

TE Verg Bescheid 2008/11/27 VKS-8330/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.11.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29

WVRG 2007 §30 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit a, sublit a a

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §138

BVergG 2006 §139 Abs1 Z2

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

BVergG 2006 §278

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 138 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
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 278 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Anmietung von Baumaschinen mit Zusatzausstattung für Bahnbauarbeiten und Winterdienst im Einsatzbereich der Wiener Linien, Abteilung Bahnbau; 34100000-8 Kraftfahrzeuge und E072-8, Miete ohne Bedienungspersonal, durch die Wiener Linien GmbH und Co. KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 24.9.2008, die Ausschreibung „Miete von Baumaschinen mit Zusatzausstattung für Bahnbauarbeiten und Winterdienst im Einsatzbereich der Wiener Linien, Abteilung Bahnbau; Ausschreibungsnummer B63W2-01/08“, widerrufen zu wollen, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 14.10.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 28, 29, 30 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 138, 139 Abs.1 Z 2, 165, 169, 269 Abs.1 Z 5, 278 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 28, 29, 30, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 138, 139, Absatz eins, Ziffer 2, 165, 169, 269, Absatz eins, Ziffer 5, 278, BVergG 2006.

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH und Co. KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich die Miete von Baumaschinen mit Zusatzausstattungen für Bahnbauarbeiten und Winterdienst in ihrem Einsatzbereich, jedoch ohne Bedienungspersonal, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union ist am 13.6.2008 ordnungsgemäß erfolgt. Das einzige Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Teilangebote, Alternativ- und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen. Das Ende der Angebotsfrist war der 1.8.2008, 13.00 Uhr, die Angebotsöffnung ist anschließend erfolgt. Neben einer weiteren Bieterin hat sich auch die Antragstellerin an diesem Vergabeverfahren durch Legung eines Angebotes beteiligt.

Mit Schreiben vom 8.9.2008 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin mitgeteilt. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der zweiten am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieterin mit Antrag auf Nichtigerklärung am 19.9.2008 vor dem VKS-Wien angefochten. Der Antrag auf Nichtigerklärung, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wurde zu VKS-7822/08, 7823/08, protokolliert. In der Folge hat die Antragsgegnerin am 24.9.2008 die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 zurückgenommen und gleichzeitig den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens erklärt. Daraufhin wurde der zu VKS-7822/08, 7823/08, protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung von der Mitbewerberin zurückgezogen.

Die Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 24.9.2008 zugegangen. Als Begründung hat die Antragsgegnerin darin angeführt, dass eine Überprüfung einiger geforderter technischer Bedingungen und eine Überarbeitung der Ausschreibung in einigen Punkten geboten wäre. Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin angekündigt, die gegenständlichen Leistungen, nach erfolgter Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen, erneut in einem offenen Verfahren auszuschreiben.

Gegen die Entscheidung vom 24.9.2008 richtet sich der am 6. Oktober 2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007), eingelangte Antrag (der ursprünglich als Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Bieterin) auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, dass sie nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen erhalten sollte. Nunmehr habe die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und gleichzeitig ihre Absicht mitgeteilt, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Durch einen Widerruf würde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und auf Abschluss des dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Leistungsvertrages verletzt, zumal sie in der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 als Zuschlagsempfängerin vorgesehen gewesen sei. Ein Sektorenauftraggeber könne ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe gegeben sind. Zur Beurteilung, wann ein sachlicher Grund vorliegt, würden die Materialien zum BVergG 2006 auf die Tatbestände der §§ 138f WVRG 2006 und die Erläuterungen dazu verweisen. Sachliche Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen könnten seien nicht gegeben. Konkret bedeutet dies, dass auf Grund des „allgemeinen Sachlichkeitsgebotes, welches im Vergaberecht im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter umgesetzt“ sei, der Auftraggeber ein Vergabeverfahren nicht widerrufen dürfe, um den Auftrag einen ihm genehmen Bieter zukommen zu lassen. Zwar vermögen erhebliche Überschreitungen des geschätzten Auftragswertes unter der Voraussetzung einer seriösen Schätzung einen Widerruf des Vergabeverfahrens zu rechtfertigen, nicht jedoch die bloße Absicht des Auftraggebers, billigere Angebotspreise zu erzielen. Eine sachliche Rechtfertigung fehle wenn der Widerruf aus dem Grunde erfolge, um bloß billigere Angebotspreise zu erzielen, ohne dass etwa durch die Veränderung oder Neugestaltung der Ausschreibung ein Einsparungspotential realisiert würde. Der Widerruf einer Ausschreibung „um den Preis zu drücken“, sei deshalb unsachlich und damit rechtswidrig, weil er Preisspekulationen und sittenwidriges Preisdrücken durch den Auftraggeber ermögliche. Gegen die Entscheidung vom 24.9.2008 richtet sich der am 6. Oktober 2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007), eingelangte Antrag (der ursprünglich als Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Bieterin) auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, dass sie nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 den Zuschlag für die ausgeschriebenen Leistungen erhalten sollte. Nunmehr habe die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und gleichzeitig ihre Absicht mitgeteilt, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Durch einen Widerruf würde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und auf Abschluss des dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Leistungsvertrages verletzt, zumal sie in der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 als Zuschlagsempfängerin vorgesehen gewesen sei. Ein Sektorenauftraggeber könne ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe gegeben sind. Zur Beurteilung, wann ein sachlicher Grund vorliegt, würden die Materialien zum BVergG 2006 auf die Tatbestände der Paragraphen 138 f, WVRG 2006 und die Erläuterungen dazu verweisen. Sachliche Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen könnten seien nicht gegeben. Konkret bedeutet dies, dass auf Grund des „allgemeinen Sachlichkeitsgebotes, welches im Vergaberecht im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter umgesetzt“ sei, der Auftraggeber ein Vergabeverfahren nicht widerrufen dürfe, um den Auftrag einen ihm genehmen Bieter zukommen zu lassen. Zwar vermögen erhebliche Überschreitungen des geschätzten Auftragswertes unter der Voraussetzung einer seriösen Schätzung einen Widerruf des Vergabeverfahrens zu rechtfertigen, nicht jedoch die bloße Absicht des Auftraggebers, billigere Angebotspreise zu erzielen. Eine sachliche Rechtfertigung fehle wenn der Widerruf aus dem Grunde erfolge, um bloß billigere Angebotspreise zu erzielen, ohne dass etwa durch die Veränderung oder Neugestaltung der Ausschreibung ein Einsparungspotential realisiert würde. Der Widerruf einer Ausschreibung „um den Preis zu drücken“, sei deshalb unsachlich und damit rechtswidrig, weil er Preisspekulationen und sittenwidriges Preisdrücken durch den Auftraggeber ermögliche.

