

TE Verg Bescheid 2010/4/22 VKS-2838/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2010

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 Abs2 Z2

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §20 Abs2

BVergG 2006 §98 Abs2

BVergG 2006 §345

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 § 20 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 20 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Maler und Anstreicher GmbH & Co KG, ***, vertreten durch Eisenberger Herzog, Rechtsanwalts GmbH in Graz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines „Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1 bis 23“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AS-AMBR-2009-LTV, durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber – medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Anträge, die Entscheidungen der Antragsgegnerin die Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen sowie in den „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge“ in Pos. 7.4.1 festzulegen, dass die Preisumrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000 zu erfolgen hat, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Eventualanträge, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, werden abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 8.3.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 7.782,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 2 Z 2, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 20 Abs. 2, 98 Abs. 2, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 2, Ziffer 2, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 20, Absatz 2, 98, Absatz 2, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten sowie zur Durchführung von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerleistungen in städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Bezirken. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU vom 4.8.2009, Zl. 2009/S147-215032, als auch auf der Webseite der Stadt Wien und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 33 erfolgt. Insgesamt wurde die Ausschreibung bisher sieben Mal berichtigt. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für

einige oder nur ein Los abzugeben. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem jeweils „niedrigsten Preis“ pro Los erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist ist nach mehrfacher Berichtigung nunmehr der 31.3.2010, 8.00 Uhr (7. Berichtigung vom 8.3.2010).

Mit dem am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, die Festlegung der Antragsgegnerin, der Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen, sowie die Vergabe der ausgeschriebenen Bauleistungen im Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahren durchzuführen und in der Pos. 7.4.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge festzulegen, dass die Preismrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, zu erfolgen hat, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Hilfsweise beantragt die Antragstellerin die „genannten Festlegungen in der Ausschreibung zu streichen und in der Folge die Ausschreibung für nichtig zu erklären“. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010 hat die Antragstellerin im Hinblick auf die Ergebnisse des vor dem Senat geführten Verfahren VKS – 8100/09 ihre Anfechtung insoweit zurückgenommen, als sie die Anwendung des Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens betroffen hat. Dieser Anfechtungspunkt ist daher nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Mit dem am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, die Festlegung der Antragsgegnerin, der Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen, sowie die Vergabe der ausgeschriebenen Bauleistungen im Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahren durchzuführen und in der Pos. 7.4.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge festzulegen, dass die Preismrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, zu erfolgen hat, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie auf Kostenersatz. Hilfsweise beantragt die Antragstellerin die „genannten Festlegungen in der Ausschreibung zu streichen und in der Folge die Ausschreibung für nichtig zu erklären“. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010 hat die Antragstellerin im Hinblick auf die Ergebnisse des vor dem Senat geführten Verfahren VKS – 8100/09 ihre Anfechtung insoweit zurückgenommen, als sie die Anwendung des Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens betroffen hat. Dieser Anfechtungspunkt ist daher nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Im Übrigen bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Antragsgegnerin hätte in der gegenständlichen Vergabesache bereits sechs Berichtigungen vorgenommen und in der sechsten Berichtigung als Schlusstermin für den Eingang der Angebote den 11.3.2010 festgelegt. Im Zusammenhang damit habe die Antragsgegnerin die Festlegung getroffen: „Aufgrund eines Vergabekontrollverfahrens ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich. Da Wiener Wohnen bemüht ist, die Vorgaben des Vergabekontrollsenates Wien möglichst vollständig umzusetzen, die entsprechende Entscheidung aber noch nicht schriftlich ausgefertigt ist, muss die Angebotsfrist vorerst auf den 11.3.2010 erstreckt werden. Innerhalb der erstreckten Angebotsfrist wird die inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgen“. Bis zum Tage der Einbringung des Nachprüfungsantrages, also dem letzten Tag, an dem eine Bekämpfung der gesondert anfechtbaren Entscheidung „Ausschreibung“ möglich sei, habe die Auftraggeberin die Ausschreibungsunterlagen entgegen ihrer Ankündigung inhaltlich nicht berichtigt. Die Antragstellerin habe ein Recht darauf, dass sich die Auftraggeberin an ihre eigenen veröffentlichten Festlegungen halte und die inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, wie angekündigt vornimmt und zwar dergestalt, dass gegen diese angekündigte Berichtigung wiederum ein entsprechender Rechtsschutz in Form der Bekämpfbarkeit der dort zu treffenden Festlegungen möglich ist und die Antragstellerin auf diese angekündigten Änderungen noch in einem angemessenen Zeitraum reagieren, also ihr Angebot entsprechend abändern kann. Es werde daher zunächst die sonstige Festlegung während der Angebotsfrist „nämlich die Ausschreibungsunterlagen zu korrigieren“ bekämpft, da eine Korrektur innerhalb angemessener Frist nicht erfolgt sei.

