

TE Verg Bescheid 2007/6/14 VKS-3567/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.06.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der Ing. *** GmbH, ***, vertreten durch Puschner Spornbauer Rosenauer, Rechtsanwälte OEG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Durchführung des Baumschnittes auf Hauptstraßen B, Ausschreibungsnummer 42-NB2-HB-WISO50-060BAUMS, durch die Antragsgegnerin, Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 42, Johannesgasse 35, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5.2007, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 22.5.2007 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, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 124, 125, 126, 129 Abs. 2, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 6, 12 Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 124, 125, 126, 129, Absatz 2, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – MA 42 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von gärtnerischen Leistungen, nämlich den Baumschnitt auf Hauptstraßen B. Die Ausschreibung gliedert sich in neun Obergruppen, von denen ein Bieter laut dem Beiblatt zur Ausschreibung jeweils nur den Zuschlag für eine Gruppe erhalten kann. Die Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 21.12.2006. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Das Ende der Angebotsfrist war der 22.1.2007, 10.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren durch Legung eines Angebotes für alle neun Obergruppen beteiligt. Hinsichtlich der Obergruppe 07 wurde ihr Angebot mit EUR 34.255,- als das billigste verlesen.

Im E-Mail-Wege hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 2.5.2007 mitgeteilt, dass deren Angebot ausgeschieden werden müsse. Auf Nachfrage hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Antragstellerin hätte nicht rechtzeitig die geforderten Aufklärungen gegeben, weshalb der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vorliege. Im E-Mail-Wege hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 2.5.2007 mitgeteilt, dass deren Angebot ausgeschieden werden müsse. Auf Nachfrage hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Antragstellerin hätte nicht rechtzeitig die geforderten Aufklärungen gegeben, weshalb der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vorliege.

Gegen diese Mitteilung, die inhaltlich als Ausscheidungsentscheidung zu werten ist, richtet sich der am 15.5.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Schriftsatz vom 25.5.2007) sowie auf Kostenersatz. Für den Fall des Vorliegens einer Zuschlagsentscheidung begehrt die Antragstellerin unter einem auch diese für nichtig zu erklären. Ohne dass dies im abschließenden Antrag entsprechend ausgeführt worden wäre, ist erkennbar (nicht zuletzt aufgrund des Antrages zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung), dass die Antragstellerin nur die Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich der Vergabe der Leistungen für die Obergruppe 07 bekämpft. Sie führt im einleitenden Schriftsatz aus, dass für die Antragsgegnerin keinerlei Anlass bestanden hätte, Aufklärungen zu dem von ihr gelegten Angebot zu verlangen. Eine Unklarheit des Angebotes der Antragstellerin liege nicht vor, aufklärungsbedürftige Mängel wären daher nicht gegeben, weshalb auch die nicht fristgerechte Erteilung der Aufklärung nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen könnte. Auf Seite 2 Punkt 1 des Angebotes (richtig: der Ausschreibungsunterlagen) habe die Antragsgegnerin festgelegt, dass die ausgeschriebenen Leistungen zu den eingesetzten Einheits-Pauschal- und Regiepreisen angeboten werden. Nach § 124 BVergG 2006 würden im Falle von Abweichungen die eingesetzten Einheitspreise gelten. Die Antragsgegnerin hätte daher aufgrund des Gesetzes und ihrer eigenen Angebotsbedingungen von den eingesetzten Einheitspreisen ausgehen müssen, die aufgrund der unterschiedlichen örtlichen Verhältnisse differieren können. Eine Unklarheit des Angebotes, dass die Antragstellerin veranlassen hätte können, nach § 126 BVergG 2006 vorzugehen, liege damit nicht vor. Gegen diese Mitteilung, die inhaltlich als Ausscheidungsentscheidung zu werten ist, richtet sich der am 15.5.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Schriftsatz vom 25.5.2007) sowie auf Kostenersatz. Für den Fall des Vorliegens einer Zuschlagsentscheidung begehrt die Antragstellerin unter einem auch diese für nichtig zu erklären. Ohne dass dies im abschließenden Antrag entsprechend ausgeführt worden wäre, ist erkennbar (nicht zuletzt aufgrund des Antrages zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung), dass die Antragstellerin nur die Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich der Vergabe der Leistungen für die Obergruppe 07 bekämpft. Sie führt im einleitenden Schriftsatz aus, dass für die Antragsgegnerin keinerlei Anlass bestanden hätte, Aufklärungen zu dem von ihr gelegten Angebot zu verlangen. Eine Unklarheit des Angebotes der Antragstellerin liege nicht vor, aufklärungsbedürftige Mängel wären daher nicht gegeben, weshalb auch die nicht fristgerechte Erteilung der Aufklärung nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führen könnte. Auf Seite 2 Punkt 1 des Angebotes (richtig: der Ausschreibungsunterlagen) habe die Antragsgegnerin festgelegt, dass die ausgeschriebenen Leistungen zu den eingesetzten Einheits-Pauschal- und Regiepreisen angeboten werden. Nach Paragraph 124, BVergG 2006 würden im Falle von Abweichungen die eingesetzten Einheitspreise gelten. Die Antragsgegnerin hätte daher aufgrund des Gesetzes und ihrer eigenen Angebotsbedingungen von den eingesetzten Einheitspreisen ausgehen müssen, die aufgrund der unterschiedlichen örtlichen Verhältnisse differieren können. Eine Unklarheit des Angebotes, dass die Antragstellerin veranlassen hätte können, nach Paragraph 126, BVergG 2006 vorzugehen, liege damit nicht vor.

