

TE Verg Bescheid 2009/10/8 VKS-7239/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.10.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs2 Z2

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1 und 2

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs2

WVRG 2007 §31 Abs6 und 39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §139 Abs1 und 2

WSHG §22

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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft *** vertreten durch Pflaum Karlberger Wiener Opetnik Rindler, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Generalplanerleistungen für Zubau und Sanierung Pensionistenwohnhaus Liebhartstal II, Wien 16, Ottakringer Straße 264“ durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft *** vertreten durch Pflaum Karlberger Wiener Opetnik Rindler, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Generalplanerleistungen für Zubau und Sanierung Pensionistenwohnhaus Liebhartstal römisch zwei, Wien 16, Ottakringer Straße 264“ durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin vom 3.8.2009 wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 24.8.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

1 Abs. 2 Z 2, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1 und 2, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26 Abs. 2, 31 Abs. 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 6, 12 Abs. 1 Z 1, 19, 90, 139 Abs. 1 und 2 BVergG 2006, § 22 WSHG. 1 Absatz 2, Ziffer 2, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins und 2, 22 Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, Absatz 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 6, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 19, 90, 139, Absatz eins und 2 BVergG 2006, Paragraph 22, WSHG.

Begründung:

Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 % und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit am 10.6.2008 erfolgt (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2008/S111-149378). Zur zweiten

Stufe des Vergabeverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der 1. Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens teilgenommen. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellerbereich. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 % und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß und europaweit am 10.6.2008 erfolgt (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2008/S111-149378). Zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der 1. Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens teilgenommen. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben.

Nach Durchführung von Bietergesprächen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.3.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006 auszuschneiden (Ausscheidungsentscheidung). Nach Durchführung von Bietergesprächen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.3.2009 der Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden (Ausscheidungsentscheidung).

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin rechtzeitig einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung eingebracht. Diesem Antrag wurde mit Bescheid des Senates vom 4.6.2009, VKS-2927/09, stattgegeben und die angefochtene Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden.

Im daraufhin fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.8.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt, zu beabsichtigen, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Als Begründung dafür wurde angeführt, „dass nach eingehender Prüfung der im Vergabeverfahren verbliebenen Projekte deren Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben ist. Es ist daher von einem Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 bzw. § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG auszugehen“. Im daraufhin fortgesetzten Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.8.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt, zu beabsichtigen, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Als Begründung dafür wurde angeführt, „dass nach eingehender Prüfung der im Vergabeverfahren verbliebenen Projekte deren Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben ist. Es ist daher von einem Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG auszugehen“.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin sei sachlich nicht gerechtfertigt. Der angeführte Grund, dass es den im Verhandlungsverfahren verbliebenen Projekten an der Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderungsrechtliche Bestimmungen mangle, sei unzutreffend. „Förderrechtliche Bestimmungen“ könnten auch in der fortschreitenden Planung weiter berücksichtigt werden, überdies bestünde die Möglichkeit zur „Sanierung“ der Ausschreibung. Wäre die Antragsgegnerin tatsächlich der Ansicht gewesen, dass die Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben sei, und zwar hinsichtlich sämtlicher im Vergabeverfahren verbliebener Projekte, hätte sie die Ausschreibung bereits viel früher widerrufen müssen. Dies auch im Hinblick darauf, dass der Widerruf dazu beitragen soll, allfällige weitere Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Abschließend bringt die Antragstellerin vor, der Schluss liege nahe, dass sich die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung von unsachlichen Motiven habe leiten lassen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die

Antragstellerin aus, die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin sei sachlich nicht gerechtfertigt. Der angeführte Grund, dass es den im Verhandlungsverfahren verbliebenen Projekten an der Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderungsrechtliche Bestimmungen mangle, sei unzutreffend. „Förderrechtliche Bestimmungen“ könnten auch in der fortschreitenden Planung weiter berücksichtigt werden, überdies bestünde die Möglichkeit zur „Sanierung“ der Ausschreibung. Wäre die Antragsgegnerin tatsächlich der Ansicht gewesen, dass die Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben sei, und zwar hinsichtlich sämtlicher im Vergabeverfahren verbliebener Projekte, hätte sie die Ausschreibung bereits viel früher widerrufen müssen. Dies auch im Hinblick darauf, dass der Widerruf dazu beitragen soll, allfällige weitere Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Abschließend bringt die Antragstellerin vor, der Schluss liege nahe, dass sich die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung von unsachlichen Motiven habe leiten lassen.

