

TE Verg Bescheid 2009/6/30 VKS-4640/09 und VKS-4644/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2009

Norm

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §1 Abs1

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §2 Abs1

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §11 Abs2

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §18

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §19

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §20

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §25 Abs1

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §28

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §29 Abs2

WVRG 2007 in der Fassung LGBI. 2009/18 §31 Abs6, in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §112 Abs2

BVergG 2006 §345

ArbVG §9

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

2. BVergG 2006 § 112 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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
1. ArbVG § 9 heute
 2. ArbVG § 9 gültig ab 01.07.1974

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Gen.m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann LL.M., Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Durchführung gärtnerischer Pflegearbeiten in Wien 20, Kindergärten, Schulen und diverse Objekte, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 42, Johannesgasse 35, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Den Anträgen der Antragstellerin auf zeugenschaftliche Vernehmung des ***, ***, des Antragstellervertreeters Dr. Hofmann sowie des Herrn ***, wird nicht stattgegeben.
1. 2.Ziffer 2
Die Anträge auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 5.5.2009 sowie der Zuschlagsentscheidung vom 7.5.2009 werden abgewiesen.
1. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 25.5.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19, 20, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 31 Abs. 6 WVRG 2007 in der Fassung LGBl. 2009/18, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 112 Abs. 2, 345 BVergG 2006 und § 9 ArbVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20,, 24 Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 28, 29, Absatz 2, 31, Absatz 6, WVRG 2007 in der Fassung LGBl. 2009/18, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 112, Absatz 2, 345, BVergG 2006 und Paragraph 9, ArbVG.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 42 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich gegenständlich zur Durchführung der gärtnerischen Pflegearbeiten in Wien 20, in Kindergärten, Schulen und diversen Objekten. Dabei handelt es sich um ein Los eines Gesamtauftrages. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Zuschlagsfrist beträgt fünf Monate, sie wurde im Einverständnis mit der Mehrzahl der Bieter im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens um zwei Monate verlängert. Das Ende der Angebotsfrist war der 25.11.2008, 10.30 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Insgesamt haben sich 10 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, unter anderem auch die Antragstellerin, die fristgerecht ein Angebot für das gegenständliche Teillos abgegeben hat.

Mit Schreiben vom 5.5.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, deren Angebot ausscheiden zu wollen. Mit Schreiben vom 7.5.2009, der Antragstellerin gleichfalls am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Als Begründung für ihre Ausscheidungsentscheidung hat sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmungen

des § 129 Abs. 1 Z 2 und Z 3 sowie Abs. 2 BVergG 2006 bezogen. Mit Schreiben vom 5.5.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, deren Angebot ausscheiden zu wollen. Mit Schreiben vom 7.5.2009, der Antragstellerin gleichfalls am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Als Begründung für ihre Ausscheidungsentscheidung hat sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmungen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 3, sowie Absatz 2, BVergG 2006 bezogen.

Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 18.5.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe unzutreffend wären. Die Antragstellerin unterliege dem Kollektivvertrag für Arbeiter der *** Genossenschaft in Niederösterreich (im Folgenden kurz „MR-KV“ genannt) und habe daher unter Zugrundelegung dieses Kollektivvertrages ihr Angebot kalkuliert. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, dieser Kollektivvertrag gelte nur für Niederösterreich, die Antragstellerin hätte ihr Angebot nach dem Kollektivvertrag für Gärtner (im Folgenden kurz „Gärtner-KV“ genannt) zu kalkulieren gehabt, weil nur so die Einhaltung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs, der Gleichbehandlung aller Bieter und der Vergabe zu angemessenen Preisen gewährleistet wäre, sei unrichtig, weil der Gärtner-KV die Antragstellerin nicht binde. Die von der Antragstellerin angebotenen Preise seien jedenfalls kostendeckend und würden eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises darstellen. Gegen diese beiden Entscheidungen richtet sich der am 18.5.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe unzutreffend wären. Die Antragstellerin unterliege dem Kollektivvertrag für Arbeiter der *** Genossenschaft in Niederösterreich (im Folgenden kurz „MR-KV“ genannt) und habe daher unter Zugrundelegung dieses Kollektivvertrages ihr Angebot kalkuliert. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, dieser Kollektivvertrag gelte nur für Niederösterreich, die Antragstellerin hätte ihr Angebot nach dem Kollektivvertrag für Gärtner (im Folgenden kurz „Gärtner-KV“ genannt) zu kalkulieren gehabt, weil nur so die Einhaltung der Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs, der Gleichbehandlung aller Bieter und der Vergabe zu angemessenen Preisen gewährleistet wäre, sei unrichtig, weil der Gärtner-KV die Antragstellerin nicht binde. Die von der Antragstellerin angebotenen Preise seien jedenfalls kostendeckend und würden eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises darstellen.

Es würde der herrschenden arbeitsrechtlichen Auffassung vollkommen zuwiderlaufen, würde man hinsichtlich der Kollektivvertragsangehörigkeit auf den jeweiligen Ort der Leistungserbringung abstellen. Die Antragstellerin habe schon bisher Aufträge im Bereich der Stadt Wien ausgeführt, wobei der MR-KV nicht beanstandet worden sei.

Soweit die Antragsgegnerin die vorgelegten K7 und K3-Blätter bemängelt, wäre sie verpflichtet gewesen, im Zuge der Angebotsprüfung entsprechende Aufklärungen zu fordern, die sie auch erhalten hätte. Im Ergebnis würden sich jedoch die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Unklarheiten nur marginal auswirken und fänden jedenfalls Deckung im kalkulierten Gewinn. Die von der Antragsgegnerin für eine Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin genannten Gründe seien jedenfalls nicht gegeben, die Ausscheidungsentscheidung sei daher rechtswidrig. Nach Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung müsste die Antragstellerin als Billigstbieterin jedenfalls den Zuschlag erhalten, weshalb auch die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Unternehmens als nichtig angefochten werde.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, Erteilung des Zuschlages auf ihr Angebot, in ihrem Recht auf Vergabe nach den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu angemessenen Preisen sowie auf Durchführung einer vergaberechtskonformen, vertieften Angebotsprüfung verletzt.

Die Antragstellerin sei geeignet, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen und habe auch ein Interesse daran. Sollte ihren Anträgen nicht stattgegeben werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden an entgangenem Gewinn, Aufwendungen für die Angebotslegung, sowie der Vorhaltekosten zur Sicherung der Auftragsdurchführung in Höhe

von mehr als 5.500,-- EUR zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.5.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 29.5.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und zunächst geltend gemacht, dass mangels Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ein verbindliches Angebot der Antragstellerin nicht mehr vorläge. Sie habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.3.2009 darauf aufmerksam gemacht, dass die Zuschlagsfrist am 25.4.2009 ablaufen werde und deshalb die Antragstellerin „um Verlängerung dieser Frist für zwei Monate“ ersucht. Dieses Schreiben sei der Antragstellerin zugekommen, da sie sich per E-Mail am 30.3.2009 über den Grund dieser Zuschlagsfristverlängerung erkundigt habe. In der Folge sei jedoch eine Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist durch die Antragstellerin nicht ergangen.