Zudem sei der Mängelbehebungsauftrag vom 13.3.2007, der die Grundlage für das Ausscheiden der Antragstellerin abgebe, völlig unklar und widersprüchlich gewesen, sodass für die Antragsgegnerin (richtig: Antragstellerin) nicht erkennbar gewesen sei, „was seitens des Auftraggebers beanstandet ist“. Aus diesem Grund hätte eine nochmalige präzierte Aufforderung erfolgen müssen. Im Zweifel hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu

Aufklärungsgesprächen einladen können, um die notwendigen Erörterungen zu führen, wofür genügend Zeit zur Verfügung gestanden sei. Es stehe der Auftraggeberin zwar offen, im Sinne des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 eine nicht fristgerechte Aufklärung als Ausscheidungsgrund zu behandeln. Im Sinne der Transparenz sei ein Auftraggeber jedoch gehalten, entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung zu treffen, wenn er von der genannten Ausscheidungssanktion Gebrauch machen wolle. Diese Absicht müsse der Auftraggeber im Vorhinein bekannt geben. Diesem Erfordernis sei die Antragstellerin (richtig: Antragsgegnerin) nicht nachgekommen. Weder in der Ausschreibung noch in einem allen Bietern zur Verfügung stehenden Dokument sei dieser Ausscheidungsgrund genannt. Durch ihr Vorgehen habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin gegenüber den verbleibenden Bietern benachteiligt, die Entscheidung, das Angebot auszuschneiden, sei daher rechtswidrig. Eine allenfalls bereits bestehende Zuschlagsentscheidung sei aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet. Zudem sei der Mängelbehebungsauftrag vom 13.3.2007, der die Grundlage für das Ausschneiden der Antragstellerin abgebe, völlig unklar und widersprüchlich gewesen, sodass für die Antragsgegnerin (richtig: Antragstellerin) nicht erkennbar gewesen sei, „was seitens des Auftraggebers beanstandet ist“. Aus diesem Grund hätte eine nochmalige präzisierte Aufforderung erfolgen müssen. Im Zweifel hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu Aufklärungsgesprächen einladen können, um die notwendigen Erörterungen zu führen, wofür genügend Zeit zur Verfügung gestanden sei. Es stehe der Auftraggeberin zwar offen, im Sinne des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 eine nicht fristgerechte Aufklärung als Ausscheidungsgrund zu behandeln. Im Sinne der Transparenz sei ein Auftraggeber jedoch gehalten, entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung zu treffen, wenn er von der genannten Ausscheidungssanktion Gebrauch machen wolle. Diese Absicht müsse der Auftraggeber im Vorhinein bekannt geben. Diesem Erfordernis sei die Antragstellerin (richtig: Antragsgegnerin) nicht nachgekommen. Weder in der Ausschreibung noch in einem allen Bietern zur Verfügung stehenden Dokument sei dieser Ausscheidungsgrund genannt. Durch ihr Vorgehen habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin gegenüber den verbleibenden Bietern benachteiligt, die Entscheidung, das Angebot auszuschneiden, sei daher rechtswidrig. Eine allenfalls bereits bestehende Zuschlagsentscheidung sei aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet.

Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr neben dem Entgang eines Referenzprojektes auch ein Schaden von rund EUR 5.138,-- zu entstehen (entgangener Gewinn, Verlust eines Beitrages zu den Allgemeinkosten). Dazu kämen auch noch die Kosten für die Angebotslegung sowie die Anwaltskosten.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 22.5.2007 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 22.5.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung Stellung genommen und ausgeführt, bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin seien bei den Preisen einige Unklarheiten aufgefallen. Trotz einheitlicher Positionstexte (gleiche Leistung) sei festgestellt worden, dass die jeweiligen Einheitspreise in den Obergruppen nicht übereinstimmten (zB wurden in OG 9 30 Stk. Baumerziehungsschnittarbeiten um je EUR 115,-- und in der OG 7 für die gleiche Tätigkeit 4 Stk. Baumerziehungsschnittarbeiten um je EUR 70,-- angeboten). Es sei für die Antragsgegnerin nicht klar gewesen, ob alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten in der Kalkulation enthalten wären und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar seien. Deshalb sei die Antragstellerin, wie neun andere Unternehmen auch, um Aufklärung mittels Detailkalkulation zu bezeichneten Positionen ersucht worden. Dazu sei das schriftliche Ersuchen vom 13.3.2007 ergangen, in dem auch auf die Bestimmung des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 verwiesen worden sei, dass dann, wenn innerhalb der gestellten Frist eine Aufklärung nicht erfolge, das Angebot ausgeschieden werden müsse. Die Frist für die Aufklärung habe 14 Tage betragen. Eine Reaktion der Antragstellerin auf das Schreiben vom 13.3.2007 sei nicht erfolgt. Mit Schriftsatz vom 22.5.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung Stellung genommen und ausgeführt, bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin seien bei den Preisen einige Unklarheiten aufgefallen. Trotz einheitlicher Positionstexte (gleiche Leistung) sei festgestellt worden, dass die jeweiligen Einheitspreise in den Obergruppen nicht übereinstimmten (zB wurden in OG 9 30 Stk. Baumerziehungsschnittarbeiten um je EUR 115,-- und in der OG 7 für die gleiche Tätigkeit 4 Stk. Baumerziehungsschnittarbeiten um je EUR 70,-- angeboten). Es sei für die Antragsgegnerin nicht klar gewesen, ob alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten in der Kalkulation enthalten