Soweit die Antragsgegnerin in ihrer Widerrufsentscheidung ausführe, nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei sie zur Überzeugung gelangt „dass eine Überprüfung einiger geforderter technischer Bedingungen und eine Überarbeitung der Ausschreibung in einigen Punkten geboten ist“, halte dies einer näheren Überprüfung nicht stand.

Davon, dass die Ausschreibung diskriminierend gewesen wäre, könne keine Rede sein. Insbesondere seien in der Ausschreibung nicht, wie von der Mitbewerberin behauptet, die technischen Spezifikationen der Marke *** zu Grunde gelegt worden; somit stehe die Ausschreibung im Einklang mit dem Vergaberecht. Im Einzelnen stellt die Antragstellerin durch beispielsweise angeführte Geräte anderer Hersteller dar, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Abmessungen auch von anderen Geräten erfüllt werden können. Anhand dieser Beispiele zeige sich, dass die Ausschreibung keineswegs diskriminierend gewesen sei, sondern „ihr vielmehr eine neutrale technische Leistungsbeschreibung zu Grunde lag“. Es bestehe daher kein sachlicher Grund, die Leistungsbeschreibung in technischer Hinsicht zu überarbeiten, weshalb der Widerruf rechtswidrig sei. Vielmehr sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin nach Widerruf der Ausschreibung beabsichtigt, die Ausschreibung hinsichtlich der technischen Bedingungen so zu überarbeiten, dass auch die von der Mitbewerberin angebotenen Baumaschinen den „neuen“ technischen Spezifikationen der folgenden Ausschreibung entsprechen. Einen anderen vernünftigen Grund für den Widerruf und die angekündigte Änderung der technischen Bedingungen der Ausschreibung könne es nicht geben. Würde die Leistungsbeschreibung in einer Weise überarbeitet, dass die Mitbewerberin die technischen Mindestanforderungen erfüllen kann, wäre der Widerruf jedenfalls willkürlich. Der Bieterkreis würde sich nicht erweitern, weil ja schon für andere geeignete Marken Angebote nicht gelegt worden seien. Diese von der Antragstellerin (vermutete) Vorgangsweise, stehe diametral im Widerspruch zu dem im §19 Abs.1 BVergG 2006 normierten Gleichbehandlungsprinzip aller Bieter, weil der Widerruf zur Folge hätte, dass jedenfalls dem Angebot der Mitbewerberin zuzuschlagen ist. Das Angebot der Mitbewerberin sei deshalb um EUR 674.254,80 billiger als jenes der Antragstellerin, weil sie nicht gleichwertige Leistungen angeboten habe. Ob ein Widerrufsgrund vorliegt sei „nach der ständigen Rechtsprechung einzig nach objektiven Gründen zu beurteilen“. Objektiv betrachtet führe der Widerruf und die darauffolgende Überarbeitung der Ausschreibung zu einem Widerspruch zum vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot sowie zur Diskriminierung der Antragstellerin und zwar auch dann, wenn diese Vorgangsweise von der Antragsgegnerin nicht beabsichtigt sein sollte. Die Widerrufsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären. Soweit die Antragsgegnerin in ihrer Widerrufsentscheidung ausführe, nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens sei sie zur Überzeugung gelangt „dass eine Überprüfung einiger geforderter technischer Bedingungen und eine Überarbeitung der Ausschreibung in einigen Punkten geboten ist“, halte dies einer näheren Überprüfung nicht stand. Davon, dass die Ausschreibung diskriminierend gewesen wäre, könne keine Rede sein. Insbesondere seien in der Ausschreibung nicht, wie von der Mitbewerberin behauptet, die technischen Spezifikationen der Marke *** zu Grunde gelegt worden; somit stehe die Ausschreibung im Einklang mit dem Vergaberecht. Im Einzelnen stellt die Antragstellerin durch beispielsweise angeführte Geräte anderer Hersteller dar, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Abmessungen auch von anderen Geräten erfüllt werden können. Anhand dieser Beispiele zeige sich, dass die Ausschreibung keineswegs diskriminierend gewesen sei, sondern „ihr vielmehr eine neutrale technische Leistungsbeschreibung zu Grunde lag“. Es bestehe daher kein sachlicher Grund, die Leistungsbeschreibung in technischer Hinsicht zu überarbeiten, weshalb der Widerruf rechtswidrig sei. Vielmehr sei anzunehmen, dass die Antragsgegnerin nach Widerruf der Ausschreibung beabsichtigt, die Ausschreibung hinsichtlich der technischen Bedingungen so zu überarbeiten, dass auch die von der Mitbewerberin angebotenen Baumaschinen den „neuen“ technischen Spezifikationen der folgenden Ausschreibung entsprechen. Einen anderen vernünftigen Grund für den Widerruf und die angekündigte Änderung der technischen Bedingungen der Ausschreibung könne es nicht geben. Würde die Leistungsbeschreibung in einer Weise überarbeitet, dass die Mitbewerberin die technischen Mindestanforderungen erfüllen kann, wäre der Widerruf jedenfalls willkürlich. Der Bieterkreis würde sich nicht erweitern, weil ja schon für andere geeignete Marken Angebote nicht gelegt worden seien. Diese von der Antragstellerin (vermutete) Vorgangsweise, stehe diametral im Widerspruch zu dem im §19 Absatz eins, BVergG 2006 normierten Gleichbehandlungsprinzip aller Bieter, weil der Widerruf zur Folge hätte, dass jedenfalls dem Angebot der Mitbewerberin zuzuschlagen ist. Das Angebot der Mitbewerberin sei deshalb um EUR 674.254,80 billiger als jenes der Antragstellerin, weil sie nicht gleichwertige Leistungen angeboten habe. Ob ein Widerrufsgrund vorliegt sei „nach der ständigen Rechtsprechung einzig nach objektiven Gründen zu beurteilen“. Objektiv betrachtet führe der Widerruf und die darauffolgende Überarbeitung der Ausschreibung zu einem Widerspruch zum vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot sowie zur Diskriminierung der Antragstellerin und zwar auch dann, wenn diese Vorgangsweise von der Antragsgegnerin nicht beabsichtigt sein sollte. Die Widerrufsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Im Hinblick darauf, dass die zunächst ergangene, in der Folge zurückgenommene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten

des Angebotes der Antragstellerin gelautet habe, habe diese ein eminentes Interesse an der Erlangung des Auftrages. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden aus entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag sowie an bisher aufgewendeten Projektkosten von zusammen EUR 170.400,-. Letztlich würde die Antragstellerin auch einen für sie wichtigen Referenzauftrag verlieren.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 14.10.2008 erlassen. Diesbezüglich kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugekommenen Bescheides verwiesen werden.

