr. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Billigstbieterprinzip). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Bauleistungen, nämlich der Zimmermeisterarbeiten im Zuge der Sanierung der Wohnhausanlage in Wien 17, Zeillergasse 7-11 (Paragraph 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006). Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Website der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.05.2010, 10 Uhr. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis (Billigstbieterprinzip). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich

des BVergG 2006 unterliegendem Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vergabeverfahren und die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist zwar ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nicht nachgekommen (worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist). Anders als dies noch die Bestimmung des § 17 Abs. 2 Z 3 des WVRG 2003 vorgesehen hat, ist diese Unterlassung nach dieser hier anzuwendenden Bestimmung des § 23 Abs. 2 WVRG 2007 nicht mehr Zulässigkeitsvoraussetzung für die Antragstellung. Der Antrag auf Nichtigklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit.aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegendem Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vergabeverfahren und die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist zwar ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nicht nachgekommen (worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist). Anders als dies noch die Bestimmung des Paragraph 17, Absatz 2, Ziffer 3, des WVRG 2003 vorgesehen hat, ist diese Unterlassung nach dieser hier anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 23, Absatz 2, WVRG 2007 nicht mehr Zulässigkeitsvoraussetzung für die Antragstellung. Der Antrag auf Nichtigklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 28.10.2010 zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 08.11.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 28.10.2010 zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 08.11.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist zwar rechtzeitig, jedoch im Ergebnis nicht berechtigt. Zunächst war auf den Einwand der Antragstellerin einzugehen, in der Zuschlagsentscheidung sei eine unrichtige/irreführende Bezeichnung der Auftraggeberin enthalten, was für sich gesehen zur Nichtigklärung führen müsste.

Nach § 2 Z 8 BVergG 2006 ist Auftraggeber "jener Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringungen von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt". Es trifft zwar zu, dass die angefochtene Entscheidung vom 28.10.2010 in ihrem Briefkopf die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Zentrales Bausanierungsmanagement, Guglgasse 15, A-1110 Wien, anführt, während in der Ausschreibung als Auftraggeber die Stadt Wien - Wiener Wohnen f. d. 17., 18. und 19. Bezirk, Elterleinplatz 14, 1170 Wien, genannt wird. In beiden Fällen ist jedoch eindeutig Auftraggeberin die "Stadt Wien - Wiener Wohnen", wobei zunächst das Vergabeverfahren durch das Kundendienstzentrum für den 17., 18. und 19. Bezirk durchgeführt wurde. Nach Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 ist Auftraggeber "jener Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringungen von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt". Es trifft zwar zu, dass die angefochtene Entscheidung vom 28.10.2010 in ihrem Briefkopf die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Zentrales Bausanierungsmanagement, Guglgasse 15, A-1110 Wien, anführt, während in der Ausschreibung als Auftraggeber die Stadt Wien - Wiener Wohnen f. d. 17., 18. und 19. Bezirk, Elterleinplatz 14, 1170 Wien, genannt wird. In beiden Fällen ist jedoch eindeutig Auftraggeberin die "Stadt Wien - Wiener Wohnen", wobei zunächst das Vergabeverfahren durch das Kundendienstzentrum für den 17., 18. und 19. Bezirk durchgeführt wurde.

