

TE Verg Bescheid 2007/5/15 VKS-2467/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.05.2007

Norm

WVRG 2007 §§1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31

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

BVergG 2006 §68 Abs1 Z6

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1 und 2

BVergG 2006 §131

BAO §212

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BAO § 212 heute
2. BAO § 212 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 110/2023

3. BAO § 212 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2013
4. BAO § 212 gültig von 31.12.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 180/2004
5. BAO § 212 gültig von 21.08.2003 bis 30.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
6. BAO § 212 gültig von 01.01.2003 bis 20.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2002
7. BAO § 212 gültig von 26.06.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2002
8. BAO § 212 gültig von 01.01.2002 bis 25.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2001
9. BAO § 212 gültig von 30.12.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
10. BAO § 212 gültig von 01.12.1993 bis 29.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 818/1993
11. BAO § 212 gültig von 30.07.1988 bis 30.11.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 412/1988
12. BAO § 212 gültig von 18.07.1987 bis 29.07.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 312/1987
13. BAO § 212 gültig von 01.01.1986 bis 17.07.1987 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 557/1985

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der Bietergemeinschaft *** GmbH, bestehend aus *** GmbH, Elektro ***, Inhaber ***, *** Ges.m.b.H und *** KG, per Anschrift ***, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OEG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für Elektriker zur Durchführung diverser Elektrikerarbeiten im 13. und 23. Bezirk, GE 1-4, Ausschreibungsnummer LV/WW/DT/HT-WW23-ELEKTRO-BUR durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Direktion Technik, Haustechnik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber – medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 21.3.2007, das Angebot der Bietergemeinschaft im Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages Elektriker für den 13. und 23. Bezirk auszuscheiden, wird für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die Dauer der einstweiligen Verfügung vom 10.4.2007 wird um weitere vier Wochen verlängert.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 7.500,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

4. 4.Ziffer 4

Das Verfahren über den Eventualantrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin wird im Anschluss an die Ausfertigung dieser Entscheidung gesondert durchgeführt werden.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 19 Abs. 1 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 2, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 68 Abs. 1 Z 6, 129 Abs. 1 Z 1 und 2, 131 BVergG 2006 und § 212 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, Absatz eins, 20 Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 27, 28, 29, Absatz 2, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 68 Absatz eins, Ziffer 6, 129, Absatz eins, Ziffer eins und 2, 131 BVergG 2006 und Paragraph 212

BAO.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt insgesamt 9 offene Verfahren zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von diversen Elektrikerarbeiten in von ihr verwalteten Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft das Verfahren der Antragsgegnerin zur Vergabe eines Rahmenvertrages für den 13. und 23. Bezirk, Gebietseinheiten 1 bis 4. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung im Amtsblatt der EU erfolgte am 8.4.2006, Zl. 2006/S69-071959, im Amtsblatt der Stadt Wien am 6.4.2006. Teilangebote auch auf Ebene der

Gebietseinheiten waren zulässig, Alternativangebote waren nicht zugelassen. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von 3 Jahren mit einer Option auf einmalige Verlängerung für weitere 3 Jahre haben. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem einzigen Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ erfolgen.

Die Ausschreibung wurde rechtzeitig von einem Bieter unter Geltendmachung verschiedener Rechtswidrigkeiten angefochten. Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 22.6.2006, VKS – 1560/06 u.a. wurden einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt. Die von der Antragsgegnerin daraufhin vorgenommenen Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen wurden ordnungsgemäß am 16.5.2006 und am 16.8.2006 kundgemacht. Mit Bekanntmachung vom 2.8.2006, veröffentlicht im Amtsblatt der EU zu 2006/S154-165777, wurde der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 14.8.2006, 9.00 Uhr festgelegt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 17.8.2006 um 13.00 Uhr.

Neben anderen Unternehmen hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft durch fristgerechte Legung eines Angebotes für alle vier Gebietsteile am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Schreiben vom 21.3.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot „gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 iVm § 68 Abs. 1 BVergG 2006 und § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006“ ausgeschieden werden musste. Als Begründung wurde darin angeführt, dass die Antragstellerin ihre „Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich nicht erfüllt“ habe und „die ausgewiesenen Rückstände nicht bloß geringfügig“ wären. Die Antragsgegnerin hat daher die antragstellende Bietergemeinschaft „angesichts der Höhe dieser Rückstände .. als finanziell nicht leistungsfähig“ qualifiziert. Neben anderen Unternehmen hat sich auch die antragstellende Bietergemeinschaft durch fristgerechte Legung eines Angebotes für alle vier Gebietsteile am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Schreiben vom 21.3.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass deren Angebot „gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, BVergG 2006 und Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006“ ausgeschieden werden musste. Als Begründung wurde darin angeführt, dass die Antragstellerin ihre „Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich nicht erfüllt“ habe und „die ausgewiesenen Rückstände nicht bloß geringfügig“ wären. Die Antragsgegnerin hat daher die antragstellende Bietergemeinschaft „angesichts der Höhe dieser Rückstände .. als finanziell nicht leistungsfähig“ qualifiziert.

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 4.4.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, sowie auf Kostenersatz. Für den Fall der Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung begehrt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die im Zuge der Angebotseröffnung verlesenen Angebote die Nichtigerklärung diesbezüglich ergangener Zuschlagsentscheidungen. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung liege sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle. Das Angebot der vor ihr liegenden Bieterin wäre mangels detaillierter Referenzen auszuschneiden, sodass die Antragstellerin als tatsächliche Billigstbieterin zum Zuge kommen müsste. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, weil die von der Antragsgegnerin behauptete Nichterfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben in Österreich nicht vorläge. Jene drei Mitglieder der Bietergemeinschaft, deren Abgabenkonto bis zum 22.3.2007 nicht ausgeglichen oder positiv gewesen seien, hätten bis zu diesem Zeitpunkt (Tag der Bezahlung aller offenen Abgabensforderungen) jeweils über eine aufrechte Zahlungsvereinbarung mit dem zuständigen Finanzamt verfügt. Sie seien ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben daher auch vor dem 22.3.2007 tatsächlich im Rahmen dieser Zahlungsvereinbarung nachgekommen. Bereits mit Angebotsabgabe hätten die Mitglieder der Bietergemeinschaft durch Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigungen, von Auszügen aus den Lastenkonto und Vorlage der aufrechten Zahlungsvereinbarungen nachgewiesen, dass sämtliche Raten fristgerecht bezahlt werden. Diese drei Mitglieder der Bietergemeinschaft hätten daher ihre Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens erfüllt. Die Höhe der Rückstände an sich sei nicht relevant. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 4.4.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, sowie auf Kostenersatz. Für den Fall der Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung begehrt die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die im Zuge der Angebotseröffnung verlesenen Angebote die Nichtigerklärung diesbezüglich ergangener Zuschlagsentscheidungen. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin vor, nach den Ergebnissen der