In ihrem Schriftsatz vom 14.10.2008 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, dass zwei sachliche Gründe für den Widerruf des Vergabeverfahrens gegeben wären. Die Antragsgegnerin habe ihre Ausschreibungsunterlagen entsprechend den Anforderungen an die Leistungserbringung und entsprechend den Umständen, unter denen die Leistung zu erbringen sei, fachkundig erstellt. So seien beispielsweise die geforderten Höhenabmessungen der Baumaschinen entsprechend den bestehenden Durchfahrthöhen bei Objekten der Antragsgegnerin festgelegt worden. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu VKS – 7822/08 und der Überprüfung der von der Mitbewerberin behaupteten Argumente zur Ausschreibungsgestaltung sei die Antragsgegnerin zur Erkenntnis gelangt „dass die Ausschreibung zwar keinesfalls diskriminierend war – der Vorwurf der diskriminierenden Ausschreibungsgestaltung durch die Mitbewerberin aus dem Nachprüfungsantrag wird an dieser Stelle von der Antragsgegnerin ausdrücklich bestritten - jedoch in einigen Punkten für an der Teilnahme am Verfahren interessierte Unternehmer möglicherweise „abschreckend“ formuliert“ gewesen sei. Die von der Antragsgegnerin vorgegebenen technischen Daten seien zwar sachgerecht, hätten jedoch in der geforderten Form durchaus den Markt einschränkende Auswirkungen gehabt. So sei etwa die in der gegenständlichen Ausschreibung geforderte Höhe über Schaufel beim Baggerlader von 4.300 mm geeignet, alle Baumaschinen, die eine größere Höhe aufweisen, als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden. Tatsächlich bestünde aber für Anbieter von Baggerladern mit einer größeren Höhe als ausgeschrieben, die Möglichkeit den in der Ausschreibung geforderten Wert mittels einer Arretiervorrichtung oder einer Programmierung zu erreichen, „worauf in der Ausschreibung mangels Kenntnis kein Bedacht gelegt wurde“. Es würden sich weitere Beispiele in der Ausschreibung finden, wie diese „weniger streng formuliert und weniger abschreckend gestaltet hätte sein können“. Die Annahme, dass die Antragsgegnerin mit der Art und Weise der Ausschreibungsgestaltung wenig Anreiz für Unternehmer geschaffen habe, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, finde ihre Bestätigung in den Zugriffs- und Downloaddaten der öffentlichen Bekanntmachung auf der Vergabeplattform der Antragsgegnerin im Internet. Insgesamt seien 114 Zugriffe auf die Ausschreibung gezählt worden, jedoch nur 88 Downloads der Ausschreibung erfolgt. An Hand der 88 Downloads sei auf ein großes Interesse des Marktes an der gegenständlichen Ausschreibung zu schließen. Tatsächlich seien jedoch nur 2 Angebote gelegt worden. Dieser Umstand habe die Antragsgegnerin zu der Einsicht geführt „dass sie einen wesentlich kleineren Markt aktiviert, als es objektiv möglich gewesen wäre“. Diese Umstände seien der Antragsgegnerin erst nach Ablauf der Angebotsfrist, nicht zuletzt durch die Beschwerde der Mitbewerberin bekannt geworden und hätten zu dem Entschluss geführt, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen, um eine offenere Ausschreibung zu formulieren und den Markt zu dieser Leistung erneut zu befragen.

Die Prüfung des Angebotes der Mitbewerberin „*** GmbH“ habe ergeben, dass das von ihr angebotene Produkt nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Es wäre daher das Angebot der Mitbewerberin auszuschneiden gewesen, eine Ausscheidungsentscheidung sei jedoch nicht erfolgt. Nach dem Ausscheiden dieses Angebotes würde lediglich das Angebot der Antragstellerin verbleiben. Auch dieser Umstand würde einen Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen.

Das Argument der Antragstellerin, der Widerruf und eine Neuausschreibung der nach wie vor benötigten Leistungen begünstige ausschließlich die Mitbewerberin „*** GmbH“ sei unzutreffend, weil die Antragsgegnerin mit dem Widerruf das Ziel verfolge, „mit einer erneut offeneren und einladender gestalteten Ausschreibung den Markt erneut zur gegenständlichen Leistung zu befragen, um ein höheres Maß an Wettbewerb zu gewährleisten“. Die Ausschreibung werde von der Antragsgegnerin nicht überarbeitet, um einen bestimmten Bieter die Möglichkeit einzuräumen, den Zuschlag zu erhalten, sondern um allen Marktteilnehmern die größtmögliche Chance zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu bieten. Auch darin liege eine sachliche Rechtfertigung für den Widerruf der Ausschreibung.

