

TE Verg Bescheid 2010/11/25 VKS-10684/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.11.2010

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

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123 Abs2 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z8

BVergG 2006 §131

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 § 6 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 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag des Dipl.-Ing. ***, Zivilingenieur für Bauwesen***, vertreten durch Dr. Rudolf Denzel & Dr. Peter Patterer, Rechtsanwälte in Villach, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die "Begutachtung von Kunstwerken (Denkmäler) in Wien Bez. 1 bis 23", Los 1, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 bis 20, Ausschreibungsnummer MA34-8301/2010, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien - MA 34, Muthgasse 62, 1190 Wien, nach mündlicher Verhandlung, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin sowie die Zuschlagsentscheidung, soweit sie die Lose 1, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 17 bis 20 betreffen, je vom 20.9.2010, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 1.10.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Der Antragsteller hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 19 Abs. 1, 123 Abs. 2 Z 1, 129 Abs. 1 Z 8, 131 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 19, Absatz eins, 123, Absatz 2, Ziffer eins, 129, Absatz eins, Ziffer 8, 131, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien - Magistrat der Stadt Wien, MA 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Begutachtung von Kunstwerken im öffentlichen Raum, in Form einer Stand- und Verkehrssicherheitsprüfung in allen 23 Wiener Bezirken. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.7.2010, die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Neben anderen Bietern hat sich auch der Antragsteller mit seinem Angebot vom 2.7.2010 am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 25.8.2010 hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller zunächst mitgeteilt, dass er den Zuschlag erhalten solle. In der Folge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.9.2010 diese Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und den Antragsteller zur Darstellung seines kalkulierten Mittellohnpreises der bekannt gegebenen Mitarbeiter aufgefordert. Dieser Aufforderung ist der Antragsteller mit Schreiben vom 4.9.2010 nachgekommen.

Mit Schreiben vom 20.9.2010, dem Antragsteller am selben Tage per Telefax zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag gemäß einer angeschlossenen Liste anderen Unternehmen erteilen zu wollen, sowie das Angebot des Antragstellers nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Mit Schreiben vom 20.9.2010, dem

Antragsteller am selben Tage per Telefax zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag gemäß einer angeschlossenen Liste anderen Unternehmen erteilen zu wollen, sowie das Angebot des Antragstellers nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausscheiden zu wollen.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 24.9.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte, mit Schriftsatz vom 27.9.2010 verbesserte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlags- und Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt der Antragsteller darin vor, die Ausscheidung seines Angebotes erfolge zu Unrecht, weil er der Aufforderung der Antragsgegnerin auf Darstellung seiner Preiskalkulation mit Schreiben vom 4.9.2010 ausreichend nachgekommen sei. Dass der Antragsgegnerin die vom Antragsteller vorgenommene Aufklärung nicht ausreichend wäre, habe sie ihm nicht vorgehalten. Nachdem sein Angebot nicht auszuschneiden wäre, müsste er als Billigstbieter den Auftrag erhalten. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 24.9.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte, mit Schriftsatz vom 27.9.2010 verbesserte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlags- und Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt der Antragsteller darin vor, die Ausscheidung seines Angebotes erfolge zu Unrecht, weil er der Aufforderung der Antragsgegnerin auf Darstellung seiner Preiskalkulation mit Schreiben vom 4.9.2010 ausreichend nachgekommen sei. Dass der Antragsgegnerin die vom Antragsteller vorgenommene Aufklärung nicht ausreichend wäre, habe sie ihm nicht vorgehalten. Nachdem sein Angebot nicht auszuschneiden wäre, müsste er als Billigstbieter den Auftrag erhalten.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich der Antragsteller in seinem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und letztlich im Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Sollte er den Auftrag nicht erhalten, drohe ihm erheblicher Schaden an entgangenem Gewinn und würde er überdies ein für ihn wichtiges Referenzprojekt verlieren.

Mit Bescheid vom 1.10.2010 hat der Vergabekontrollsenat die vom Antragsteller zur Sicherung seiner Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden. Mit Schreiben vom 1.10.2010 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte in das Verfahren eingetreten und hat unter Vorlage einer Stellungnahme der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland geltend gemacht, der Antragsteller habe unzulässiger Weise zwei Angebote gelegt. Das erste Angebot sei von der DI *** ZT GmbH einerseits und das zweite Angebot vom Antragsteller DI *** andererseits gelegt worden. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH sei der Antragsteller.