Angebotseröffnung liege sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle. Das Angebot der vor ihr liegenden Bieterin wäre mangels detaillierter Referenzen auszuschneiden, sodass die Antragstellerin als tatsächliche Billigstbieterin zum Zuge kommen müsste. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschieden worden, weil die von der Antragsgegnerin behauptete Nichterfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben in Österreich nicht vorläge. Jene drei Mitglieder der Bietergemeinschaft, deren Abgabenkonto bis zum 22.3.2007 nicht ausgeglichen oder positiv gewesen seien, hätten bis zu diesem Zeitpunkt (Tag der Bezahlung aller offenen Abgabensforderungen) jeweils über eine aufrechte Zahlungsvereinbarung mit dem zuständigen Finanzamt verfügt. Sie seien ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben daher auch vor dem 22.3.2007 tatsächlich im Rahmen dieser Zahlungsvereinbarung nachgekommen. Bereits mit Angebotsabgabe hätten die Mitglieder der Bietergemeinschaft durch Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigungen, von Auszügen aus den Lastenkonto und Vorlage der aufrechten Zahlungsvereinbarungen nachgewiesen, dass sämtliche Raten fristgerecht bezahlt werden. Diese drei Mitglieder der Bietergemeinschaft hätten daher ihre Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens erfüllt. Die Höhe der Rückstände an sich sei nicht relevant.

Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen zu prüfen, warum Steuern und Abgaben offen sind. Im Zuge einer derartigen Prüfung hätte sie erkennen müssen, dass Auffassungsunterschiede über Grund und Höhe von angeblichen Rückständen von Steuern und Abgaben aufgetreten seien, die zu den gegenständlichen Nachforderungen bei drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft geführt hätten. Diese hätten, nicht weil sie zur sofortigen Begleichung der Rückstände nicht in der Lage gewesen wären, sondern weil die Zahlungserleichterung eine Umschichtung der Vermögensstruktur der Unternehmer vermied, rechtzeitig um Zahlungserleichterung gemäß § 212 BAO bei den Finanzbehörden angesucht. Diesem Ansuchen sei stattgegeben worden und den drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft das Recht eingeräumt worden, ihre Steuern und Abgaben zu einem vereinbarten Zeitpunkt zu zahlen, weshalb diese Mitglieder nicht verpflichtet gewesen wären zeitlich früher als vereinbart ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Die Mitglieder der Bietergemeinschaft hätten zu keinem Zeitpunkt gegen ein Abgabengesetz verstoßen, sondern vielmehr von den Möglichkeiten der BAO Gebrauch gemacht. Überdies hätten die betroffenen Mitglieder der Bietergemeinschaft am 22.3.2007 sämtliche offenen Abgabensforderungen beglichen, was jedoch von der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt worden sei. Unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH (Rs C-226/04 und C-228/04), sowie des in § 73 BVergG 2006 festgelegten Prüfschemas hätte die Antragsgegnerin zum Schluss kommen müssen, dass der Ausschluss der Antragstellerin von Vergabeverfahren in keinem Verhältnis zum fristgerechten Bedienen aufrechter Zahlungsvereinbarungen stehe. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen zu prüfen, warum Steuern und Abgaben offen sind. Im Zuge einer derartigen Prüfung hätte sie erkennen müssen, dass Auffassungsunterschiede über Grund und Höhe von angeblichen Rückständen von Steuern und Abgaben aufgetreten seien, die zu den gegenständlichen Nachforderungen bei drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft geführt hätten. Diese hätten, nicht weil sie zur sofortigen Begleichung der Rückstände nicht in der Lage gewesen wären, sondern weil die Zahlungserleichterung eine Umschichtung der Vermögensstruktur der Unternehmer vermied, rechtzeitig um Zahlungserleichterung gemäß Paragraph 212, BAO bei den Finanzbehörden angesucht. Diesem Ansuchen sei stattgegeben worden und den drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft das Recht eingeräumt worden, ihre Steuern und Abgaben zu einem vereinbarten Zeitpunkt zu zahlen, weshalb diese Mitglieder nicht verpflichtet gewesen wären zeitlich früher als vereinbart ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Die Mitglieder der Bietergemeinschaft hätten zu keinem Zeitpunkt gegen ein Abgabengesetz verstoßen, sondern vielmehr von den Möglichkeiten der BAO Gebrauch gemacht. Überdies hätten die betroffenen Mitglieder der Bietergemeinschaft am 22.3.2007 sämtliche offenen Abgabensforderungen beglichen, was jedoch von der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt worden sei. Unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH (Rs C-226/04 und C-228/04), sowie des in Paragraph 73, BVergG 2006 festgelegten Prüfschemas hätte die Antragsgegnerin zum Schluss kommen müssen, dass der Ausschluss der Antragstellerin von Vergabeverfahren in keinem Verhältnis zum fristgerechten Bedienen aufrechter Zahlungsvereinbarungen stehe.

Über Aufforderung der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin Unterlagen zur Kapitalausstattung, das Anlagevermögen und den Grundbesitz der Mitglieder der Bietergemeinschaft vorgelegt. Die Prüfung dieser Unterlagen sei offenbar nicht korrekt durchgeführt worden, da sie insbesondere unter Berücksichtigung der Bonitätsauskünfte vom 15.5.2006, betreffend alle Mitglieder der Bietergemeinschaft, welche bereits mit dem Angebot vorgelegt worden wären, zum Ergebnis hätte gelangen müssen, dass zu keinem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens eine Gefahr für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Bietergemeinschaft bestanden habe oder bestehe.