Sollte ein Widerruf des Vergabeverfahrens erfolgen, würde der antragstellenden Bietergemeinschaft, zumal diese auf Grund des Urteils der Bewertungskommission als Bestbieterin festgestellt wurde und den Auftrag hätte erhalten müssen, ein beträchtlicher Schaden vor allem an entgangenem Gewinn entstehen. Im Einzelnen führt die Antragstellerin aus, dass sich aus der frustrierten Beteiligung am Vergabeverfahren samt der sonstigen Nebenkosten (Stundenaufwand, Anfertigung der Wettbewerbsmodelle, Reisekosten), an Honorar (abzüglich der Spartenaufwendungen nach Steuern), zumindest ein Schaden von EUR 2,150.000,- errechne. Eine detaillierte Berechnung zum Nachweis sowie die Geltungmachung weiterer Schadenersatzansprüche werde ausdrücklich vorbehalten.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 24.8.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 31.8.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Zurück- bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie bringt dazu vor, dass nach Aufhebung der Ausscheidungsentscheidung durch den VKS das Vergabeverfahren fortgeführt worden sei und sich die Antragsgegnerin auf Grund der Bedenken hinsichtlich einer wirtschaftliche Betriebsführung des Hauses Liebhartstal II auf Basis der im Verhandlungsverfahren verbliebenen Projekte zu einer Wirtschaftlichkeitsrechnung dieses Projekte entschlossen habe. Bei der Antragsgegnerin handle es sich um einen gemeinnützigen Fonds, womit ihr nicht gestattet sei, Wohn- und Pflegehäuser zu errichten, die ausschließlich oder überwiegend Bewohnern zugänglich sind, die die Kosten des Aufenthaltes aus eigenem aufbringen können. Nun bestehe die Möglichkeit der Schaffung innovativer Modelle und Projekte, was zur Erarbeitung des IWP-Konzeptes, in die neben der Antragsgegnerin, der Wiener Krankenanstaltenverbund und der Fonds Soziales Wien eingebunden waren, geführt habe. Da die „innovativen Wohn- und Pflegehäuser“ nach den Bestimmungen des WWPg (Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz, LGBl. für Wien 15/2005 idgF) weder ausschließlich Wohnheime noch ausschließlich Pflegeheime seien, sei zu berücksichtigen, dass das Betriebskonzept und das baulich-technische Konzept zwischen dem eines Wohnheimes und dem eines Pflegeheimes angesiedelt ist. Daher sei auch festgelegt worden, dass die Vollkosten für den Betrieb eines derartigen Objektes zwischen dem eines Wohnheimes und eines Pflegeheimes liegen müssten. Mit Schriftsatz vom 31.8.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Zurück- bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie bringt dazu vor, dass nach Aufhebung der Ausscheidungsentscheidung durch den VKS das Vergabeverfahren fortgeführt worden sei und sich die Antragsgegnerin auf Grund der Bedenken hinsichtlich einer wirtschaftliche Betriebsführung des Hauses Liebhartstal römisch zwei auf Basis der im Verhandlungsverfahren verbliebenen Projekte zu einer Wirtschaftlichkeitsrechnung dieses Projekte entschlossen habe. Bei der Antragsgegnerin handle es sich um einen gemeinnützigen Fonds, womit ihr nicht gestattet sei, Wohn- und Pflegehäuser zu errichten, die ausschließlich oder überwiegend Bewohnern zugänglich sind, die die Kosten des Aufenthaltes aus eigenem aufbringen können. Nun bestehe die Möglichkeit der Schaffung innovativer Modelle und Projekte, was zur Erarbeitung des IWP-Konzeptes, in die neben der Antragsgegnerin, der Wiener Krankenanstaltenverbund und der Fonds Soziales Wien eingebunden waren, geführt habe. Da die „innovativen Wohn- und Pflegehäuser“ nach den Bestimmungen des WWPg (Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz, Landesgesetzblatt für Wien 15 aus 2005, idgF) weder ausschließlich Wohnheime noch ausschließlich Pflegeheime seien, sei zu berücksichtigen, dass das Betriebskonzept und das baulich-technische

Konzept zwischen dem eines Wohnheimes und dem eines Pflegeheimes angesiedelt ist. Daher sei auch festgelegt worden, dass die Vollkosten für den Betrieb eines derartigen Objektes zwischen dem eines Wohnheimes und eines Pflegeheimes liegen müssten.

Allgemein sei bekannt, dass der Betrieb eines Pensionistenwohn- und -pflegehauses zum ganz überwiegenden Teil und insbesondere hinsichtlich der von der Antragsgegnerin betriebenen Häuser nur durch Inanspruchnahme öffentlicher Mittel möglich sei. Diese Inanspruchnahme für die von der Antragsgegnerin betriebenen Häuser erfolge aus öffentlichen Mitteln über den FSW der gemäß § 34 Abs. 2 Wiener Sozialhilfegesetz Träger der Sozialhilfe im Hinblick auf die in § 22 Abs. 2 WSHG genannten Dienste (z.B. Wohnheime) ist. Voraussetzung für die Gewährung von Förderungen durch den FSW für das gegenständliche Projekt sei die Anerkennung von Liebhartstal II durch den Fonds. Eine solche Anerkennung sei Voraussetzung für eine wirtschaftliche und den Statuten der Antragsgegnerin entsprechende Betriebsführung des gegenständlichen Objektes. Die Antragsgegnerin habe sich daher im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung bemüht, vom FSW eine Aussage darüber zu erhalten „ob eines der im Vergabeverfahren vorliegenden Projekte im Falle von dessen Umsetzung der Aufnahme in die Liste der anerkannten Einrichtungen des FSW und damit der Gewährung einer Subjektförderung zugänglich ist“. Die Antragsgegnerin habe dazu die Grundlage für die Wirtschaftlichkeitsrechnung und auf deren Basis, auf Basis der Bieterangaben zu den einzelnen Projekten sowie auf Basis von Erfahrungswerten vergleichbarer Objekte das von FSW aufgelegte „Tarifkalkulationsmodell für stationäre Pflegeeinrichtungen“ für jeden Bieter aufbereitet und die Unterlagen Mitte Juli 2009 an den FSW übermittelt. Die Namen der Bieter seien gegenüber dem FSW nicht offengelegt worden. Auf Basis der dem FSW vorgelegten Entwürfe der Tarifkalkulationen hätten Erläuterungsgespräche zwischen Mitarbeitern des FSW und Mitarbeitern der Antragsgegnerin stattgefunden, die zu einer Verfeinerung der Tarifkalkulationen geführt hätten. Die Endfassung der Wirtschaftlichkeitsrechnung samt Tarifkalkulation sei dem FSW schließlich am 28.7.2009 übermittelt worden. Allgemein sei bekannt, dass der Betrieb eines Pensionistenwohn- und -pflegehauses zum ganz überwiegenden Teil und insbesondere hinsichtlich der von der Antragsgegnerin betriebenen Häuser nur durch Inanspruchnahme öffentlicher Mittel möglich sei. Diese Inanspruchnahme für die von der Antragsgegnerin betriebenen Häuser erfolge aus öffentlichen Mitteln über den FSW der gemäß Paragraph 34, Absatz 2, Wiener Sozialhilfegesetz Träger der Sozialhilfe im Hinblick auf die in Paragraph 22, Absatz 2, WSHG genannten Dienste (z.B. Wohnheime) ist. Voraussetzung für die Gewährung von Förderungen durch den FSW für das gegenständliche Projekt sei die Anerkennung von Liebhartstal römisch zwei durch den Fonds. Eine solche Anerkennung sei Voraussetzung für eine wirtschaftliche und den Statuten der Antragsgegnerin entsprechende Betriebsführung des gegenständlichen Objektes. Die Antragsgegnerin habe sich daher im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsrechnung bemüht, vom FSW eine Aussage darüber zu erhalten „ob eines der im Vergabeverfahren vorliegenden Projekte im Falle von dessen Umsetzung der Aufnahme in die Liste der anerkannten Einrichtungen des FSW und damit der Gewährung einer Subjektförderung zugänglich ist“. Die Antragsgegnerin habe dazu die Grundlage für die Wirtschaftlichkeitsrechnung und auf deren Basis, auf Basis der Bieterangaben zu den einzelnen Projekten sowie auf Basis von Erfahrungswerten vergleichbarer Objekte das von FSW aufgelegte „Tarifkalkulationsmodell für stationäre Pflegeeinrichtungen“ für jeden Bieter aufbereitet und die Unterlagen Mitte Juli 2009 an den FSW übermittelt. Die Namen der Bieter seien gegenüber dem FSW nicht offengelegt worden. Auf Basis der dem FSW vorgelegten Entwürfe der Tarifkalkulationen hätten Erläuterungsgespräche zwischen Mitarbeitern des FSW und Mitarbeitern der Antragsgegnerin stattgefunden, die zu einer Verfeinerung der Tarifkalkulationen geführt hätten. Die Endfassung der Wirtschaftlichkeitsrechnung samt Tarifkalkulation sei dem FSW schließlich am 28.7.2009 übermittelt worden.