Die "Stadt Wien - Wiener Wohnen" ist eine Unternehmung gemäß § 71 der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (LGBl. 28/1968idGF). Ihr wurde durch Gemeinderatsbeschluss die Verwaltung der im Eigentum der Stadt Wien stehenden Wohnbauten übertragen (Anhang 2b der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien, ABl 98/1966 idF ABl. 49/2003). Wiener Wohnen ist organisatorisch untergliedert und zwar in die Direktion und in neun dezentrale, nach Bezirken gegliederte Kundendienstzentren und seit Mitte des Jahres 2010 auch in ein Zentrales Bausanierungsmanagement. Während bisher - und auch noch bei Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens - mit Sanierungsmaßnahmen die jeweils örtlich zuständigen Kundendienstzentren betraut waren, obliegt diese Aufgabe seit Mitte 2010 dem neugeschaffenen Zentralen Bausanierungsmanagement. Durch diese interne Verschiebung von Zuständigkeiten innerhalb der Gliederung der Antragsgegnerin ist kein Wechsel des Auftraggebers eingetreten, da stets Auftraggeberin die Stadt Wien - Wiener Wohnen war und ist und nicht eine Organisationseinheit von Wiener Wohnen. Die mit der Abwicklung des Vergabeverfahrens zuständige Organisationseinheit wird stets auf Rechnung der Antragsgegnerin tätig, sodass in der Änderung der Bezeichnung der das Vergabeverfahren durchführenden Stelle eine andere Auftraggeberin als jene, die das Vergabeverfahren ausgeschrieben hat, nicht gegeben ist. Wer zivilrechtlicher Vertragspartner des auf das Vergabeverfahren folgenden Vertrages werden sollte, steht damit unzweifelhaft fest und muss dem Ergebnis nach auch der Antragstellerin bekannt sein (vgl. Bundesvergabegesetz - Leitsatzkommentar E50 zu § 2 Z 8 und die dort zahlreich zitierte Judikatur.) Die "Stadt Wien - Wiener Wohnen" ist eine Unternehmung gemäß Paragraph 71, der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (LGBl. 28/1968idGF). Ihr wurde durch Gemeinderatsbeschluss die Verwaltung der im Eigentum der Stadt Wien stehenden Wohnbauten übertragen (Anhang 2b der Geschäftsordnung für den Magistrat der Stadt Wien, Amtsblatt 98 aus 1966, in der Fassung Amtsblatt 49 aus 2003,). Wiener Wohnen ist organisatorisch untergliedert und zwar in die Direktion und in neun dezentrale, nach Bezirken gegliederte Kundendienstzentren und seit Mitte des Jahres 2010 auch in ein Zentrales Bausanierungsmanagement. Während bisher - und auch noch bei Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens - mit Sanierungsmaßnahmen die jeweils örtlich zuständigen Kundendienstzentren betraut waren, obliegt diese Aufgabe seit Mitte 2010 dem neugeschaffenen Zentralen Bausanierungsmanagement. Durch diese interne Verschiebung von Zuständigkeiten innerhalb der Gliederung der Antragsgegnerin ist kein Wechsel des Auftraggebers eingetreten, da stets Auftraggeberin die Stadt Wien - Wiener Wohnen war und ist und nicht eine Organisationseinheit von Wiener Wohnen. Die mit der Abwicklung des Vergabeverfahrens zuständige Organisationseinheit wird stets auf Rechnung der Antragsgegnerin tätig, sodass in der Änderung der Bezeichnung der das Vergabeverfahren durchführenden Stelle eine andere Auftraggeberin als jene, die das Vergabeverfahren ausgeschrieben hat, nicht gegeben ist. Wer zivilrechtlicher Vertragspartner des auf das Vergabeverfahren folgenden Vertrages werden sollte, steht damit unzweifelhaft fest und muss dem Ergebnis nach auch der Antragstellerin bekannt sein vergleiche Bundesvergabegesetz - Leitsatzkommentar E50 zu Paragraph 2, Ziffer 8 und die dort zahlreich zitierte Judikatur.)

Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden aber auch der Höchstgerichte ist der Senat im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens nicht nur befugt sondern gegebenenfalls auch verpflichtet, zu überprüfen, ob das Angebot eines Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Dabei ist die Nachprüfungsbehörde verpflichtet, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und von der Antragsgegnerin nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen, weil dies der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens dient (vgl. VwGH vom 28.03.2007, 2005/04/0200 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 19.06.2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache). Dabei hat die Nachprüfungsbehörde grundsätzlich nur solche Ausschlussgründe aufzugreifen, die für sie auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, sie hat insbesondere dann keine Prüfung der Antragslegitimation selbst vorzunehmen, wenn dazu etwa die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (VwGH vom 01.03.2005, 2003/04/0199 u.a.). Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden aber auch der Höchstgerichte ist der Senat im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens nicht nur befugt sondern gegebenenfalls auch verpflichtet, zu überprüfen, ob das Angebot eines Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Dabei ist die Nachprüfungsbehörde verpflichtet, bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und von der Antragsgegnerin nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen, weil dies der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens dient vergleiche VwGH vom 28.03.2007, 2005/04/0200 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 19.06.2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser

Rechtssache). Dabei hat die Nachprüfungsbehörde grundsätzlich nur solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind, sie hat insbesondere dann keine Prüfung der Antragslegitimation selbst vorzunehmen, wenn dazu etwa die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre (VwGH vom 01.03.2005, 2003/04/0199 u.a.).

Das Verfahren hat nun ergeben, dass das von der Antragstellerin mit ihrem Angebot abgegebene, ausgedruckte automationsunterstützt erstellte Leistungsverzeichnis auf der letzten Seite (Seite 122) nach der "Angebots-Summe Gesamt" und vor dem Datum und der Unterschrift und Firmenstampiglie einen Zusatz trägt, der in eindeutigen Widerspruch zu den nach den Ausschreibungsbedingungen zu berücksichtigenden allgemeinen Vertragsbestimmungen VD 307 und VD 314 steht. Die in der Beifügung im Leistungsverzeichnis angeführte Zahlungsfrist weicht von den Fristen der Ausschreibung, nämlich der zu Grunde liegenden VD 314 in der Änderung zu Punkt 5.30.1 der ÖNORM B2110, ebenso wie die Regelung für den Zahlungsverzug von den einschlägigen Festlegungen in der der Ausschreibung, zugrundeliegenden VD 314 - Änderung zu Punkt 5.30.1.6 der ÖNORM B2110 eindeutig ab. Diese von der Antragstellerin vorgesehenen Bedingungen hinsichtlich Zahlungsfrist und Verzinsung für den Zahlungsverzug stellen sich inhaltlich eindeutig als den rechtlichen Bedingungen der Ausschreibung widersprechende Angebotsabweichungen dar.