wären und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar seien. Deshalb sei die Antragstellerin, wie neun andere Unternehmen auch, um Aufklärung mittels Detailkalkulation zu bezeichneten Positionen ersucht worden. Dazu sei das schriftliche Ersuchen vom 13.3.2007 ergangen, in dem auch auf die Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 verwiesen worden sei, dass dann, wenn innerhalb der gestellten Frist eine Aufklärung nicht erfolge, das Angebot ausgeschieden werden müsse. Die Frist für die Aufklärung habe 14 Tage betragen. Eine Reaktion der Antragstellerin auf das Schreiben vom 13.3.2007 sei nicht erfolgt.

Mit E-Mail vom 2.5.2007 habe die Antragsgegnerin sich vergewissern wollen, ob nicht doch von Seiten der Antragstellerin fristgerecht eine Aufklärung übermittelt worden sei, da in einem vorangegangenen Vergabeverfahren eine fristgerechte Mitteilung nach Ablauf der Frist von einem Bieter nachgewiesen werden konnte, da die Aufklärung „magistratsintern falsch zugeordnet“ worden sei. Als Reaktion darauf habe die Antragstellerin jene Auskünfte mit E-Mail vom 2.5.2007 nachgereicht, um die sie im Schreiben vom 13.3.2007 ersucht worden sei. Damit sei für die Antragsgegnerin festgestanden, dass die Antragstellerin nicht innerhalb der ihr mit Schreiben vom 13.3.2007 gesetzten Frist die gewünschten Aufklärungen erteilt hat, weshalb das Angebot der Antragstellerin vom 2.5.2007 ausgeschieden worden sei. Dies sei der Antragstellerin mit E-Mail vom gleichen Tage mitgeteilt worden.

Auf diese Stellungnahme repliziert die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 25.5.2007, in dem sie im Wesentlichen vorbrachte, sie führe die ausgeschriebenen Leistungen in der Obergruppe 07 aufgrund einer früheren Ausschreibung aus. Die von ihr für die Obergruppe 07 angebotenen Preise würden den Preisen in den Ausschreibungen für Baumpflegemaßnahmen aus den Jahren 2004 und 2005 für den selben örtlichen Bereich entsprechen. Die Angemessenheit dieser Preise sei von der Antragstellerin (richtig wohl: Antragsgegnerin) noch nie in Frage gestellt und die Antragstellerin niemals zu den Preisen in den Ausschreibungen aus den Jahren 2004 und 2005 um Aufklärung ersucht worden. Dass die angebotenen Preise angemessen seien, ergebe sich auch daraus, „dass die Preise in der Obergruppe 07 den von der MA 42 in anderen Ausschreibungen vorgeschlagenen Mittelpreisen entsprechen“. In den anderen Obergruppen habe sich die Antragstellerin nur 5 % bis 15 % über dem Preis der Obergruppe 07 gehalten. Die Antragstellerin habe sich daher in der gegenständlichen Ausschreibung in einem normalen Preisrahmen, ja sogar jenem der MA 42, bewegt. Dass die Antragstellerin an unterschiedlichen Orten in Wien mit unterschiedlichen Anfahrtswegen, Abtransportwegen, Verkehrsaufkommen und Baumbeständen nicht zu den gleichen Preisen anbieten könne, liege auf der Hand und sei „nicht aufklärungsbedürftig“. Letztlich verfüge die Antragstellerin über Vorkenntnisse (Verkehrsflächen und Verkehrsströme, Baumbestand) aus den Arbeiten der vergangenen Jahre. Ihrer Information nach hätten auch die übrigen zur Aufklärung aufgeforderten Bieter die Preisdifferenzen mit speziellen Ortskenntnissen in einer Hauptgruppe begründet. Diese Begründung gleiche der Begründung in der Antwort der Antragstellerin vom 2.5.2007, sodass es zu keiner Ungleichbehandlung der Bieter oder einer Veränderung der Bieterreihung kommen könne.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der Gegenseite zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 14.6.2007 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsvertrages zur Durchführung von Baumschnittarbeiten auf Hauptstraßen B in allen Wiener Bezirken. Die Ausschreibung ist in neun Obergruppen gegliedert, von denen ein Bieter laut dem Beiblatt zur Ausschreibung jeweils nur den Zuschlag für eine Gruppe erhalten kann. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Ausschreibung wurde europaweit bekannt gemacht (Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EU am 21.12.2006). Das Ende der Angebotsfrist war der 22.1.2007, 10.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Vorauszuschicken ist, dass gegenständlich die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, nur insoweit angefochten wird, als dies deren Angebot bezüglich der Obergruppe 07 betrifft. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsvertrages zur Durchführung von Baumschnittarbeiten auf Hauptstraßen B in allen Wiener Bezirken. Die Ausschreibung ist in neun Obergruppen gegliedert, von denen ein Bieter laut dem Beiblatt zur Ausschreibung jeweils nur den Zuschlag für eine Gruppe erhalten kann. Nach den Ausschreibungsbedingungen soll der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten

Preis erfolgen. Die Ausschreibung wurde europaweit bekannt gemacht (Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EU am 21.12.2006). Das Ende der Angebotsfrist war der 22.1.2007, 10.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Vorauszuschicken ist, dass gegenständlich die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, nur insoweit angefochten wird, als dies deren Angebot bezüglich der Obergruppe 07 betrifft.

Insgesamt haben sich 13 Bieter durch Abgabe von Angeboten am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes für alle neun Obergruppen. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung vom 22.1.2007 wurde deren Angebot bezüglich der Obergruppe 07 mit einem Preis von insgesamt EUR 34.255,- als billigstes verlesen.

Im Zuge der Angebotsprüfung ist der Antragsgegnerin aufgefallen, dass die Angebote in einzelnen Obergruppen Preisunterschiede bis zu 100 % aufgewiesen haben. Es wurden daher von ihr insgesamt zehn Bieter um Aufklärung unter Anführung der fraglichen Positionen ersucht, darunter auch die Antragstellerin.

Im Angebot der Antragstellerin waren der Antragsgegnerin die darin angeführten Zahlen an sich nicht unklar, wohl aber das Verhältnis der Zahlen untereinander. Das im Zuge der Preisprüfung an die Antragstellerin gerichtete Aufklärungsersuchen vom 13.3.2007 hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben am 22.1.07 10:00 Uhr

bei der Ausschreibung div., Hauptstraßen B teilgenommen.

42NB2HBWIS050060BAUMS

Um nicht aus dem Verfahren (lt. § 129 (2) BVergG 2006) ausgeschieden zu werden, ersuchen wir sie lt. § 126(1) BVergG 2006 folgende Aufklärungen bis 27.03.07 um 13:00 Uhr nachzureichen. Um nicht aus dem Verfahren (lt. Paragraph 129, (2) BVergG 2006) ausgeschieden zu werden, ersuchen wir sie lt. Paragraph 126 (, eins,) BVergG 2006 folgende Aufklärungen bis 27.03.07 um 13:00 Uhr nachzureichen.

Frage: Warum differiert in den folgenden Positionen Ihr Verhältnis zwischen Menge und Einheitspreis? Bitte um Aufklärung mittels Detailkalkulation.

OG 7 26.1410 C Baumerziehungsschnitt STU 41-70 cm

OG 8 26.1410 C Baumerziehungsschnitt STU 41-70 cm

OG 9 26.1410 C Baumerziehungsschnitt STU 41-70 cm

OG 5 03.0103 D Gehölz fällen und wegschaffen > 60-90 cm

OG 7 03.0103 D Gehölz fällen und wegschaffen > 60-90 cm

OG 4 26.1802 G Kronenpflegeschnitt > 350 cm Stu.

OG 8 26.1802 G Kronenpflegeschnitt > 350 cm Stu."

Dieses im E-Mail-Wege an die Antragstellerin gerichtete Ersuchen ist dieser noch am 13.3.2007 zugekommen. In der Folge hat die Antragstellerin auf dieses Ersuchen weder schriftlich noch mündlich, weder durch Beantwortung noch durch Nachfrage, reagiert.

Allen zehn Bietern, die um Aufklärung ersucht wurden, wurde für das Einlangen der Antwort der Termin 27.3.2007, 13.00 Uhr gesetzt. Neun Bieter haben innerhalb der gesetzten Frist ihre Auskünfte erteilt und die geforderte Aufklärung gegeben.