Weiters wendet die Antragsgegnerin ein, dass der von der Antragstellerin ihrer Kalkulation zu Grunde gelegte MR-KV für Leistungen des öffentlichen Auftraggebers Stadt Wien nicht herangezogen werden könne, weil es sich bei diesem Kollektivvertrag „um ortsübliche Tarifverträge, die für die Arbeiter der Maschinenringe je nach Bundesland abgeschlossen wurden“, handle. Mit dem Land Wien sei kein MR-KV abgeschlossen worden. Richtigerweise hätte die Antragstellerin ihrer Kalkulation den Gärtner-KV zu Grunde zu legen gehabt. Dazu zitiert die Antragsgegnerin mehrere Belegstellen aus der arbeitsrechtlichen Judikatur und gelangt zum Ergebnis, dass die Antragstellerin „für gärtnerische Tätigkeiten in Wien den österreichweit geltenden gewerblichen Gärtner-KV anerkennen“ muss. Die Antragsgegnerin verweist auch darauf, dass die Mitglieder der Maschinenringe unter anderem, Landwirte aus Niederösterreich wären, die Gelder aus Fördermitteln der EU und des Landes NÖ zum Erwerb von Arbeitsgeräten und –maschinen erhalten würden. Derartige Zuschüsse aus den Förderungsmitteln seien nicht für gewerbliche Unternehmen vorgesehen“. Sobald die MR „gewerblich tätig wird, fehlt es ihr an der technischen Ausstattung im Bezug auf Arbeitsgeräte und –maschinen“. Die technische Ausstattung aus Förderungsmitteln bedeute einen unerlaubten Wettbewerbsvorteil, weil die Mietbieter (gewerbliche Gärtner) keine Möglichkeit hätten, über die selben Förderungsmittel zu verfügen; sie müssten den Erwerb der notwendigen Geräte und Maschinen selbst finanzieren. Bediene sich jedoch die Antragstellerin ihrer „Nebenerwerbsbauern“, so fehle es ihr an der technischen Ausstattung oder die „Nebenerwerbsbauern“ seien als Subunternehmer anzusehen. Subunternehmer habe jedoch die Antragstellerin nicht genannt. Die von der Antragstellerin für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Mitarbeiter würden nicht über die erforderliche Qualifikation verfügen, was gleichfalls einen Mangel der technischen Leistungsfähigkeit begründe, weshalb auch aus diesem Umstande die Ausscheidung des Angebotes berechtigt wäre.

Die Kalkulation und die von der Antragstellerin vorgelegten K3 und K7-Blätter seien unplausibel, weil die Antragstellerin zur Durchführung der Arbeiten keine gärtnerisch ausgebildeten Arbeiter und nicht die Aufsicht eines verantwortlichen Gärtners vorgesehen habe. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die Antragstellerin mehrfach versucht, durch die Vorlage geänderter K-Blätter nachzuweisen, dass der durchgehende „Preis in Anteil-Lohn“ und damit auch der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt wäre. Vor allem die K7-Blätter hätten „erschreckend viele Rechenfehler und Verwechslungen“ aufgewiesen, was die Antragsgegnerin zur Annahme veranlasse, dass die Antragstellerin das Angebot nicht vor der Abgabe kalkuliert habe, sondern spekulative Preise angeboten hätte. Jedenfalls würden die vorgelegten K7-Blätter nicht der Realität entsprechen, sondern vielmehr einen spekulativen und nicht plausibel zusammengesetzten Preis beweisen.

Mit Schreiben vom 26.5.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte in das Verfahren eingetreten und hat im Wesentlichen den Standpunkt vertreten, dass „für die gegenständliche Ausschreibung nur der Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den gewerblichen Gärtner- und Landschaftsgärtnerbetrieben Österreichs zulässig“ sei. Auch die Antragstellerin erbringe gärtnerische Dienstleistungen und müsse demnach zur NÖ Landesinnung der Gärtner gehören. Der von der Antragstellerin ihrer Kalkulation zu Grunde gelegte Kollektivvertrag weise Mindestlöhne weit unter dem Gärtner-KV aus und sei auf Arbeitgeberseite nur vom Zentralverband der Land- und Fortwirtschaftlichen Arbeitgeber in NÖ, Burgenland und Wien abgeschlossen worden. Gartengestaltung, Grünanlagen- und Landschaftspflege würden nicht der NÖ-Landarbeitsordnung unterliegen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei daher korrekt.

Mit Schriftsatz vom 5.6.2009 hat die Antragstellerin zum Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der

Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und zur fehlenden Verlängerung der Zuschlagsfrist auf die Bestimmung des § 133 BVergG 2006 verwiesen. Die Antragstellerin vertritt in diesem Zusammenhang den Standpunkt, dass eine Überschreitung der Zuschlagsfrist keinen der im § 129 B-VergG 2006 abschließend genannten Ausscheidungsgründe darstelle und auch der Zuschlag dann noch dem Best- bzw. Billigstbieter erteilt werden könne, wenn die Zuschlagsfrist bereits überschritten ist. „Im Übrigen war nach dem Gespräch vom 8. April 2009 keine gesonderte Erklärung zu erwarten“. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin darauf, dass die erste Ausscheidung ihres Angebotes am 31.3.2009 auf Grund des Gespräches vom 8.4.2009 am selben Tag noch zurückgenommen worden sei. Zum Ablauf und zum Gesprächsinhalt beantragt die Antragstellerin die Einvernahme der Zeugen ***, *** und Frau ***. Mit Schriftsatz vom 5.6.2009 hat die Antragstellerin zum Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und zur fehlenden Verlängerung der Zuschlagsfrist auf die Bestimmung des Paragraph 133, BVergG 2006 verwiesen. Die Antragstellerin vertritt in diesem Zusammenhang den Standpunkt, dass eine Überschreitung der Zuschlagsfrist keinen der im Paragraph 129, B-VergG 2006 abschließend genannten Ausscheidungsgründe darstelle und auch der Zuschlag dann noch dem Best- bzw. Billigstbieter erteilt werden könne, wenn die Zuschlagsfrist bereits überschritten ist. „Im Übrigen war nach dem Gespräch vom 8. April 2009 keine gesonderte Erklärung zu erwarten“. In diesem Zusammenhang verweist die Antragstellerin darauf, dass die erste Ausscheidung ihres Angebotes am 31.3.2009 auf Grund des Gespräches vom 8.4.2009 am selben Tag noch zurückgenommen worden sei. Zum Ablauf und zum Gesprächsinhalt beantragt die Antragstellerin die Einvernahme der Zeugen ***, *** und Frau ***.