Bereits am 30.7.2009 habe der FSW der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass „die Ergebnisse der Tarifkalkulationen nicht dem vorgesehenen innovativen Konzept Folge leisten, da die laufenden Betriebskosten des Leistungsangebotes zum Teil erheblich über den angedachten Tarifen liegen“. Im Ergebnis habe der FSW erklärt, dass die Einrichtung „innovatives Wohn- und Pflegehaus Liebhartstal II“ nicht anerkannt werden könne, womit auch die Subjektförderung durch den Fonds weggefallen sei. Damit habe sich die Errichtung des Hauses Liebhartstal II als unzulässig herausgestellt. Bereits am 30.7.2009 habe der FSW der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass „die Ergebnisse der Tarifkalkulationen nicht dem vorgesehenen innovativen Konzept Folge leisten, da die laufenden Betriebskosten des Leistungsangebotes zum Teil erheblich über den angedachten Tarifen liegen“. Im Ergebnis habe der FSW erklärt, dass die Einrichtung „innovatives Wohn- und Pflegehaus Liebhartstal II“ nicht anerkannt werden könne, womit auch die Subjektförderung durch den Fonds weggefallen sei. Damit habe sich die Errichtung des Hauses Liebhartstal römisch zwei als unzulässig herausgestellt.