Da das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden gewesen wäre, befände sich dieses Angebot bei vergaberechtskonformen Vorgehen der Antragsgegnerin noch im Kreis jener Angebote, aus welchen die Auftraggeberin gemäß § 130 BVergG 2006 das Angebot mit dem niedrigsten Preis für die Zuschlagserteilung auszuwählen habe. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gelegen. Im Zuge der Angebotseröffnung sei offenbar geworden, dass das preislich vor der Antragstellerin liegende Angebot keine technischen Referenzen oder nicht im ausreichendem Maße aufgewiesen hätte. Wie der Antragstellerin „zugetragen wurde“ habe dieses Unternehmen die gemäß den Ausschreibungsunterlagen geforderten technischen Referenzen auch später nicht nachgebracht. Das Angebot dieses Unternehmens wäre daher jedenfalls auszuschneiden, sodass die Zuschlagsentscheidung auf die Antragstellerin als tatsächlichen Billigstbieter lauten müsste.

Da das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden gewesen wäre, befände sich dieses Angebot bei vergaberechtskonformen Vorgehen der Antragsgegnerin noch im Kreis jener Angebote, aus welchen die Auftraggeberin gemäß Paragraph 130, BVergG 2006 das Angebot mit dem niedrigsten Preis für die Zuschlagserteilung auszuwählen habe. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gelegen. Im Zuge der Angebotseröffnung sei offenbar geworden, dass das preislich vor der Antragstellerin liegende Angebot keine technischen Referenzen oder nicht im ausreichendem Maße aufgewiesen hätte. Wie der Antragstellerin „zugetragen wurde“ habe dieses Unternehmen die gemäß den Ausschreibungsunterlagen geforderten technischen Referenzen auch später nicht nachgebracht. Das Angebot dieses Unternehmens wäre daher jedenfalls auszuschneiden, sodass die Zuschlagsentscheidung auf die Antragstellerin als tatsächlichen Billigstbieter lauten müsste.

Sollte der Rahmenvertrag nicht mit der Antragstellerin abgeschlossen werden, würde ihr jährlich ein Gewinn von mindestens EUR 142.000,-- entgehen. Dazu käme noch der Schaden für die Erstellung des Angebotes sowie der Verlust eines Referenzprojektes. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren seien beigebracht worden.

Die von ihr zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 10.4.2007, VKS – 2467/07, antragsgemäß erlassen. Dazu kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden. Die Wirkungskdauer dieser einstweiligen Verfügung wurde mit dem gegenständlichen Bescheid um weitere vier Wochen verlängert.

Mit Schriftsatz vom 6.4.2007 hat die Antragstellerin ihren einleitenden Schriftsatz im Umfang des ursprünglich gestellten Eventualbegehrens dahingehend verbessert, dass für den Fall des Ergehens einer Zuschlagsentscheidung jede zu Gunsten eines der am Verfahren beteiligten Unternehmen lautende Zuschlagsentscheidung angefochten wird. Diesbezüglich kann auf den Schriftsatz vom 6.4.2007 verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 16.4.2007 hat die Antragsgegnerin zum einleitenden Schriftsatz Stellung genommen und beantragt, die Anträge der Bietergemeinschaft als unzulässig zurückzuweisen bzw. in eventu als unbegründet abzuweisen. Zunächst macht die Antragsgegnerin geltend, es läge in dem Umstand, dass die Antragstellerin gleichzeitig mit der Bekämpfung der Ausscheidungsentscheidung in eventu allfällig ergangene Zuschlagsentscheidungen anfecht, tatsächlich zwei Begehren vor, sodass auch die doppelte Eingabengebühr zu entrichten wäre.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht worden. Das an erster Stelle gereichte Angebot sei mit Abstand das billigste gewesen, weshalb dieses für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen worden sei. Das Angebot des an erster Stelle gereichten Unternehmens wäre nicht auszuschneiden. Zwar seien dem Angebot dieses Unternehmens tatsächlich nicht alle geforderten Referenznachweise beigelegt, was von der Antragsgegnerin bei der Angebotseröffnung auch verlesen und vermerkt worden sei, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich in ihrem Angebot jedoch zulässigerweise (§ 70 Abs. 4 BVergG 2006) auf ihre ANKÖ-Eintragung bezogen, der Referenzen hätten entnommen werden können. Das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens sei daher zulässig, vollständig und ausreichend belegt, woraus folge, dass die Antragstellerin durch das Ausscheiden ihres Angebotes in keinen Rechten verletzt sein könne. Selbst wenn dieses Ausscheiden nämlich zu Unrecht erfolgt sein sollte, hätte die Antragstellerin doch nie eine Chance auf den Zuschlag, weil sie nicht das billigste Angebot gelegt habe. „Mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit ..“ seien daher die verfahrenseinleitenden Anträge der Bietergemeinschaft zurückzuweisen.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht worden. Das an erster Stelle gereichte Angebot sei mit Abstand das billigste gewesen, weshalb dieses für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen worden sei. Das

Angebot des an erster Stelle gereihten Unternehmens wäre nicht auszuschneiden. Zwar seien dem Angebot dieses Unternehmens tatsächlich nicht alle geforderten Referenznachweise beigelegt, was von der Antragsgegnerin bei der Angebotseröffnung auch verlesen und vermerkt worden sei, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich in ihrem Angebot jedoch zulässigerweise (Paragraph 70, Absatz 4, BVergG 2006) auf ihre ANKÖ-Eintragung bezogen, der Referenzen hätten entnommen werden können. Das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens sei daher zulässig, vollständig und ausreichend belegt, woraus folge, dass die Antragstellerin durch das Ausscheiden ihres Angebotes in keinen Rechten verletzt sein könne. Selbst wenn dieses Ausscheiden nämlich zu Unrecht erfolgt sein sollte, hätte die Antragstellerin doch nie eine Chance auf den Zuschlag, weil sie nicht das billigste Angebot gelegt habe. „Mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit ..“ seien daher die verfahrenseinleitenden Anträge der Bietergemeinschaft zurückzuweisen.