Mit Schriftsatz vom 21.10.2008 ist das Unternehmen „*** GmbH“ (im Folgenden Teilnahmberechtigte genannt) dem Verfahren mit dem Begehren beigetreten, die Widerrufsentscheidung für nichtig zu erklären. Nach Ansicht der Teilnahmberechtigten habe sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, weil die darin angebotenen Geräte

sowohl in Abmessung und Leistung gleichwertig den ausgeschriebenen Geräten gewesen wären. Ein Grund für die Ausscheidung ihres Angebotes sei nicht gegeben, das Angebot auch tatsächlich nicht ausgeschieden worden. Mit der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008, die in der Folge von der Antragsgegnerin zurückgenommen worden sei, habe diese der Teilnahmberechtigten kein Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt, sondern lediglich, „dass diese mit der Durchführung des Auftrages nicht beauftragt werden kann und für die Zuschlagserteilung die Antragstellerin vorgesehen“ sei. Ein formell gesondert anfechtbare Ausscheidungsentscheidung des Angebotes der Teilnahmberechtigten im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit.aa BVergG liege daher nicht vor. Mit Schriftsatz vom 21.10.2008 ist das Unternehmen „*** GmbH“ (im Folgenden Teilnahmberechtigte genannt) dem Verfahren mit dem Begehren beigetreten, die Widerrufsentscheidung für nichtig zu erklären. Nach Ansicht der Teilnahmberechtigten habe sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt, weil die darin angebotenen Geräte sowohl in Abmessung und Leistung gleichwertig den ausgeschriebenen Geräten gewesen wären. Ein Grund für die Ausscheidung ihres Angebotes sei nicht gegeben, das Angebot auch tatsächlich nicht ausgeschieden worden. Mit der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008, die in der Folge von der Antragsgegnerin zurückgenommen worden sei, habe diese der Teilnahmberechtigten kein Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt, sondern lediglich, „dass diese mit der Durchführung des Auftrages nicht beauftragt werden kann und für die Zuschlagserteilung die Antragstellerin vorgesehen“ sei. Ein formell gesondert anfechtbare Ausscheidungsentscheidung des Angebotes der Teilnahmberechtigten im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG liege daher nicht vor.

Die Antragsgegnerin habe zugestanden, dass sie der technischen Spezifikation genau jene Maße zu Grunde gelegt habe, die die Geräte der Marke *** aufweisen. Damit habe die Antragsgegnerin zwar von der „nur ausnahmsweise zugelassenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, dies zu tun, weil der Auftragsgegenstand sonst nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden konnte“, sie habe es jedoch unzulässiger Weise unterlassen, den für einen solchen Fall ausnahmslos vorgeschriebenen Zusatz „oder gleichwertig“ in die Ausschreibung auszunehmen. Wenn nun in einer Leistungsbeschreibung technische Spezifikationen festgelegt werden, dürfe der Sektorenauftraggeber ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotenen Leistungen entsprächen nicht den von ihm herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter mit geeigneten Mitteln in seinem Angebot nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den angeforderten Spezifikationen gleicher Maße entsprechen. Also auch dann, wenn die Ausschreibung gesetzwidrig erfolgt sein sollte, müsse der Auftraggeber ein Angebot berücksichtigen, wenn die angebotenen Leistungen den in der Leistungsbeschreibung geforderten äquivalent seien. Offensichtlich sei eine Äquivalenzprüfung von der Antragsgegnerin bisher nicht durchgeführt worden. Das Angebot der Teilnahmberechtigten hätte bei Durchführung der zwingend vorgeschriebenen Gleichwertigkeitsprüfung dem Vergleich mit dem Angebot der Antragstellerin stand gehalten. Bei gegebener Gleichwertigkeit hätte daher das in der Ausschreibung angeführte Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises zu Gunsten der Teilnahmberechtigten zum Tragen kommen müssen. Die Teilnahmberechtigte habe daher ein Interesse an der Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, weil dann das Vergabeverfahren fortgeführt werden müsste und sie letztlich den Auftrag erhalten könnte.

Mit Schriftsatz vom 22.10.2008 hat die Antragstellerin auf dieses Vorbringen repliziert und zunächst darauf hingewiesen, dass das Angebot der Teilnahmberechtigten eben nicht ausgeschieden worden sei, weshalb weiterhin 2 Angebote im Vergabeverfahren vorhanden wären. Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass die Ausschreibung nicht benachteiligend formuliert gewesen sei, weil für die technischen Spezifikationen der Ausschreibung neben Baumaschinen der Marke *** noch weitere Produkte anderer Erzeuger in Frage kämen. Dass die Ausschreibung einen wesentlich kleineren Markt aktivierte als es objektiv möglich und wie auf Grund der Downloads anzunehmen gewesen sei, hätte der Antragsgegnerin schon lang vor dem Nachprüfungsantrag der Teilnahmberechtigten bewusst gewesen sein müssen, zumal die Zugriffe auf die Ausschreibung und die Downloads der jeweiligen Bieter schon vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung standen. Die Antragsgegnerin wäre daher schon vor Ablauf der Angebotsfrist in der Lage gewesen, die Ausschreibung schon vor oder unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen. Es sei daher zu vermuten, dass im neuen Vergabeverfahren eine Zuschlagserteilung an „den billigeren Mitbewerber *** erfolgen soll“. Damit wäre der Widerruf aber unsachlich.

Mit der Stellungnahme vom 24.10.2008 hat die Antragsgegnerin ihren Standpunkt dahingehend zusammengefasst, „dass das Ergebnis der Ausschreibung für sie aus Sicht des stattgefundenen Wettbewerbes im Vergleich zum möglichen Wettbewerb unbefriedigend (sei) und sie daher den Markt nochmals zu dieser Leistung in einer

abgeänderten Form befragen möchte". Der Abruf der Downloads sowie die Prüfung der Zugriffe sei erst nach Einleitung des von der Teilnahmeberechtigten angestrebten Nachprüfungsverfahrens erfolgt. Es sei zwar zutreffend, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten „formal korrekt auszuschneiden gewesen wäre". Eine formelle Ausscheidungsentscheidung sei jedoch nicht erfolgt. Letztlich sei aus Sicht der Antragsgegnerin weder für die Teilnahmeberechtigte noch für die Antragstellerin mit der Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung etwas gewonnen. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei nicht zuschlagsfähig und wäre daher formal korrekt auszuschneiden. Demnach verbleibe nur ein Angebot im Verfahren. In diesem Fall habe die Antragsgegnerin das Recht des Widerrufs ohne Vorliegen weiterer Gründe.