Auf Grund dieser Entwicklung sei ein zwingender Widerrufsgrund nach § 139 Abs. 2 Z 2 BVerG gegeben, da die architektonische Umsetzung der Vorgaben durch die Bieter dazu geführt habe, dass letztendlich eine Anerkennung der Einrichtung versagt werde, zumal es sich beim IWP Liebhartstal II um die Umsetzung eines der ersten IWP-Häuser handelt. Da nach der Stellungnahme des FSW eine Anerkennung dieses Projektes nicht befürwortet werden könne, sei auch eine Umsetzung eines der vorliegenden Projekte nicht möglich. Wäre der Antragsgegnerin vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, dass die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen einen derart weiten Gestaltungsspielraum zulassen und damit die Anerkennung der Einrichtung Liebhartstal II auf Basis der vorliegenden Projekte durch den FSW nicht möglich ist, hätte sie die Ausschreibung wesentlich anders gestaltet. Zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens hätte es noch keine vergleichbaren innovativen Wohn- und Pflege-Projekte in Österreich in dieser Größenordnung gegeben, sodass die Antragsgegnerin nicht wissen konnte, welche „Erfahrungs- und Vergleichswerte“ vom FSW konkret bei der Antragsprüfung herangezogen werden. Es sei der Antragsgegnerin daher nicht möglich gewesen, noch konkretere Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen, um eine Anerkennung der Einrichtungen durch den FSW sicherzustellen. Zur Annahme des von ihr geltend gemachten Widerrufsgrundes des § 139 Abs.1 Z 2 BVerG 2006 verweist die Antragstellerin auf die herrschende Judikatur, wonach an den Zeitpunkt des Eintrittes der maßgeblichen Umstände für einen Widerruf keine zu engen Grenzen zu setzen seien und ein Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet sei, wenn die „Maßfigur“ eines besonderen Auftraggebers die Ausschreibung in Kenntnis der Notwendigkeit einer Anerkennung der Einrichtung durch den FSW wesentlich anders gestaltet hätte. Aus welchen Gründen er die Umstände nicht berücksichtigt hat, spiele keine Rolle, sogar ein bewusstes Inkaufnehmen – welches im gegenständlichen Fall nicht vorliege – sei unschädlich. Auf Grund dieser Entwicklung sei ein zwingender Widerrufsgrund nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG gegeben, da die architektonische Umsetzung der Vorgaben durch die Bieter dazu geführt habe, dass letztendlich eine Anerkennung der Einrichtung versagt werde, zumal es sich beim IWP Liebhartstal römisch zwei um die Umsetzung eines der ersten IWP-Häuser handelt. Da nach der Stellungnahme des FSW eine Anerkennung dieses Projektes nicht befürwortet werden könne, sei auch eine Umsetzung eines der vorliegenden Projekte nicht möglich. Wäre der Antragsgegnerin vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, dass die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen einen derart weiten Gestaltungsspielraum zulassen und damit die Anerkennung der Einrichtung Liebhartstal römisch zwei auf Basis der vorliegenden Projekte durch den FSW nicht möglich ist, hätte sie die Ausschreibung wesentlich anders gestaltet. Zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens hätte es noch keine vergleichbaren innovativen Wohn- und Pflege-Projekte in Österreich in dieser Größenordnung gegeben, sodass die Antragsgegnerin nicht wissen konnte, welche „Erfahrungs- und Vergleichswerte“ vom FSW konkret bei der Antragsprüfung herangezogen werden. Es sei der Antragsgegnerin daher nicht möglich gewesen, noch konkretere Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen, um eine Anerkennung der Einrichtungen durch den FSW sicherzustellen. Zur Annahme des von ihr geltend gemachten Widerrufsgrundes des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG 2006 verweist die Antragstellerin auf die herrschende Judikatur, wonach an den Zeitpunkt des Eintrittes der maßgeblichen Umstände für einen Widerruf keine zu engen Grenzen zu setzen seien und ein Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet sei, wenn die „Maßfigur“ eines besonderen Auftraggebers die Ausschreibung in Kenntnis der Notwendigkeit einer Anerkennung der Einrichtung durch den FSW wesentlich anders gestaltet hätte. Aus welchen Gründen er die Umstände nicht berücksichtigt hat, spiele keine Rolle, sogar ein bewusstes Inkaufnehmen – welches im gegenständlichen Fall nicht vorliege – sei unschädlich.

Eine Möglichkeit zur Berichtigung der Ausschreibung sei in diesem Stadium des Vergabeverfahrens nicht mehr gegeben, eine Einschränkung der Zulässigkeit des Widerrufs auf jene Fälle, in denen er das geringste Mittel darstelle, sei weder dem Gesetz noch der Judikatur zu entnehmen.

Letztlich macht sie geltend, dass auch ein sachlicher Widerrufsgrund nach § 139 Abs. 2 Z 3 BVerG 2006 gegeben sei und verweist dazu auf mehrfache Lehrmeinungen und die Judikatur des EuGH, wonach an die Voraussetzungen für einen Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist, weil der EuGH die Berechtigung zum Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig macht. Selbst wenn die Antragsgegnerin (schuldhaft) es unterlassen hätte, in den Ausschreibungsunterlagen klar zu stellen, dass die Anerkennung der Einrichtung iSd Förderrichtlinien des FSW angestrebt wird, hindere sie dies nicht daran, das Vergabeverfahren mit der Begründung zu widerrufen, dass die Projekte im Hinblick auf die förderrechtlichen Bestimmungen nicht genehmigungsfähig seien. Selbst vermeidbare Fehler des Auftraggebers würden diesem nicht das Recht auf den Widerruf des Vergabeverfahrens nehmen. Letztlich macht sie geltend, dass auch ein sachlicher

Widerrufsgrund nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gegeben sei und verweist dazu auf mehrfache Lehrmeinungen und die Judikatur des EuGH, wonach an die Voraussetzungen für einen Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist, weil der EuGH die Berechtigung zum Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig macht. Selbst wenn die Antragsgegnerin (schuldhaft) es unterlassen hätte, in den Ausschreibungsunterlagen klar zu stellen, dass die Anerkennung der Einrichtung iSd Förderrichtlinien des FSW angestrebt wird, hindere sie dies nicht daran, das Vergabeverfahren mit der Begründung zu widerrufen, dass die Projekte im Hinblick auf die förderrechtlichen Bestimmungen nicht genehmigungsfähig seien. Selbst vermeidbare Fehler des Auftraggebers würden diesem nicht das Recht auf den Widerruf des Vergabeverfahrens nehmen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 8.10.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Zur 2.Stufe des Verhandlungsverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der 1. Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens teilgenommen. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 % und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau und die Sanierung des Pensionisten-Wohnhauses Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung des Dienstleistungsauftrages ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Zur 2.Stufe des Verhandlungsverfahrens waren fünf präqualifizierte Teilnehmer der 1. Stufe, darunter auch die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten eingeladen worden. Vier Bieter haben an der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens teilgenommen. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei die städtebauliche und architektonische Qualität mit 30 %, die funktionelle, ökologische und innovative Qualität mit 40 %, die Qualität des bauorganisatorischen Vorschlages mit 10 % und die Qualität des wirtschaftlichen Angebotes mit 20 % gewichtet sind.