Weiters ficht die Antragstellerin die Ausschreibung in der Pos. 7.4.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge an, wonach zur Preismrechnung auf die ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, verwiesen wird. Diese Norm sei mittlerweile in der Fassung vom 5.3.2007 in Geltung. Nach § 98 Abs. 2 BVergG 2006 seien nur geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen, es verstoße daher gegen diese Bestimmung, nicht mehr in Geltung stehende ÖNORMEN heranzuziehen, sofern eine in Geltung stehende Version existiert. Weiters ficht die Antragstellerin die Ausschreibung in der Pos. 7.4.1 der Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge an, wonach zur Preismrechnung auf die ÖNORM B

2111, Ausgabe 1. Mai 2000, verwiesen wird. Diese Norm sei mittlerweile in der Fassung vom 5.3.2007 in Geltung. Nach Paragraph 98, Absatz 2, BVergG 2006 seien nur geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen, es verstoße daher gegen diese Bestimmung, nicht mehr in Geltung stehende ÖNORMEN heranzuziehen, sofern eine in Geltung stehende Version existiert.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, ihrem Recht auf Beteiligung an einer dem Gesetz entsprechenden öffentlichen Auftragsausschreibung und in ihrem Recht auf Einhaltung der vom Auftraggeber getroffenen Festlegungen verletzt.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages interessiert. Sollte das Vergabeverfahren auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt werden, drohe der Antragstellerin jedoch ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden zu entstehen, der Gewinnentgang werde vorerst auf Euro 50.000,-- geschätzt. Dazu käme der Verlust einer zukünftigen Referenz.

Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet worden, Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden beigebracht.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 8.3.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

In ihrer Stellungnahme vom 11.3.2010 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass nach Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung insgesamt sechs Berichtigungen erforderlich geworden sind. Die sechste Berichtigung sei am 29.1.2010 versendet worden und am 3.2.2010 sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien veröffentlicht worden. Mit der sechsten Berichtigung sei der Angebotsabgabetermin mit 11.3.2010, 8.00 Uhr, die Angebotseröffnung anschließend, festgelegt worden. In diesem Zusammenhang habe die Antragsgegnerin die Bieter auf Folgendes hingewiesen: „Aufgrund eines Vergabekontrollverfahrens ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich. Da Wiener Wohnen bemüht ist, die Vorgaben des Vergabekontrollsenates Wien möglichst vollständig umzusetzen, die entsprechende Entscheidung aber noch nicht schriftlich ausgefertigt ist, muss die Angebotsfrist vorerst auf 11.3.2010 erstreckt werden. Innerhalb der erstreckten Angebotsfrist wird die inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgen“. Am 3.3.2010 sei die Antragsgegnerin von der Antragstellerin verständigt worden, dass sie beabsichtige einen Nichtigerklärungsantrag einzubringen. Dies sei vom Vergabekontrollsenat Wien am gleichen Tage bestätigt worden. Am 4.3.2010 habe die Antragsgegnerin die schriftliche Ausfertigung des Bescheides des Vergabekontrollsenates Wien im Kontrollverfahren VKS – 8100/09 erhalten. Aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahrens habe die Antragsgegnerin am 8.3.2010 ihre siebente Berichtigung versendet, die auch entsprechend europaweit bekannt gemacht worden sei. Seit 9.3.2010 stünden die Ausschreibungsunterlagen als Gratisdownload zur Verfügung bzw. könnten kostenpflichtig in Hartkopie bezogen werden.

In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, dass ihres Erachtens nach die Ausschreibungsunterlagen mangels Anfechtung durch die Antragstellerin mit Ablauf des 18.9.2009 bestandfest geworden wären. Die Antragstellerin sei daher nicht mehr berechtigt, die seit dem 18.9.2009 unveränderten Ausschreibungsunterlagen anzufechten. Soweit die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin die Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen begehrt, sei dieses Begehren unzulässig. Dabei handle es sich nicht um eine nach außen tretende sonstige Festlegung während der Angebotsfrist.

Das Ende der ursprünglichen Angebotsfrist sei der 25.9.2009 gewesen. Nichtigerklärungsanträge gegen die Ausschreibung hätten daher bis spätestens 18.9.2009 beim Vergabekontrollsenat gestellt werden müssen. Vier Unternehmer hätten rechtzeitig, bis zu diesem Datum, einen Nichtigerklärungsantrag gestellt. Es seien auch dementsprechend vier Nichtigerklärungsverfahren bei der Nachprüfungsbehörde eingeleitet worden. In diesen Nachprüfungsverfahren seien einstweilige Verfügungen erlassen worden, wodurch der Ablauf der mit 25.9.2009 festgesetzten Angebotsfrist für die Dauer der Nachprüfungsverfahren gehemmt gewesen sei. Nach Abschluss der vier

Vergabekontrollverfahren wäre mithin die Angebotsfrist noch für die Dauer von vier Tagen „offen“ gewesen. Aus Gründen der Bietergleichbehandlung sei es daher erforderlich gewesen, ein für alle Unternehmer geltendes neues Ende der Angebotsfrist bekannt zu geben.

Mit Ablauf des 18.9.2009 seien die Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden. Die Bekanntgabe eines neuen Endes der Angebotsfrist könne jedoch nicht zur Folge haben, dass die Anfechtungsfrist gegen die in allen Punkten unverändert gebliebene (!) Ausschreibung neu zu laufen beginne. Eine andere Sichtweise würde nicht nur das Präklusionssystem des BVergG 2006 in Frage stellen, sondern bedeute im Ergebnis auch, dass eine angefochtene Ausschreibung theoretisch niemals bestandfest werden kann, wenn der Vergabekontrollsenat Wien im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die Hemmung der Angebotsfrist verfügt. Gegen die Annahme der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung mit 18.9.2009 könne auch nicht vorgebracht werden, dass damit eine Verkürzung des Rechtsschutzes verbunden wäre. Jeder Unternehmer habe aufgrund der Vergabebekanntmachung das ursprüngliche Ende der Angebotsfrist gekannt und hätte daher selbst beurteilen können, ob er die Ausschreibungsunterlagen bis 7 Tage vor dem Ende der Angebotsfrist anfecht. Entscheide sich ein Unternehmer gegen eine Anfechtung, so müsse er mit den gesetzlichen Präklusionsfolgen leben. Von einem anhängigen Nachprüfungsverfahren erfahre ein Unternehmer durch die Bekanntmachung auf der Homepage des Vergabekontrollsenates Wien, ebenso erfahre ein Unternehmer von der Anberaumung der öffentlichen mündlichen Verhandlung, bei der in aller Regel die Entscheidung verkündet werde. Mithin habe ein interessierter Unternehmer die Möglichkeit vom Ergebnis eines Kontrollverfahrens im Rahmen der öffentlichen Entscheidungsverkündung Kenntnis zu erlangen. Wird die gesamte Ausschreibung für nichtig erklärt oder doch einzelne Festlegungen, so wirke diese Nichtigerklärung ex tunc, das heißt die betreffenden Bestimmungen würden rückwirkend wegfallen. Werde aufgrund der Nichtigerklärung eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, könne die Berichtigung der Ausschreibung als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist angefochten werden. Ein Rechtsschutzdefizit bestehe sohin nicht.