Nachdem in einem anderen Vergabeverfahren ein Bieter, der um Aufklärung ersucht worden war, diese Aufklärung zwar fristgerecht erteilt hat, die Erklärung jedoch nicht zu den Vergabeakten gelangte, hat die Antragsgegnerin um sicher zu gehen, am 2.5.2007 folgendes E-Mail an die Antragstellerin gerichtet:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir haben Ihnen am 13. März 2007 ein e-Mail mit einer Aufforderung zur Aufklärung für die Ausschreibung div. Hauptstraßen B, 42NB2HBWIS050060BAUMS übermittelt. Die Frist zur Abgabe einer verbindlich schriftlichen

Aufklärung war mit 27.3.2007, 13 h angegeben. Diese Frist ist abgelaufen. Wir haben innerhalb dieser gesetzten Frist keine verbindliche schriftliche Aufklärung von Ihnen erhalten. Sollten Sie einen anderen Wissensstand haben werden Sie aufgefordert, uns diesen bis 3.Mai 2007 13h zu übermitteln. Ansonsten wird Ihr Angebot lt. § 129 (2) BVergG 2006 ausgeschieden."Wir haben Ihnen am 13. März 2007 ein e-Mail mit einer Aufforderung zur Aufklärung für die Ausschreibung div. Hauptstraßen B, 42NB2HBWIS050060BAUMS übermittelt. Die Frist zur Abgabe einer verbindlich schriftlichen Aufklärung war mit 27.3.2007, 13 h angegeben. Diese Frist ist abgelaufen. Wir haben innerhalb dieser gesetzten Frist keine verbindliche schriftliche Aufklärung von Ihnen erhalten. Sollten Sie einen anderen Wissensstand haben werden Sie aufgefordert, uns diesen bis 3.Mai 2007 13h zu übermitteln. Ansonsten wird Ihr Angebot lt. Paragraph 129, (2) BVergG 2006 ausgeschieden."

Dieses E-Mail ist der Antragstellerin am 2.5.2007 zugegangen. Es wurde von ihr noch am gleichen Tage mit dem nachstehenden Schreiben beantwortet:

„Betrifft: div. Hauptstraßen B, Baumschnitt 42NB2HBWIS050060HBAUMS

Sehr geehrter Hr. Ing. ***,

zu den unterschiedlichen Einheitspreisen, bei gleichen Positionen, in verschiedenen Obergruppen, nehmen wir wie folgt Stellung:

1. 1.Ziffer eins

Bei der Position Gehölz fällen u. wegschaffen > 60-90 cm erklärt sich der Preisunterschied, dass wir auf der B1 die weitaus besseren Ortskenntnisse haben als auf der B221 und daher billiger anbieten können

2. 2.Ziffer 2

Auch bei der Pos Kronenpflegeschnitt > 350 cm STU erklärt die langjährige Pflege auf der B225 und die damit verbundenen Ortskenntnisse den billigeren Preis gegenüber der B228, B227, B14

3. 3.Ziffer 3

Die Ortskenntnisse auf der B1 ermöglichen bei der Pos Baumerziehungsschnitt STU 41-70 cm einen tieferen Preis gegenüber der B228; der Zustand der Kronenform und den damit notwendigen höheren Arbeitsaufwand erklärt den Einheitspreis für die Pos 26 1410C der OG9

Wir hoffen Ihnen mit diesen Erklärungen zu haben und verbleiben".

Daraufhin hat die Antragsgegnerin, ebenfalls am 2.5.2007 entschieden, das Angebot der Antragstellerin mangels fristgerechter Übermittlung der Antworten auf ihr Schreiben vom 27.3.2007 auszuschneiden und dies mit folgendem Schreiben im E-Mail-Wege der Antragstellerin mitgeteilt:

„Sehr geehrte Damen und Herren der Fa. ***,

da Sie uns keinen Nachweis einer fristgerechten Übermittlung zukommen ließen, bestätigt dies, dass Sie uns bis 27.3.2007 13h, keine verbindliche schriftliche Aufklärung übermittelt haben (Amtlich kein Eingang E-Mail oder Fax). Somit sind Sie der Aufforderung vom 13.3.2007 nicht fristgerecht nachgekommen. Die Ihrerseits nachträgliche Übermittlung einer versuchten schriftlichen Aufklärung am 2.5.2007 kann keine Berücksichtigung mehr finden, da dies eine Ungleichbehandlung aller Bieter darstellen würde.

Daher muss Ihr Angebot ausgeschieden werden."

In einem weiteren, im E-Mail-Wege übermittelten Schreiben vom 3.5.2007 hat die Antragsgegnerin „um etwaige Missverständnisse aufzuklären" zusammenfassend ihre Bemühungen dargestellt, von der Antragstellerin Aufklärung zu ihrem Angebot zu erhalten.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 7.5.2007 der Antragstellerin abermals die Ausscheidung ihres Angebotes mitgeteilt. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrte Damen und Herren der Fa. ***,

Sie haben am 22.1.07 10:00

bei der Ausschreibung div. Hauptstraßen B teilgenommen. 42NB2HBWIS050060BAUMS

Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Ihr Angebot musste ausgeschieden werden, da

Sie es unterlassen haben, innerhalb der Ihnen gestellten Frist die verlangte verbindliche schriftliche Aufklärungen zu geben.