Unabhängig davon lägen jedoch Gründe für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin vor, weil Mitglieder der Bietergemeinschaft ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben im Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht erfüllt hatten und es sich dabei nicht um bloß geringfügige Rückstände gehandelt hätte und diese beachtlichen Rückstände „angesichts der Kapitalausstattung und des sonstigen Vermögens gezeigt haben, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht hinreichend finanziell leistungsfähig bzw. allgemein nicht zuverlässig gewesen“ seien. Das Ende der Angebotsfrist sei der 14.8.2006 gewesen, die Angebotseröffnung sei am 17.8.2006 erfolgt. Aufgrund der von der Antragstellerin ihrem Angebot beigelegten Buchungsmitteilungen des Finanzamtes vom April 2006 habe bei drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft ein Abgabenrückstand von insgesamt EUR 864.427,88 bestanden. Da diese Nachweise älter als 6 Monate gewesen wären, habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.2.2006 die Vorlage aktueller Nachweise verlangt. Daraufhin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.2.2007 Buchungsmitteilungen vom Februar 2007 vorgelegt, aus denen sich ein Abgabenrückstand von „nunmehr insgesamt“ EUR 872.132,66 ergeben habe. Mit Schreiben vom 13.3.2007 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, aktuelle Unbedenklichkeitsbescheinigungen (und weitere Nachweise zur Glaubhaftmachung ihrer Eignung) vorzulegen. Daraufhin seien der Antragsgegnerin Schreiben des Finanzamtes übersendet worden „aus deren handschriftlichen Veränderungen der amtlichen Vordrucke hervorgehen soll, dass gegen die jeweiligen Bieter zwar Abgabenforderungen bestehen, diese aber im Rahmen einer Zahlungsvereinbarung bedient werden“. In diesem Schreiben habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin „diktiert“, sie bis längstens 12.00 Uhr zu benachrichtigen, sofern der Antragsgegnerin diese Nachweise als nicht ausreichend erscheinen. Dieses von der Antragsgegnerin als „schlicht ungehörig“ gewertete Verhalten sei von dieser nicht näher beachtet worden, weil die unangemessen kurz gewählte Frist „wohl auch keinen anderen Zweck haben (konnte) als eine sorgsame Eignungsprüfung durch den Auftraggeber zu dúpieren“. Bei Gesamtbetrachtung dieser Umstände sei die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem Ausschlussgrund behaftet sei und die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft allgemein unzuverlässig bzw. finanziell nicht leistungsfähig sind. Das Angebot habe daher ausgeschieden werden müssen.

Die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe seien unabhängig voneinander zu beurteilen. Zwar könne ein Steuerrückstand als Indiz für eine allgemeine Unzuverlässigkeit bzw. eine allfällige mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit gelten, ein Unternehmer kann aber ebenso auch trotz Steuerrückständen zuverlässig und finanziell leistungsfähig sein, wie ein Unternehmer ohne Steuerrückstände auch unzuverlässig und finanziell nicht leistungsfähig sein könne. Die von der Antragstellerin gemachten Angaben und vorgelegten Nachweise hätten jedoch seitens der Antragsgegnerin zu berechtigten Bedenken darüber geführt, ob die Antragstellerin ihren Steuerpflichten nachkommt und ob sie insgesamt zuverlässig und finanziell leistungsfähig sei. Maßgeblicher Zeitpunkt dafür, dass diese Ausscheidungstatbestände nicht vorliegen, sei der Zeitpunkt der Angebotseröffnung. Zu diesem Zeitpunkt müsse ein Bieter finanziell leistungsfähig sein. Eine spätere Begleichung von Abgabenschulden sei unbeachtlich. Zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung hätten einzelne Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Steuerrückstände, die nicht bloß geringfügiger Natur gewesen seien, zu verantworten gehabt. Wollte man dem Standpunkt der Antragstellerin folgen, würde dies im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen, da ein Unternehmen, das sich bemüht, seine Steuern fristgerecht zu bezahlen sich gegenüber einem Unternehmen, das sich diese fälligen Abgaben stunden lasse, im Nachteil wäre.

Die hohen Abgaberückstände hätten auch eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit indiziert. Dieser Einschätzung vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Steuerschuldner der Bietergemeinschaft ihre Abgabenrückstände mit Wirkung vom 22.3.2007 beglichen haben.

Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.5.2007 Stellung genommen und unter Wiederholung ihres bereits bekannten Rechtsstandpunktes ausgeführt, die technische Leistungsfähigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens stehe offenbar noch nicht ausreichend fest. Zur Interpretation des § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nicht die „Nichtbegleichung“ von Steuern Tatbestandsvoraussetzung sei, sondern lediglich verlangt werde, dass die Unternehmer „ihre Verpflichtungen zur Zahlung .. der Steuern und Abgaben in Österreich .. nicht erfüllt haben“. Die mit dem Finanzamt abgeschlossenen Zahlungsvereinbarungen seien lediglich eine Variante der Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Abgaben und Steuern, könnten aber nicht einen Ausscheidungsgrund abgeben. Unabhängig davon habe die Antragsgegnerin nicht ausreichend geprüft, ob die Rückstände geringfügig sind oder nicht. Die Einräumung einer Zahlungserleichterung gemäß § 212 BAO an drei Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft würde auch nicht eine Wettbewerbsverzerrung bedeuten, zumal diese drei Mitglieder von einer im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit zur Begleichung von Steuern und Abgaben Gebrauch gemacht hätten. Es könne nicht so sein, dass Zahlungserleichterungen nach § 212 BAO eingeräumt werden, deren Vorhandensein im Vergabeverfahren zu einem Ausschluss des Bieters führt. Auch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sei durch die Antragsgegnerin nicht ausreichend geprüft worden. Zu diesem Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.5.2007 Stellung genommen und unter Wiederholung ihres bereits bekannten Rechtsstandpunktes ausgeführt, die technische Leistungsfähigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens stehe offenbar noch nicht ausreichend fest. Zur Interpretation des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nicht die „Nichtbegleichung“ von Steuern Tatbestandsvoraussetzung sei, sondern lediglich verlangt werde, dass die Unternehmer „ihre Verpflichtungen zur Zahlung .. der Steuern und Abgaben in Österreich .. nicht erfüllt haben“. Die mit dem Finanzamt abgeschlossenen Zahlungsvereinbarungen seien lediglich eine Variante der Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Abgaben und Steuern, könnten aber nicht einen Ausscheidungsgrund abgeben. Unabhängig davon habe die Antragsgegnerin nicht ausreichend geprüft, ob die Rückstände geringfügig sind oder nicht. Die Einräumung einer Zahlungserleichterung gemäß Paragraph 212, BAO an drei Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft würde auch nicht eine Wettbewerbsverzerrung bedeuten, zumal diese drei Mitglieder von einer im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit zur Begleichung von Steuern und Abgaben Gebrauch gemacht hätten. Es könne nicht so sein, dass Zahlungserleichterungen nach Paragraph 212, BAO eingeräumt werden, deren Vorhandensein im Vergabeverfahren zu einem Ausschluss des Bieters führt. Auch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sei durch die Antragsgegnerin nicht ausreichend geprüft worden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, der von den Beteiligten erstatteten Schriftsätze, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Baumeisterleistungen, nämlich eines Rahmenvertrages zur Durchführung von Elektrikerarbeiten in von ihr verwalteten Wohnhausobjekten im 13. und 23. Bezirk. Der Rahmenvertrag soll eine Dauer von drei Jahren haben, eine Optionsmöglichkeit um weitere drei Jahre ist vorgesehen. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem einzigen Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ erfolgen. Der Auftrag ist in vier Gebietsteile geteilt, Teilangebote auch auf Ebene der Gebietseinheiten waren zulässig. Die Kundmachung ist im Amtsblatt der EU am 8.4.2006 sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 29.5.2006.