In ihrer Stellungnahme vom 29.9.2010, eingelangt am 5.10.2010, hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge mit näherer Begründung begehrt und "eventualiter ausgeführt, dass nach Ansicht der Antragsgegnerin ein weiterer Ausscheidungsgrund betreffend das Angebot des Antragstellers vorliegt. Der Antragsteller hat nicht nur als Ziviltechniker und Einzelunternehmer ein Angebot gelegt, sondern auch unter der Firma einer GmbH, deren Geschäftsführer er ist. Die DI *** ZT GmbH hat jenes Angebot gelegt, das bei weitem den niedrigsten Preis aufweist, sein Angebot als Einzelunternehmer den zweitniedrigsten Preis".

Dazu hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 7.10.2010 im Wesentlichen vorgebracht, es sei "unstrittig", dass er sowohl als Einzelperson wie auch die *** ZT GmbH ein Angebot gelegt haben. Unstrittig sei, dass er Geschäftsführer der DI *** ZT GmbH und auch deren einziger Gesellschafter sei. Das Angebot der GmbH sei irrtümlich erfolgt und sei "unter Akzeptanz der Antragsgegnerin zurückgezogen" worden. Ungeachtet dieser beiden gelegten Angebote sei weder der freie und laute Wettbewerb noch die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter beeinträchtigt worden. Obwohl der Antragsteller "selbstverständlich" vom Inhalt des Angebotes der DI *** ZT GmbH Kenntnis hatte, seien keine "für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden getroffen" worden. Letztlich macht der Antragsteller geltend, dass die Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung, entgegen den Bestimmungen des § 131 BVergG 2006, als Ausscheidungsgrund das Vorliegen eines Doppelanbotes nicht mitgeteilt habe. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig. Dazu hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 7.10.2010 im Wesentlichen vorgebracht, es sei "unstrittig", dass er sowohl als Einzelperson wie auch die *** ZT GmbH ein Angebot gelegt haben. Unstrittig sei, dass er Geschäftsführer der DI *** ZT GmbH und auch deren einziger Gesellschafter sei. Das Angebot der GmbH sei irrtümlich erfolgt und sei "unter Akzeptanz der Antragsgegnerin zurückgezogen" worden. Ungeachtet dieser beiden gelegten Angebote sei weder der

freie und lautere Wettbewerb noch die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter beeinträchtigt worden. Obwohl der Antragsteller "selbstverständlich" vom Inhalt des Angebotes der DI *** ZT GmbH Kenntnis hatte, seien keine "für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßenden Abreden getroffen" worden. Letztlich macht der Antragsteller geltend, dass die Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung, entgegen den Bestimmungen des Paragraph 131, BVergG 2006, als Ausscheidungsgrund das Vorliegen eines Doppelanbotes nicht mitgeteilt habe. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Diesem Vorbringen ist die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.11.2010 entgegengetreten und hat zum vorliegenden Doppelangebot ausgeführt, aus dem Vergabeakt ergebe sich, dass beide Angebote vom Antragsteller gefertigt wurden. Damit läge ein zwingender Ausscheidungsgrund vor, ohne dass näher zu prüfen wäre, ob tatsächlich eine Einflussnahme auf die beiden Angebote gegeben war bzw. ob "die betreffende Person Kenntnis von beiden Angeboten hatte und insofern ein koordiniertes Vorgehen gegeben war, da dies aufgrund der Fertigung durch eine Person evident sei".

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, des Vorbringens der Parteien in ihren Schriftsätzen, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Begutachtung von Kunstwerken im öffentlichen Raum, in Form einer Stand- und Verkehrssicherheitsprüfung in allen 23 Wiener Bezirken. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.7.2010. Insgesamt haben sich 16 Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch der Antragsteller. Der Antragsteller hat ein Angebot für alle Lose abgegeben, dieses Angebot trägt das Datum 2.7.2010 mit einem Angebotspreis von Euro 123.876. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Begutachtung von Kunstwerken im öffentlichen Raum, in Form einer Stand- und Verkehrssicherheitsprüfung in allen 23 Wiener Bezirken. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.7.2010. Insgesamt haben sich 16 Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch der Antragsteller. Der Antragsteller hat ein Angebot für alle Lose abgegeben, dieses Angebot trägt das Datum 2.7.2010 mit einem Angebotspreis von Euro 123.876.

