

TE Verg Bescheid 2008/5/29 VKS-1744/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.05.2008

Norm

WVRG 2003 §1
WVRG 2003 §2
WVRG 2003 §11 Abs3
WVRG 2003 §13 Abs2
WVRG 2003 §14 Abs1
WVRG 2003 §19 Abs1 und 2
WVRG 2003 §21
WVRG 2003 §27
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3 und Abs3
BVergG 2006 §38 Abs1
BVergG 2006 §130
BVergG 2006 §345 Abs1 Z1, Abs3 Z5
AVG §62

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

1. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 38 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 38 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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. AVG § 62 heute
2. AVG § 62 gültig ab 01.02.1991

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer, Dr. Siegfried Sieghartsleitner, Dr. Michael Pichlmaier, Rechtsanwälte in Wels, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Feststellung von Rechtsverstößen betreffend die Vergabe des Bauauftrages zur Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt Town Town, Ausschreibungsnummer ÖAS14/2005-06, durch die Antragsgegnerin Fernwärme Wien Gesellschaft mbH, Spittelauer Lände 45, 1090 Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die mit Schriftsatz vom 28.5.2008 gestellten Anträge festzustellen, dass bezüglich der Errichtung der Kälteanlage für das Projekt Town-Town die Wahl der Direktvergabe durch die Antragsgegnerin, insbesondere am 24.5.2006 mit einer Vergabesumme von EUR 3.372.285,97 (exkl. USt), offenkundig nicht zu Recht erfolgte sowie dass die Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren, und dies auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig war, werden abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Der Antrag festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, nämlich dem Angebot der Antragstellerin (Angebot Nr. 4543), in welchem in der Position 01.02.58.10 und den dazugehörigen Positionen im Leistungsverzeichnis hinsichtlich des Referenzproduktes „***“ in den dafür vorgesehenen Bieterlücken das gleichwertige Produkt Fabrikat „***“ mit einer Gesamtangebotssumme in der Höhe von EUR 4.006.062,29 (exkl. USt), erteilt wurde und damit rechtswidrig war, wird als unzulässig zurückgewiesen.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 11 Abs. 3, 13 Abs. 2, 14 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 2, 21, 27 WVRG 2003, §§ 2 Z 16 lit. a sublit dd, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3 und Abs. 3, 38 Abs. 1, 130, 345 Abs. 1 Z 1, Abs. 3 Z 5 BVergG 2006, 62 AVG.Paragraphen eins, 2, 11, Absatz 3, 13, Absatz 2, 14, Absatz eins, 19, Absatz eins und 2, 21, 27 WVRG 2003, Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 3, 38, Absatz eins, 130, 345, Absatz eins, Ziffer eins,, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006, 62 AVG.

Begründung:

Die Fernwärme Wien GesmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat mit Einschaltung im Amtsblatt der Stadt Wien vom 1.3.2006 die Errichtung einer Kälteanlage im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im

Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. In den Ausschreibungsunterlagen wurde festgehalten, dass die Bestimmungen des BVergG 2006 auf den Vergabevorgang keine Anwendung finden sollten. Das Ende der Angebotsfrist war der 31.3.2006, 10.00 Uhr. Weder die Ausschreibung, noch die Ausschreibungsunterlagen wurden in der Folge angefochten.

Neben anderen Unternehmen hat sich auch die Antragstellerin durch Legung von zwei Hauptangeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Einerseits wurde von ihr ein Angebot (Angebot Nr. 4523) mit den in der Ausschreibung angeführten Referenzprodukten und einer (ursprünglichen) Angebotssumme in der Höhe von EUR Mio. 4.414.549,45 (ohne USt) und andererseits ein Angebot (Angebot 4543), in welchem in der Position 01.02.58.10 und den dazugehörigen Positionen im Leistungsverzeichnis hinsichtlich des Referenzproduktes „***“ in den dafür vorgesehenen Bieterlücken das gleichwertige Produkt „***“ mit einer Gesamtangebotssumme in der Höhe von EUR Mio. 4.006.062,29 (ohne USt), abgegeben.

Mit Schreiben vom 18.5.2006 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass deren Alternativangebot aufgrund von Negativreferenzen nicht weiter verhandelt werde. Diese Mitteilung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.5.2006 eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigklärung dieser Festlegung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz mit der wesentlichen Begründung, die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin Nr. 4543 sei rechtswidrig. Bei der Vergabeverhandlung vom 23.5.2006 habe der Vertreter der Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass mit nicht allen ausgeschiedenen Bietern in absteigender Reihenfolge eine abschließende Verhandlungsrunde stattfinden werde. Dabei werde ausschließlich nur über das Referenzprodukt *** verhandelt. Das von der Antragstellerin im Angebot 4543 angebotene Produkt „***“ sei dem in der Ausschreibung genannten Produkt *** gleichwertig. Hätte die Antragstellerin die Chance gehabt, über dieses Angebot weiter zu verhandeln, wäre sie als Billigst- und auch Bestbieterin aus dieser Verhandlung hervorgegangen und hätte dementsprechend den Auftrag erhalten müssen. Unter einem weist die Antragstellerin darauf hin, dass das von der Antragsgegnerin gewählte Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gegenständlich nicht zulässig gewesen wäre, wenn gleich, die Ausschreibung diesbezüglich nicht bekämpft wurde.