Nachdem die das Angebot der Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 20.3.2009 mit Bescheid des Senates vom 4.6.2009, zu VKS-2927/09 aufgehoben war, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgeführt und die bereits vor der Entscheidung des VKS vom 4.6.2009 eingeleitete Wirtschaftlichkeitsprüfung fortgesetzt. Diese wurde im Februar 2009 begonnen. Dazu findet sich in den Vergabeakten als Beilage 54 ein Abdruck der spezifischen Förderrichtlinien für stationäre Pflege und Betreuung mit Stand 1.1.2006, als Beilage 55 ein Handbuch „Tarifkalkulationsmodell (TKM) für stationäre Pflegeeinrichtungen“ herausgegeben vom Fonds Soziales Wien. Das 21 Seiten starke Tarifkalkulationsmodell dient als Grundlage für die Berechnung der Förderung von Leistungen durch den Fonds Soziales Wien. Die Tarifkalkulation erfolgt dabei aus Sicht des Trägers, der damit ermittelte Preis der Leistungen dient als Basis für Verhandlungen mit dem FSW. Die Kalkulation der Leistungen hat nach Vorgabe des Handbuches zu erfolgen (Punkt 2 des Handbuches).

Offenbar auf Grundlage dieser Vorgaben im Handbuch „Tarifkalkulationsmodell“ hat die Antragsgegnerin die Wirtschaftlichkeitsprüfung vorgenommen und deren Ergebnis mit Schreiben vom 28.7.2009 dem FSW übermittelt. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr Geschäftsführer ***,

anbei übermittle ich Ihnen folgende Unterlagen zu den drei Letztbietern des laufenden Verfahrens zur Generalplanersuche für das IWP Liebhartstal II:

x(die Wirtschaftlichkeitsrechnung für IWP Liebhartstal II; Prüfgutachten eingereicht von Herrn Mag. *** und(die Wirtschaftlichkeitsrechnung für IWP Liebhartstal römisch zwei; Prüfgutachten eingereicht von Herrn Mag. *** und

x(die Tarifikalkulation des KWP für die Betriebsführung und den Bau des Hauses IWP LIE2

Ich ersuche um Prüfung der drei Projekte hinsichtlich der Anerkennung einer Einrichtung durch den FSW" (Beilage 56).

Die Beilagen zu diesem Schreiben betreffen die Tarifikalkulationen zu jedem der drei verbliebenen Angebote. Sie umfassen pro Angebot rund 15 Seiten, auf denen im Detail die Kosten vor allem des Betriebes dargestellt werden.

Mit Schreiben vom 30.7.2009 hat der Geschäftsführer des FSW der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin folgendes mitgeteilt:

„Vielen Dank für die Übermittlung der Unterlagen vom Projekt Liebhartstal. Nach Durchsicht und Prüfung der Bietervarianten mussten wir feststellen, dass die Ergebnisse der Tarifikalkulationen nicht dem vorgesehenen innovativen Konzept Folge leisten, da die laufenden Betriebskosten des Leistungsangebotes zum Teil erheblich über den angedachten Tarifen liegen.

Das innovative Konzept impliziert, dass die Kosten für die Betreuungs- und Pflegeleistungen unterhalb einer „klassischen“ Pflegeeinrichtung, zwischen Wohn- und Pflegeheim liegen. Durch das innovative inhaltliche Konzept sollte der Personalschlüssel niedriger sein als die Vorgaben zu den personellen Mindeststandards in der Verordnung der Wiener Landesregierung betreffend Mindeststandards von Pflegeheimen und Pflegestationen (Durchführungsverordnung zum Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz – WWPG).

Weiters muss festgehalten werden, dass zwischen den vorgeschlagenen Projektvarianten erhebliche Unterschiede festzustellen sind:

-Auch wenn die Einrichtungskosten in Variante 2 etwas unter den anderen Projekten liegen dürften und sich dieser Umstand positiv auf den entsprechenden Abschreibungswert der Tarifikalkulation auswirkt, sind in anderen, wesentlich wichtigeren Positionen, etwa den Pflege- und Betreuungskosten und verschiedenen Betriebskostenanteilen, inakzeptabel hohe Werte veranschlagt. Diese Projektvariante ist aus Sicht der Tarifikalkulation grundlegend zu revidieren bzw. nicht weiter zu verfolgen.

-Projekt 3 ist aufgrund der höchsten kalkulierten Tageskosten jedenfalls inakzeptabel.

-Projekt 1 erreicht noch am ehesten die akzeptable Tarifhöhe, aber auch hier ist unbedingt noch Verbesserungspotential zu heben.

Auch die Betriebskosten in den Bieterkalkulationen weisen eine über unseren Erfahrungswerten bzw. Vergleichswerten liegende und daher nicht akzeptable Höhe aus.

Der Fonds Soziales Wien ist zur optimalen Verwaltung der öffentlichen Gelder verpflichtet. Daher war auch eine Voraussetzung für die Umsetzung des innovativen Projektes, dass die für das Projekt anfallenden Kosten eine für den Sozialhilfeträger günstige Tarifgestaltung ermöglichen. Diese Tarifgestaltungsprämisse dient nicht nur der Optimierung des öffentlichen Mitteleinsatzes sondern kommt unter anderem auch direkt den BewohnerInnen der Häuser zu Gute! Mit der Anerkennung haben Sie sich auch verpflichtet, die Richtlinien des Fonds Soziales Wien als verbindliche Kriterien anzunehmen.

Leider wurden diese Erwartungen in den übermittelten Vorschlägen nicht erfüllt. Seitens des Fonds Soziales Wien müssen wir mitteilen, dass wir die Anerkennung dieses Projektes nicht befürworten können und dringend eine grundlegende Projektrevision empfehlen. Wir bedauern, keine positivere Rückmeldung geben zu können." (Beilage 57).

Bei der Variante 2 handelt es sich um das Projekt der Antragstellerin.