Ebenfalls hat ein Angebot abgegeben die Bieterin DI *** ZT GmbH, mit Datum vom 25.6.2010 und einem Angebotspreis von Euro 87.912,--. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der DI *** ZT GmbH als billigstes, jenes des Antragstellers als zweitbilligstes verlesen.

Sowohl das Angebot des Antragstellers als auch jenes der DI *** ZT GmbH ist vom Antragsteller gefertigt. Der Antragsteller ist Geschäftsführer der DI *** ZT GmbH und auch deren einziger Gesellschafter.

Nach Öffnung der Angebote kam es zunächst zu einer Behandlung des billigsten Angebotes, nämlich jenem der GmbH. Als Ergebnis der Gespräche, die im wesentlichen vor allem den der Antragsgegnerin als niedrig erscheinenden Angebotspreis zum Gegenstand hatten, hat der Antragsteller das Angebot der GmbH mit Schreiben vom 30.7.2010 zurückgezogen. Diese Erklärung wurde von der Antragsgegnerin offenbar akzeptiert, weil sie in der Folge das vom Antragsteller als Einzelunternehmer gelegte Angebot nach der Aktenlage behandelt hat.

Im Schreiben des Antragstellers an die Antragsgegnerin, in dem er als Geschäftsführer der GmbH deren Angebot zurückzieht, wird ausgeführt, dass Denkmäler kalkuliert wurden, aber irrtümlich nicht Denkmäler als komplexere Baustrukturen wie zum Beispiel ganze Stiegenaufgänge usw. - deshalb sah sich der Antragsteller gezwungen das Angebot der GmbH zurückzuziehen.

Im Zuge der Prüfung des vorliegenden Angebotes hat die Antragsgegnerin den Antragsteller vor allem zu Fragen der Kalkulation um Aufklärung ersucht.

Nach den Ausschreibungsunterlagen war die Legung mehrerer Hauptangebote oder Alternativangebote nicht gestattet, Teilangebote für einzelne Lose oder ein einziges Los hingegen konnten gelegt werden.

In der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom 20.9.2010, betreffend das vorliegende Angebot des Antragstellers als Einzelunternehmer, hat die Antragsgegnerin lediglich mitgeteilt, dass dessen Angebot gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden werden solle. Gleichfalls mit Schreiben vom 20.9.2010 hat die Antragsgegnerin die DI *** ZT GmbH von der beabsichtigten Ausscheidung ihres Angebotes verständigt. In beiden Ausscheidungsentscheidungen wird das Vorliegen eines Doppelangebotes nicht als Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 angeführt. Gleichzeitig ist dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung bezüglich der hier vorliegenden Lose zu Gunsten eines anderen Bieters mitgeteilt worden. Sowohl Ausscheidungsentscheidung als auch Zuschlagsentscheidung sind dem Antragsteller am 20.9.2010 zugegangen. In der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom 20.9.2010, betreffend das vorliegende Angebot des Antragstellers als Einzelunternehmer, hat die Antragsgegnerin lediglich mitgeteilt, dass dessen Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden werden solle. Gleichfalls mit Schreiben vom 20.9.2010 hat die Antragsgegnerin die DI *** ZT GmbH von der beabsichtigten Ausscheidung ihres Angebotes verständigt. In beiden Ausscheidungsentscheidungen wird das Vorliegen eines Doppelangebotes nicht als Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 angeführt. Gleichzeitig ist dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung bezüglich der hier vorliegenden Lose zu Gunsten eines anderen Bieters mitgeteilt worden. Sowohl Ausscheidungsentscheidung als auch Zuschlagsentscheidung sind dem Antragsteller am 20.9.2010 zugegangen.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die ausgeschriebenen Leistungen an drei Bieter mit unterschiedlichen Losanteilen zu vergeben. Dementsprechend sind drei Zuschlagsentscheidungen ergangen.