Soweit die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung darauf hingewiesen habe, dass es sich bei den gegenständlich ausgeschrieben Leistungen um keine Sektorentätigkeit handle und daher das BVergG 2006 keine Anwendung finde, sei dieser Standpunkt unrichtig. Die Antragsgegnerin sei öffentlicher Auftraggeber und hätte daher die Bestimmung des BVergG 2006 einzuhalten gehabt. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG 2003 verständigt, die Pauschalgebühren seien in der erforderlichen Höhe entrichtet worden. Die Antragstellerin begehrte daher zunächst die Festlegung der Antragsgegnerin vom 18.5.2006 über das Angebot der Antragstellerin mit der Nummer 4543, beinhaltend das gleichwertige Produkt „***“ nicht zu verhandeln, für nichtig zu erklären. Den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.8.2006 (Seite 7) zurückgenommen. Soweit die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung darauf hingewiesen habe, dass es sich bei den gegenständlich ausgeschrieben Leistungen um keine Sektorentätigkeit handle und daher das BVergG 2006 keine Anwendung finde, sei dieser Standpunkt unrichtig. Die Antragsgegnerin sei öffentlicher Auftraggeber und hätte daher die Bestimmung des BVergG 2006 einzuhalten gehabt. Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG 2003 verständigt, die Pauschalgebühren seien in der erforderlichen Höhe entrichtet worden. Die Antragstellerin begehrte daher zunächst die Festlegung der Antragsgegnerin vom 18.5.2006 über das Angebot der Antragstellerin mit der Nummer 4543, beinhaltend das gleichwertige Produkt „***“ nicht zu verhandeln, für nichtig zu erklären. Den gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17.8.2006 (Seite 7) zurückgenommen.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 1.6.2006 die Zurückweisung bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, bei der ausgeschrieben Leistung handle es sich um die Errichtung einer Kältezentrale für das Projekt Town Town. Dieser Bauauftrag stehe in keinem Zusammenhang mit der Sektorentätigkeit der Antragsgegnerin, nämlich der Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im

Zusammenhang mit der Erzeugung, Fortleitung und Abgabe von Wärme. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich daher nicht um eine Sektorentätigkeit, sodass die Bestimmungen des dritten Teiles des BVergG 2006 mangels Sektorenauftraggebereigenschaft der Auftraggeberin nicht anwendbar seien. Sektorenfremde Tätigkeiten der Antragsgegnerin würden jedoch nicht dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegen, weil diesbezüglich die Antragsgegnerin diese Tätigkeit in gewerblicher Weise unter normalen Marktbedingungen mit Gewinnerzielungsabsicht ausführe und allenfalls daraus resultierende Verluste selbst trage. Dies habe die Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen dadurch zum Ausdruck gebracht, indem sie darauf hingewiesen habe, dass die Bestimmungen des BVergG 2006 auf den gegenständlichen Vergabevorgang nicht Anwendung finden. Damit sei aber auch eine Zuständigkeit des VKS Wien zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe nicht gegeben.

Im Übrigen macht die Antragsgegnerin geltend, dass der Zuschlag bereits am 24.5.2006 erteilt worden sei und das Alternativangebot der Antragstellerin wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit und mangelnder technischer Gleichwertigkeit ausgeschieden werden musste. Auch aus diesen Gründen seien die Anträge der Antragstellerin unzulässig.

Mit Schriftsatz vom 12.6.2006 hat die Antragstellerin diese Ausführungen dahingehend beantwortet, dass von einer Anwendung des BVergG 2006 auszugehen sei, da es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber handle. Gleichzeitig hat sie im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin behauptete Auftragsvergabe ihren Nichtigerklärungsantrag dahingehend modifiziert und erweitert, als sie weiterhin die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, nicht über das Angebot Nr. 4543 zu verhandeln sowie weiters die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 24.5.2006, einem anderen Bieter den Auftrag erteilen zu wollen, begehrt hat. In eventu beehrte die Antragstellerin „festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde und damit rechtswidrig war“. Von der Zuschlagserteilung habe die Antragstellerin erst durch den ihr am 2.6.2006 zugekommenen Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 1.6.2006 Kenntnis erlangt.

Mit Schriftsatz vom 20.6.2006 hat die Antragsgegnerin vor allem ausgeführt, warum sie nicht als öffentlicher Auftraggeber anzusehen sei.

Zu diesem Schriftsatz hat in ausführlicher Weise die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.7.2006 Stellung genommen und weiterhin ihre Ansicht vertreten, dass die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber sei und daher die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden wären.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.8.2006 hat die Antragsgegnerin abermals vorgebracht, dass der Auftrag bereits am 24.5.2006 vergeben worden ist. In der Folge wurde vom Senat die mündliche Verhandlung auf die Frage beschränkt, ob die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber ist und damit die Bestimmungen des BVergG 2006 auf den Vergabevorgang anzuwenden wären. Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin „im Hinblick darauf, dass der Auftrag bereits am 24.5.2006 erteilt worden ist, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung“ zurückgezogen.

In der Folge hat der Senat am 17.8.2006 den Beschluss gefasst, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Frage der Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin zu stellen. Diesbezüglich kann auf den Beschluss vom 17.8.2006, VKS-1744/06, der den Parteien vorliegt, verwiesen werden.

Mit Urteil des EuGH vom 10.4.2008, Rs C-393/06, eingelangt in der Geschäftsstelle des VKS am 14.4.2008, hat der Europäische Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen des Senates zusammengefasst dahingehend beantwortet, dass die sogenannte Infektionstheorie im Bereich der Sektorenrichtlinie nicht anwendbar ist. Die Antragsgegnerin sei jedoch öffentlicher Auftraggeber, weil im Bereich der Fernwärme kein ausreichender Wettbewerb besteht. In diesem Bereich gelte die Infektionstheorie. Ob es sich um eine Sektorentätigkeit oder eine sonstige Tätigkeit handelt, sei nicht nach der Buchführung zu bestimmen, sondern nach dem Zusammenhang mit der jeweiligen Tätigkeit. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden kann auf die näheren Ausführungen des genannten Urteils, das ebenfalls den Parteien vorliegt und auch entsprechend veröffentlicht worden ist, verwiesen werden. Damit steht in einer, den Senat bindenden Weise fest, dass die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeber auf den gegenständlichen Vergabevorgang die Vorschriften des BVergG 2006 anzuwenden gehabt hätte.