Schließlich hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 4.11.2008 neuerlich unterstrichen, dass ihr Angebot nicht auszuschneiden wäre und tatsächlich formal auch nicht ausgeschieden wurde. Soweit die Antragsgegnerin ihre Widerrufsentscheidung damit zu rechtfertigen versuche, dass ihr im Zuge des von der Teilnahmeberechtigten angestrebten Nachprüfungsverfahrens zur Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 Umstände bekannt geworden seien, die, wenn sie ihr schon vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, habe sie derartige Umstände nicht nachvollziehbar angegeben. Worin eine wesentlich andere Ausschreibung bestanden hätte, sei von der Antragsgegnerin nicht dargelegt worden. Eine inhaltlich wesentlich andere Ausschreibung sei auf Grund des genau definierten Einsatz- und Verwendungszweckes der Geräte auch gar nicht möglich. Letztlich begehrt die Teilnahmeberechtigte ihr die Einsichtnahme in die Niederschrift zur Angebotsprüfung (auch der Seite 12) und in den Motivenbericht zum Widerruf der Ausschreibung zu gewähren. Gegen diesen Antrag hat sich die Antragsgegnerin ausgesprochen (Schriftsatz vom 24.10.2008).

In Ergänzung des eingangs wiedergegebenen Sachverhaltes, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand 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 Gegenseite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Inhalt der Akten des Nachprüfungsverfahrens zu VKS – 7822/08 u. 7823/08 und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Anmietung von Baumaschinen mit Zusatzausstattungen für Bahn- und Winterdienst im Einsatzbereich der Wiener Linien Abteilung Bahnbau. Die Vertragslaufzeit ist mit 36 Monaten vorgesehen. Das einzige Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis". Teilangebote, Alternativ- und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union ist am 13.6.2008 ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war der 1.8.2008, 13.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich durch Legung von Angeboten lediglich die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte beteiligt.

Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit EUR 1,292.857,20 (inklusive Umsatzsteuer) an 1. Stelle, jenes der Antragstellerin mit EUR 1,967.112,-- (inklusive Umsatzsteuer) an 2. Stelle verlesen.

Im Abschnitt 4 der Ausschreibungsunterlagen ist auf den Seiten 13 bis 22 eine detaillierte technische Beschreibung der anzubietenden Baumaschinen festgelegt. Diese technische Beschreibung enthält detaillierte Angaben zu den Abmessungen, Betriebsdaten und Gewichtsangaben. In der technischen Beschreibung wird nicht ausdrücklich auf ein bestimmtes Produkt, etwa Radlader des Erzeugers ***, Bezug genommen. Lediglich bei der Festlegung der Dimension der Bereifung der Geräte findet sich der Beisatz „oder gleichwertig".

Nach den Ausschreibungsbestimmungen (.5 Leistungsverzeichnis – Seite 23) waren „die Kosten monatlich ausgehend von 1.500 Betriebsstunden pro Laufzeit zu 36 Monaten pro Fahrzeug" für 5 Baggerlader, 11 Kompaktlader, 9 Radlader, 4 Anbaubagger, 4 Asphaltfräsen klein, 4 Asphaltfräsen groß, 11 Stück Anbaustreuer klein und 9 Stück Anbaustreuer groß anzubieten.

Am 8.9.2008 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und darin der Teilnahmeberechtigten mitgeteilt, dass diese den Auftrag nicht erhalten könne, da das Angebot „das Zuschlagskriterium 4. Technische Beschreibung der konkret angebotenen Baumaschinen inklusive der Zusatzausstattung entsprechend der Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen nicht erfülle".

Die Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 wurde von der Teilnahmeberechtigten mit Antrag auf deren Nichtigerklärung

vom 26.9.2008 angefochten. Die Teilnahmeberechtigte hat ihren Antrag im Wesentlichen damit begründet, die Antragsgegnerin hätte im Punkt 4 ihrer Ausschreibung die technische Beschreibung der konkret angebotenen Baumaschinen inklusive der Zusatzausstattung entsprechend der Leistungsbeschreibung der besonderen Vertragsbestimmungen an die Leistungsmerkmale der Baumaschinen des Herstellers *** nicht bloß angelehnt, sondern die Leistungsmerkmale und technischen Details der ***geräte 1 zu 1 übernommen". Dies sei vom Vertreter der Auftraggeberin im Rahmen eines Bietergesprächs auch bestätigt worden. In diesem Nachprüfungsantrag zeigt die Teilnahmeberechtigte an Hand einzelner Festlegungen auf, dass die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich auf ein bestimmtes Gerät abgestellt sind und damit einen diskriminierenden Inhalt aufweisen würden. Dieser Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden zu VKS-7822/08, 7823/08 protokolliert. Noch bevor die beantragte einstweilige Verfügung erlassen werden konnte, hat die Antragsgegnerin am 24.9.2008 die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und die gegenständliche Ausschreibung widerrufen. Diese Entscheidung lautet wie folgt:

1. 1.Ziffer eins

„Rücknahme der Zuschlagsentscheidung vom 08.09.2008

Die WIENER LINIEN GmbH & Co KG nimmt die Zuschlagsentscheidung vom 08.09.2008 zurück.

1. 2.Ziffer 2

Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung Nr. B63W2-01/08

Die WIENER LINIEN GmbH & Co KG erklärt hiermit gemäß § 279 Bundesvergabegesetz 2006 i.d.g.F. den Widerruf der Ausschreibung „Miete von Baumaschinen mit Zusatzausstattung für Bahnbauarbeiten und Winterdienst im Einsatzbereich der Wiener Linien, Abteilung Bahnbau – Ausschreibungsnummer: Die WIENER LINIEN GmbH & Co KG erklärt hiermit gemäß Paragraph 279, Bundesvergabegesetz 2006 i.d.g.F. den Widerruf der Ausschreibung „Miete von Baumaschinen mit Zusatzausstattung für Bahnbauarbeiten und Winterdienst im Einsatzbereich der Wiener Linien, Abteilung Bahnbau – Ausschreibungsnummer: B63W2-01/08".

Als Gründe für den Widerruf kann dargelegt werden, dass die WIENER LINIEN GmbH & Co KG aus Anlass und im Lichte des eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung zu der Überzeugung gelangt ist, dass eine Überprüfung einiger geforderter technischen Bedingungen und eine Überarbeitung der Ausschreibung in einigen Punkten geboten ist. Die Stillhaltefrist läuft am 07.10.2008 aus.

1. 3.Ziffer 3

Ankündigung der erneuten Ausschreibung nach Überarbeitung Gleichzeitig mit dem Widerruf der Ausschreibung kündigen wir an, die gegenständliche Leistung nach erfolgter Überarbeitung erneut in einem Offenen Verfahren gemäß den Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 2006 i.d.g.F. für den Oberschwellenbereich auszuschreiben.