Zur Anwendung des für sie geltenden Kollektivvertrages MR-KV wiederholt sie ihr bisheriges Vorbringen und verweist insbesondere darauf, dass eine Satzungserklärung des Gärtner-KV nicht erfolgt sei und dieser daher auf gleicher Stufe stehe wie der MR-KV. Aber selbst wenn man von einer Mehrfachunterworfenheit der Antragstellerin ausgehen würde, käme man keinesfalls zu einer Anwendbarkeit des Gärtner-KV. Die Antragstellerin sei kein reiner – nicht einmal annähernd ein überwiegender – Gärtnerbetrieb, weil von ihr Umsätze auch in den Bereichen Winterdienst, Agrar, Forstwirtschaft, Sportplatzpflege, Landschaftspflege sowie in einigen anderen Bereichen erwirtschaftet würden. Entsprechend der Unternehmensstruktur der Antragstellerin gebe es auch keine Untergliederung in verschiedene Betriebe oder Betriebsabteilungen. Die Anwendung des MR-KV sei daher für die Antragstellerin zwingend. Letztlich bestreitet sie mit den bereits bekannten Argumenten die von der Antragsgegnerin behauptete angeblich fehlende technische Leistungsfähigkeit.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009 hat die Antragstellerin zum Problem der abgelaufenen Bindefrist ergänzend vorgebracht, es habe am 8.4.2009 ein Aufklärungsgespräch mit der Antragsgegnerin gegeben. Am 8. April 2009 sei „für alle Beteiligten klar (gewesen), dass wir unsere Angebote aufrecht halten, es wurde uns aber während des gesamten Gespräches vom 8. April 2009 kommuniziert, wir seien ausgeschieden, weil man sich darauf gestützt hat, dass die Auftraggeberin die Anwendung des Maschinenringkollektivvertrages nicht für richtig erachtete“. Beim Gespräch vom 8.4.2009 sei allen Beteiligten klar gewesen, „dass wir zu unserem Angebot stehen“. Aus dem Ablauf des Aufklärungsgespräches ergebe sich ganz klar „dass wir uns damals an unser Angebot gebunden erachtet haben und auch einer Verlängerung der Bindefrist zustimmen. Das ergibt sich aus dem gesamten Ablauf des Gespräches“ (Seite 3 des Protokolls). Schließlich vertrat die Antragstellerin die Ansicht, dass die Gespräche vom 8.4.2009 nur so verstanden werden könnten, dass sie mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden war. Zum Beweis für dieses Vorbringen hat die Antragstellerin die Vernehmung der Zeugen ***, *** und ihres Mitarbeiters *** begehrt. Weiters hat sie beantragt, ihr die Einsicht in das Protokoll über die Besprechung vom 8.4.2009 zu gewähren (Protokoll Seite 4). Nach Einsicht in den Aktenvermerk vom 8.4.2009 hat der Vertreter der Antragstellerin unter Hinweis darauf, dass er während der Besprechung vom 8.4.2009 ein handschriftliches Protokoll angefertigt hat, beantragt auch ihn als Zeugen zu vernehmen. Zur Frage, ob in diesem handschriftlichen Protokoll irgend etwas über die Verlängerung der Bindefrist enthalten sei, erklärte er, „das ergibt sich aus dem Zusammenhang“ (Protokoll Seite 5).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, 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 30.6.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im

Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich gegenständlich zur Durchführung der gärtnerischen Pflegearbeiten in Wien 20 in Kindergärten, Schulen und diversen Objekten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis ergehen. Das Ende der Angebotsfrist war der 25.11.2008, 10.30 Uhr, die Angebotseröffnung erfolgte anschließend. Die Zuschlagsfrist betrug ursprünglich fünf Monate. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 10 Bieter, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich gegenständlich zur Durchführung der gärtnerischen Pflegearbeiten in Wien 20 in Kindergärten, Schulen und diversen Objekten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis ergehen. Das Ende der Angebotsfrist war der 25.11.2008, 10.30 Uhr, die Angebotseröffnung erfolgte anschließend. Die Zuschlagsfrist betrug ursprünglich fünf Monate. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt 10 Bieter, darunter auch die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin am 23.3.2009 alle Bieter mit folgendem Schreiben auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht:

„Sehr geehrte Geschäftsführung!

Sie haben am 25. November 2008 um 10.30 Uhr ein Angebot bezüglich 20., Pflege-KDG, SCH und diverse Objekte 2009 gelegt.

Da die Zuschlagsfrist am 25. April 2009 ablaufen wird, ersucht die Magistratsabteilung 42 – Wiener Stadtgärten um Verlängerung dieser Frist für 2 Monate".

In diesem Schreiben war ein Abschnitt enthalten, in dem der jeweilige Bieter anzukreuzen hatte:

„Wir sind mit der Verlängerung der Zuschlagsfrist (BITTE ANKREUZEN) Kästchen „einverstanden"

Kästchen „nicht einverstanden"

Diese Erklärung war mit Datum zu versehen, firmenmäßig zu fertigen und an die Antragsgegnerin zurück zu senden.

Von den 10 Bietern haben sich 8 Bieter mit der Verlängerung der Zuschlagsfrist einverstanden erklärt, nicht aber die Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat vielmehr am 30.3.2009 bei der Antragsgegnerin angefragt, warum diese eine Verlängerung der Zuschlagsfrist haben wolle. Darauf hin hat die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 31.3.2009 geantwortet, dass „eine Verlängerung der Bindefrist für uns notwendig sei, weil wir mit dem Vergabeverfahren fortfahren müssen".

Weder ist seitens der Antragstellerin bis 25.4.2009 noch nach diesem Datum eine Erklärung dahingehend abgegeben worden, dass sie sich weiterhin an ihr Angebot gebunden erachtet.

In den Vergabeakten findet sich dazu ein Aktenvermerk vom 27.4.2009 mit folgendem Inhalt:

„Von der ***Genossenschaft m.b.H. („MR") wurde bis zum heutigen Tag keine Zuschlagsfristverlängerung betreffend die abgegebenen Angebote zu den gärtnerischen Pflegearbeiten an die MA 42 übermittelt. Die Aufforderung, die Verlängerung fristgerecht zu übermitteln, hat die „MR" jedenfalls erhalten. Die „MR" erkundigte sich schriftlich (per Mail) über den Grund dieser Zuschlagsfristverlängerungen. In einem Antwortschreiben an die „MR" wurde diese nochmals über die Bedeutung dieser Frist aufgeklärt. Weder die Kanzlei der MA 42 noch das Referat A/V haben bis dato diesbezügliche Schriftstücke von der „MR" erhalten".

Am 31.3.2009 hat die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin erklärt, dass deren Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und Abs. 3 BVergG 2006 ausgeschieden werden musste, „da ihr Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist und da sie es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben". Am 31.3.2009 hat die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin erklärt, dass deren Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 3, BVergG 2006 ausgeschieden werden musste, „da ihr Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist und da sie es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben".

Über ihr Ersuchen wurde die Antragstellerin am 3.4.2009 zu einem Aufklärungsgespräch bezüglich der Ausscheidungsentscheidung für den 8.4.2009 eingeladen. Über dieses Aufklärungsgespräch hat die Antragsgegnerin folgenden Aktenvermerk vom 8.4.2009 verfasst:

„Aktenvermerk über das am 8. April 2009 geführte Informationsgespräch zu den Ausschreibungen Kindertagesheime, Schulen und diverse Objekte – gärtnerische Pflegearbeiten unter Berücksichtigung der Prüfung der vorgelegten Unterlagen, der mündlichen Aussagen und der schriftlichen Darstellungen der Firma.

Die ***Genossenschaft m.b.H. („MR“) ersuchte nach Erhalt der Ausscheidung vom 31. März 2009 um ein Informationsgespräch. Das Ergebnis des Gespräches war, dass die „MR“ sehr wohl über einen eigenen KV-Lohn verfügt. Inwieweit dieser KV-Lohn Relevanz für die betreffenden Vergabeverfahren hat, wird von der MA 42 noch geprüft werden. Auf Grund dieser neuen Tatsache wurde die Ausscheidungsentscheidung widerrufen“.

Dazu findet sich in den Vergabeakten ein an die Antragstellerin gerichtetes Schreiben vom 8.4.2009, in dem dieser mitgeteilt wird, dass die Ausscheidungsentscheidung vom 31. März 2009 widerrufen wird.