Nach Zustellung des Urteiles des EuGH an die Parteien und Fortsetzung des nach § 38a AVG ausgesetzten

Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 26.5.2008 geltend gemacht, dass die von der Antragstellerin aufrecht erhaltenen Anträge auf Nichtigerklärung verfristet wären, da der Auftrag bereits am 24.5.2006 erteilt worden ist. Überdies würde es der Antragstellerin am erforderlichen rechtlichen Interesse fehlen, was bereits durch die Zurücknahme ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zum Ausdruck gebracht worden sei. Wenn man davon ausgehe, dass das BVergG 2006 und das WVRG 2003 auf das Vergabeverfahren anzuwenden waren, hätte die Antragstellerin sowohl die Wahl des Vergabeverfahrens als auch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als selbstständig anfechtbare Entscheidungen rechtzeitig bekämpfen müssen. Da die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart nicht fristgerecht angefochten habe, könne sie sich auch nicht mehr darauf berufen, dass Bestimmungen des BVergG, die für andere Verfahrensarten vorgesehen sind, nicht eingehalten wurden. Die Antragsgegnerin habe bereits bei der Bekanntmachung und neuerlich bei der Ausschreibung bekanntgegeben, dass sie eine Vergabe in einem einstufigen Verhandlungsverfahren beabsichtige, ohne die weiteren Regelungen des BVergG 2006 zu beachten. Sämtliche Anträge der Antragstellerin seien daher auch aus diesem Grunde zurückzuweisen. Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, dass die Ausscheidung des Angebotes zurecht erfolgt sei, weil dieses Angebot sowohl inhaltliche als auch formale Mängel aufgewiesen habe (unzulässige Alternative, unzulässiges zweites Hauptangebot, fehlende technische Leistungsfähigkeit, fehlende Gleichwertigkeit des Produktes ***, negative Auskünfte von früheren Auftraggebern und keine Einhaltung des geforderten Servicelevels). Nach Zustellung des Urteiles des EuGH an die Parteien und Fortsetzung des nach Paragraph 38 a, AVG ausgesetzten Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 26.5.2008 geltend gemacht, dass die von der Antragstellerin aufrecht erhaltenen Anträge auf Nichtigerklärung verfristet wären, da der Auftrag bereits am 24.5.2006 erteilt worden ist. Überdies würde es der Antragstellerin am erforderlichen rechtlichen Interesse fehlen, was bereits durch die Zurücknahme ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zum Ausdruck gebracht worden sei. Wenn man davon ausgehe, dass das BVergG 2006 und das WVRG 2003 auf das Vergabeverfahren anzuwenden waren, hätte die Antragstellerin sowohl die Wahl des Vergabeverfahrens als auch den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen als selbstständig anfechtbare Entscheidungen rechtzeitig bekämpfen müssen. Da die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart nicht fristgerecht angefochten habe, könne sie sich auch nicht mehr darauf berufen, dass Bestimmungen des BVergG, die für andere Verfahrensarten vorgesehen sind, nicht eingehalten wurden. Die Antragsgegnerin habe bereits bei der Bekanntmachung und neuerlich bei der Ausschreibung bekanntgegeben, dass sie eine Vergabe in einem einstufigen Verhandlungsverfahren beabsichtige, ohne die weiteren Regelungen des BVergG 2006 zu beachten. Sämtliche Anträge der Antragstellerin seien daher auch aus diesem Grunde zurückzuweisen. Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, dass die Ausscheidung des Angebotes zurecht erfolgt sei, weil dieses Angebot sowohl inhaltliche als auch formale Mängel aufgewiesen habe (unzulässige Alternative, unzulässiges zweites Hauptangebot, fehlende technische Leistungsfähigkeit, fehlende Gleichwertigkeit des Produktes ***, negative Auskünfte von früheren Auftraggebern und keine Einhaltung des geforderten Servicelevels).

Auch der von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.6.2006 „in eventu“ eingebrachte Feststellungsantrag wäre selbst dann zurückzuweisen, wenn die formalen Voraussetzungen dafür erfüllt wären. Nach § 19 Abs. 2 WVRG 2003 sei die Feststellung von Vergabeverstößen, die in einem Nichtigerklärungsverfahren geltend gemacht werden hätten können, unzulässig. Damit seien jedenfalls sämtliche Einwände gegen die Wahl des Vergabeverfahrens oder gegen Ausschreibungsbedingungen (wie der Ausschluss von Alternativ- und Abänderungsangeboten) unzulässig. Auch im Feststellungsverfahren sei Antragsvoraussetzung, dass durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Antragstellerin ein Schaden entstanden ist. Da deren Alternativangebot auszuschneiden gewesen sei, hätte ihr auch ein Schaden nicht entstehen können. Auch der von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.6.2006 „in eventu“ eingebrachte Feststellungsantrag wäre selbst dann zurückzuweisen, wenn die formalen Voraussetzungen dafür erfüllt wären. Nach Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2003 sei die Feststellung von Vergabeverstößen, die in einem Nichtigerklärungsverfahren geltend gemacht werden hätten können, unzulässig. Damit seien jedenfalls sämtliche Einwände gegen die Wahl des Vergabeverfahrens oder gegen Ausschreibungsbedingungen (wie der Ausschluss von Alternativ- und Abänderungsangeboten) unzulässig. Auch im Feststellungsverfahren sei Antragsvoraussetzung, dass durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Antragstellerin ein Schaden entstanden ist. Da deren Alternativangebot auszuschneiden gewesen sei, hätte ihr auch ein Schaden nicht entstehen können.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 28.5.2008 Stellung genommen und insbesondere ausgeführt, dass die Auftraggeberin für die von ihr vorgenommene Vergabe die für Bauaufträge im Unterschwellenbereich geltenden Bestimmungen des klassischen Bereiches des BVergG 2006 anzuwenden gehabt hätte. Die Wahl der Direktvergabe sei