Auf Grund dieses Schreibens des Fonds Soziales Wien hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.8.2009 ihre Widerrufsentscheidung mitgeteilt, wobei sie zu den Gründen für den beabsichtigten Widerruf mitgeteilt hat, „dass nach eingehender Prüfung der im Vergabeverfahren verbliebenen Projekte deren Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben ist. Es ist daher von einem Widerrufgrund gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 bzw. § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG auszugehen".Auf Grund dieses Schreibens des Fonds Soziales Wien hat die

Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.8.2009 ihre Widerrufsentscheidung mitgeteilt, wobei sie zu den Gründen für den beabsichtigten Widerruf mitgeteilt hat, „dass nach eingehender Prüfung der im Vergabeverfahren verbliebenen Projekte deren Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf förderrechtliche Bestimmungen nicht gegeben ist. Es ist daher von einem Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG auszugehen“.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde das Raum- und Funktionsprogramm der Antragsgegnerin nicht als zwingend zu erfüllendes Kriterium angeführt. Auch wurden die von der Antragsgegnerin für das Anerkennungsverfahren des FSW herangezogenen Richtlinien bzw. das Handbuch „Tarifikalkulationsmodell für stationäre Pflegeeinrichtungen“, herausgegeben vom Fonds Soziales Wien, nicht beigelegt. Letzteres, weil die Antragsgegnerin der Ansicht war, dass einschlägig tätige Architekten mit dem Inhalt dieser Förderrichtlinien vertraut sind (***).

Leistungen des FSW setzen voraus, dass die geplante Einrichtung als förderungswürdig anerkannt wird. Um diese Anerkennung zu erlangen, ist zunächst die Erlangung einer Absichtserklärung des FSW notwendig, die besagt, dass das geplante Projekt weitergeführt werden kann und die Absicht besteht, dieses Projekt als förderungswürdig anzuerkennen, wenn sich der Werber im Kostenrahmen der Absichtserklärung bewegt. Der zweite Schritt ist die Anerkennung selbst, die eine behördliche Bewilligung voraussetzt. Der Fonds hat im Rahmen der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Abgabe der Absichtserklärung gegeben sind, an Hand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Zahlen festgestellt, dass in den einzelnen Bereichen die vorgegebenen Schlüsselzahlen überschritten werden. Durch eine entsprechende Planung muss erreicht werden, dass die Schlüsselzahlen nicht überschritten werden, was bei den vorgelegten Projekten nicht der Fall gewesen sei (***).

Die Antragsgegnerin plant weiterhin das ausgeschriebene Projekt „auf jeden Fall“ zu verwirklichen, wozu ein neues Vergabeverfahren geführt werden soll (***).

Zu diesen ergänzenden Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 8.10.2009. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragsgegnerin Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit des von ihr geplanten Projektes tatsächlich bereits vor der Entscheidung des VKS vom 4.6.2009 eingeleitet hat und sich dazu die Förderrichtlinien bzw. das Handbuch „Tarifikalkulationsmodell (TKM) für stationäre Pflegeeinrichtungen“ des Fonds Soziales Wien beschafft hat.

Wie aus der Aktenlage ersichtlich, wurden dann die Wirtschaftlichkeitsberechnungen für die drei verbliebenen Angebote vorgenommen (ohne, dass im Detail diese Berechnungen hervorgelegt worden wären) und das Ergebnis dieser Berechnungen, unter Anführung des jeweiligen Ansatzes und der Bezeichnung, wofür die Kosten errechnet wurden, in umfangreichen Tabellen von rund 13 Seiten eingetragen. Aus den Vergabeakten ergibt sich auch, dass diese Berechnungen dem Fonds Soziales Wien vollständig zur Erlangung der Absichtserklärung der Förderungswürdigkeit übermittelt worden sind. Dass und aus welchen Gründen der Fonds nicht bereit war diese Absichtserklärung abzugeben, ist dem im Rahmen der Feststellungen wiedergegebenen Schreiben vom 3.8.2009 zu entnehmen. Die Feststellungen zum Gang des Anerkennungsverfahrens gründen sich auf die diesbezüglichen Angaben des Geschäftsführers des Fonds Soziales Wien in der mündlichen Verhandlung.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Dazu ist auf die §§ 1, 2 lit. a, 5 Z 1 und 2 sowie 10 der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten Wohnhäuser in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18. April 2005, genehmigt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 62, vom 9.5.2005, Zl. MA 62 – II/13316/05, zu verweisen. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses Liebhartstal II in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Dazu ist auf die Paragraphen eins, 2, Litera a,, 5 Ziffer eins und 2 sowie 10 der Satzung des Kuratoriums Wiener Pensionisten Wohnhäuser in der Fassung des Vorstandsbeschlusses vom 18. April 2005, genehmigt mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, MA 62, vom 9.5.2005, Zl. MA 62 – II/13316/05, zu verweisen. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe der Generalplanerleistungen für den Zubau zum und die Sanierung des Pensionistenwohnhauses

Liebhartstal römisch zwei in Wien 16. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, die nach dem Bestbieterprinzip erfolgen soll. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt.

Nach § 1 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat jedenfalls „für die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art. 127 Abs. 1 und des Art. 127a Abs. 1 B-VG" zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen Fonds im Sinne der zit. Bestimmungen des B-VG. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen. Nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat jedenfalls „für die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Artikel 127, Absatz eins und des Artikel 127 a, Absatz eins, B-VG" zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen Fonds im Sinne der zit. Bestimmungen des B-VG. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens berufen.