Nach § 106 Abs. 1 BVergG 2006 hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Dabei darf der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden. Wenn auch die Antragstellerin in diesem Zusammenhang im Zuge der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, der von ihr beigefügte Text habe sich "eingeschlichen", es könne darin eine Willenserklärung nicht erblickt werden, kann ihr nicht gefolgt werden. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliegt, sind weder die Motive des Erklärenden wie allfällige Missverständnisse, noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers erheblich, sondern allein jene Bedeutung des Angebotschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt. Ist der objektive Gehalt der Willenserklärung des Bieters eindeutig, ist auch der Inhalt allfälliger nachträglicher Aufklärungsgespräche unerheblich (vgl. BVA 30.06.1999, N-25/29; 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 u.a.). Nach Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Dabei darf der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden. Wenn auch die Antragstellerin in diesem Zusammenhang im Zuge der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, der von ihr beigefügte Text habe sich "eingeschlichen", es könne darin eine Willenserklärung nicht erblickt werden, kann ihr nicht gefolgt werden. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliegt, sind weder die Motive des Erklärenden wie allfällige Missverständnisse, noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers erheblich, sondern allein jene Bedeutung des Angebotschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt. Ist der objektive Gehalt der Willenserklärung des Bieters eindeutig, ist auch der Inhalt allfälliger nachträglicher Aufklärungsgespräche unerheblich (vergleiche BVA 30.06.1999, N-25/29; 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23 u.a.).

Soweit die Antragstellerin versucht dahingehend zu argumentieren, dass diese Beifügung auf dem mit dem Angebot abgegebenen Datenträger nicht enthalten sei, ist für sie nichts gewonnen, weil der Inhalt des Datenträgers nur zur rechnerischen Durchrechnung des Angebotes Verwendung findet, für das Vergabeverfahren jedoch maßgeblich das firmenmäßig gefertigte Angebot ist. Es muss sich dabei auch um jenes schriftliche Angebot handeln, das im Zuge der Angebotsöffnung verlesen wurde.

Da der Widerspruch im Angebot der Antragstellerin zu den Ausschreibungsbedingungen offenkundig ist, Alternativangebote nicht zugelassen waren, liegt beim Angebot der Antragstellerin der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote) vor. Derartige Angebote sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. Da der Widerspruch im Angebot der Antragstellerin zu den Ausschreibungsbedingungen offenkundig ist, Alternativangebote nicht zugelassen waren, liegt beim Angebot der Antragstellerin der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 (den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote) vor. Derartige Angebote sind ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

Einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), kommt nach der

ständigen Rechtsprechung sowohl der Nachprüfungsbehörde als auch der Höchstgerichte im Nachprüfungsverfahren keine Antragslegitimation zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 entstehen bzw. drohen kann (vgl. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200; VwGH 25.03.2010, 2005/04/0144 u.a.). Da das Angebot der Antragstellerin aus den dargelegten Gründen auszuschneiden gewesen wäre und deshalb ihre Antragslegitimation im gegenständlichen Verfahren nicht gegeben ist, hat es sich erübrigt auf die von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeiten näher einzugehen. Ebenso konnte eine Prüfung der von der Antragsgegnerin aufgeworfenen Frage unterbleiben, ob die Antragstellerin in ihrem Angebot die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Bieterlücken entsprechend ausgefüllt hat. Einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), kommt nach der ständigen Rechtsprechung sowohl der Nachprüfungsbehörde als auch der Höchstgerichte im Nachprüfungsverfahren keine Antragslegitimation zu, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 entstehen bzw. drohen kann (vergleiche VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200; VwGH 25.03.2010, 2005/04/0144 u.a.). Da das Angebot der Antragstellerin aus den dargelegten Gründen auszuschneiden gewesen wäre und deshalb ihre Antragslegitimation im gegenständlichen Verfahren nicht gegeben ist, hat es sich erübrigt auf die von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeiten näher einzugehen. Ebenso konnte eine Prüfung der von der Antragsgegnerin aufgeworfenen Frage unterbleiben, ob die Antragstellerin in ihrem Angebot die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Bieterlücken entsprechend ausgefüllt hat.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung war daher wie es aus dem Spruch ersichtlich abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 11.11.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 11.11.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Aufgreifen eines Ausschlußgrundes von amtswegen; Ergänzung der Ausschreibungstexte durch Bieter; mangelnde Antragslegitimation;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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