Der Antragsteller hat als Geschäftsführer der GmbH die Ausscheidung deren Angebotes vom 25.6.2010 nicht angefochten. Hingegen richtet sich sein gegenständlicher, am 24.9.2010 eingelangter Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidung seines Angebotes als Einzelperson vom 2.7.2010, sowie gegen die drei Zuschlagsentscheidungen. Im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 25.11.2010 hat der Antragsteller seine Nachprüfungsanträge bezüglich der übrigen Lose, die zu VKS - 10723/10 und VKS - 10724/10 protokolliert wurden, zurückgezogen.

Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf die Angaben der Parteien, die durch den Akteninhalt vollkommen gedeckt sind. Vor allem aufgrund des Vorbringens des Antragstellers war als erwiesen anzunehmen, dass er unter der Firma einer GmbH, deren Geschäftsführer er ist, ebenso ein Angebot gelegt hat, wie als Ziviltechniker und Einzelunternehmer. Nach der Aktenlage ergibt sich, dass die DI *** ZT GmbH das Angebot mit dem bei Weitem niedrigsten Preis gelegt hat, der Antragsteller als Einzelunternehmer das zweitniedrigste Angebot. Nach der Aktenlage ist auch erwiesen, dass die Antragsgegnerin diesen Umstand wohl bemerkt hat, diesbezüglich auch Kontakt zum Antragsteller aufgenommen hat, worauf dieser mit Schreiben vom 30.7.2010 das Angebot der GmbH wegen eines behaupteten Irrtums zurückgezogen hat. Aus der Aktenlage ist ersichtlich, dass sowohl das Angebot der GmbH als auch das Angebot des Einzelunternehmers *** vom Antragsteller unterfertigt ist. Dass der Antragsteller Geschäftsführer der DI *** ZT GmbH und auch deren einziger Gesellschafter ist, wurde von ihm selbst vorgebracht (Schriftsatz vom 7.10.2010).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 6 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, wobei die Leistungen nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden sollen. 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 unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es

handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, wobei die Leistungen nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden sollen. 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 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung 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. Der Antragsteller hat sein Interesse am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen wie auch den ihm drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Er ist auch seiner Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung 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. Der Antragsteller hat sein Interesse am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidungen wie auch den ihm drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Er ist auch seiner Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 angefochtenen Entscheidungen sind dem Antragsteller am 20.9.2010 im Faxwege zugegangen. Sein Antrag auf Nichtigerklärung, sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung ist am 24.9.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtenen Entscheidungen sind dem Antragsteller am 20.9.2010 im Faxwege zugegangen. Sein Antrag auf Nichtigerklärung, sowohl der Ausscheidungs- als auch der Zuschlagsentscheidung ist am 24.9.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist zwar rechtzeitig, jedoch nicht berechtigt.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass der Antragsteller im eigenen Namen und als Geschäftsführer und Alleingesellschafter der DI *** ZT GmbH je ein Angebot mit deutlich unterschiedlichen Angebotspreisen gelegt hat. Als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der GmbH übt der Antragsteller die alleinigen Eigentumsrechte inklusive Weisungs-, Aufsichtsrechte usw. aus. Der Antragsteller hatte bei der Erstellung der beiden Angebote nicht bloß eine Einsichts- oder Einflussmöglichkeit, er war auch schlussendlich der alleinige Ersteller beider Angebote, was sich allein bereits aus der Tatsache ergibt, dass beide Angebote von ihm rechtsverbindlich unterfertigt worden sind. Damit liegen zwei inhaltlich unterschiedliche Angebote ein und desselben Bieters vor. Wenn auch der Antragsteller in der Folge als Geschäftsführer das Angebot der GmbH (unzulässiger Weise unter Verstoß gegen die Bestimmung des § 112 Abs. 2 BVergG 2006) zurückgezogen hat und diese Erklärung von der Antragsgegnerin offenbar zur Kenntnis genommen wurde, da sie in weiterer Folge das zweitgeriehnte Angebot einer Prüfung unterzogen hat. Diese Tatsache genügt für sich einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1 BVergG 2006 abzugeben, ohne dass näher geprüft werden müsste, ob tatsächlich "nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden getroffen wurden". Dass der Antragsteller vom Inhalt der beiden Angebote "selbstverständlich Kenntnis hatte", wird von ihm ausdrücklich im Schriftsatz vom 7.8.2010 zugestanden. Gerade die Rückziehung des Angebotes der GmbH und damit das Vorrücken des "zweiten Angebotes" an die erste Stelle zeigt - selbst wenn dies vom Antragsteller nicht beabsichtigt gewesen sein sollte - dass durch diese Vorgangsweise ein wesentlicher Einfluss auf das Ergebnis des