In der Folge hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin für den 15. April 2009 zu einer Nachreichung von verschiedenen Unterlagen aufgefordert. Diese wurden von der Antragstellerin fristgerecht übermittelt. Nach dem 15.4.2009 bzw. nach Ablauf der Zuschlagsfrist am 25.4.2009 sind aus den Vergabeakten keine weiteren Kontakte zwischen den Parteien feststellbar.

Mit Schreiben vom 5. Mai 2009 hat die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin mitgeteilt und als Begründung auf die Bestimmungen des §§ 129 Abs. 1 Z 2 und Z 3 und Abs. 2 BVergG 2006 verwiesen. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnehmereberechtigten ist am 7.5.2009 ergangen. Beide Entscheidungen sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen. Mit Schreiben vom 5. Mai 2009 hat die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin mitgeteilt und als Begründung auf die Bestimmungen des Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 3 und Absatz 2, BVergG 2006 verwiesen. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnehmereberechtigten ist am 7.5.2009 ergangen. Beide Entscheidungen sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, in dem zulässiger Weise in einem Schriftsatz beide Entscheidungen der Antragsgegnerin bekämpft werden (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007), ist am 18. Mai 2009 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, in dem zulässiger Weise in einem Schriftsatz beide Entscheidungen der Antragsgegnerin bekämpft werden (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007), ist am 18. Mai 2009 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Zu dieser ergänzenden Feststellung gelangte der Senat vor allem auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009. Soweit im Rahmen der Feststellung der Inhalt von Teilen des Vergabeaktes zitiert wurde, ist die Fundstelle entsprechend angegeben. Der Senat hat zunächst den Einwand der Antragsgegnerin geprüft, die Antragstellerin hätte es unterlassen, die Bindefrist ihres Angebotes zu verlängern. Dazu ergibt sich in unbedenklicher Weise, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. März 2009 auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht und sie um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes ersucht hat. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin vor dem 25. April 2009 eine Erklärung dahingehend, mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindefrist) einverstanden zu sein, nicht abgegeben hat. Das dazu erstattete Vorbringen der Antragstellerin, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, vermag in keiner Richtung zu überzeugen. Aus welchen konkreten Umständen die Antragsgegnerin etwa beim Gespräch am 8.4. 2009 schließen hätte müssen, dass die Antragstellerin mit der Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes einverstanden war, ist unerfindlich. Am 8.4.2009 war die Zuschlagsfrist von fünf Monaten noch gar nicht abgelaufen, zu diesem Zeitpunkt war entsprechend der Bestimmung des § 112 BVergG 2006 die Antragstellerin ohnedies gesetzlich an ihr Angebot gebunden. Bezeichnend dafür ist die Beantwortung der Frage an die Antragstellerin zur Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes, wenn diese erklärt, „dass in dem Gespräch vom 8.4.2009 allen Beteiligten klar war, dass wir

zu unserem Angebot stehen". Dies würde sich aus dem gesamten Ablauf des Aufklärungsgespräches vom 8.4.2009 ergeben. Dazu hat die Antragstellerin die Zeugen ***, *** und ihres Mitarbeiters *** beantragt, letztlich aber auch die Vernehmung ihres Vertreters Dr. Hofmann. Als Thema dafür wurde angegeben, dass nach Ansicht der Antragstellerin die Gespräche vom 8.4.2009 „in eine ganz andere Richtung zu deuten (sind), nämlich in dem Sinn, dass wir mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden sind". Ein Vorbringen dahingehend, dass die Antragstellerin bzw. ein für sie handlungsbefugter Vertreter im Zuge des Gespräches am 8.4.2009 ausdrücklich erklärt hätte, der Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen, wurde jedoch nicht erstattet; es ergeben sich auch aus den Vergabeakten keinerlei Hinweise darauf. Der Antragstellerin wurde auch – mit Zustimmung der Antragsgegnerin – die Einsicht in den Aktenvermerk vom 8.4.2009 gestattet. Aus diesem Vermerk ergeben sich jedenfalls keinerlei Hinweise darauf, dass das Thema der Gespräche das Problem der Verlängerung der Bindefrist gewesen wäre. Auch der Vertreter der Antragstellerin konnte dazu kein eindeutiges konkretes Vorbringen erstatten, so hat er auf die Frage, ob in seinem handschriftlichen Protokoll irgend etwas über die Verlängerung der Bindefrist enthalten wäre, erklärt „das ergibt sich aus dem Zusammenhang" (Protokoll Seite 5). Bei dieser Sachlage hat es der Senat nicht für erforderlich erachtet, die beantragten Zeugen zu vernehmen, da von ihrer Aussage keinerlei Ergebnis dahingehend zu erwarten gewesen ist, dass die Antragstellerin entweder ausdrücklich oder konkludent einer Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes zugestimmt hätte. Ob das Verhalten der Antragstellerin als Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist gewertet werden kann, ist letztlich eine Rechtsfrage. Dass nach dem 25.4.2009 Gespräche oder Kontakte mit der Antragstellerin betreffend ihr Angebot stattgefunden haben, die allenfalls als konkludente Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist gedeutet werden könnten, ergibt sich nicht aus den Vergabeakten, aber auch nicht aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin. Diese hat ausdrücklich erklärt, dass sie davon ausgegangen ist, dass eine Verlängerung der Zuschlagsfrist seitens der Antragstellerin noch erfolgen werde. Zu dieser ergänzenden Feststellung gelangte der Senat vor allem auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren beteiligten Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009. Soweit im Rahmen der Feststellung der Inhalt von Teilen des Vergabeaktes zitiert wurde, ist die Fundstelle entsprechend angegeben. Der Senat hat zunächst den Einwand der Antragsgegnerin geprüft, die Antragstellerin hätte es unterlassen, die Bindefrist ihres Angebotes zu verlängern. Dazu ergibt sich in unbedenklicher Weise, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 23. März 2009 auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht und sie um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes ersucht hat. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin vor dem 25. April 2009 eine Erklärung dahingehend, mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindefrist) einverstanden zu sein, nicht abgegeben hat. Das dazu erstattete Vorbringen der Antragstellerin, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, vermag in keiner Richtung zu überzeugen. Aus welchen konkreten Umständen die Antragsgegnerin etwa beim Gespräch am 8.4. 2009 schließen hätte müssen, dass die Antragstellerin mit der Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes einverstanden war, ist unerfindlich. Am 8.4.2009 war die Zuschlagsfrist von fünf Monaten noch gar nicht abgelaufen, zu diesem Zeitpunkt war entsprechend der Bestimmung des Paragraph 112, BVergG 2006 die Antragstellerin ohnedies gesetzlich an ihr Angebot gebunden. Bezeichnend dafür ist die Beantwortung der Frage an die Antragstellerin zur Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes, wenn diese erklärt, „dass in dem Gespräch vom 8.4.2009 allen Beteiligten klar war, dass wir zu unserem Angebot stehen". Dies würde sich aus dem gesamten Ablauf des Aufklärungsgespräches vom 8.4.2009 ergeben. Dazu hat die Antragstellerin die Zeugen ***, *** und ihres Mitarbeiters *** beantragt, letztlich aber auch die Vernehmung ihres Vertreters Dr. Hofmann. Als Thema dafür wurde angegeben, dass nach Ansicht der Antragstellerin die Gespräche vom 8.4.2009 „in eine ganz andere Richtung zu deuten (sind), nämlich in dem Sinn, dass wir mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden sind". Ein Vorbringen dahingehend, dass die Antragstellerin bzw. ein für sie handlungsbefugter Vertreter im Zuge des Gespräches am 8.4.2009 ausdrücklich erklärt hätte, der Verlängerung der Bindefrist zuzustimmen, wurde jedoch nicht erstattet; es ergeben sich auch aus den Vergabeakten keinerlei Hinweise darauf. Der Antragstellerin wurde auch – mit Zustimmung der Antragsgegnerin – die Einsicht in den Aktenvermerk vom 8.4.2009 gestattet. Aus diesem Vermerk ergeben sich jedenfalls keinerlei Hinweise darauf, dass das Thema der Gespräche das Problem der Verlängerung der Bindefrist gewesen wäre. Auch der Vertreter der Antragstellerin konnte dazu kein eindeutiges konkretes Vorbringen erstatten, so hat er auf die Frage, ob in seinem handschriftlichen Protokoll irgend etwas über die Verlängerung der Bindefrist enthalten wäre, erklärt „das ergibt sich aus dem Zusammenhang" (Protokoll Seite 5). Bei dieser Sachlage hat es der Senat nicht für erforderlich erachtet, die beantragten Zeugen zu vernehmen, da von ihrer Aussage keinerlei Ergebnis dahingehend zu erwarten gewesen ist, dass die Antragstellerin entweder ausdrücklich oder konkludent einer

Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes zugestimmt hätte. Ob das Verhalten der Antragstellerin als Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist gewertet werden kann, ist letztlich eine Rechtsfrage. Dass nach dem 25.4.2009 Gespräche oder Kontakte mit der Antragstellerin betreffend ihr Angebot stattgefunden haben, die allenfalls als konkludente Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist gedeutet werden könnten, ergibt sich nicht aus den Vergabeakten, aber auch nicht aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin. Diese hat ausdrücklich erklärt, dass sie davon ausgegangen ist, dass eine Verlängerung der Zuschlagsfrist seitens der Antragstellerin noch erfolgen werde.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 handelt. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“, erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 25.11.2008, 10.30 Uhr, die Zuschlagsfrist betrug ursprünglich fünf Monate. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem „niedrigsten Preis“, erteilt werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 25.11.2008, 10.30 Uhr, die Zuschlagsfrist betrug ursprünglich fünf Monate. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit 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 angefochtenen Entscheidungen als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihre Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung richten sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Verbindung beider Anträge in einem gemeinsamen Schriftsatz ist nach § 20 Abs. 2 WVRG 2007 zulässig. 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 angefochtenen Entscheidungen als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihre Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung richten sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Verbindung beider Anträge in einem gemeinsamen Schriftsatz ist nach Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 zulässig. 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 Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.5.2009, die Zuschlagsentscheidung am 7.5.2009 zugekommen. Ihr am 18.5.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt. Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 5.5.2009, die Zuschlagsentscheidung am 7.5.2009 zugekommen. Ihr am 18.5.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig. Der Nachprüfungsantrag ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Nach § 112 Abs. 2 BVergG 2006 ist der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden. Auf Ersuchen eines Auftraggebers kann ein Bieter die Bindungswirkung seines Angebotes erstrecken. Nach Paragraph 112, Absatz 2, BVergG 2006 ist der Bieter während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden. Auf Ersuchen eines Auftraggebers kann ein Bieter die Bindungswirkung seines Angebotes erstrecken.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat die Angebotsfrist am 25.11.2008, 10.30 Uhr geendet. Mit diesem Tag hat die fünfmonatige Zuschlagsfrist zu laufen begonnen. Das Ende der Zuschlagsfrist ist auf den 25.4.2009 gefallen.

Die Bindung des Bieters an sein Angebot gilt erst ab Beginn der Zuschlagsfrist. Sie endet mit Ablauf der (allenfalls einvernehmlich verlängerten) Zuschlagsfrist oder (vor Ablauf der Zuschlagsfrist) dem Ende des Vergabeverfahrens gemäß § 135 durch Zustandekommen des Leistungsvertrages oder durch Erklärung des Widerrufs gemäß § 140 Abs. 7 3. Satz BVergG 2006. Nach § 112 Abs. 2 BVergG 2006 kann ein Bieter über Ersuchen des Auftraggebers die Bindungswirkung seines Angebots erstrecken. Im Hinblick auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist mit 25.4.2008 hat die Antragsgegnerin zutreffend, dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgend, alle am Vergabeverfahren beteiligten Bieter auf diesen Umstand aufmerksam gemacht und sie um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote um zwei Monate ersucht (vgl. VKS-Wien 4.10.2006, VKS-2457/06 u.a.). Obwohl der Antragstellerin dieses Schreiben unstrittigermassen zugekommen ist, hat sie bis 25.4.2008 keine Erklärung dahingehend abgegeben, dass sie einer Verlängerung der Bindewirkung ihres Angebotes um zwei Monate zustimmt. Sie hat dies erstmals in der mündlichen Verhandlung am 30.6.2009 erklärt. Dass die Antragstellerin nach Ablauf der Zuschlagsfrist mit der Antragsgegnerin über ihr Angebot verhandelt hätte, worin allenfalls eine konkludente Zustimmung der Verlängerung der Bindefrist gemäß § 863 ABGB hätte erblickt werden können, konnte nicht festgestellt werden. Die Bindung des Bieters an sein Angebot gilt erst ab Beginn der Zuschlagsfrist. Sie endet mit Ablauf der (allenfalls einvernehmlich verlängerten) Zuschlagsfrist oder (vor Ablauf der Zuschlagsfrist) dem Ende des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 135, durch Zustandekommen des Leistungsvertrages oder durch Erklärung des Widerrufs gemäß Paragraph 140, Absatz 7, 3. Satz BVergG 2006. Nach Paragraph 112, Absatz 2, BVergG 2006 kann ein Bieter über Ersuchen des Auftraggebers die Bindungswirkung seines Angebots erstrecken. Im Hinblick auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist mit 25.4.2008 hat die Antragsgegnerin zutreffend, dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgend, alle am Vergabeverfahren beteiligten Bieter auf diesen Umstand aufmerksam gemacht und sie um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote um zwei Monate ersucht (vergleiche VKS-Wien 4.10.2006, VKS-2457/06 u.a.). Obwohl der Antragstellerin dieses Schreiben unstrittigermassen zugekommen ist, hat sie bis 25.4.2008 keine Erklärung dahingehend abgegeben, dass sie einer Verlängerung der Bindewirkung ihres Angebotes um zwei Monate zustimmt. Sie hat dies erstmals in der mündlichen Verhandlung am 30.6.2009 erklärt. Dass die Antragstellerin nach Ablauf der Zuschlagsfrist mit der Antragsgegnerin über ihr Angebot verhandelt hätte, worin allenfalls eine konkludente Zustimmung der Verlängerung der Bindefrist gemäß Paragraph 863, ABGB hätte erblickt werden können, konnte nicht festgestellt werden.