daher nicht zulässig gewesen. Auch die formfreie Vergabe unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (§ 25 Abs. 10 BVergG 2006) sei unzulässig gewesen. Obwohl die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber sei, habe sie eine entsprechende Bekanntmachung unterlassen. Da die Antragsgegnerin in der Ausschreibung erklärt habe, dass die Regelungen des BVergG 2006 „nicht beachtet würden“ könne sie sich nicht darauf berufen, dass sämtliche von der Antragstellerin erhobenen Einwendungen präkludiert wären. Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 28.5.2008 Stellung genommen und insbesondere ausgeführt, dass die Auftraggeberin für die von ihr vorgenommene Vergabe die für Bauaufträge im Unterschwellenbereich geltenden Bestimmungen des klassischen Bereiches des BVergG 2006 anzuwenden gehabt hätte. Die Wahl der Direktvergabe sei daher nicht zulässig gewesen. Auch die formfreie Vergabe unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Paragraph 25, Absatz 10, BVergG 2006) sei unzulässig gewesen. Obwohl die Antragsgegnerin öffentlicher Auftraggeber sei, habe sie eine entsprechende Bekanntmachung unterlassen. Da die Antragsgegnerin in der Ausschreibung erklärt habe, dass die Regelungen des BVergG 2006 „nicht beachtet würden“ könne sie sich nicht darauf berufen, dass sämtliche von der Antragstellerin erhobenen Einwendungen präkludiert wären.

Die Antragstellerin macht weiters geltend, dass ihr bisher eine Zuschlagsentscheidung nicht zugekommen sei und die erstmals mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 1.6.2007 behauptete angebliche Erteilung des Zuschlages bereits am 24.5.2006 nicht richtig sei. Es lägen „uns auch keinerlei Hinweise vor, dass dies tatsächlich der Fall sei. Wir müssen daher begründet davon ausgehen, dass der Zuschlag am 24.5.2006 nicht erteilt wurde; andernfalls liegt eine rechtswidrige Direktvergabe vor“. Ausscheidungsgründe würden im Übrigen hinsichtlich keines der beiden von der Antragstellerin gelegten Angebote vorliegen.

Für den Fall jedoch, dass die Antragsgegnerin tatsächlich den Zuschlag erteilt haben sollte, hat die Antragstellerin ihren mit Schriftsatz vom 12.6.2006 gestellten Feststellungsantrag in der aus dem Spruch ersichtlichen Weise modifiziert.

Ausgehend von den Schriftsätzen der Parteien, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Vorbringen der Parteien und dem vorliegenden Akteninhalt trifft der Senat ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, folgende ergänzende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat mit Einschaltung im Amtsblatt der Stadt Wien vom 1.3.2006 die Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt eines Büro- und Geschäftszentrums in Wien („Town-Town“) ausgeschrieben und darin unter anderem festgehalten, dass Bestimmungen des BVergG 2006 auf den gegenständlichen Vergabevorgang keine Anwendung finden sollen. Zur Vergabe der Leistungen im Unterschwellenbereich hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Das Ende der Angebotsfrist war der 31.3.2006, 10.00 Uhr.

Die Antragstellerin hat sich durch Legung von zwei Hauptangeboten (Angebot Nr. 4523 und Nr. 4543) am Vergabeverfahren beteiligt. In ihrem Angebot Nr. 4543, das von ihr selbst als Alternativangebot bezeichnet wurde, hat sie statt des Referenzproduktes „***“ das Produkt „***“ angeboten. Das als Alternativangebot bezeichnete Angebot weist gegenüber dem Angebot mit dem Referenzprodukt eine um EUR 408.487,16 geringere Gesamtangebotssumme (ohne USt) auf.

Mit E-Mail vom 18.5.2006 hat die Antragsgegnerin zu einem Verhandlungstermin am 23.5.2006, 13.00 Uhr eingeladen und gleichzeitig mitgeteilt „vom Alternativ-Angebot Fabr. *** müssen wir leider aufgrund Negativreferenzen Abstand nehmen (wird nicht verhandelt)“. Diese Mitteilung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Gegen die Nichtberücksichtigung des Alternativangebotes hat die Antragstellerin am 29.5.2006 einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung dieser Entscheidungen eingebracht.

Weder die Bekanntmachung noch die Ausschreibungsbestimmungen wurden von der Antragstellerin rechtzeitig angefochten.

Mit Schriftsatz vom 1.6.2006, der der Antragstellerin am 2.6.2006 zugekommen ist, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag bereits am 24.5.2006 erteilt zu haben. Gleichzeitig hat sie die Zuständigkeit des Senates bestritten, weil sie weder Sektorenauftraggeber noch sonst öffentlicher Auftraggeber sei.