Daraufhin hat die Teilnahmeberechtigte ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgezogen und die Antragstellerin die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin vom 24.9.2008 mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag angefochten.

In den Vergabeakten findet sich eine ausführliche Niederschrift vom 8.9.2008 über die Angebotsprüfung sowie nach Einlangen des Nichtigerklärungsantrages bezüglich der Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 ein Motivenbericht zum Widerruf der Ausschreibung, datiert mit 23.9.2008. Darin wird unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Nachprüfungsantrag zunächst festgehalten, dass die durchgeführte Überprüfung der Datenteile der elektronischen Bekanntmachung ergeben habe, dass die Ausschreibungsunterlagen von der Bekanntmachungsseite der Wiener Linien im Internet insgesamt 88 Mal heruntergeladen wurden, jedoch lediglich zwei Angebote eingelangt sind. Diese augenfällig geringe Beteiligung an Unternehmen trotz hoher Downloadzahlen lasse vermuten, dass die Ausschreibung zwar nicht diskriminierend, aber doch auf Grund der teilweise nicht gebotenen strengen Anforderungen in einigen Punkten „abschreckend" für Unternehmer gestaltet gewesen sei. Dadurch könnten einige Unternehmer auf Grund der Gestaltung der Ausschreibung von der Teilnahme am Vergabeverfahren abgehalten worden sein, sodass ein kleinerer Markt befragt wurde, als tatsächlich möglich gewesen wäre. Von einem Teilnehmer an der Sitzung wurde daher vorgeschlagen, das Vergabeverfahren zu widerrufen, „die Leistungsbeschreibung zu überarbeiten und einige der genannten strengen Punkte anders zu formulieren (z.B. dass nicht die maximale Höhe über Schaufel angegeben wird,

sondern dass eine Formulierung gewählt wird, die die maximale Höhe vorgibt, es jedoch dem Unternehmer erlaubt, eine größere Höhe, z.B. mit einer Arretiervorrichtung – wie offenbar möglich – auf den geforderten Wert einzuschränken)".

Auf Grund dieses Motivenberichtes hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung vom 8.9.2008 zurückgenommen und das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 24.9.2008 zugegangen. Ihr Nachprüfungsantrag ist am 6.10.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2008. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin sich bei der Beschreibung der ausgeschriebenen Geräte überwiegend am Produkt *** orientiert hat. Wenn sie diesen Umstand auch nicht als „diskriminierende Ausschreibungsgestaltung“ bezeichnen will, hat sie doch erklärt, dass diesbezüglich die Ausschreibungsunterlagen „abschreckend“ formuliert waren. Soweit die Teilnehmerebene ihr Begehren auf Akteneinsicht auch noch im Schriftsatz vom 4.11.2008 aufrecht erhalten hat, in dem sie Einsicht in die Niederschrift der Angebotsprüfung, insbesondere Seite 12 der Niederschrift und in den Motivenbericht begehrt, war diesem Antrag nicht statt zu geben. Durch die Einsicht in die Niederschrift zur Angebotsprüfung hätte die Teilnehmerebene auch Kenntnis vom Angebot der Antragstellerin erhalten, wodurch deren berechnigte Interessen verletzt werden könnten (vgl. § 23 BVerfG 2006). Hingegen war der Teilnehmerebene die Einsicht in jenen Teil der Niederschrift zu gewähren, die ihr Angebot betreffen. Der Motivenbericht zum Widerruf der Ausschreibung war von der Einsicht schon deshalb auszunehmen, weil die Antragsgegnerin diesbezüglich wichtige Interessen an der Geheimhaltung geltend gemacht hat und der Inhalt dieses Vermerks ohnedies von der angerufenen Nachprüfungsbehörde einer Prüfung unterzogen wurde. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vornehmlich auf Grund des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2008. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin sich bei der Beschreibung der ausgeschriebenen Geräte überwiegend am Produkt *** orientiert hat. Wenn sie diesen Umstand auch nicht als „diskriminierende Ausschreibungsgestaltung“ bezeichnen will, hat sie doch erklärt, dass diesbezüglich die Ausschreibungsunterlagen „abschreckend“ formuliert waren. Soweit die Teilnehmerebene ihr Begehren auf Akteneinsicht auch noch im Schriftsatz vom 4.11.2008 aufrecht erhalten hat, in dem sie Einsicht in die Niederschrift der Angebotsprüfung, insbesondere Seite 12 der Niederschrift und in den Motivenbericht begehrt, war diesem Antrag nicht statt zu geben. Durch die Einsicht in die Niederschrift zur Angebotsprüfung hätte die Teilnehmerebene auch Kenntnis vom Angebot der Antragstellerin erhalten, wodurch deren berechnigte Interessen verletzt werden könnten (vergleiche Paragraph 23, BVerfG 2006). Hingegen war der Teilnehmerebene die Einsicht in jenen Teil der Niederschrift zu gewähren, die ihr Angebot betreffen. Der Motivenbericht zum Widerruf der Ausschreibung war von der Einsicht schon deshalb auszunehmen, weil die Antragsgegnerin diesbezüglich wichtige Interessen an der Geheimhaltung geltend gemacht hat und der Inhalt dieses Vermerks ohnedies von der angerufenen Nachprüfungsbehörde einer Prüfung unterzogen wurde.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs.1 Z 2 BVerfG 2006, die eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 169 BVerfG 2006 ausübt. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Anmietung von Baumaschinen mit Zusatzausstattungen für Bahn-Bauarbeiten und Winterdienst in ihrem Einsatzbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag dem Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerfG 2006, die eine Sektorentätigkeit im Sinne des Paragraph 169, BVerfG 2006 ausübt. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Anmietung von Baumaschinen mit Zusatzausstattungen für Bahn-Bauarbeiten und Winterdienst in ihrem Einsatzbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag dem Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ erteilt werden. 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 Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine 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 Widerrufsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach §18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeiten begehren, sofern ihm oder ihr durch eine 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 Widerrufsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach §18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die Widerrufsentscheidung der Antragstellerin am 24.9.2008 zugekommen ist, ist ihr am 6.10.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs.1 Z 6 WVRG 2007. Da die Widerrufsentscheidung der Antragstellerin am 24.9.2008 zugekommen ist, ist ihr am 6.10.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung erweist sich jedoch im Ergebnis als nicht berechtigt.