Soweit die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen begehrt, dies ausdrücklich auch als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist, sei die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass es sich dabei um keine gesondert anfechtbare Entscheidung handle. Ein Unterlassen, also eine Untätigkeit eines Auftraggebers ohne eigenständigen Erklärungswert könne nach herrschender Meinung und Rechtssprechung niemals eine gesondert anfechtbare Entscheidung sein.

Nach herrschender Meinung und Judikatur sei die Berichtigung einer Ausschreibung während der Angebotsfrist als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist zu werten. Derartige sonstige Festlegungen müssten binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können, mit Nichtigerklärungsantrag angefochten werden. Die sechste Berichtigung sei am 29.1.2010 versendet worden, die Bekanntmachung sei am 1.2.2010 auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie am 3.2.2010 im Supplement zum Amtsblatt der EU erfolgt. Die Antragstellerin hätte spätestens ab 1.2.2010 Kenntnis von der sechsten Berichtigung erlangen können und hätte diese Festlegung bis spätestens 15.2.2010 mit Nichtigerklärungsantrag anfechten müssen. Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass sie mangels Veröffentlichung der Entscheidungen des Vergabekontrollsenates Wien „nicht in der Lage“ (wäre), zu beurteilen, welche Bestimmungen der Ausschreibung nun im Detail

nichtig – und damit ... nicht zu beachten – sind“, verweist die Antragsgegnerin darauf,

dass es wohl zumutbar sei, dass sie sich regelmäßig über solche Bekanntmachungen, die das Vergabeverfahren betreffen, zu informieren gehabt hätte. Hätte die Antragstellerin die Bekanntmachungen auf der Homepage des Vergabekontrollsenates Wien regelmäßig im Auge behalten, „hätte sie nicht nur von den Kontrollverfahren selbst sondern auch von den öffentlich verkündeten Entscheidungen in diesem Kontrollverfahren Kenntnis erlangt. Die Nachlässigkeit der Antragstellerin kann nicht uns zum Nachteil gereichen.“

Zur ÖNORM B 2111, Ausgabe 1.5.2000 bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Anführung dieser ÖNORM in den Ausschreibungsunterlagen von der Nachprüfungsbehörde mit deren Bescheid vom 14.1.2010, VKS – 8100/09, für nichtig erklärt worden sei. Seit der mündlichen Bescheidverkündung gelte daher die Festlegung der ÖNORM B 2111 „als rückwirkend nicht gesetzt“. Die Antragstellerin fechte mithin eine Bestimmung an, die nicht mehr dem Rechtsbestand angehöre, der Nichtigerklärungsantrag gehe ins Leere. Letztlich weist die Antragsgegnerin darauf hin,

dass die Antragstellerin nicht einmal im Ansatz begründe oder zu begründen versuche, inwieweit sie durch die Anwendbarkeit der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, persönlich in Rechten verletzt sei bzw. inwieweit sie dadurch überhaupt beschwert sein könne. Ein Nachprüfungsverfahren könne nur zur Durchsetzung subjektiver Rechte der Antragstellerin gegen den Auftraggeber geführt werden, nicht jedoch um die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens bzw. der Ausschreibungsunterlagen schlechthin zu prüfen. Schließlich weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie am 8.3.2010 ihre Ausschreibung berichtigt habe, um den Vorgaben des Vergabekontrollsenates Wien im genannten Bescheid Rechnung zu tragen. Danach habe die Preisumrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabedatum 2007-05-01 zu erfolgen.

Dieses Vorbringen hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 19.3.2010 beantwortet und abermals darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin mit Bekanntgabe der Verlängerung der Angebotsfrist auf den 11.3.2010 als weitere

Vorgangsweise mitgeteilt habe, dass „innerhalb der erstreckten Angebotsfrist ... die

inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgen" wird. In der Folge habe die Antragsgegnerin jedoch versäumt, bis zum 3.3.2010 (der letzten Möglichkeit zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen) die Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen oder aber eine weitere Bekanntmachung zu veröffentlichen, mit welcher der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote um einige Tage oder Wochen verschoben werde. Es werde daher (auch) die Entscheidung der Auftraggeberin, diese von ihr selbst gewählte und bekannt gemachte Vorgehensweise nicht einzuhalten, bekämpft. Anstelle der angekündigten Berichtigung habe die Antragsgegnerin jedoch nichts getan, weshalb die Antragstellerin sieben Tage vor Ende der Angebotsfrist genötigt war, den gegenständlichen Anfechtungsantrag einzubringen. Die Antragstellerin bestritt auch unter Hinweis auf die Bestimmungen des WVRG 2007 den Standpunkt, dass eine Ausschreibung bei mehrmaliger Verschiebung des Abgabetermins und mehrmaliger Änderung der Ausschreibungsunterlagen faktisch „scheibchenweise" bestandfest würde. Die Antragstellerin könnte nicht auf die Ergebnisse des Verfahrens VKS – 8100/09 bzw. die in diesem Verfahren erfolgte mündliche Verkündung des Bescheides verwiesen werden, weil auch zum Zeitpunkt der Erlassung dieses