Vergabeverfahrens ausgeübt werden konnte. Da die Abgabe von Alternativangeboten oder weiteren Hauptangeboten nicht gestattet war, widerspricht die Vorgehensweise des Antragstellers, ein Angebot als Geschäftsführer seiner GmbH und ein weiteres Angebot als Einzelunternehmer zu legen, den Grundsätzen des Vergaberechtes. Nach der Judikatur der Nachprüfungsbehörden wurde bereits eine mehrfache Beteiligung an Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt und darin ein klarer Verstoß gegen Grundsätze des Wettbewerbes erblickt (vgl. BVA 19.3.2001, N 21/01-32 ua; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 21 (Exkurs) Rz 23). Ebenso hat der EuGH in seinem Urteil vom 23.10.2009, Rs C-376/08 ausgesprochen, dass es sich bei einem Sachverhalt, wie dem gegenständlichen, um einen massiven Verstoß gegen das Vergaberecht handelt, weshalb derartige Angebote auszuschneiden sind. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass der Antragsteller im eigenen Namen und als Geschäftsführer und Alleingesellschafter der DI *** ZT GmbH je ein Angebot mit deutlich unterschiedlichen Angebotspreisen gelegt hat. Als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der GmbH übt der Antragsteller die alleinigen Eigentumsrechte inklusive Weisungs-, Aufsichtsrechte usw. aus. Der Antragsteller hatte bei der Erstellung der beiden Angebote nicht bloß eine Einsichts- oder Einflussmöglichkeit, er war auch schlussendlich der alleinige Ersteller beider Angebote, was sich allein bereits aus der Tatsache ergibt, dass beide Angebote von ihm rechtsverbindlich unterfertigt worden sind. Damit liegen zwei inhaltlich unterschiedliche Angebote ein und desselben Bieters vor. Wenn auch der Antragsteller in der Folge als Geschäftsführer das Angebot der GmbH (unzulässiger Weise unter Verstoß gegen die Bestimmung des Paragraph 112, Absatz 2, BVergG 2006) zurückgezogen hat und diese Erklärung von der Antragsgegnerin offenbar zur Kenntnis genommen wurde, da sie in weiterer Folge das zweitgereichte Angebot einer Prüfung unterzogen hat. Diese Tatsache genügt für sich einen Verstoß gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 abzugeben, ohne dass näher geprüft werden müsste, ob tatsächlich "nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen wurden". Dass der Antragsteller vom Inhalt der beiden Angebote "selbstverständlich Kenntnis hatte", wird von ihm ausdrücklich im Schriftsatz vom 7.8.2010 zugestanden. Gerade die Rückziehung des Angebotes der GmbH und damit das Vorrücken des "zweiten Angebotes" an die erste Stelle zeigt - selbst wenn dies vom Antragsteller nicht beabsichtigt gewesen sein sollte - dass durch diese Vorgangsweise ein wesentlicher Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens ausgeübt werden konnte. Da die Abgabe von Alternativangeboten oder weiteren Hauptangeboten nicht gestattet war, widerspricht die Vorgehensweise des Antragstellers, ein Angebot als Geschäftsführer seiner GmbH und ein weiteres Angebot als Einzelunternehmer zu legen, den Grundsätzen des Vergaberechtes. Nach der Judikatur der Nachprüfungsbehörden wurde bereits eine mehrfache Beteiligung an Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt und darin ein klarer Verstoß gegen Grundsätze des Wettbewerbes erblickt vergleiche BVA 19.3.2001, N 21/01-32 ua; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 21, (Exkurs) Rz 23). Ebenso hat der EuGH in seinem Urteil vom 23.10.2009, Rs C-376/08 ausgesprochen, dass es sich bei einem Sachverhalt, wie dem gegenständlichen, um einen massiven Verstoß gegen das Vergaberecht handelt, weshalb derartige Angebote auszuschneiden sind.