Da es sich bei der Antragsgegnerin um einen Sektorenauftraggeber handelt, sind die Bestimmungen für den Sektorenbereich gegenständlich anzuwenden. Nach § 278 BVergG 2006 kann der Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen, „wenn dafür sachliche Gründe bestehen“. In den erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung wird zur Beurteilung, wann ein sachlicher Grund vorliegt, auf die Tatbestände der §§ 138f und die dortigen Erläuterungen verwiesen. Aus den Erläuterungen zu §138 BVergG 2006 wird unter Zitierung der Judikatur des EuGH darauf hingewiesen, dass ein Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig ist (vgl. Rsc 27/98 C-92/00 und C-244/02). So hat der EuGH in der Rechtssache C-244-02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien „nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden“. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich ändert, kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt oder wenn er etwa Preisabsprachen vermutet oder Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Die erläuternden Bemerkungen weisen ausdrücklich darauf hin, dass „sachliche Gründe“ auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. EuGH RsC-244/02). Da es sich bei der Antragsgegnerin um einen Sektorenauftraggeber handelt, sind die Bestimmungen für den Sektorenbereich gegenständlich anzuwenden. Nach Paragraph 278, BVergG 2006 kann der Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren

widerrufen, „wenn dafür sachliche Gründe bestehen“. In den erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung wird zur Beurteilung, wann ein sachlicher Grund vorliegt, auf die Tatbestände der Paragraphen 138 f und die dortigen Erläuterungen verwiesen. Aus den Erläuterungen zu §138 BVergG 2006 wird unter Zitierung der Judikatur des EuGH darauf hingewiesen, dass ein Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig ist vergleiche Rsc 27/98 C-92/00 und C-244/02). So hat der EuGH in der Rechtssache C-244-02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien „nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden“. Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich ändert, kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt oder wenn er etwa Preisabsprachen vermutet oder Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbundene allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. Die erläuternden Bemerkungen weisen ausdrücklich darauf hin, dass „sachliche Gründe“ auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden vergleiche EuGH RsC-244/02).

Vorliegend hat das Verfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin auf Grund des zu VKS-7822/08 eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens zum Ergebnis gelangt ist, dass die dem Vergabeverfahren zu Grunde liegenden Ausschreibungsbedingungen „abschreckend“ formuliert sind. Wenn auch die Antragsgegnerin sich dagegen verwehrt, ihre Festlegungen zu den „geforderten technischen Bedingungen“ als diskriminierend zu werten, ergibt eine bereits oberflächliche Überprüfung der diesbezüglichen Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen unter Abschnitt 4. – Technische Beschreibungen der Baumaschinen (Seite 13 bis 22) mit der Produktbeschreibung betreffend die von der Antragstellerin angebotenen Erzeugnisse des Unternehmens ***, dass die Vermutung der Teilnahmeberechtigten, die Abmessungen und Leistungsdaten dieser Produkte seien „1 zu 1“ in die Ausschreibung übernommen worden, nicht von der Hand zu weisen sind. Letztlich wird dies aber im Ergebnis auch von der Antragsgegnerin insoweit eingestanden, wenn sie erklärt und in ihrem Motivenbericht zum Widerruf festhält, dass die Ausschreibung „abschreckend“ formuliert wurde und die Leistungsbeschreibung zu überarbeiten wäre um „einige der genannten strengen Punkte“ anders zu formulieren.

Dass diese Festlegungen dazu geführt haben dürften, dass – wie die Antragsgegnerin nach Angebotseröffnung festgestellt hat – von 88 interessierten Unternehmen zwar ein Download der Ausschreibungsbestimmungen vorgenommen wurde, jedoch nur zwei Angebote eingelangt sind, ist nicht von der Hand zu weisen, dass eben durch die Festlegungen in der Ausschreibung, die sich an einem bestimmten Gerät orientiert haben, Bieter von der Angebotslegung abgehalten wurden. Wenn also die Antragsgegnerin auf Grund der Abgabe von nur 2 Angeboten zur Ansicht gelangt ist, dass die Ausschreibungsunterlagen eine den Markt einschränkende Auswirkung gehabt haben, und deshalb das Vergabeverfahren zu widerrufen ist, um mit einer geänderten – offeneren Ausschreibung - nach Möglichkeit einen größeren Markt zu erfassen, bildet dies einen durchaus als sachlich zu bezeichnenden Widerrufsgrund. Diesem Gedanken kann hinsichtlich des Grundsatzes des Vergaberechtes, einen freien, lauterer und fairen Wettbewerb durchzuführen, gefolgt werden. Als Grenze ob ein Widerrufsgrund noch sachlich gerechtfertigt ist, kann das Vorliegen von Willkür angesehen werden. Die Ausschreibung soll nicht bloß mit der selben Leistungsbeschreibung wiederholt, sondern in einigen Punkten überarbeitet und geändert werden. Willkür liegt damit nicht vor, denn es kann das Interesse der Auftraggeberin an der Förderung eines möglichst breiten Wettbewerbes mit einer neuen Ausschreibung mit weniger „abschreckenden“ Festlegungen mit großer Wahrscheinlichkeit erfüllt werden. Jedenfalls bildet es auch einen sachlichen Widerrufsgrund, wenn der Auftraggeber nach Angebotseröffnung zum Ergebnis kommt, dass Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig sein könnten und nicht ausgeschlossen werden kann, dass Bieter ohne diese rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen andere Angebote oder inhaltlich anders gestellte Angebote gelegt hätten (vgl. PVA 20.4.2001, N-43/01-20, N 46/01- 18). Nach § 19 Abs.4 2. Satz BVergG 2006 ist ein Auftraggeber nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Das bedeutet im Ergebnis aber, dass ein Auftraggeber, der nachträglich erkennt, dass die von ihm gewählten Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen in ihren Auswirkungen diskriminierend sein können bzw. einem Nachprüfungsverfahren