Bescheides „die Ausschreibungsunterlagen ... weiterhin zumindest eine

rechtswidrige Bestimmung – die wir in unserem Nachprüfungsantrag auch gerügt haben – enthalten hat". Die Antragstellerin habe jedenfalls ein Anrecht darauf, dass die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungsunterlagen so zeitig korrigiere, dass diese sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist keine rechtswidrigen Festlegungen mehr enthalten. Wenn dies die Antragsgegnerin nicht tue, so habe sie die entsprechenden Rechtsfolgen – also eine neuerliche Anfechtung der rechtswidrigen Bestimmungen – zu gewärtigen.

In der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010 hat die Antragstellerin ergänzend vorgebracht, dass ihr im Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrages nur die Ausschreibungsunterlagen ohne Berichtigung zur Verfügung standen. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Antragsgegnerin innerhalb der sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist die Ausschreibungsunterlagen jedoch berichtigt und die Angebotsfrist verlängert habe. Wäre eine Verlängerung der Angebotsfrist nicht erfolgt, hätte die Antragstellerin keine Möglichkeit gehabt, die geänderten Bestimmungen der Ausschreibung anzufechten. Die Antragstellerin sei daher zur Erbringung des Nichtigerklärungsantrages berechtigt gewesen, weshalb ihr die Antragsgegnerin die dadurch verursachten Kosten zu ersetzen hätte.

Dazu hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass ihrer Ansicht nach die Antragstellerin durch die letzte Berichtigung nicht klaglos gestellt worden sei, weil die Anführung der ÖNORM 2111, Ausgabe 1.5.2000, mit Bescheid des VKS vom 14.1.2010, VKS – 8100/09, für nichtig erklärt worden ist, wodurch eine Klaglosstellung „ex tunc" erfolgt sei.

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 22.4.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in den von ihr verwalteten Wohnhäusern in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Der Zeitraum für die ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei

Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Insgesamt wurde die Ausschreibung bisher sechs Mal berichtigt, wobei mit der sechsten Berichtigung der Angebotsabgabetermin auf den 11.3.2010, 8.00 Uhr, die Angebotseröffnung anschließend festgelegt wurde. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher, Maler, Bodenleger und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in den von ihr verwalteten Wohnhäusern in allen 23 Wiener Gemeindebezirken. Der Zeitraum für die ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Insgesamt wurde die Ausschreibung bisher sechs Mal berichtigt, wobei mit der sechsten Berichtigung der Angebotsabgabetermin auf den 11.3.2010, 8.00 Uhr, die Angebotseröffnung anschließend festgelegt wurde.

Ursprünglich war die Angebotsfrist mit 8.9.2009 festgesetzt. Aufgrund mehrerer Rückfragen sah sich die Antragsgegnerin veranlasst, ihre Ausschreibungsunterlagen vor Ablauf des mit der ersten Berichtigung neu festgesetzten Schlusstermins diesen auf 25.9.2009 zu berichtigen. Die Berichtigungen wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht, sie standen auch auf der Webseite der Antragsgegnerin zum Download zur Verfügung. Am 16.9.2009 bzw. am 17.9.2009 wurde die Ausschreibung mit vier Nichtigerklärungsanträgen rechtzeitig angefochten. Die Nachprüfungsverfahren wurden zu den Aktenzeichen VKS – 8022/09, VKS – 8063/09, VKS – 8071/09 und VKS – 8100/09 protokolliert. In den Verfahren VKS – 8071/09 und VKS – 8022/09 wurden die Nichtigerklärungsanträge als unbegründet abgewiesen. Der Antrag zu VKS – 8063/09 wurde nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückgezogen. Nur im Verfahren VKS – 8100/09 wurde dem Nichtigerklärungsantrag teilweise stattgegeben und die Anführung von ÖNORMEN, insbesondere der ÖNORM B 2111/2000, für nichtig erklärt. Diese Entscheidung wurde in der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010 öffentlich verkündet und damit der Bescheid erlassen. Die schriftliche Bescheidausfertigung wurde den Parteien am 4.3.2010 zugestellt. Ursprünglich war die Angebotsfrist mit 8.9.2009 festgesetzt. Aufgrund mehrerer Rückfragen sah sich die Antragsgegnerin veranlasst, ihre Ausschreibungsunterlagen vor Ablauf des mit der ersten Berichtigung neu festgesetzten Schlusstermins diesen auf 25.9.2009 zu berichtigen. Die Berichtigungen wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht, sie standen auch auf der Webseite der Antragsgegnerin zum Download zur Verfügung. Am 16.9.2009 bzw. am 17.9.2009 wurde die Ausschreibung mit vier Nichtigerklärungsanträgen rechtzeitig angefochten. Die Nachprüfungsverfahren wurden zu den Aktenzeichen VKS – 8022/09, VKS – 8063/09, VKS – 8071/09 und VKS – 8100/09 protokolliert. In den Verfahren VKS – 8071/09 und VKS – 8022/09 wurden die Nichtigerklärungsanträge als unbegründet abgewiesen. Der Antrag zu VKS – 8063/09 wurde nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückgezogen. Nur im Verfahren VKS – 8100/09 wurde dem Nichtigerklärungsantrag teilweise stattgegeben und die Anführung von ÖNORMEN, insbesondere der ÖNORM B 2111 aus 2000, für nichtig erklärt. Diese Entscheidung wurde in der mündlichen Verhandlung vom 14.1.2010 öffentlich verkündet und damit der Bescheid erlassen. Die schriftliche Bescheidausfertigung wurde den Parteien am 4.3.2010 zugestellt.