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 begehren, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd 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 dies bereits anlässlich der 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 begehren, sofern ihm oder ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, 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 dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten, einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 3.8.2009 zugekommen. Ihr am 17.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Die Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 3.8.2009 zugekommen. Ihr am 17.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Nachprüfungsantrag ist im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragsgegnerin ist auf Grund ihrer Statuten als gemeinnütziger Fonds eingerichtet, der verpflichtet ist, Wohnhäuser und andere Einrichtungen für in Wien wohnhafte Pensionistinnen bzw. Pensionisten zu erwerben bzw. durch Neu- oder Umbau zu errichten, einzurichten und betreiben; des weiteren sowohl für diesen Personenkreis als auch für ältere, außerhalb dieser Einrichtungen in Wien lebenden Pensionistinnen bzw. Pensionisten durch Einrichtung und Unterhaltung sozialer Dienste die Führung eines eigenen Haushaltes zu erleichtern oder zu ermöglichen und die geistigen, gesellschaftlichen und kulturellen Kontakte zu sichern. Nach den Statuten der Antragsgegnerin werden die zur Erfüllung des Fondszweckes erforderlichen Mittel durch Beiträge von juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts und durch Eigenleistungen der Personen, denen die Maßnahmen des Fonds zugute kommen, aufgebracht. Die Wohnheime und Pflegeheime, die von der Antragsgegnerin verwaltet werden, sind nach den Bestimmungen des Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetzes (WWPG) sowie der Durchführungsverordnung zum Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz (WWPG-VO) zu führen. Bei der Umsetzung der Fondsziele ist die Antragsgegnerin

überwiegend auf Leistungen des Fonds Soziales Wien angewiesen. Um diese Leistungen zu erhalten, ist es erforderlich, dass etwa das gegenständliche Projekt die Anerkennung durch den Fonds erhält, die jedoch nur dann möglich ist, wenn der Projektbetreiber sowohl die Allgemeinen Förderrichtlinien als auch die „spezifische Förderrichtlinie für stationäre Pflege- und Betreuung“ des Fonds einhält. Zur Beurteilung, ob diese Richtlinien eingehalten werden, ist zur Wirtschaftlichkeitsberechnung das ebenfalls vom Fonds Soziales Wien herausgegebene „Tarifikalkulations-Modell für stationäre Pflegeeinrichtungen in Wien“ heranzuziehen.

Nach den Verfahrensergebnissen steht fest, dass die Antragsgegnerin zwar eine Wirtschaftlichkeitsberechnung des von ihr geplanten Projektes bereits vor der Entscheidung des VKS vom 4.6.2009 eingeleitet, sich aber um die Anerkennung dieser Einrichtung als förderungswürdig beim Fonds Soziales Wien erst am 28.7.2009 durch Vorlage ihrer Berechnung bemüht hat. Weiters steht fest, dass der Fonds mit Schreiben vom 3.8.2009 mitgeteilt hat, dass auf Grund der von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen keines der drei im Bewerb verbliebenen Projekte aus Sicht des Fonds förderungswürdig ist, daher vom Fonds dafür keinerlei Leistungen zu erwarten sind. Es steht damit eindeutig fest, dass die Antragsgegnerin davon, dass sie mit keinerlei Mittel vom Fonds Soziales Wien zur Führung des von ihr geplanten Objektes rechnen kann, erst nach Abschluss der zweiten Verhandlungsrunde erfahren hat, wobei die Prüfung der Frage, ob sie nicht bereits früher in der Lage gewesen wären, das zur Erlangung der Mittel erforderliche Anerkennungsverfahren zu führen, im Nachprüfungsverfahren nicht zu beurteilen war.

Die Widerrufsentscheidung ist grundsätzlich eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Widerrufsentscheidung ist grundsätzlich eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006.

Nach § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Damit werden jene Fälle erfasst, in denen nachträglich (das heißt nach der Ausschreibung) wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Diese wurden von der Antragsgegnerin darin erblickt, dass die noch im Bewerb befindlichen Projekte nicht geeignet waren, die zur Führung des Heimes notwendigen Mittel vom Fonds Soziales Wien zu erhalten. Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH (C-27/98, C- 92/00 und C-244/02) ist an die Bestimmung des § 139 BVergG 2006 kein strenger Maßstab anzulegen, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa auf Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, kein oder nur ein Teilnehmerantrag eingelangt ist usw. Unter diesen beispielhaft angeführten Gründen ist der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Widerrufsgrund jenem des nachträglichen Wegfalls der budgetären Bedeckung zuzuordnen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach der ständigen Judikatur sowohl der Nachprüfungsbehörden als auch des EuGH dabei nicht zu berücksichtigen ist, ob diese Gründe durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. C-244/02). Wenn die Antragsgegnerin nunmehr ausgeführt hat, es wären von ihr zweckmäßigerweise den Ausschreibungsunterlagen auch die Förderrichtlinien beizulegen und die Einhaltung ihres Raum- und Funktionsprogrammes als zwingendes Kriterium festzulegen gewesen, womit eine Anerkennung durch den Fonds Soziales Wien als förderungswürdig erreicht hätte werden können, so ist dies zweifellos auf einen Fehler ihrerseits zurückzuführen, der jedoch nicht hindert, den gegenständlich von ihr geltend gemachten Widerrufsgrund abzugeben. Wieweit und in welchem Umfang die Antragsgegnerin den Widerrufsgrund verschuldet hat und ob sie den Widerruf früher hätte vornehmen können, ist allenfalls in einem vor den zuständigen Gerichten zu führenden Schadenersatzverfahren zu klären, nicht aber im Nachprüfungsverfahren. Führt ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren durch, ohne die budgetäre Bedeckung ausreichend geprüft zu haben, so wird er schadenersatzpflichtig. Nach § 19 Abs. 4 zweiter Satz BVergG 2006 ist der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Daraus lässt sich entnehmen, dass trotz einer allfälligen Schadenersatzpflicht der Auftraggeber zum Widerruf des Verfahrens berechtigt ist (Elsner, BVergG 2006, RZ 503). Beim Stand des Vergabeverfahrens war es der Antragsgegnerin auch nicht mehr möglich, die Ausschreibung - wie von der Antragstellerin vorgebracht - gemäß § 90 BVergG 2006 zu berichtigen. Der Widerruf der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin erweist sich damit nach § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 als