Nachdem einzelne Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen von einem Bieter bekämpft worden waren, hat der Vergabekontrollsenat diesem Antrag teilweise stattgegeben und Bestimmungen in der Ausschreibung für nichtig erklärt. In der Folge hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungsunterlagen berichtigt und diese Berichtigungen entsprechend bekanntgemacht. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 14.8.2006 festgelegt. Die Eröffnung der eingelangten Angebote erfolgte am 17.8.2006.

Insgesamt haben sich 5 Unternehmen durch Legung von Angeboten hinsichtlich aller Gebietsteile und drei

Unternehmen durch Legung von Angeboten bezüglich der Gebietseinheit 4 am Vergabeverfahren beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich aller vier Gebietseinheiten als das zweitbilligste, jenes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens hinsichtlich aller vier Gebietsteile als das Billigste verlesen.

Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate, sie wurde im Einvernehmen mit den Bietern im Zuge des Nachprüfungsverfahrens verlängert.

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit hatte der Bieter unter anderem zu erklären (Punkt 2.10 lit. c der Ausschreibungsunterlagen), dass er seine Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben erfüllt hat. Zum Nachweis der Zuverlässigkeit hatte der Bieter unter anderem zu erklären (Punkt 2.10 Litera c, der Ausschreibungsunterlagen), dass er seine Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben erfüllt hat.

Nach Punkt 2.10 lit. d der Ausschreibungsunterlagen (Seite 5 von 11 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD23) war dem Angebot zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Bonitätsauskunft eines geeigneten Bankinstitutes beizulegen. Nach Punkt 2.10 Litera d, der Ausschreibungsunterlagen (Seite 5 von 11 der Verfahrensbestimmungen für Rahmenverträge – Elektrotechnik KD23) war dem Angebot zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Bonitätsauskunft eines geeigneten Bankinstitutes beizulegen.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 2.10 lit. e der Ausschreibungsunterlagen) hatte der Bieter nachzuweisen, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme in einem zum Auftragsgegenstand vergleichbaren Bereich (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) erbracht hat. Dieser Nachweis war durch die Beilage einer Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen zu erbringen. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Punkt 2.10 Litera e, der Ausschreibungsunterlagen) hatte der Bieter nachzuweisen, dass er in den letzten drei Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest der Hälfte der zivilrechtlichen Angebotssumme in einem zum Auftragsgegenstand vergleichbaren Bereich (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) erbracht hat. Dieser Nachweis war durch die Beilage einer Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen zu erbringen.

Die Antragstellerin hat bereits mit dem Angebot Unbedenklichkeitsbescheinigungen des zuständigen Finanzamtes, datiert mit 12.4.2006 vorgelegt, aus denen sich ergibt, dass hinsichtlich keines Mitgliedes der Bietergemeinschaft Abgabeforderungen bestehen. Ebenfalls mit dem Angebot hat die Antragstellerin Buchungsmitteilungen vom April 2006 vorgelegt, aus denen bei drei von vier Mitgliedern der Bietergemeinschaft beträchtliche Abgabenrückstände ersichtlich sind.

Aus den Vergabeakten ist bis 23.2.2007 eine, das Angebot der Antragstellerin betreffende Prüftätigkeit nicht dokumentiert. Erst mit diesem Datum wurde die Antragstellerin aufgefordert ergänzende Auskünfte und Nachweise zu dem bereits mit dem Angebot abgegebenen Nachweisen bezüglich ihrer Eignung zu übermitteln.

Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„ANGEBOT ZU AUSSCHREIBUNG

RAHMENVERTRAG ELEKTRIKER FÜR DEN 13. UND 23. BEZ.

Sehr geehrter Herr ***!

Zu Ihrem Angebot betreffend Rahmenvertrag Elektriker für den 13. und 23. Bezirk vom 9. August 2006 ersuchen wir um verbindliche schriftliche Aufklärung zu folgenden Punkten bis spätestens 05. März 2007 10:00 Uhr.

1. Jeins,
Eignungskriterien

Es wird auf Punkt 2.10a der Verfahrensbestimmungen verwiesen.

1.1 Nachweis über die technische Leitungsfähigkeit. Der Bieter muss nachweisen, dass er in den letzten 3 Jahre Leistungen von zumindest der Hälfte der im Kurzleistungsverzeichnis abgebildeten Nettoteilangebotssummen für die von ihm angebotenen Gebietseinheiten ohne Mehrwertsteuer (also die Hälfte des von Wiener Wohnen vorgegebenen

Nettobauvolumens für 3 Jahre) in einen zum Auftragsgegenstandes vergleichbaren Bereich (bewohnte, mehrgeschossige Wohnhausanlagen) erbracht hat. Dies bedeutet, dass der Bieter alle vorgegebenen Nettoteilangebotssummen für die von ihm angebotenen Gebietseinheiten vor Änderung von Faktoren aufsummieren muss um zum gewünschten Berechnungswert zu gelangen.