Mit der fünften Berichtigung vom 8.1.2010 hat die Antragsgegnerin den Angebotsabgabetermin mit 11.2.2010 neu festgelegt.

Schließlich hat die Antragsgegnerin am 29.1.2010 ihre sechste Berichtigung versendet, mit der der Angebotsabgabetermin mit 11.3.2010, 8.00 Uhr festgelegt wurde. In der Bekanntmachung wurden die Bieter und Interessenten auf Folgendes hingewiesen:

„Aufgrund eines Vergabekontrollverfahrens ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich. Da Wiener Wohnen bemüht ist, die Vorgaben des Vergabekontrollsenates Wien möglichst vollständig umzusetzen, die entsprechende Entscheidung aber noch nicht schriftlich ausgefertigt ist, muss die Angebotsfrist vorerst auf 11.3.2010 erstreckt werden. Innerhalb der erstreckten Angebotsfrist wird die inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgen“.

Die Antragstellerin hatte von allen sechs Berichtigungen der Antragsgegnerin aufgrund der erfolgten Bekanntmachungen Kenntnis. Da entgegen der Information in der sechsten Berichtigung bis 3.3.2010 die Bekanntmachung weiterer Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen bzw. eine Erstreckung des Angebotsabgabetermins nicht bekannt gemacht worden ist, hat die Antragstellerin am 3.3.2010 die Antragsgegnerin zu Händen ihres Vertreters von ihrer Absicht schriftlich verständigt, dass sie einen Nichtigerklärungsantrag gegen die Ausschreibung einbringen werde. Daraufhin hat ein Gespräch zwischen dem Vertreter der Antragsgegnerin und dem

Antragstellervertreter stattgefunden, in dem von Seiten des Vertreters der Antragsgegnerin darauf hingewiesen wurde, dass es seine siebente Berichtigung geben werde, mit einem neuen Angebotsende. Am gleichen Tage (3.3.2010) ist auch der einleitende Schriftsatz in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Am 4.3.2010 ist der Antragsgegnerin die schriftliche Ausfertigung des Bescheides des Vergabekontrollsenates Wien vom 14.1.2010, VKS – 8100/09 zugestellt worden. Daraufhin hat die Antragsgegnerin eine weitere Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet und diese als siebente Berichtigung am 8.3.2010 versendet. Die berichtigten Ausschreibungsunterlagen standen ab 9.3.2010 als Gratisdownload auf der Webseite der Antragsgegnerin zur Verfügung und konnten auch als Hardcopy bezogen werden.

Das Verfahren VKS – 8100/09 hatte gleichfalls die Anfechtung der gegenständlichen Ausschreibung der Antragsgegnerin zum Gegenstand. In diesen Verfahren wurde mit Bescheid vom 14.1.2010 dem Antrag der dortigen Antragstellerin teilweise stattgegeben, als die Anführung unter anderem auch der ÖNORM B 2111/2000, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt wurde. Die Antragstellerin hat vom Ergebnis dieses Verfahrens erst im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt, in dem ihr eine Ausfertigung des Bescheides VKS – 8100/09 übermittelt worden ist. Die Kenntnis vom Inhalt dieses Bescheides hat sie dazu veranlasst, eingangs der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010 ihre Anfechtung bezüglich der Wahl des Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahrens zurückzuziehen (Seite 2 des Protokolls). Das Verfahren VKS – 8100/09 hatte gleichfalls die Anfechtung der gegenständlichen Ausschreibung der Antragsgegnerin zum Gegenstand. In diesen Verfahren wurde mit Bescheid vom 14.1.2010 dem Antrag der dortigen Antragstellerin teilweise stattgegeben, als die Anführung unter anderem auch der ÖNORM B 2111 aus 2000,, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt wurde. Die Antragstellerin hat vom Ergebnis dieses Verfahrens erst im Zuge des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt, in dem ihr eine Ausfertigung des Bescheides VKS – 8100/09 übermittelt worden ist. Die Kenntnis vom Inhalt dieses Bescheides hat sie dazu veranlasst, eingangs der mündlichen Verhandlung vom 22.4.2010 ihre Anfechtung bezüglich der Wahl des Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahrens zurückzuziehen (Seite 2 des Protokolls).

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Inhalt der Vergabeakten sowie aus dem größtenteils übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, soweit es den Ablauf des Vergabeverfahrens betrifft. Dass am 3.3.2010 ein Gespräch zwischen den Vertretern der Parteien betreffend die Absicht der Antragstellerin, die Ausschreibungsunterlagen anzufechten, stattgefunden hat, ergibt sich aus deren übereinstimmenden Vorbringen. Die Chronologie der sechs Berichtigungen sowie deren Inhalt wurden von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 11.3.2010 dargestellt, diese Darstellung blieb seitens der Antragstellerin unwidersprochen.