Grund: Die verbindlich schriftliche Aufklärung für die Ausschreibung ist nicht fristgerecht mit 27.3.2007, 13 h eingelangt, daher wird Ihr Angebot nach BVergG2006 §129 (2) ausgeschieden."

Die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, ist dieser am 2.5.2007 zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 15.5.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist nachgewiesen, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden, obwohl inhaltlich nur die Ausscheidung des Angebotes bezüglich eines, im Unterschwellenbereich liegenden Loses bekämpft wird.

Eine Zuschlagsentscheidung ist bisher nicht ergangen.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Danach ist der Prüfvorgang der Antragsgegnerin eingehend dokumentiert, der Schriftsatzwechsel erliegt ebenfalls in unbedenklicher Form in den Vergabeakten. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.3.2007 unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 aufgefordert wurde, Aufklärungen, die zu einzelnen Positionen näher bezeichnet wurden, nachzureichen. Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht nachgekommen ist. Dass sich die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 2.5.2007 vergewissern wollte, ob die Antragstellerin tatsächlich nicht doch ihr vorangegangenes Schreiben beantwortet hat, gründet sich auf ihr Vorbringen in den Schriftsätzen. Nach den Angaben des Vertreters der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war auch davon auszugehen, dass für diese im Zuge der Angebotsprüfung die in dem Angebot enthaltenen Zahlen an sich nicht unklar waren, sondern lediglich das Verhältnis der Zahlen untereinander. Die Anfragen wurden von ihr im Zusammenhang mit der Preisprüfung nicht nur an die Antragstellerin sondern auch an neun weitere Bieter gerichtet (Protokoll der mündlichen Verhandlung, Seite 3). Dass die Antragstellerin auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.3.2007 bis 2.5.2007 nicht reagiert hat, auch nicht nachgefragt hat, welchen Zweck diese Aufforderung haben soll, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin. Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Danach ist der Prüfvorgang der Antragsgegnerin eingehend dokumentiert, der Schriftsatzwechsel erliegt ebenfalls in unbedenklicher Form in den Vergabeakten. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.3.2007 unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 aufgefordert wurde, Aufklärungen, die zu einzelnen Positionen näher bezeichnet wurden, nachzureichen. Unstrittig steht fest, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht nachgekommen ist. Dass sich die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 2.5.2007 vergewissern wollte, ob die Antragstellerin tatsächlich nicht doch ihr vorangegangenes Schreiben beantwortet hat, gründet sich auf ihr Vorbringen in den Schriftsätzen. Nach den Angaben des Vertreters der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war auch davon auszugehen, dass für diese im Zuge der Angebotsprüfung die in dem Angebot enthaltenen Zahlen an sich nicht unklar waren, sondern lediglich das Verhältnis der Zahlen untereinander. Die Anfragen wurden von ihr im Zusammenhang mit der Preisprüfung nicht nur an die Antragstellerin sondern auch an neun weitere Bieter gerichtet (Protokoll der mündlichen Verhandlung, Seite 3). Dass die Antragstellerin auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 13.3.2007 bis 2.5.2007 nicht reagiert hat, auch nicht nachgefragt hat, welchen Zweck diese Aufforderung haben soll, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens an die Europäischen Gemeinschaften (21.12.2006) sowie den Zeitpunkt der Antragstellung auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (15.5.2007) auf den gegenständlichen Sachverhalt sowohl die Bestimmungen des BVergG 2006 als auch jene des WVRG 2007 anzuwenden sind.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Dienstleistungen im Sinne des § 6 BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich zwar um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§

12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006), der jedoch in neun Lose geteilt ist, wobei einzelne Lose in den Unterschwellenbereich fallen. Dies trifft auch auf das gegenständliche Los 07 zu, dessen Auftragswert im Unterschwellenbereich liegt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen als Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 wurden ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich zwar um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006), der jedoch in neun Lose geteilt ist, wobei einzelne Lose in den Unterschwellenbereich fallen. Dies trifft auch auf das gegenständliche Los 07 zu, dessen Auftragswert im Unterschwellenbereich liegt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. 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 im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes 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 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 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 im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung ihres Angebotes 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 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 Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren 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 angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 2.5.2007 zugegangen ist, ist der am 15.5.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 2.5.2007 zugegangen ist, ist der am 15.5.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu ihrem Angebot mit Schreiben vom 13.3.2007 aufgefordert hat, Aufklärungen bezüglich einzelner, genau bezeichneter Positionen zu geben. In dieser Aufforderung, die nicht nur an die Antragstellerin sondern an neun weitere Unternehmen gegangen ist, wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Angebote nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen, sollte die verlangte Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist (27.3.2007, 13.00 Uhr) nicht erfolgen. Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu ihrem Angebot mit Schreiben vom 13.3.2007 aufgefordert hat, Aufklärungen bezüglich einzelner, genau bezeichneter Positionen zu geben. In dieser Aufforderung, die nicht nur an die Antragstellerin sondern an neun weitere Unternehmen gegangen ist, wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Angebote nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausgeschieden werden müssen, sollte die verlangte Aufklärung innerhalb der gesetzten Frist (27.3.2007, 13.00 Uhr) nicht erfolgen.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin ihre Aufforderung zur Aufklärung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne des § 125 Abs. 2 BVergG 2006 vorgenommen und in diesem