Dieser Nachweis ist entsprechend den Ausschreibungsunterlagen in Form einer Liste der wesentlichen, in den letzten 3 Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des jeweiligen Auftraggebers, der Gesamtleistungssumme pro Auftraggeber, der Gesamtauftragszahl pro Auftraggeber und eines entsprechend auskunftsbereiten Vertreters dieser Auftraggeber samt deren Kontaktdaten (e-mail, Telefax und Telefon) zu erbringen.

Auf die Formularerfordernisse für Referenzen gem. § 75 Abs. 2 bis 4 BVergG 2006 wird hingewiesen, eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt – Wiener Wohnen gehandelt hat. Auf die Formularerfordernisse für Referenzen gem. Paragraph 75, Absatz 2 bis 4 BVergG 2006 wird hingewiesen, eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um Stadt – Wiener Wohnen gehandelt hat.

In jedem Fall sind Ihre Angaben, Beilage 13.08.2 betreffend Wiener Wasserwerke, Wiener Schulen und Kindergärten sowie die vier Schreiben von ***, Wirtschaftstreuhandgesellschaft GmbH vom 18. Mai 2006, sowie die im ANKÖ eingetragenen Referenzaufträge schriftlich aufzuklären.

1.2. Zuverlässigkeit

Bietererklärung 2.28

In dieser Bietererklärung erklärt der Bieter, unter Punkt 2, dass er bzw. dass das Unternehmen die Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben erfüllt hat.

Aus den von Ihnen beigelegten Kontoauszügen der Finanzbehörde geht hervor:

lt. Buchungsmitteilung Nr. 4, Firma *** GmbH ein Rückstand von € 315.688,85, zum Zeitpunkt 20. April 2006 bestand

lt. Buchungsmitteilung Nr. 6, Firma *** KG ein Rückstand von € 106.042,18 zum Zeitpunkt 20. April 2006 bestand.

lt. Buchungsmitteilung Nr. 9, Firma *** GmbH ein Rückstand von € 442.696,85 zum Zeitpunkt 27. April 2006 bestand.

In den vier Schreiben vom 12. April 2006 (Verf. 34a Bundesministerium für Finanzen) wird bescheinigt, dass gegenwärtig keine Abgabeforderungen bestehen. Sie werden ersucht diesen Widerspruch schriftlich aufzuklären, sowie aktuelle Buchungsmitteilungen zu übermitteln.

Für die verbindliche schriftliche Aufklärung wird Ihnen eine Frist bis zum 05. März 2007 10:00 Uhr eingeräumt. Der Postweg ist Risiko des Bieters. Sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss Ihr Angebot gemäß § BVergG 2006 § 129 ausgeschieden werden."Für die verbindliche schriftliche Aufklärung wird Ihnen eine Frist bis zum 05. März 2007 10:00 Uhr eingeräumt. Der Postweg ist Risiko des Bieters. Sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss Ihr Angebot gemäß Paragraph BVergG 2006 Paragraph 129, ausgeschieden werden."

Dieses Schreiben hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 26.2.2007 wie folgt beantwortet:

„Betreff: Stellungnahme zu Ihrem Schreiben vom 22.02.2007 Rahmenvertrag Elektriker KD 23

Sehr geehrter Hr. Ing. ***!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 23.02.2007 geben wir folgende Stellungnahme ab.

Add 1.1

In unserer Referenzliste waren u.a. die Wiener Wasserwerke und die Wiener Schulen und Kindergärten angeführt. Diese beiden Institutionen verfügen jedoch nicht über mehrgeschossige, bewohnte Wohnhausanlagen und sind daher als geforderte Referenz nicht zu berücksichtigen. Es handelt sich hierbei um eine zusätzliche Referenz. Ebenso sind die Schreiben der Wirtschaftstreuhandgesellschaft GmbH nur als zusätzliche Bestätigungen anzusehen.

Add 1.2

Aufgrund einer Betriebsprüfung wurde den Firmen *** GmbH, *** KG und *** GmbH eine Steuerrückzahlung in verschieden hohen Beträgen vorgeschrieben. Aufgrund der teilweise hohen Beträge wurde um Zahlungserleichterung angesucht und seitens des Finanzamtes in Form einer Ratenzahlung bewilligt. Da diese Ratenzahlungen termingerecht erfolgen gibt es eine Unbedenklichkeitsbescheinigung seitens des Finanzamtes.

Wir hoffen mit diesem Schreiben die Unklarheiten beseitigt zu haben und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen".

Mit Schreiben vom 7. März 2007 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgefordert, die Bindefrist ihres Angebotes zu verlängern, welchem Ersuchen die Antragstellerin insoweit entsprochen hat, als von ihr die „Zuschlagsfrist“ bis 14.5.2007 verlängert wurde. Über Aufforderung der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin die Bindefrist ihres Angebotes bis 13.8.2007 abermals verlängert (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007, Seite 21).