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 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden „Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger Leistungen“ in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beläuft sich auf drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Ebenso wurden die von der Antragstellerin durchgeführten sechs Berichtigungen ihrer Ausschreibung ordnungsgemäß bekannt gemacht. Das Ende der Angebotsfrist war zuletzt der 11.3.2010. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verfahren zur

Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG 2006), die die Durchführung von laufenden „Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger Leistungen“ in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beläuft sich auf drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Ebenso wurden die von der Antragstellerin durchgeführten sechs Berichtigungen ihrer Ausschreibung ordnungsgemäß bekannt gemacht. Das Ende der Angebotsfrist war zuletzt der 11.3.2010.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung einzelner Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung einzelner Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 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 BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, bzw. der von ihr angefochtenen Festlegungen in der Bekanntmachung, sowie den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, bzw. einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist, richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVerG 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. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, bzw. der von ihr angefochtenen Festlegungen in der Bekanntmachung, sowie den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, bzw. einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist, richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 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.

Das Ende der Angebotsfrist war der 11.3.2010, 8.00 Uhr. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. der angefochtenen Festlegung ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Das Ende der Angebotsfrist war der 11.3.2010, 8.00 Uhr. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. der angefochtenen Festlegung ist am 3.3.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin ficht primär die Entscheidung der Auftraggeberin an, „die Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen“. Ihrer Ansicht nach handelt es sich dabei auch um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist. Nach § 2 Z 16 BVerG 2006 sind gesondert

anfechtbar (lit. a) nur nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen des Auftraggebers. Dazu gehörten (lit. aa) im offenen Verfahren unter anderen sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist. Die Antragstellerin ficht primär die Entscheidung der Auftraggeberin an, „die Ausschreibungsunterlagen entgegen der in der sechsten Berichtigung getroffenen Bekanntmachung nicht inhaltlich zu berichtigen“. Ihrer Ansicht nach handelt es sich dabei auch um eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist. Nach Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 sind gesondert anfechtbar (Litera a,) nur nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen des Auftraggebers. Dazu gehörten (lit. aa) im offenen Verfahren unter anderen sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist.

Unstrittig hat die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung ihrer sechsten Berichtigung mitgeteilt, dass die Angebotsfrist „vorerst auf den 11.3.2010 erstreckt werden“ muss. Weiters hat sie festgehalten, dass „innerhalb der erstreckten

Angebotsfrist ... die inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgen“

wird. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass diese Mitteilung keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 darstellt. Es trifft zwar zu, dass die Antragsgegnerin bis sieben Tage vor Ablauf der von ihr mit 11.3.2010 festgelegten Ende der Angebotsfrist, die von ihr angekündigte inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht vorgenommen hat, sondern erst mit der siebenten Berichtigung, die von ihr am 8.3.2010 versendet wurde und den Interessenten ab 9.3.2010 als Gratisdownload auf der Webseite zur Verfügung stand. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei der Mitteilung, dass die Ausschreibungsunterlagen innerhalb der erstreckten Angebotsfrist inhaltlich berichtigt werden, um eine bloße Information und nicht um die Festlegung eines Verfahrensschrittes. Die Antragstellerin wirft diesbezüglich der Antragsgegnerin lediglich vor, dass sie entgegen ihrer Information eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen zeitlich nicht derart vorgenommen hat, dass ein interessierter Bieter noch in die Lage versetzt gewesen wäre, diese im Rahmen der Frist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig anzufechten. Dass auch im Falle einer Berichtigung einem Bieter oder Interessenten ein effektiver Rechtsschutz zustehen muss, was in aller Regel zur Folge haben wird, dass ein Auftraggeber die Angebotsfrist entsprechend erstreckt, um eine Anfechtungsmöglichkeit zu gewährleisten, entspricht zwar der Judikatur der Nachprüfungsbehörden, ist aber gesetzlich nicht gefordert. Dies bedeutet vorliegend, dass die Antragstellerin nicht damit rechnen konnte, dass die Antragsgegnerin die von ihr mit 11.3.2010 festgelegte Angebotsfrist nach Vornahme einer Berichtigung abermals erstrecken werde. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass diese Mitteilung keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 darstellt. Es trifft zwar zu, dass die Antragsgegnerin bis sieben Tage vor Ablauf der von ihr mit 11.3.2010 festgelegten Ende der Angebotsfrist, die von ihr angekündigte inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht vorgenommen hat, sondern erst mit der siebenten Berichtigung, die von ihr am 8.3.2010 versendet wurde und den Interessenten ab 9.3.2010 als Gratisdownload auf der Webseite zur Verfügung stand. Nach Ansicht des Senates handelt es sich bei der Mitteilung, dass die Ausschreibungsunterlagen innerhalb der erstreckten Angebotsfrist inhaltlich berichtigt werden, um eine bloße Information und nicht um die Festlegung eines Verfahrensschrittes. Die Antragstellerin wirft diesbezüglich der Antragsgegnerin lediglich vor, dass sie entgegen ihrer Information eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen zeitlich nicht derart vorgenommen hat, dass ein interessierter Bieter noch in die Lage versetzt gewesen wäre, diese im Rahmen der Frist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig anzufechten. Dass auch im Falle einer Berichtigung einem Bieter oder Interessenten ein effektiver Rechtsschutz zustehen muss, was in aller Regel zur Folge haben wird, dass ein Auftraggeber die Angebotsfrist entsprechend erstreckt, um eine Anfechtungsmöglichkeit zu gewährleisten, entspricht zwar der Judikatur der Nachprüfungsbehörden, ist aber gesetzlich nicht gefordert. Dies bedeutet vorliegend, dass die Antragstellerin nicht damit rechnen konnte, dass die Antragsgegnerin die von ihr mit 11.3.2010 festgelegte Angebotsfrist nach Vornahme einer Berichtigung abermals erstrecken werde.