Zusammenhang die Antragstellerin um Aufklärung im Sinne des Abs. 3 leg. cit. ersucht. Dass zweifelhafte Preisangaben im Angebot der Antragstellerin vorlagen, ist deren Angebot nicht zu entnehmen. Der Standpunkt der Antragstellerin, eine Angebotsprüfung wäre nicht vorzunehmen gewesen, weil die Bestimmung des § 124 BVergG 2006 anzuwenden gewesen wäre, ist daher unzutreffend. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin ihre Aufforderung zur Aufklärung im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Preise im Sinne des Paragraph 125, Absatz 2, BVergG 2006 vorgenommen und in diesem Zusammenhang die Antragstellerin um Aufklärung im Sinne des Absatz 3, leg. cit. ersucht. Dass zweifelhafte Preisangaben im Angebot der Antragstellerin vorlagen, ist deren Angebot nicht zu entnehmen. Der Standpunkt der Antragstellerin, eine Angebotsprüfung wäre nicht vorzunehmen gewesen, weil die Bestimmung des Paragraph 124, BVergG 2006 anzuwenden gewesen wäre, ist daher unzutreffend.

Da die Antragsgegnerin die Angemessenheit der Preise im Hinblick auf die Ergebnisse des Vergabeverfahrens einer Prüfung unterzog, war sie im Sinnes des § 125 Abs. 3 BVergG 2006 nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihr zweifelhaft erscheinende Positionen in den Angeboten einer Prüfung zu unterziehen. Im Zuge dieses Prüfvorganges ist sie entsprechend der Bestimmung des § 126 BVergG 2006 vorgegangen und hat diesen Vorgang auch nachvollziehbar dokumentiert. Da die Antragsgegnerin die Angemessenheit der Preise im Hinblick auf die Ergebnisse des Vergabeverfahrens einer Prüfung unterzog, war sie im Sinnes des Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, ihr zweifelhaft erscheinende Positionen in den Angeboten einer Prüfung zu unterziehen. Im Zuge dieses Prüfvorganges ist sie entsprechend der Bestimmung des Paragraph 126, BVergG 2006 vorgegangen und hat diesen Vorgang auch nachvollziehbar dokumentiert.

Unstrittig ist, dass die Antragstellerin innerhalb der ihr mit Schreiben vom 13.3.2007 gesetzten Frist weder die erbetenen Auskünfte erteilt noch sonst auf dieses Schreiben reagiert hat. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vermeint, dass nur Fragen im Angebotsprüfungsverfahren gestellt werden dürfen, deren Beantwortung für den Ausgang des Verfahrens relevant seien, unterlässt sie es zunächst darzutun, aus welchen Gründen die im Schreiben vom 13.3.2007 angeführten Fragen zu einzelnen genau definierten Positionen ohne Bedeutung für die Beurteilung der Angebote sein sollten. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin und die Formulierung der von ihr gestellten Fragen entspricht durchaus den vergaberechtlichen Bestimmungen. Die Antragsgegnerin hat auch bereits in ihrem Ersuchen vom 13.3.2007 darauf hingewiesen, dass sie bei nicht rechtzeitiger Aufklärung das Angebot nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ausscheiden wird. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin innerhalb der ihr mit Schreiben vom 13.3.2007 gesetzten Frist weder die erbetenen Auskünfte erteilt noch sonst auf dieses Schreiben reagiert hat. Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang vermeint, dass nur Fragen im Angebotsprüfungsverfahren gestellt werden dürfen, deren Beantwortung für den Ausgang des Verfahrens relevant seien, unterlässt sie es zunächst darzutun, aus welchen Gründen die im Schreiben vom 13.3.2007 angeführten Fragen zu einzelnen genau definierten Positionen ohne Bedeutung für die Beurteilung der Angebote sein sollten. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin und die Formulierung der von ihr gestellten Fragen entspricht durchaus den vergaberechtlichen Bestimmungen. Die Antragsgegnerin hat auch bereits in ihrem Ersuchen vom 13.3.2007 darauf hingewiesen, dass sie bei nicht rechtzeitiger Aufklärung das Angebot nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ausscheiden wird.