Nachdem die Antragstellerin der Antragsgegnerin die verlangten Nachweise übermittelt hatte, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.3.2007 der Antragstellerin mitgeteilt, dass die aus dem August 2006 stammenden Bescheinigungen des zuständigen Finanzamtes, wonach Abgabenforderungen bestehen, jedoch eine Zahlungsvereinbarung bestehe, zum jetzigen Zeitpunkt nicht akzeptiert werden könnten und die Vorlage von aktuellen Unbedenklichkeitsbescheinigungen des zuständigen Finanzamtes gefordert. Das Finanzamt sollte auch bestätigen, dass die Zahlungsvereinbarungen fristgerecht bedient werden. Weiters wurde um Bekanntgabe ersucht „über welche Kapitalausstattung, Anlagenvermögen und Grundbesitz die Bieter der Arbeitsgemeinschaft verfügen können“. Des weiteren wurde die Vorlage der aktuellen Auszüge der Wiener Gebietskrankenkasse verlangt und hierfür eine Frist bis zum 19.3.2007, 10.00 Uhr eingeräumt. Weiters hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, „sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss ihr Angebot gemäß BVergG 2006 § 129 ausgeschieden werden“. Nachdem die Antragstellerin der Antragsgegnerin die verlangten Nachweise übermittelt hatte, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.3.2007 der Antragstellerin mitgeteilt, dass die aus dem August 2006 stammenden Bescheinigungen des zuständigen Finanzamtes, wonach Abgabenforderungen bestehen, jedoch eine Zahlungsvereinbarung bestehe, zum jetzigen Zeitpunkt nicht akzeptiert werden könnten und die Vorlage von aktuellen Unbedenklichkeitsbescheinigungen des zuständigen Finanzamtes gefordert. Das Finanzamt sollte auch bestätigen, dass die Zahlungsvereinbarungen fristgerecht bedient werden. Weiters wurde um Bekanntgabe ersucht „über welche Kapitalausstattung, Anlagenvermögen und Grundbesitz die Bieter der Arbeitsgemeinschaft verfügen können“. Des weiteren wurde die Vorlage der aktuellen Auszüge der Wiener Gebietskrankenkasse verlangt und hierfür eine Frist bis zum 19.3.2007, 10.00 Uhr eingeräumt. Weiters hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, „sollte keine fristgerechte sowie entsprechende schriftliche Aufklärung erfolgen, muss ihr Angebot gemäß BVergG 2006 Paragraph 129, ausgeschieden werden“.

Innerhalb der geforderten Frist hat die Antragstellerin mit dem nachstehend wiedergegebenen Schreiben vom 19.3.2007 die geforderten Unterlagen übermittelt.

Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Angebot zur Ausschreibung Rahmenvertrag Elektriker für den 13. und 23. Bezirk: Schriftliche Aufklärung

Sehr geehrter Ingenieur!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 13.3.2007 geben wir folgende Stellungnahme ab bzw. übermitteln wir folgende Unterlagen:

1. 1.Ziffer eins

AD BEKANNTGABE KAPITALAUSSTATTUNG, ANLAGEVERMÖGEN UND

GRUNDBESITZ

Wie bereits telefonisch mitgeteilt hat, sind die Jahresabschlüsse bzw. Bilanzen für das Jahr 2006 noch nicht erstellt. Deshalb übermitteln wir Ihnen

- -Strichaufzählung
Saldenlisten, welche über Kapitalausstattung und Anlagen der ARGE-Mitglieder Information geben;

- -Strichaufzählung
Kontoauszüge der ARGE-Mitglieder ***GmbH, *** KG und *** GmbH, welche das Vermögen der Firmen offen legen;

Kaufvertrag vom 27.2.2007: Firma ***GmbH hat mit 27.2.2007 ein Betriebsgebäude in 1230 Wien käuflich erworben. Da die entsprechende Eintragung im Grundbuch noch nicht durchgeführt ist, ist diesem Schreiben der Kaufvertrag des Objektes beigelegt.

1. 2.Ziffer 2

AD AUSZÜGE DER WIENER GEBIETSKRANKENKASSE:

Dem Schreiben sind

- -Strichaufzählung
Auszüge der Wiener Gebietskrankenkassa betreffend sämtliche Mitglieder der ARGE ***GmbH

beigelegt.

1. 3.Ziffer 3

AD UNBEDENKLICHKEITSBESCHEINIGUNG UND BESTÄTIGUNGEN DER

AUFRECHTEN ZAHLUNGSVEREINBARUNGEN DES FINANZAMTS:

Wir verweisen dazu auf das Schreiben unserer Rechtsvertreter Schramm Öhler vom 16.3.2007 samt Beilagen. Wie dort bereits ausgeführt, ergibt sich hinsichtlich der Bescheinigungen jener ARGE-Mitglieder, denen vom Finanzamt eine Zahlungsvereinbarung gewährt wurde, aus dem Umstand, dass in die Wortfolge „gegenwärtig keine fälligen Abgabeforderungen bestehen“ die Worte „keine fälligen“ gestrichen wurden, dass die gewährten Zahlungsvereinbarungen aufrecht sind und fristgerecht bedient werden. Zusätzlich haben wir die Berufungsvorentscheidungen samt den aktuellen Zahlungsvereinbarungen sowie Auszüge der Steuerkonten („Daten der Steuerkonten“) beigelegt, aus welchen ersichtlich ist, dass die der betreffenden Mitglieder der ARGE ***GmbH die Ratenzahlungen fristgerecht leisten. Das erwähnte Schreiben samt Beilagen legen wir hiermit nochmals vor:

- -Strichaufzählung
Schreiben unserer Rechtsvertreter Schramm Öhler vom 16.3.2007
- -Strichaufzählung
Bescheinigung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend ***GmbH vom 14.3.2007
- -Strichaufzählung
Bescheinigung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend *** GmbH vom 14.3.2007
- -Strichaufzählung
Bescheinigung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend *** KG vom 14.3.2007
- -Strichaufzählung
Bescheinigung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend ***, Inh. Fa. *** vom 14.3.2007
- -Strichaufzählung
Berufungsvorentscheidung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend Fa ***GmbH vom 7.2.2007
- -Strichaufzählung
Berufungsvorentscheidung Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend *** GmbH vom 5.2.2007
- -Strichaufzählung
Bescheid Finanzamt Wien 6/7/15 betreffend *** KG vom 13.12.2007
- -Strichaufzählung
Daten des Steuerkontos betreffend ***GmbH vom 15.3.2007
- -Strichaufzählung
Daten des Steuerkontos betreffend *** GmbH vom 15.3.2007
- -Strichaufzählung
Daten des Steuerkontos betreffend *** KG vom 15.3.2007, sowie

- -Strichaufzählung

Daten des Steuerkontos betreffend ***, Inh. Fa. *** vom 15.3.2007

Wir hoffen mit diesem Schreiben sämtliche Unklarheiten beseitigt zu haben. Sollten Sie weitere Informationen bzw. Unterlagen benötigen, so ersuchen wir Sie um Mitteilung."