Da es die Antragstellerin unterlassen hat die Bindungswirkung ihres Angebotes zu verlängern, ist ihr Angebot jedenfalls mit Ablauf der ursprünglich festgesetzten Zuschlagsfrist gemäß § 862 ABGB erloschen. Eine verspätete Annahme durch den Auftraggeber (mit Ausnahme der Fälle des § 862 a ABGB) gilt als neuer Antrag, der binnen angemessener Frist angenommen werden kann (vergleiche Rummel ABGB3, RZ4 zu § 862). Worin allenfalls eine konkludente Zustimmung der Antragstellerin zur Verlängerung der Bindefrist gemäß § 863 ABGB hätte erblickt werden können, vermochte weder die Antragstellerin schlüssig auszuführen noch konnte dies sonst festgestellt werden. Selbst wenn man aber diesbezüglich der Argumentation der Antragstellerin folgen wollte, wäre für sie nichts gewonnen, da die Zustimmung der Bieter zur Erstreckung ihrer Angebotsbindung rechtsgültig unterfertigt sein muss, weil dafür eine geringere Förmlichkeit als für die Angebotsfertigung nicht in Frage kommen kann (vgl. Gölles, ZVB 2004, 77, 79). Da es die Antragstellerin unterlassen hat die Bindungswirkung ihres Angebotes zu verlängern, ist ihr Angebot jedenfalls mit Ablauf der ursprünglich festgesetzten Zuschlagsfrist gemäß Paragraph 862, ABGB erloschen. Eine verspätete Annahme durch den Auftraggeber (mit Ausnahme der Fälle des Paragraph 862, a ABGB) gilt als neuer Antrag, der binnen angemessener Frist angenommen werden kann (vergleiche Rummel ABGB3, RZ4 zu Paragraph 862,). Worin allenfalls eine konkludente Zustimmung der Antragstellerin zur Verlängerung der Bindefrist gemäß Paragraph 863, ABGB hätte erblickt werden können, vermochte weder die Antragstellerin schlüssig auszuführen noch konnte dies sonst festgestellt werden. Selbst wenn man aber diesbezüglich der Argumentation der Antragstellerin folgen wollte, wäre für

sie nichts gewonnen, da die Zustimmung der Bieter zur Erstreckung ihrer Angebotsbindung rechtsgültig unterfertigt sein muss, weil dafür eine geringere Förmlichkeit als für die Angebotsfertigung nicht in Frage kommen kann (vergleiche Gölles, ZVB 2004, 77, 79).

Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bindefrist des Angebotes der Antragstellerin abgelaufen ist, somit ein zuschlagsfähiges Angebot ihrerseits nicht mehr vorliegt, könnte sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen den Auftrag nicht erhalten. Es kann daher der Antragstellerin kein Schaden entstehen, wenn sie am weiteren Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen kann, weil hier der Zuschlag ohnedies nicht erteilt werden könnte (vgl. VWGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VWGH 28.5.2008, 2007/04/0232, VKS Wien 4.10.2006, VKS-2457/06 ua.). Da es somit der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation zur Anfechtung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung fehlt, waren ihre Anträge auf Nichtigerklärung, ohne auf die sonst geltend gemachten Anfechtungsgründe einzugehen, abzuweisen. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bindefrist des Angebotes der Antragstellerin abgelaufen ist, somit ein zuschlagsfähiges Angebot ihrerseits nicht mehr vorliegt, könnte sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen den Auftrag nicht erhalten. Es kann daher der Antragstellerin kein Schaden entstehen, wenn sie am weiteren Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen kann, weil hier der Zuschlag ohnedies nicht erteilt werden könnte (vergleiche VWGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VWGH 28.5.2008, 2007/04/0232, VKS Wien 4.10.2006, VKS-2457/06 ua.). Da es somit der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation zur Anfechtung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung fehlt, waren ihre Anträge auf Nichtigerklärung, ohne auf die sonst geltend gemachten Anfechtungsgründe einzugehen, abzuweisen.

Das gegenständliche Verfahren gibt jedoch Anlass zur Rechtsansicht der Antragsgegnerin zur Frage der bei der Kalkulation der Angebote anzuwendende Kollektivverträge kurz Stellung zu nehmen.

Die Antragstellerin ist in folgenden Geschäftsfeldern tätig: Winterdienst, Grünraumpflege, Gartenbau, Baumpflege und Holzschlägerung, Maschinenvermietung, Pflanzenschutz, Agrardienstleistungen, Objektbetreuung, Sportplatzpflege, Forstdienstleistungen und Energie. Sie verfügt diesbezüglich jeweils über die erforderlichen Gewerbeberechtigungen, unter anderem auch für das Gewerbe der Gärtner und Floristen. Der Sitz des Unternehmens ist in Niederösterreich. Es gibt 20 Geschäftsstellen in Niederösterreich sowie einen Standort in Wien. Die meisten Umsätze werden im Winterdienst und in der Forstwirtschaft gemacht. Zur Durchführung der Arbeiten werden Landwirte herangezogen, diese sind fallweise auch fix in der Genossenschaft als Arbeitnehmer beschäftigt.

Für die Antragstellerin gilt ab 1.1.2005 der „Kollektivvertrag für Arbeiter der Maschinenring – Servicegenossenschaft in Niederösterreich“, abgeschlossen zwischen dem Zentralverband der Land- und Forstwirtschaftlichen Arbeitgeber in Niederösterreich, Burgenland und Wien, der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Land- und Forstwirtschaft in Niederösterreich sowie dem ÖGB, Gewerkschaft Agrar-Nahrungs- Genuss. Im Hinblick auf den Tätigkeitsbereich der Antragstellerin und die von ihr gehaltenen gewerberechtlichen Befugnisse ergibt sich das Problem der Mehrfach-Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers.

Dazu ist auf die Regelung in § 9 ArbVG zu verweisen. Darin sind Regeln für die Lösung von Kollektivvertragskollisionen enthalten. Eine echte Kollektivvertragskollision liegt vor, wenn für ein und dasselbe Arbeitsverhältnis die Anwendung von zwei oder mehreren Kollektivverträgen in Frage kommt. Dies kann bei mehrfacher Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers der Fall sein. Eine mehrfache Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers kommt gemäß § 8 ArbVG dadurch zustande, dass sich der Arbeitgeber entweder in fachlich verschiedenen Arbeitsbereichen unternehmerisch betätigt oder aufgrund freiwilliger Mitgliedschaft mehreren Arbeitgeberorganisationen angehört. § 9 ArbVG regelt unmittelbar nur jene Fälle, in denen eine fachlich gestreute Tätigkeit des Arbeitgebers und damit auch mehrere fachlich abgrenzbare Wirtschaftsbereiche vorliegen. Ist der Arbeitgeber im Besitz mehrerer Gewerbeberechtigungen, ohne jedoch mehrere fachlich abgegrenzte Unternehmertätigkeiten tatsächlich auszuüben, so kann eine Lösung des Kollisionsproblems nur durch eine analoge Anwendung der im § 9 ArbVG normierten Grundsätze gefunden werden. In diesem Fall ist trotz mehrfacher Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers immer nur ein Kollektivvertrag anzuwenden und zwar derjenige, der dem (einzigen) fachlichen Wirtschaftsbereich des Unternehmens entspricht (OGH 28.6.1997, Arb 9597 ua.). Dazu ist auf die Regelung in Paragraph 9, ArbVG zu verweisen. Darin sind Regeln für die Lösung von Kollektivvertragskollisionen enthalten. Eine echte Kollektivvertragskollision liegt vor, wenn für ein und dasselbe Arbeitsverhältnis die Anwendung von zwei oder mehreren Kollektivverträgen in Frage kommt. Dies kann bei mehrfacher Kollektivvertragsangehörigkeit des