Als Reaktion auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12. Juni 2006 zwar zunächst ausdrücklich bestritten, dass der Zuschlag bereits am 24.5.2006 rechtswirksam erteilt worden sei, jedoch ihr Begehren im einleitenden Schriftsatz dahingehend „präzisiert bzw. ergänzt“, dass „dieser nunmehr zu lauten hat:

Wir stellen daher den Antrag,

im Vergabeverfahren betreffend die Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt Town Town (..) ein Nachprüfungsverfahren gemäß dem Wiener Vergaberechtsschutz einzuleiten und

1. a)Litera a
die angefochtene Entscheidung (sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase) der Antragsgegnerin vom 18.5.2006, vom Angebot der *** GmbH vom 30.3.2006 (Angebot Nr. 4543), beinhalten das gleichwertige Produkt Fabrikat „***“, Abstand zu nehmen bzw. dieses nicht zu verhandeln, nichtig zu erklären, in eventu
2. b)Litera b
die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin vom 24.5.2006 (mitgeteilt am 2.6.2006) einem anderen Bieter mit einem Angebot mit dem Auftragswert in der Höhe von EUR 3.372.285,97 (exkl. USt) den Auftrag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären, in eventu
3. c)Litera c
festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde und damit rechtswidrig war."

In der mündlichen Verhandlung vom 17. August 2006, die vornehmlich der Frage der Zuständigkeit des angerufenen Senates im Hinblick auf die fragliche Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin diente, hat die Antragsgegnerin neuerlich vorgebracht, dass der Auftrag bereits am 24.5.2006 erteilt wurde und mit der Montage bereits begonnen worden sei (Seite 2). In dieser mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin „im Hinblick darauf, dass der Auftrag bereits am 24.5.2006 erteilt worden ist, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung" zurückgezogen (Seite 7).

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung hat der Senat das den Parteien bekannte Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt, der darüber mit Urteil vom 10.4.2008, Rs C-393/06, entschieden hat. Der Inhalt dieses Urteils, das gleichfalls beiden Parteien vorliegt und im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde, bildet einen integrierenden Bestandteil des vorliegenden Bescheides.

Nach Zugang dieses Urteiles an die Parteien hat die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 26. Mai 2008 im Wesentlichen vorgebracht, die Einwendungen der Antragstellerin seien unter Anwendung sowohl der Bestimmungen des BVergG 2006 als auch des WVRG 2003 verfristet bzw. unzulässig.

Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2008 hat die Antragstellerin zwar neuerlich bezweifelt, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich am 24.5.2006 erteilt worden ist. Sie hat jedoch ausgeführt (Seite 6):

„Für den Fall, dass man nunmehr davon ausgehen sollte, dass die Antragsgegnerin tatsächlich den Zuschlag bereits erteilt haben sollte, haben wir vorsichtsweise in unserer Stellungnahme vom 12.6.2006 rechtzeitig die Einleitung eines Feststellungsverfahrens beantragt.

Wir präzisieren den mit Schriftsatz vom 12.6.2006 gestellten (Feststellungs-) Antrag auf S. 4 unter lit. c dahingehend, dass dieser zu lauten hat: Wir präzisieren den mit Schriftsatz vom 12.6.2006 gestellten (Feststellungs-) Antrag auf S. 4 unter Litera c, dahingehend, dass dieser zu lauten hat:

1. c)Litera c
festzustellen, dass
 - -Strichaufzählung
bezüglich der Errichtung der Kälteanlage das Projekt Town-Town (Ausschreibungsnummer ÖAS14/2005-06) die Wahl der Direktvergabe durch die Antragsgegnerin (...) insbesondere am 24.5.2006 mit einer Vergabesumme von EUR 3.372.285,79 (exkl. USt), offenkundig nicht zu Recht erfolgte; und
 - -Strichaufzählung
wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, nämlich dem Angebot der Antragstellerin (Angebot Nr. 4543), in welchem in der Position 01.02.58.10 und den dazugehörigen Positionen im Leistungsverzeichnis hinsichtlich des Referenzproduktes „***“ in den dafür vorgesehenen Bieterlücken das gleichwertige Produkt Fabrikat „***“ mit einer Gesamtangebotssumme in der Höhe von EUR 4.006.062,29 (exkl. USt), erteilt wurde und damit rechtswidrig war; und

- -Strichaufzählung

die Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren, und dies auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig war.

Im Übrigen bleiben die gestellten Anträge vollinhaltlich aufrecht."

Die Antragsgegnerin hat das gegenständliche Vergabeverfahren durch Erteilung des Zuschlages am 24.5.2006 beendet. Die Mitteilung der Antragsgegnerin, über das Alternativangebot der Antragstellerin nicht zu verhandeln, ist dieser mit E-Mail vom 18.5.2006 zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 29.5.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von einer beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren wurden für ein Verfahren im Unterschwellenbereich entrichtet.

Diese Feststellungen waren aufgrund des Vorbringens der Parteien in ihren Schriftsätzen und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen (17.8.2006 und 29.5.2008) zu treffen. Dass die Antragsgegnerin die ausgeschriebenen Leistungen bereits am 24.5.2006 vergeben hat, war trotz des gegenteiligen Standpunktes der Antragstellerin als erwiesen anzunehmen, zumal diese dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 29.5.2008 auch nicht widersprochen hat.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (Bekanntmachung am 1.3.2006) gemäß § 345 Abs. 1 und 3 BVergG 2006 die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 39 WVRG 2007 sind auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren jedoch weiterhin die Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes vom 30.6.2003, LGBl für Wien Nr. 25/2003 (WVRG 2003) anzuwenden. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (Bekanntmachung am 1.3.2006) gemäß Paragraph 345, Absatz eins und 3 BVergG 2006 die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden sind. Im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 39, WVRG 2007 sind auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren jedoch weiterhin die Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes vom 30.6.2003, LGBl für Wien Nr. 25 aus 2003, (WVRG 2003) anzuwenden.