berechtigt. Nach Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Damit werden jene Fälle erfasst, in denen nachträglich (das heißt nach der Ausschreibung) wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Diese wurden von der Antragsgegnerin darin erblickt, dass die noch im Bewerb befindlichen Projekte nicht geeignet waren, die zur Führung des Heimes notwendigen Mittel vom Fonds Soziales Wien zu erhalten. Im Hinblick auf die Judikatur des EuGH (C-27/98, C- 92/00 und C-244/02) ist an die Bestimmung des Paragraph 139, BVergG 2006 kein strenger Maßstab anzulegen, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa auf Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert, kein oder nur ein Teilnehmerantrag eingelangt ist usw. Unter diesen beispielhaft angeführten Gründen ist der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Widerrufsgrund jenem des nachträglichen Wegfalls der budgetären Bedeckung zuzuordnen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach der ständigen Judikatur sowohl der Nachprüfungsbehörden als auch des EuGH dabei nicht zu berücksichtigen ist, ob diese Gründe durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden (vergleiche C-244/02). Wenn die Antragsgegnerin nunmehr ausgeführt hat, es wären von ihr zweckmäßigerweise den Ausschreibungsunterlagen auch die Förderrichtlinien beizulegen und die Einhaltung ihres Raum- und Funktionsprogrammes als zwingendes Kriterium festzulegen gewesen, womit eine Anerkennung durch den Fonds Soziales Wien als förderungswürdig erreicht hätte werden können, so ist dies zweifellos auf einen Fehler ihrerseits zurückzuführen, der jedoch nicht hindert, den gegenständlich von ihr geltend gemachten Widerrufsgrund abzugeben. Wieweit und in welchem Umfange die Antragsgegnerin den Widerrufsgrund verschuldet hat und ob sie den Widerruf früher hätte vornehmen können, ist allenfalls in einem vor den zuständigen Gerichten zu führenden Schadenersatzverfahren zu klären, nicht aber im Nachprüfungsverfahren. Führt ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren durch, ohne die budgetäre Bedeckung ausreichend geprüft zu haben, so wird er schadenersatzpflichtig. Nach Paragraph 19, Absatz 4, zweiter Satz BVergG 2006 ist der Auftraggeber jedoch nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Daraus lässt sich entnehmen, dass trotz einer allfälligen Schadenersatzpflicht der Auftraggeber zum Widerruf des Verfahrens berechtigt ist (Elsner, BVergG 20062, RZ 503). Beim Stand des Vergabeverfahrens war es der Antragsgegnerin auch nicht mehr möglich, die Ausschreibung - wie von der Antragstellerin vorgebracht - gemäß Paragraph 90, BVergG 2006 zu berichtigen. Der Widerruf der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin erweist sich damit nach Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 als berechtigt.

Der von der Antragsgegnerin als Begründung ihres Widerrufs angegebene Grund stellt aber auch einen sachlichen Widerrufsgrund nach § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 dar. Richtig führt die Antragsgegnerin dazu aus, dass an die Bestimmungen für einen Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist und selbst dann, wenn sie es schuldhaft unterlassen hätte, in den Ausschreibungsunterlagen klar zu stellen, dass die Anerkennung der Einrichtung im Sinne der Förderrichtlinien des FSW angestrebt wird, sie nicht gehindert ist, das Vergabeverfahren mit der Begründung zu widerrufen, dass die Projekte im Hinblick auf die förderrechtlichen Bestimmungen nicht genehmigungsfähig sind. Dazu verweist sie auch zutreffend auf das Erkenntnis des VwGH vom 26.6.2001, Zl. 2001/04/0206. Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Widerrufsentscheidung als mit den Bestimmungen des BVergG 2006 im Einklang stehend, weshalb der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen war. Der von der Antragsgegnerin als Begründung ihres Widerrufs angegebene Grund stellt aber auch einen sachlichen Widerrufsgrund nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 dar. Richtig führt die Antragsgegnerin dazu aus, dass an die Bestimmungen für einen Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist und selbst dann, wenn sie es schuldhaft unterlassen hätte, in den Ausschreibungsunterlagen klar zu stellen, dass die Anerkennung der Einrichtung im Sinne der Förderrichtlinien des FSW angestrebt wird, sie nicht gehindert ist, das Vergabeverfahren mit der Begründung zu widerrufen, dass die Projekte im Hinblick auf die förderrechtlichen Bestimmungen nicht genehmigungsfähig sind. Dazu verweist sie auch zutreffend auf das Erkenntnis des VwGH vom 26.6.2001, Zl. 2001/04/0206. Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Widerrufsentscheidung als mit den Bestimmungen des BVergG 2006 im Einklang stehend, weshalb der Antrag auf deren Nichtigkeitserklärung abzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 24.8.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 24.8.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, 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

Widerrufsentscheidung; Auftraggeber kann nicht gezwungen werden den Zuschlag zu erteilen; Verschulden des Auftraggebers durch Nachprüfungsbehörde nicht zu prüfen; Gründe sind nicht eng auszulegen; mangelnde Bedeckung.

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2010

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