Arbeitgebers der Fall sein. Eine mehrfache Kollektivvertragsangehörigkeit des Arbeitgebers kommt gemäß Paragraph 8, ArbVG dadurch zustande, dass sich der Arbeitgeber entweder in fachlich verschiedenen Arbeitsbereichen unternehmerisch betätigt oder aufgrund freiwilliger Mitgliedschaft mehreren Arbeitgeberorganisationen angehört. Paragraph 9, ArbVG regelt unmittelbar nur jene Fälle, in denen eine fachlich gestreute Tätigkeit des Arbeitgebers und damit auch mehrere fachlich abgrenzbare Wirtschaftsbereiche vorliegen. Ist der Arbeitgeber im Besitz mehrerer Gewerbeberechtigungen, ohne jedoch mehrere fachlich abgegrenzte Unternehmertätigkeiten tatsächlich auszuüben, so kann eine Lösung des Kollisionsproblems nur durch eine analoge Anwendung der im Paragraph 9, ArbVG normierten Grundsätze gefunden werden. In diesem Fall ist trotz mehrfacher Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers immer nur ein Kollektivvertrag anzuwenden und zwar derjenige, der dem (einzigen) fachlichen Wirtschaftsbereich des Unternehmens entspricht (OGH 28.6.1997, Arb 9597 ua.).

Lässt sich die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht nur fachlich sondern auch organisatorisch abgrenzen, dann kommt gemäß § 9 Abs. 1 und 2 ArbVG der Grundsatz der Tarifvielfalt zur Anwendung, das heißt auf die einzelnen organisatorisch abgegrenzten Betriebe oder Betriebsteile findet der jeweils fachlich entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Ist hingegen eine organisatorische Abgrenzung nicht möglich, dann gilt gemäß § 9 Abs. 3 und 4 ArbVG der Grundsatz der Tarifeinheit (OGH 14.6.1989, Arb 10787, ARD 5390/2/2003), das heißt, dass auf die Arbeitsverhältnisse in den organisatorisch nicht abgrenzbaren Bereichen nur ein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt und zwar nach dem Grundsatz der Betriebsnähe jener, der der fachlichen Eigenart der Arbeitsvorgänge im Betrieb entspricht. Die gleichen Grundsätze, die bei Kollision von zwei Kollektivverträgen zur Anwendung kommen, haben auch dann zu gelten, wenn ein Unternehmer neben einem Gewerbebetrieb, der einem Kollektivvertrag unterliegt, einen anderen Gewerbebetrieb führt, für den ein Kollektivvertrag nicht besteht. Analog zu § 9 ArbVG ist in diesen Fällen die Frage zu lösen, ob ein Kollektivvertrag Anwendung zu finden hat, oder ob bestimmte Arbeitsverhältnisse einem Kollektivvertrag nicht unterworfen sind (OGH 30.8.1989, infas 1990, A 36). Es ist daher in diesen Fällen auf die überwiegende wirtschaftliche Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit abzustellen und ob diese von den anderen Gewerbebetrieben des Arbeitgebers auch organisatorisch getrennt sind. Die Kollisionsregeln der § 9 und 10 ArbVG sind sinngemäß auch dann anzuwenden, wenn ein Arbeitgeber sowohl Betriebstätigkeiten entfaltet, für die er eine Gewerbeberechtigung besitzt, als auch solche, die von der Gewerbeordnung nicht erfasst sind (VwGH 12.5.1992 ARD 4467/93). Dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitgeber neben einem Gewerbe, für das er eine aufrechte Gewerbeberechtigung hat, unbefugt ein anderes Gewerbe betreibt. In diesem Fall fingiert § 2 Abs. 13 GewO die Geltung des für dieses Gewerbe geltenden Kollektivvertrages. Welcher Kollektivvertrag dann auf das konkrete Arbeitsverhältnis Anwendung zu finden hat, ist nach den Regeln des § 9 ArbVG zu ermitteln (Cerny, ArbVG, Erläuterung 1 zu § 9). Lässt sich die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht nur fachlich sondern auch organisatorisch abgrenzen, dann kommt gemäß Paragraph 9, Absatz eins und 2 ArbVG der Grundsatz der Tarifvielfalt zur Anwendung, das heißt auf die einzelnen organisatorisch abgegrenzten Betriebe oder Betriebsteile findet der jeweils fachlich entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Ist hingegen eine organisatorische Abgrenzung nicht möglich, dann gilt gemäß Paragraph 9, Absatz 3 und 4 ArbVG der Grundsatz der Tarifeinheit (OGH 14.6.1989, Arb 10787, ARD 5390/2/2003), das heißt, dass auf die Arbeitsverhältnisse in den organisatorisch nicht abgrenzbaren Bereichen nur ein Kollektivvertrag zur Anwendung kommt und zwar nach dem Grundsatz der Betriebsnähe jener, der der fachlichen Eigenart der Arbeitsvorgänge im Betrieb entspricht. Die gleichen Grundsätze, die bei Kollision von zwei Kollektivverträgen zur Anwendung kommen, haben auch dann zu gelten, wenn ein Unternehmer neben einem Gewerbebetrieb, der einem Kollektivvertrag unterliegt, einen anderen Gewerbebetrieb führt, für den ein Kollektivvertrag nicht besteht. Analog zu Paragraph 9, ArbVG ist in diesen Fällen die Frage zu lösen, ob ein Kollektivvertrag Anwendung zu finden hat, oder ob bestimmte Arbeitsverhältnisse einem Kollektivvertrag nicht unterworfen sind (OGH 30.8.1989, infas 1990, A 36). Es ist daher in diesen Fällen auf die überwiegende wirtschaftliche Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit abzustellen und ob diese von den anderen Gewerbebetrieben des Arbeitgebers auch organisatorisch getrennt sind. Die Kollisionsregeln der Paragraph 9 und 10 ArbVG sind sinngemäß auch dann anzuwenden, wenn ein Arbeitgeber sowohl Betriebstätigkeiten entfaltet, für die er eine Gewerbeberechtigung besitzt, als auch solche, die von der Gewerbeordnung nicht erfasst sind (VwGH 12.5.1992 ARD 4467/93). Dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitgeber neben einem Gewerbe, für das er eine aufrechte Gewerbeberechtigung hat, unbefugt ein anderes Gewerbe betreibt. In diesem Fall fingiert Paragraph 2, Absatz 13,

GewO die Geltung des für dieses Gewerbe geltenden Kollektivvertrages. Welcher Kollektivvertrag dann auf das konkrete Arbeitsverhältnis Anwendung zu finden hat, ist nach den Regeln des Paragraph 9, ArbVG zu ermitteln (Cerny, ArbVG, Erläuterung 1 zu Paragraph 9.).