Selbst wenn der Inhalt des Mängelbehebungsauftrages vom 13.3.2007, wie von ihr im einleitenden Schriftsatz behauptet „völlig unklar und widersprüchlich“ gewesen sein sollte, sodass für die Antragstellerin „nicht erkennbar war, was seitens des Auftraggebers beanstandet ist“, wäre sie nach Ansicht des Senates gehalten gewesen, sich um Aufklärung an die Antragsgegnerin zu wenden. Aus welchen Gründen die Antragsgegnerin veranlasst gewesen sein sollte, zu hinterfragen, ob die Antragstellerin die Aufforderung vom 13.3.2007 verstanden hat, ist völlig unerfindlich. Dass aber im Ergebnis der Inhalt des Schreibens vom 13.3.2007 für die Antragstellerin keineswegs „unklar“ war, ergibt sich aus deren Reaktion mit Schreiben vom 2.5.2007, in dem sie zu den einzelnen aufgeworfenen Punkten eingehend Stellung nimmt. Diese erst am 2.5.2007 erfolgte Beantwortung der Fragen im Schreiben vom 13.3.2007 erfolgte jedoch nicht mehr fristgerecht und war daher zutreffend von der Antragsgegnerin nicht mehr zu berücksichtigen, weil sie sonst gegen die Bestimmung des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verstoßen hätte. Selbst wenn der Inhalt des Mängelbehebungsauftrages vom 13.3.2007, wie von ihr im einleitenden Schriftsatz behauptet „völlig unklar und widersprüchlich“ gewesen sein sollte, sodass für die Antragstellerin „nicht erkennbar war, was seitens des Auftraggebers beanstandet ist“, wäre sie nach Ansicht des Senates gehalten gewesen, sich um Aufklärung an die Antragsgegnerin zu wenden. Aus welchen Gründen die Antragsgegnerin veranlasst gewesen sein sollte, zu

hinterfragen, ob die Antragstellerin die Aufforderung vom 13.3.2007 verstanden hat, ist völlig unerfindlich. Dass aber im Ergebnis der Inhalt des Schreibens vom 13.3.2007 für die Antragstellerin keineswegs „unklar“ war, ergibt sich aus deren Reaktion mit Schreiben vom 2.5.2007, in dem sie zu den einzelnen aufgeworfenen Punkten eingehend Stellung nimmt. Diese erst am 2.5.2007 erfolgte Beantwortung der Fragen im Schreiben vom 13.3.2007 erfolgte jedoch nicht mehr fristgerecht und war daher zutreffend von der Antragsgegnerin nicht mehr zu berücksichtigen, weil sie sonst gegen die Bestimmung des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verstoßen hätte.

Nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 kann ein Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Auf die Folgen einer nicht rechtzeitigen Aufklärung hat die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 13.3.2007 aufmerksam gemacht. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war es nicht erforderlich, diese Rechtsfolgen bereits in den Text der Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen, sondern war es lediglich erforderlich, dass ein Bieter rechtzeitig auf die Folgen seines Verhaltens hingewiesen und ihm klar dargestellt wird, dass die Auftraggeberin die nicht rechtzeitige Beantwortung bzw. eine nicht nachvollziehbare Begründung der Aufklärung zum Anlass nehmen wird, das Angebot auszuschneiden. Nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 kann ein Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Auf die Folgen einer nicht rechtzeitigen Aufklärung hat die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 13.3.2007 aufmerksam gemacht. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war es nicht erforderlich, diese Rechtsfolgen bereits in den Text der Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen, sondern war es lediglich erforderlich, dass ein Bieter rechtzeitig auf die Folgen seines Verhaltens hingewiesen und ihm klar dargestellt wird, dass die Auftraggeberin die nicht rechtzeitige Beantwortung bzw. eine nicht nachvollziehbare Begründung der Aufklärung zum Anlass nehmen wird, das Angebot auszuschneiden.

Mit ihrer Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, hat die Antragsgegnerin nicht gegen Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen. Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidung, soweit davon das Vergabeverfahren zur Obergruppe 07 betroffen ist, war daher als unbegründet abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 22.5.2007 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 22.5.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Antragsgegnerin hat zwar ein Verfahren im Oberschwellenbereich geführt, im Ergebnis hat die Antragstellerin jedoch nur die Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich eines Loses bekämpft. Da der Auftragswert dieses Loses nicht den Oberschwellenwert erreicht, die Antragstellerin jedoch Pauschalgebühren für ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich entrichtet hat, waren ihr von Amts wegen die halben, von ihr entrichteten Pauschalgebühren zurückzuüberweisen (§ 18 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2007). Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Antragsgegnerin hat zwar ein Verfahren im Oberschwellenbereich geführt, im Ergebnis hat die Antragstellerin jedoch nur die Entscheidung der Antragsgegnerin bezüglich eines Loses bekämpft. Da der Auftragswert dieses Loses nicht den Oberschwellenwert erreicht, die Antragstellerin jedoch Pauschalgebühren für ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich entrichtet hat, waren ihr von Amts wegen die halben, von ihr entrichteten Pauschalgebühren zurückzuüberweisen (Paragraph 18, Absatz 2, letzter Satz WVRG 2007).

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Gerichte des öffentlichen Rechtes beginnen erst mit der Zustellung der Ausfertigung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Gerichte des öffentlichen Rechtes beginnen erst mit der Zustellung der Ausfertigung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Abweisung des Nichtigkeitsklärungsantrages; Ausscheidung des Angebotes; mangelnde Aufklärung zum Angebot.

Dokumentnummer

VERGT_20070614_3567_07_00

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