Es trifft zwar zu - wie der Antragsteller vorgebracht hat - dass in den Ausscheidungsentscheidungen von der Antragsgegnerin kein Bezug auf die Bestimmung des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 genommen wurde, sondern nur auf Abs. 2 leg. cit.. Der Antragsteller vertritt offenbar diesbezüglich die Ansicht, da in der Ausscheidungsentscheidung diese Bestimmung nicht genannt sei, könne sie von der Antragsgegnerin nicht nachträglich als Ausscheidungsgrund geltend gemacht werden. Es trifft zwar zu - wie der Antragsteller vorgebracht hat - dass in den Ausscheidungsentscheidungen von der Antragsgegnerin kein Bezug auf die Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 genommen wurde, sondern nur auf Absatz 2, leg. cit.. Der Antragsteller vertritt offenbar diesbezüglich die Ansicht, da in der Ausscheidungsentscheidung diese Bestimmung nicht genannt sei, könne sie von der Antragsgegnerin nicht nachträglich als Ausscheidungsgrund geltend gemacht werden.

Gerade bei der vorliegenden Konstellation hat der Antragsteller etwa durch Nichtbehebung behebbarer Mängel die Möglichkeit, jenem für ihn wirtschaftlich günstigeren Angebot zum Zuschlag zu verhelfen, wie dies auch tatsächlich durch Zurücknahme des Angebotes der GmbH erfolgt wäre. Damit ist aber der Grundsatz eines fairen Wettbewerbes im Sinne des BVergG 2006 klar verletzt.

Unter Hinweis auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (insbesondere Zl.2009/04/0240) ist die Nachprüfungsbehörde befugt, bei der Überprüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages zu beurteilen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch klargestellt, dass die Nachprüfungsbehörde gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei - auch des Auftraggebers,

der den Bieter selber aus anderen Gründen ausgeschieden hat - zu einer solchen Prüfung verpflichtet ist und diese Verpflichtung darin besteht, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr aufgrund der Akten des Vergabeverfahrens erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund heranzuziehen (VwGH 27.5.2009, Zl. 2008/04/0041 mit Verweis auf die ständige Vorjudikatur und das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rs C-249/01, Hackermüller). Diese Umstände sind vorliegend gegeben, da aus der Aktenlage, aber selbst aus dem Vorbringen der Parteien klar erwiesen ist, dass zwei Angebote gelegt wurden, die von ein und derselben natürlichen Person stammen, von dieser rechtsverbindlich gefertigt wurden und aufgrund der Ergebnisse des Vergabeverfahrens an erster und zweiter Stelle gereiht wurden.

Damit liegt jedenfalls ein gravierender Verstoß gegen § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 vor, der zwingend zum Ausscheiden beider Angebote führen muss. Im Hinblick darauf hat es sich für den Vergabekontrollsenat erübrigt, auf die sonst geltend gemachten Gründe näher einzugehen, insbesondere zu prüfen, ob der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vorliegt. Damit liegt jedenfalls ein gravierender Verstoß gegen Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 vor, der zwingend zum Ausscheiden beider Angebote führen muss. Im Hinblick darauf hat es sich für den Vergabekontrollsenat erübrigt, auf die sonst geltend gemachten Gründe näher einzugehen, insbesondere zu prüfen, ob der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vorliegt.

Im Hinblick auf dieses Ergebnis hat es sich für den Vergabekontrollsenat auch erübrigt, die Gründe zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidungen näher zu prüfen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 1.10.2010 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 1.10.2010 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

Unzulässiges Doppelangebot; Ausscheidung gerechtfertigt; Angebot als GmbH und des Geschäftsführers als Einzelunternehmer; unzulässige Zurücknahme eines Angebotes nach Angebotsöffnung;

Zuletzt aktualisiert am

18.05.2011

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