Auf Grund des Urteiles des EuGH vom 10.4.2008, Rs C-393/06, ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin nicht als Sektorenauftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren tätig wurde, sondern als öffentliche Auftraggeberin, die zur Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen verpflichtet gewesen wäre. Damit steht aber auch fest, dass zur Behandlung der Anträge der Antragstellerin nach § 1 und 2 WVRG 2003 der angerufene Senat zuständig ist, weshalb auf die kompetenzrechtlichen Einwendungen der Antragsgegnerin nicht mehr näher eingegangen werden muss. Auf Grund des Urteiles des EuGH vom 10.4.2008, Rs C-393/06, ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin nicht als Sektorenauftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren tätig wurde, sondern als öffentliche Auftraggeberin, die zur Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen verpflichtet gewesen wäre. Damit steht aber auch fest, dass zur Behandlung der Anträge der Antragstellerin nach Paragraph eins und 2 WVRG 2003 der angerufene Senat zuständig ist, weshalb auf die kompetenzrechtlichen Einwendungen der Antragsgegnerin nicht mehr näher eingegangen werden muss.

Die Antragstellerin hat zunächst mit dem am 29.5.2005 eingelangten Schriftsatz die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 18.5.2006 wonach über das Alternativangebot der Antragstellerin aufgrund von Negativreferenzen „nicht verhandelt“ werden sollte, begehrt. Dieser Antrag ist rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 5 lit. c WVRG 2003 gestellt worden. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG 2003 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Umfang des § 30 WVRG 2003. Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit dd BVergG 2006. Die Antragstellerin hat zunächst mit dem am 29.5.2005 eingelangten Schriftsatz die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 18.5.2006 wonach über das Alternativangebot der Antragstellerin aufgrund von Negativreferenzen „nicht verhandelt“ werden sollte, begehrt. Dieser Antrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer 5, Litera c, WVRG 2003 gestellt worden. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14,

Absatz eins, WVRG 2003 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Umfang des Paragraph 30, WVRG 2003. Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006.

Nachdem die Antragstellerin mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 1.6.2006, ihr zugekommen am 2.6.2006, erfahren hat, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag bereits am 24.5.2006 erteilt hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 12.6.2006 zunächst ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung wiederholt und hilfsweise beantragt, die Auftragserteilung vom 24.5.2006 an einen anderen Bieter für nichtig zu erklären. Weiters hat sie hilfsweise begehrt festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde und damit rechtswidrig war. Damit steht fest, dass die Antragstellerin im Hinblick auf den erteilten Zuschlag innerhalb der Frist des § 27 Abs. 1 WVRG 2003 ein Feststellungsbegehren, wenn auch nur für den Fall, dass ihrem Begehren auf Nichtigerklärung nicht entsprochen werden sollte, gestellt hat. Schließlich hat die Antragstellerin diesen Feststellungsantrag vom 12.6.2006 mit Schriftsatz vom 28.5.2008 dahingehend erweitert, dass festgestellt werden möge, dass bezüglich der Errichtung der Kälteanlage die Antragsgegnerin den Auftrag durch Direktvergabe vergeben hat. Weiters wird von ihr die Feststellung begehrt, dass „wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (...) erteilt wurde und damit rechtswidrig war“. Da das Nachprüfungsverfahren bereits im Jahre 2006 anhängig war, kommt – wie oben ausgeführt – das WVRG, LGBl Nr. 25/2003 (WVRG 2003) zur Anwendung. Nach dessen § 13 Abs. 2 können nur drei Arten von Feststellungen getroffen werden: Nachdem die Antragstellerin mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 1.6.2006, ihr zugekommen am 2.6.2006, erfahren hat, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag bereits am 24.5.2006 erteilt hatte, hat sie mit Schriftsatz vom 12.6.2006 zunächst ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung wiederholt und hilfsweise beantragt, die Auftragserteilung vom 24.5.2006 an einen anderen Bieter für nichtig zu erklären. Weiters hat sie hilfsweise begehrt festzustellen, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde und damit rechtswidrig war. Damit steht fest, dass die Antragstellerin im Hinblick auf den erteilten Zuschlag innerhalb der Frist des Paragraph 27, Absatz eins, WVRG 2003 ein Feststellungsbegehren, wenn auch nur für den Fall, dass ihrem Begehren auf Nichtigerklärung nicht entsprochen werden sollte, gestellt hat. Schließlich hat die Antragstellerin diesen Feststellungsantrag vom 12.6.2006 mit Schriftsatz vom 28.5.2008 dahingehend erweitert, dass festgestellt werden möge, dass bezüglich der Errichtung der Kälteanlage die Antragsgegnerin den Auftrag durch Direktvergabe vergeben hat. Weiters wird von ihr die Feststellung begehrt, dass „wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (...) erteilt wurde und damit rechtswidrig war“. Da das Nachprüfungsverfahren bereits im Jahre 2006 anhängig war, kommt – wie oben ausgeführt – das WVRG, Landesgesetzblatt Nr. 25 aus 2003, (WVRG 2003) zur Anwendung. Nach dessen Paragraph 13, Absatz 2, können nur drei Arten von Feststellungen getroffen werden:

1. 1.Ziffer eins
Dass die Wahl der Direktvergabe nicht zurecht erfolgte,
2. 2.Ziffer 2
dass der Zuschlag rechtswidrig erteilt wurde, oder
3. 3.Ziffer 3
dass der Widerruf rechtswidrig war.