Im Ergebnis macht die Antragstellerin geltend, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, entgegen ihrer Ankündigung eine inhaltliche Berichtigung rechtzeitig vorzunehmen. Damit wird ihr eine Untätigkeit vorgeworfen, der – worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist – ein eigenständiger Erklärungswert nicht zukommt. Es handelt sich damit nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, dieses Verhalten könnte erst im Zuge eines darauf beruhenden nachfolgenden Teilaktes als „Entscheidung“ in Erscheinung treten und im Zuge der Anfechtung dieses Teilaktes bekämpft werden (siehe Thienel in S/A/F/T/Rz 117 zu § 317 und die dort zitierte Judikatur). Der Antrag auf Nichtigerklärung geht daher ins Leere, weshalb dem Begehren der Antragstellerin in diesem Punkt nicht stattgegeben

werden konnte. Im Ergebnis macht die Antragstellerin geltend, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, entgegen ihrer Ankündigung eine inhaltliche Berichtigung rechtzeitig vorzunehmen. Damit wird ihr eine Untätigkeit vorgeworfen, der – worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist – ein eigenständiger Erklärungswert nicht zukommt. Es handelt sich damit nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, dieses Verhalten könnte erst im Zuge eines darauf beruhenden nachfolgenden Teilaktes als „Entscheidung“ in Erscheinung treten und im Zuge der Anfechtung dieses Teilaktes bekämpft werden (siehe Thienel in S/A/F/T/Rz 117 zu Paragraph 317 und die dort zitierte Judikatur). Der Antrag auf Nichtigklärung geht daher ins Leere, weshalb dem Begehren der Antragstellerin in diesem Punkt nicht stattgegeben werden konnte.

Die Antragstellerin begehrt weiters die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Position 7.4.1 der „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge“ festzulegen, dass die Preismrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000 zu erfolgen hat. Diese Norm sei nicht mehr aktuell, sondern stehe mittlerweile in der Fassung vom 5.1.2007 in Geltung. Gemäß § 98 Abs. 2 BVergG 2006 seien für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen. Bei der in der Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORM handle es sich nicht um eine „geeignete Leitlinie“. Die Antragstellerin begehrt weiters die Nichtigklärung der Entscheidung der Auftraggeberin in Position 7.4.1 der „Vertragsbestimmungen für Rahmenverträge“ festzulegen, dass die Preismrechnung gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000 zu erfolgen hat. Diese Norm sei nicht mehr aktuell, sondern stehe mittlerweile in der Fassung vom 5.1.2007 in Geltung. Gemäß Paragraph 98, Absatz 2, BVergG 2006 seien für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen. Bei der in der Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORM handle es sich nicht um eine „geeignete Leitlinie“.

In dem vor dem Vergabekontrollsenat geführten Verfahren VKS – 8100/09 war gleichfalls die von der Antragstellerin in den Ausschreibungsunterlagen angefochtene Anführung unter anderem der ÖNORM B 2111/2000 Verfahrensgegenstand. Mit Bescheid des Senates vom 14.1.2010, der in der mündlichen Verhandlung verkündet und damit erlassen wurde, ist unter anderem die Anführung der ÖNORM B 2111/2000 in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt worden. Die schriftliche Ausfertigung dieses Bescheides ist der Antragsgegnerin erst am 4.3.2010 zugestellt worden. In dem vor dem Vergabekontrollsenat geführten Verfahren VKS – 8100/09 war gleichfalls die von der Antragstellerin in den Ausschreibungsunterlagen angefochtene Anführung unter anderem der ÖNORM B 2111 aus 2000, Verfahrensgegenstand. Mit Bescheid des Senates vom 14.1.2010, der in der mündlichen Verhandlung verkündet und damit erlassen wurde, ist unter anderem die Anführung der ÖNORM B 2111 aus 2000, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt worden. Die schriftliche Ausfertigung dieses Bescheides ist der Antragsgegnerin erst am 4.3.2010 zugestellt worden.

Da mit der öffentlichen Verkündung des Bescheides dieser als erlassen gilt, ist seit 14.1.2010 die für nichtig erklärte Festlegung der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, nicht mehr Bestand der Ausschreibungsunterlagen. Formal gesehen geht damit die Anfechtung der Antragstellerin gegen eine Bestimmung, die nicht mehr Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist, ins Leere.

Es konnte somit auch diesbezüglich dem Antrag auf Nichtigklärung nicht stattgegeben werden.

Mit ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragsgegnerin auch den Antrag gestellt, der Antragsgegnerin den Ersatz der Gebühren aufzuerlegen. In diesem Punkt erweist sich das Begehren der Antragstellerin als im Ergebnis berechtigt. Nach § 19 Abs. 1 WVRG 2007 hat ein Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 18 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber oder die Auftraggeberin, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Mit ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragsgegnerin auch den Antrag gestellt, der Antragsgegnerin den Ersatz der Gebühren aufzuerlegen. In diesem Punkt erweist sich das Begehren der Antragstellerin als im Ergebnis berechtigt. Nach Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007 hat ein Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 18, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber oder die Auftraggeberin, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Nach den Ergebnissen des Verfahrens war der Antragstellerin der Umstand, dass mit Bescheid des VKS vom 14.1.2010, VKS – 8100/09, die Anführung der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt wurde, bis zur Veröffentlichung der siebenten Berichtigung nicht bekannt. Da die Antragsgegnerin mit der Erstreckung der Angebotsfrist auf 3.3.2010 mitgeteilt hat, „innerhalb der erstreckten Angebotsfrist“ eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen, sieben Tage vor Ende der Angebotsfrist, das war der