nicht standhalten könnten, diese Sachlage jedenfalls dazu berechtigt, das Vergabeverfahren in seiner Gesamtheit zu widerrufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Auftraggeber die Gründe, die zur Widerrufsentscheidung geführt haben, selbst schuldhaft verursacht hat. Auch in diesem Fall ist er zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes unter Umständen schadenersatzpflichtig (vgl. OGH v. 11.6.2008, 7Ob 56/08y). Dass diese Festlegungen dazu geführt haben dürften, dass – wie die Antragsgegnerin nach Angebotseröffnung festgestellt hat – von 88 interessierten Unternehmen zwar ein Download der Ausschreibungsbestimmungen vorgenommen wurde, jedoch nur zwei Angebote eingelangt sind, ist nicht von der Hand zu weisen, dass eben durch die Festlegungen in der Ausschreibung, die sich an einem bestimmten Gerät orientiert haben, Bieter von der Angebotslegung abgehalten wurden. Wenn also die Antragsgegnerin auf Grund der Abgabe von nur 2 Angeboten zur Ansicht gelangt ist, dass die Ausschreibungsunterlagen eine den Markt einschränkende Auswirkung gehabt haben, und deshalb das Vergabeverfahren zu widerrufen ist, um mit einer geänderten – offeneren Ausschreibung – nach Möglichkeit einen größeren Markt zu erfassen, bildet dies einen durchaus als sachlich zu bezeichnenden Widerrufsgrund. Diesem Gedanken kann hinsichtlich des Grundsatzes des Vergaberechtes, einen freien, lauterer und fairen Wettbewerb durchzuführen, gefolgt werden. Als Grenze ob ein Widerrufsgrund noch sachlich gerechtfertigt ist, kann das Vorliegen von Willkür angesehen werden. Die Ausschreibung soll nicht bloß mit der selben Leistungsbeschreibung wiederholt, sondern in einigen Punkten überarbeitet und geändert werden. Willkür liegt damit nicht vor, denn es kann das Interesse der Auftraggeberin an der Förderung eines möglichst breiten Wettbewerbes mit einer neuen Ausschreibung mit weniger „abschreckenden“ Festlegungen mit großer Wahrscheinlichkeit erfüllt werden. Jedenfalls bildet es auch einen sachlichen Widerrufsgrund, wenn der Auftraggeber nach Angebotseröffnung zum Ergebnis kommt, dass Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig sein könnten und nicht ausgeschlossen werden kann, dass Bieter ohne diese rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen andere Angebote oder inhaltlich anders gestellte Angebote gelegt hätten vergleiche PVA 20.4.2001, N-43/01-20, N 46/01- 18). Nach Paragraph 19, Absatz 4, 2. Satz BVergG 2006 ist ein Auftraggeber nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Das bedeutet im Ergebnis aber, dass ein Auftraggeber, der nachträglich erkennt, dass die von ihm gewählten Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen in ihren Auswirkungen diskriminierend sein können bzw. einem Nachprüfungsverfahren nicht standhalten könnten, diese Sachlage jedenfalls dazu berechtigt, das Vergabeverfahren in seiner Gesamtheit zu widerrufen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Auftraggeber die Gründe, die zur Widerrufsentscheidung geführt haben, selbst schuldhaft verursacht hat. Auch in diesem Fall ist er zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes unter Umständen schadenersatzpflichtig vergleiche OGH v. 11.6.2008, 7Ob 56/08y).

Der erkennende Senat hält zusammenfassend die von der Antragsgegnerin für den Widerruf geltend gemachten Gründe daher für sachlich gerechtfertigt.

Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten auszuschneiden wäre, sodass nur ein Angebot im Verfahren verbleibt, ist zunächst darauf zu verweisen, dass eine formelle Ausscheidung des Angebotes der Teilnehmberechtigten nicht gegeben ist. Da das Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmberechtigten formal bisher nicht erfolgt ist, sind weiterhin 2 Angebote im Vergabeverfahren vorhanden. Überdies wird dieser Widerrufsgrund, für den sachliche Widerrufsgründe nicht geltend gemacht werden müssten, in der Widerrufsentscheidung vom 24.9.2008 nicht erwähnt. Damit ist jedenfalls der Widerrufsgrund des analog anzuwendenden § 139 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 nicht gegeben. Soweit die Antragsgegnerin den Standpunkt vertritt, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten auszuschneiden wäre, sodass nur ein Angebot im Verfahren verbleibt, ist zunächst darauf zu verweisen, dass eine formelle Ausscheidung des Angebotes der Teilnehmberechtigten nicht gegeben ist. Da das Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmberechtigten formal bisher nicht erfolgt ist, sind weiterhin 2 Angebote im Vergabeverfahren vorhanden. Überdies wird dieser Widerrufsgrund, für den sachliche Widerrufsgründe nicht geltend gemacht werden müssten, in der Widerrufsentscheidung vom 24.9.2008 nicht erwähnt. Damit ist jedenfalls der Widerrufsgrund des analog anzuwendenden Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 nicht gegeben.

Die Antragstellerin hat unter anderem auch geltend gemacht, die Antragsgegnerin wäre zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt, als dies geschehen ist, verpflichtet gewesen, ihre Widerrufsentscheidung bekannt zu geben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass den vergaberechtlichen Bestimmungen nicht zu entnehmen ist, wann ein Auftraggeber seine

Widerrufsentscheidung mitteilen muss. Desto länger ein Auftraggeber mit seiner Widerrufsentscheidung zuwartet, desto eher riskiert er, das Auflaufen weiterer, vermeidbarer Kosten und damit verbunden allfälliger Schadenersatzansprüche.

Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, da ein sachlicher Widerrufsgrund vorliegt, abzuweisen. Angemerkt wird, dass die Antragstellerin durch die Entscheidung nicht gehindert ist, ihre allfälligen Ansprüche auf Schadenersatz im Zivilrechtsweg geltend zu machen (§ 341 Abs. 3 BVergG 2006; 7Ob 56/08y). Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, da ein sachlicher Widerrufsgrund vorliegt, abzuweisen. Angemerkt wird, dass die Antragstellerin durch die Entscheidung nicht gehindert ist, ihre allfälligen Ansprüche auf Schadenersatz im Zivilrechtsweg geltend zu machen (Paragraph 341, Absatz 3, BVergG 2006; 7Ob 56/08y).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 14.10.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 14.10.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

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

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren; Widerrufsentscheidung; Sektorenbereich; Sachliche Gründe für Widerruf.

Zuletzt aktualisiert am

20.04.2009

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