Zusammenfassend ist daher auszuführen, dass § 9 ArbVG nur dort zum Tragen kommt, wo ein Arbeitgeber mehrere fachlich abgrenzbare Wirtschaftsbereiche ausübt. Ist ein Arbeitgeber in Besitz von mehreren Gewerbeberechtigungen, ohne jedoch mehrere fachlich abgegrenzte Unternehmertätigkeiten tatsächlich auszuüben, so kann eine Lösung des Kollisionsproblems nur durch analoge Anwendung der im § 9 ArbVG normierten Grundsätze gefunden werden. In diesem Fall ist trotz mehrfacher Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers immer nur ein Kollektivvertrag anzuwenden und zwar derjenige, der dem einzigen fachlichen, überwiegenden Wirtschaftsbereich des Unternehmens entspricht. Lässt sich jedoch die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitgebers nicht nur fachlich, sondern auch organisatorisch abgrenzen, dann kommt gemäß § 9 Abs. 1 und 2 ArbVG der Grundsatz der Tarifvielfalt zur Anwendung das heißt, auf die einzelnen organisatorisch abgegrenzten Betriebe oder Betriebsteile findet der jeweils fachlich entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Ist hingegen eine organisatorische Abgrenzung nicht möglich, dann gilt gemäß § 9 Abs. 3 und 4 ArbVG der Grundsatz der Tarifeinheit, das heißt, das auf die Arbeitsverhältnisse in den organisatorisch nicht abgrenzbaren Bereichen nur ein Kollektivvertrag zur Anwendung gelangt, und zwar nach dem Grundsatz der Betriebsnähe jener, der der fachlichen Eigenart der Arbeitsvorgänge im Betrieb am ehesten entspricht. Zusammenfassend ist daher auszuführen, dass Paragraph 9, ArbVG nur dort zum Tragen kommt, wo ein Arbeitgeber mehrere fachlich abgrenzbare Wirtschaftsbereiche ausübt. Ist ein Arbeitgeber in Besitz von mehreren Gewerbeberechtigungen, ohne jedoch mehrere fachlich abgegrenzte Unternehmertätigkeiten tatsächlich auszuüben, so kann eine Lösung des Kollisionsproblems nur durch analoge Anwendung der im Paragraph 9, ArbVG normierten Grundsätze gefunden werden. In diesem Fall ist trotz mehrfacher Kollektivvertragsunterworfenheit des Arbeitgebers immer nur ein Kollektivvertrag anzuwenden und zwar derjenige, der dem einzigen fachlichen, überwiegenden Wirtschaftsbereich des Unternehmens entspricht. Lässt sich jedoch die unternehmerische Tätigkeit des Arbeitgebers nicht nur fachlich, sondern auch organisatorisch abgrenzen, dann kommt gemäß Paragraph 9, Absatz eins und 2 ArbVG der Grundsatz der Tarifvielfalt zur Anwendung das heißt, auf die einzelnen organisatorisch abgegrenzten Betriebe oder Betriebsteile findet der jeweils fachlich entsprechende Kollektivvertrag Anwendung. Ist hingegen eine organisatorische Abgrenzung nicht möglich, dann gilt gemäß Paragraph 9, Absatz 3 und 4 ArbVG der Grundsatz der Tarifeinheit, das heißt, das auf die Arbeitsverhältnisse in den organisatorisch nicht abgrenzbaren Bereichen nur ein Kollektivvertrag zur Anwendung gelangt, und zwar nach dem Grundsatz der Betriebsnähe jener, der der fachlichen Eigenart der Arbeitsvorgänge im Betrieb am ehesten entspricht.

Zu diesem Problem hat die Antragstellerin etwa im Schriftsatz vom 5.6.2009 (Seite 7) vorgebracht, dass sie kein reiner - ja nicht einmal annähernd ein überwiegender - Gärtnerbetrieb wäre, sondern auch Umsätze in den anderen Bereichen erwirtschaftet. Entsprechend ihrer Unternehmensstruktur „gibt es auch keine Untergliederung in verschiedene Betriebe oder Betriebsabteilungen“. Dass eine organisatorische Trennung nicht gegeben sei, ergebe sich auch - so die Antragstellerin - aus der Mitwirkung des ÖGB am Abschluss des MR-KV.

Sollte die Antragstellerin jedoch über eine eigene organisatorische Einheit verfügen, die die gärtnerische Betreuung der Kindergärten und Schulen in Wien übernehmen soll, so ist hierfür der KV der gewerblichen Gärtner- und Landschaftsgärtnerbetriebe und damit der höhere KV-Lohn anzuwenden. Wenn jedoch keine eigene organisatorische Einheit zur Erbringung dieser Leistungen besteht, kommt es auf das wirtschaftliche Überwiegen an. Überwiegt die Gartengestaltung, so kommt wieder der KV der gewerblichen Gärtner- und Landschaftsgärtnerbetriebe zur Anwendung. Andernfalls ist der KV Maschinenring-Service Genossenschaft NÖ entsprechend dem Sitz des Unternehmens in NÖ und somit die geringeren Kollektivvertragslöhne anzuwenden.

Gemäß § 84 Abs. 2 BvergG 2006 sind die Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich, alle geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Zu diesen Vorschriften gehören auch die auf die Arbeitsverhältnisse konkret anzuwendenden Kollektivverträge. Wenn auch bei der Antragstellerin eine Mehrfachunterworfenheit im Hinblick auf die von ihr ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten gegeben sein könnte, ist die Antragstellerin doch verpflichtet als Bieterin jenen Kollektivvertrag ihrer Kalkulation zu Grunde zu legen, der für sie primär maßgebend ist. Dass die Antragstellerin aufgrund des auf sie anzuwendenden Kollektivvertrages nur Leistungen - wie die Antragsgegnerin offenbar vermeint - in Niederösterreich erbringen dürfte, ist ohne jegliche gesetzliche Grundlage. Wo immer die Antragstellerin ihre Tätigkeit ausübt, hat sie auf die bei ihre beschäftigten

Arbeitnehmer den für sie jeweils geltenden Kollektivvertrag anzuwenden und dementsprechend ihre Angebote auf der Grundlage dieses Kollektivvertrages zu kalkulieren, selbst dann, wenn sie als Bieterin an einem Vergabeverfahren in Wien teilnimmt. Gemäß Paragraph 84, Absatz 2, BvergG 2006 sind die Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich, alle geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Zu diesen Vorschriften gehören auch die auf die Arbeitsverhältnisse konkret anzuwendenden Kollektivverträge. Wenn auch bei der Antragstellerin eine Mehrfachunterworfenheit im Hinblick auf die von ihr ausgeübten gewerblichen Tätigkeiten gegeben sein könnte, ist die Antragstellerin doch verpflichtet als Bieterin jenen Kollektivvertrag ihrer Kalkulation zu Grunde zu legen, der für sie primär maßgebend ist. Dass die Antragstellerin aufgrund des auf sie anzuwendenden Kollektivvertrages nur Leistungen - wie die Antragsgegnerin offenbar vermeint - in Niederösterreich erbringen dürfte, ist ohne jegliche gesetzliche Grundlage. Wo immer die Antragstellerin ihre Tätigkeit ausübt, hat sie auf die bei ihre beschäftigten Arbeitnehmer den für sie jeweils geltenden Kollektivvertrag anzuwenden und dementsprechend ihre Angebote auf der Grundlage dieses Kollektivvertrages zu kalkulieren, selbst dann, wenn sie als Bieterin an einem Vergabeverfahren in Wien teilnimmt.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 25.5.2009 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 25.5.2009 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 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 Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Abweisung des Antrages weil Bindefrist des Angebotes der Antragstellerin im Zeitpunkt der Anfechtung bereits abgelaufen; Kollektivvertrag bei gemischten Betrieben; Maßgeblicher Kollektivvertrag.

Zuletzt aktualisiert am

18.01.2010

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