Ein Widerruf der Ausschreibung liegt gegenständlich nicht vor.

Eine Direktvergabe im Sinne des § 25 Abs. 10 BVergG 2006 ist gegenständlich nicht gegeben, weil ohnedies eine – wenn auch nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechende – Bekanntmachung und Ausschreibung stattgefunden hat, an der sich mehrere Unternehmer, nicht zuletzt die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt haben. Dazu kommt, dass die Voraussetzung für die Vergabe von Bauaufträgen im Verhandlungsverfahren nach § 28 Abs. 1 BVergG 2006 gegenständlich nicht gegeben waren. Obwohl die Antragstellerin Kenntnis von diesen Festlegungen in der Ausschreibung hatte, insbesondere von der Erklärung der Antragsgegnerin, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, wurde die Ausschreibung von ihr nicht bekämpft, sodass diese im Sinne ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden „bestandfest“ geworden ist. Die Präklusion hat zur Folge, dass nicht nur einzelne Bestimmungen in einer Ausschreibung, sondern auch grundsätzliche Rechtswidrigkeiten der

Ausschreibung unanfechtbar werden (vgl. Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht², Seite 583f). Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin weder die Wahl des Vergabeverfahrens noch die Festlegung der Antragsgegnerin, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, rechtzeitig angefochten hat, kann sie die zweifellos vorliegende, vergaberechtswidrige Direktvergabe der Leistungen durch die Antragsgegnerin auch nicht mehr im Wege eines Feststellungsantrages bekämpfen. Überdies erweisen sich diese Begehren, die erstmals am 28.5.2008 gestellt wurden, nach § 27 Abs. 1 WVRG 2003 als verspätet. Es war daher ihren Anträgen vom 28.5.2008, Seite 6, hinsichtlich ihres Feststellungsbegehrens im Absatz 1 und Absatz 3 nicht Folge zu geben und das diesbezügliche Begehren abzuweisen (Spruch Punkt 1). Eine Direktvergabe im Sinne des Paragraph 25, Absatz 10, BVergG 2006 ist gegenständlich nicht gegeben, weil ohnedies eine – wenn auch nicht den Bestimmungen des BVergG 2006 entsprechende – Bekanntmachung und Ausschreibung stattgefunden hat, an der sich mehrere Unternehmer, nicht zuletzt die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten beteiligt haben. Dazu kommt, dass die Voraussetzung für die Vergabe von Bauaufträgen im Verhandlungsverfahren nach Paragraph 28, Absatz eins, BVergG 2006 gegenständlich nicht gegeben waren. Obwohl die Antragstellerin Kenntnis von diesen Festlegungen in der Ausschreibung hatte, insbesondere von der Erklärung der Antragsgegnerin, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, wurde die Ausschreibung von ihr nicht bekämpft, sodass diese im Sinne ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden „bestandfest“ geworden ist. Die Präklusion hat zur Folge, dass nicht nur einzelne Bestimmungen in einer Ausschreibung, sondern auch grundsätzliche Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung unanfechtbar werden vergleiche Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht², Seite 583f). Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin weder die Wahl des Vergabeverfahrens noch die Festlegung der Antragsgegnerin, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, rechtzeitig angefochten hat, kann sie die zweifellos vorliegende, vergaberechtswidrige Direktvergabe der Leistungen durch die Antragsgegnerin auch nicht mehr im Wege eines Feststellungsantrages bekämpfen. Überdies erweisen sich diese Begehren, die erstmals am 28.5.2008 gestellt wurden, nach Paragraph 27, Absatz eins, WVRG 2003 als verspätet. Es war daher ihren Anträgen vom 28.5.2008, Seite 6, hinsichtlich ihres Feststellungsbegehrens im Absatz 1 und Absatz 3 nicht Folge zu geben und das diesbezügliche Begehren abzuweisen (Spruch Punkt 1).

Soweit die Antragstellerin die Feststellung begehrt, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß „den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis ... erteilt“ wurde und damit rechtswidrig war (Schriftsatz vom 28.5.2008, Seite 6 Abs. 2 des Begehrens), war dieses Begehren, ungeachtet des Umstandes, ob sie überhaupt eine Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte und ihr durch die Ausscheidung ihres Angebotes überhaupt ein Schaden entstehen konnte, als unzulässig zurückzuweisen. Soweit die Antragstellerin die Feststellung begehrt, dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 der Zuschlag nicht gemäß „den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis ... erteilt“ wurde und damit rechtswidrig war (Schriftsatz vom 28.5.2008, Seite 6 Absatz 2, des Begehrens), war dieses Begehren, ungeachtet des Umstandes, ob sie überhaupt eine Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte und ihr durch die Ausscheidung ihres Angebotes überhaupt ein Schaden entstehen konnte, als unzulässig zurückzuweisen.

Nach § 19 Abs. 2 WVRG 2003 ist ein Antrag auf Feststellung nach § 13 Abs. 2 Z 2 leg. cit. „insbesondere auch unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 13 Abs. 1 geltend gemacht hätte werden können“. Nach Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2003 ist ein Antrag auf Feststellung nach Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 2, leg. cit. „insbesondere auch unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß Paragraph 13, Absatz eins, geltend gemacht hätte werden können“.