3.3.2010, eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die – wie die siebente Berichtigung zeigt – auch die Änderung bezüglich der ÖNORM B 2111 auf die nunmehr gültige Fassung beinhaltet hat, nicht erfolgt war, war die Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechte genötigt, innerhalb der Frist des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf verweist, die Antragstellerin hätte sich anhand der Bekanntmachungen auf der Homepage des VKS Wien über den Gang und Stand der anhängigen Nachprüfungsverfahren betreffend die gegenständliche Ausschreibung, informieren müssen, damit hätte sie auch von der anberaumten mündlichen Verhandlung, in der in aller Regel die Entscheidungsverkündung öffentlich erfolge, Kenntnis erhalten müssen, kann ihrer Argumentation nicht gefolgt werden. Wenn die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang weiters ausführt, dass die Antragstellerin durch die Kontrolle der Homepage des VKS Wien „nicht nur von dem Kontrollverfahren selbst sondern auch von den öffentlich verkündeten Entscheidungen in diesem Kontrollverfahren Kenntnis erlangt“ hätte, trifft dies nur dann zu, wenn die Antragstellerin an der öffentlichen, mündlichen Verhandlung teilgenommen hätte. Der Inhalt der öffentlich verkündeten Entscheidungen wird jedoch auf der Homepage nicht kundgemacht. Nach den Ergebnissen des Verfahrens war der Antragstellerin der Umstand, dass mit Bescheid des VKS vom 14.1.2010, VKS – 8100/09, die Anführung der ÖNORM B 2111, Ausgabe 1. Mai 2000, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt wurde, bis zur Veröffentlichung der siebenten Berichtigung nicht bekannt. Da die Antragsgegnerin mit der Erstreckung der Angebotsfrist auf 3.3.2010 mitgeteilt hat, „innerhalb der erstreckten Angebotsfrist“ eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen, sieben Tage vor Ende der Angebotsfrist, das war der 3.3.2010, eine inhaltliche Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, die – wie die siebente Berichtigung zeigt – auch die Änderung bezüglich der ÖNORM B 2111 auf die nunmehr gültige Fassung beinhaltet hat, nicht erfolgt war, war die Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechte genötigt, innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf verweist, die Antragstellerin hätte sich anhand der Bekanntmachungen auf der Homepage des VKS Wien über den Gang und Stand der anhängigen Nachprüfungsverfahren betreffend die gegenständliche Ausschreibung, informieren müssen, damit hätte sie auch von der anberaumten mündlichen Verhandlung, in der in aller Regel die Entscheidungsverkündung öffentlich erfolge, Kenntnis erhalten müssen, kann ihrer Argumentation nicht gefolgt werden. Wenn die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang weiters ausführt, dass die Antragstellerin durch die Kontrolle der Homepage des VKS Wien „nicht nur von dem Kontrollverfahren selbst sondern auch von den öffentlich verkündeten Entscheidungen in diesem Kontrollverfahren Kenntnis erlangt“ hätte, trifft dies nur dann zu, wenn die Antragstellerin an der öffentlichen, mündlichen Verhandlung teilgenommen hätte. Der Inhalt der öffentlich verkündeten Entscheidungen wird jedoch auf der Homepage nicht kundgemacht.

Der Antragsgegnerin, der die Problematik der Berichtigungen offenbar bewusst war, wäre es ein Leichtes gewesen, die gegenständliche Anfechtung zu vermeiden, indem sie vorweg abermals das Ende der Angebotsfrist – wie sie dies in der Folge ohnedies getan hat – verlängert hätte.

Im Ergebnis zeigt sich sohin, dass die Einbringung des Nachprüfungsantrages zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlich war, weil nur so die Antragstellerin ihr subjektives Recht auf vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen wahren konnte. Das Verfahren hat keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Antragstellerin in sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis vom Inhalt der Entscheidung zu VKS – 8100/09 hatte, bzw. damit rechnen konnte, dass die Antragsgegner so rechtzeitig Berichtigungen ihrer Ausschreibungsunterlagen vornehmen und ein neues Ende der Angebotsfrist festlegen werde (wie dies in der Folge im Rahmen der siebenten Berichtigung geschehen ist), dass interessierten Unternehmen die Möglichkeit der Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen gewahrt wird. Da mit der nach Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages erfolgten siebenten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen die Antragstellerin mit ihrem Begehren auf Nichtigerklärung der Anführung der ÖNORM B 2111 in den Ausschreibungsunterlagen klaglos gestellt wurde, war der Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2007 der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzutragen. Im Ergebnis zeigt sich sohin, dass die Einbringung des Nachprüfungsantrages zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlich war, weil nur so die Antragstellerin ihr subjektives Recht auf vergaberechtskonforme Ausschreibungsbedingungen wahren konnte. Das Verfahren hat keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Antragstellerin in sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis vom Inhalt der Entscheidung zu VKS – 8100/09 hatte, bzw. damit rechnen konnte, dass die Antragsgegner so rechtzeitig Berichtigungen ihrer Ausschreibungsunterlagen vornehmen und ein neues Ende der Angebotsfrist festlegen werde (wie dies in der Folge im

Rahmen der siebenten Berichtigung geschehen ist), dass interessierten Unternehmern die Möglichkeit der Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen gewahrt wird. Da mit der nach Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages erfolgten siebenten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen die Antragstellerin mit ihrem Begehren auf Nichtigerklärung der Anführung der ÖNORM B 2111 in den Ausschreibungsunterlagen klaglos gestellt wurde, war der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007 der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzutragen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 8.3.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 8.3.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

teilweise Nichtigerklärung von Ausschreibungsbestimmungen; gesondert anfechtbare Entscheidung „sonstige Festlegung während der Angebotsfrist“; Verständigung von einer Berichtigung der Ausschreibung;

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2010

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