Nach § 11 Abs. 3 WVRG 2003 ist der Vergabekontrollsenat nach einer Zuschlagserteilung nur zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 (2006) oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem rechnerischen wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Nach Abs. 4 leg. cit. ist der Vergabekontrollsenat bei Direktvergaben nach Zuschlagserteilung nur mehr zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte. Obwohl die Antragsgegnerin zweifellos gegen Bestimmungen des BVergG 2006 bei der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens mehrfach verstoßen hat, ist für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil im Hinblick auf die Bestimmung des § 19 Abs. 2 WVRG 2003 sich ihre Feststellungsbegehren, die überdies teilweise verspätet sind, als unzulässig erweisen, weil die Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz rechtzeitig mit einem Antrag auf Nichtigerklärung nach § 13 Abs. 2 Z 2 WVRG 2003 hätte geltend gemacht werden können und geltend gemacht

werden müssen. Nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2003 ist der Vergabekontrollsenat nach einer Zuschlagserteilung nur zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 (2006) oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem rechnerischen wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Nach Absatz 4, leg. cit. ist der Vergabekontrollsenat bei Direktvergaben nach Zuschlagserteilung nur mehr zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte. Obwohl die Antragsgegnerin zweifellos gegen Bestimmungen des BVergG 2006 bei der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens mehrfach verstoßen hat, ist für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2003 sich ihre Feststellungsbegehren, die überdies teilweise verspätet sind, als unzulässig erweisen, weil die Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz rechtzeitig mit einem Antrag auf Nichtigkeitserklärung nach Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2003 hätte geltend gemacht werden können und geltend gemacht werden müssen.

Mit ihrem diesbezüglichen Begehren möchte die Antragstellerin die Feststellung erreichen, dass die Antragsgegnerin beim gegenständlichen Vergabevorgang gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen und im Widerspruch dazu den Zuschlag erteilt hat. Dass die Antragsgegnerin im gegenständlichen Vergabeverfahren, ausgehend von ihrer auch von der Antragstellerin nicht geteilten Rechtsansicht, kein öffentlicher Auftraggeber zu sein, ein Vergabeverfahren eingeleitet hat und dabei ausdrücklich darauf hingewiesen hat, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, hätte von der Antragstellerin rechtzeitig im Rahmen der Fristen des § 20 Abs. 2 Z 4 lit. a WVRG 2003 spätestens 7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist geltend gemacht werden müssen. In Kenntnis dieser Festlegungen hat die Antragstellerin jedoch eine Antragstellung auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibungsbestimmungen unterlassen und sich vielmehr durch Legung von zwei Angeboten am Verfahren beteiligt. Da sie sohin trotz der ihr offenstehenden Möglichkeit die Einleitung eines Nichtigkeitserklärungsverfahrens nach § 13 Abs. 2 Z 2 WVRG 2003 nicht beantragt hat, erweist sich ihr erstmals am 12.6.2006 gestelltes, in der Folge am 28.5.2008 modifiziertes Feststellungsbegehren als unzulässig im Sinne des § 19 Abs. 2 WVRG 2003. Es war daher diesbezüglich wie aus dem Spruch Punkt 2 ersichtlich, zu entscheiden. Mit ihrem diesbezüglichen Begehren möchte die Antragstellerin die Feststellung erreichen, dass die Antragsgegnerin beim gegenständlichen Vergabevorgang gegen die Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen und im Widerspruch dazu den Zuschlag erteilt hat. Dass die Antragsgegnerin im gegenständlichen Vergabeverfahren, ausgehend von ihrer auch von der Antragstellerin nicht geteilten Rechtsansicht, kein öffentlicher Auftraggeber zu sein, ein Vergabeverfahren eingeleitet hat und dabei ausdrücklich darauf hingewiesen hat, die Bestimmungen des BVergG 2006 nicht zur Anwendung bringen zu wollen, hätte von der Antragstellerin rechtzeitig im Rahmen der Fristen des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer 4, lit. a WVRG 2003 spätestens 7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist geltend gemacht werden müssen. In Kenntnis dieser Festlegungen hat die Antragstellerin jedoch eine Antragstellung auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibungsbestimmungen unterlassen und sich vielmehr durch Legung von zwei Angeboten am Verfahren beteiligt. Da sie sohin trotz der ihr offenstehenden Möglichkeit die Einleitung eines Nichtigkeitserklärungsverfahrens nach Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2003 nicht beantragt hat, erweist sich ihr erstmals am 12.6.2006 gestelltes, in der Folge am 28.5.2008 modifiziertes Feststellungsbegehren als unzulässig im Sinne des Paragraph 19, Absatz 2, WVRG 2003. Es war daher diesbezüglich wie aus dem Spruch Punkt 2 ersichtlich, zu entscheiden.

Da die Feststellungsbegehren wie ausgeführt abgewiesen bzw. als unzulässig zurückgewiesen werden mussten, hat sich eine nähere Prüfung der sonst von der Antragstellerin geltend gemachten Ausführungen, insbesondere zum unzulässigerweise erfolgten Ausscheiden ihres Alternativangebotes, erübrigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 30 Abs. 5 WVRG 2003; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 30, Absatz 5, WVRG 2003; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Dieser Bescheid war gemäß § 2 Abs. 3 WVRG 2003 in Verbindung mit § 62 Abs. 1 und 2 AVG im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Dieser Bescheid war gemäß Paragraph 2, Absatz 3, WVRG 2003 in Verbindung mit Paragraph 62, Absatz eins und 2 AVG im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden.

Schlagworte

Feststellungsverfahren; Infektionstheorie; unzulässiges Feststellungsbegehren; Präklusion; Sektorenrichtlinie;

Entscheidung nach Vorabentscheidungsersuchen.

Zuletzt aktualisiert am

11.09.2008

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