Die in diesem Schreiben angeführten Unterlagen waren angeschlossen und erliegen in den Vergabeakten. Die von Finanzamt Wien 6/7/15 ausgestellten Bescheinigungen haben nach handschriftlicher Abänderung des vorgedruckten Textes bezüglich der Mitglieder der Bietergemeinschaft *** GmbH, *** GmbH und *** KG den Wortlaut:

„Es wird bescheinigt, dass gegen .. es folgt der Name des Unternehmens .. gegenwärtig Abgabeforderungen bestehen, DIE IM RAHMEN EINER ZAHLUNGSVEREINBARUNG ENTRICHTET WERDEN". Hinsichtlich des Mitgliedes der Bietergemeinschaft ***, Inhaber Fa. ***, bescheinigt das Finanzamt, dass „gegenwärtig keine fälligen Abgabeforderungen bestehen". Aus den mit diesem Schreiben vorgelegten Auszügen der Steuerkonten kommt hervor, dass im Zeitraum vom 1.1.2007 bis 15.3.2007 unter anderem auch Zahlungen geleistet wurden, wie sie sich aus dem gleichfalls vorgelegten Zahlungserleichterungen zur Abstattung von Rückständen ergeben.

Am 21.3.2007 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes mit der Begründung verständigt, dass sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich nicht erfüllt habe und die ausgewiesenen Rückstände nicht bloß geringfügig wären. Weiters wurde die Ausscheidung auch mit der, auf die Höhe der Rückstände zurückzuführenden, mangelhaften finanziellen Leistungsfähigkeit begründet. Diese Verständigung ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen.

Mit Schreiben vom 26.3.2007 hat die Antragstellerin zur Ausscheidung ihres Angebotes der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass ihrer Ansicht nach kein Grund zum Ausscheiden des Angebotes vorliege, da sie durch fristgerechte Einhaltung der aufrechten Zahlungsvereinbarungen mit dem zuständigen Finanzamt ihren Verpflichtungen zur Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich nachkomme. Es bestünde daher keinerlei Anlass an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin oder von Mitgliedern der Antragstellerin zu zweifeln. Gleichzeitig hat die Antragstellerin mitgeteilt, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft mit 22.3.2007 sämtliche Abgabeforderungen über die aufrechten Zahlungsvereinbarungen hinaus erfüllt haben, sodass Steuerrückstände nicht mehr bestünden. Gleichzeitig hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert, ihr Ausscheidungsentscheidung zu revidieren und am 30.3.2007 aktuelle Bescheinigungen der zuständigen Finanzämter vorgelegt, wonach gegenwärtig keine fälligen Abgabeforderungen bezüglich der drei Mitglieder der Bietergemeinschaft bestehen.

Dieses Schreiben hat die Antragsgegnerin am 3.4.2007 beantwortet und darin den Standpunkt vertreten, dass eine Zurücknahme der Ausscheidungsentscheidung und eine Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin aus zwingenden rechtlichen Gründen nicht in Betracht komme, wobei sie darauf hingewiesen hat, dass die Eignung eines Bieters im offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse. Eine nachträglich Verbesserung wäre daher für die Eignungsprüfung unbeachtlich.

Eine Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin erst in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 mitgeteilt, indem die Antragsgegnerin erklärte, dass „die Zuschlagsentscheidung am 12.4.2007 an das nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung an erster Stelle gereichte Unternehmen ergangen ist. Die Zuschlagsentscheidung für alle vier Gebietsteile lautet auf dasselbe Unternehmen" (Protokoll vom 15.5.2007, Seite 4).

Gegen die Mitteilung von der Ausscheidung ihres Angebotes, die der Antragstellerin am 21.3.2007 zugekommen ist, richtet sich der am 4.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag. Der Antrag ist ordnungsgemäß vergebührt, die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist erfolgt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht bestritten wurde. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass im Zeitpunkt der Angebotsöffnung drei Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft zwar nicht unerhebliche Abgabenschulden hatten, diesbezüglich jedoch mit den zuständigen Finanzbehörden Zahlungsvereinbarungen über die ratenweise Abtragung dieser Schulden bestanden, die von den drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft auch tatsächlich eingehalten wurden. Diesbezügliche Nachweise ergeben sich aus den von der Antragstellerin bereits im Vergabeverfahren vorgelegten Saldenlisten und Kontoauszügen. Dass die drei Mitglieder der Bietergemeinschaft ihre offenen Schulden am 22.3.2007 beglichen haben, ergibt sich aus den von der Antragstellerin vorgelegten, jeweils mit 30.3.2007 datierten Bescheinigungen des

Finanzamtes. Die Feststellungen über die Verlängerung der Bindefrist im Angebot der Antragstellerin gründet sich auf das Vorbringen im einleitenden Schriftsatz bzw. auf die Erklärung der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Aufgrund der Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung war als erwiesen anzunehmen, dass nunmehr am 12.4.2007 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des an erster Stelle gereihten Unternehmens für alle vier Gebietsteile ergangen ist, die bisher der Antragstellerin nicht zugekommen ist.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Bauleistungen zum Gegenstand, wobei dieser Vertrag eine Laufzeit von drei Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere drei Jahre, haben soll. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das Vergabeverfahren hat den Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Durchführung von Bauleistungen zum Gegenstand, wobei dieser Vertrag eine Laufzeit von drei Jahren, mit der einmaligen Option der Verlängerung um weitere drei Jahre, haben soll. 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 § 28 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2006, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung 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 im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2006, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 21.3.2007 zugegangen ist, ist der am 4.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 21.3.2007 zugegangen ist, ist der am 4.4.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst ausschließlich die Ausscheidung ihres Angebotes bekämpft und eventualiter jede, aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung zukünftig ergehende Zuschlagsentscheidung. Nach den Ergebnissen der Anbieteröffnung ist sie mit ihrem Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich aller vier Gebietseinheiten an zweiter Stelle gereiht. Sie ist daher formal – sofern ihr Angebot nicht auszuschneiden war – zur Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung legitimiert. In diesem Sinne vermag der Senat den Ausführungen der Antragsgegnerin, wonach der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre, weil selbst wenn das Ausscheiden zu

Unrecht erfolgt wäre, die Antragstellerin wegen ihrer Reihung keine Chance auf den Zuschlag hätte, nicht zu teilen. Ob aber die von der Antragstellerin bereits eventualiter vorgenommene Anfechtung einer nach der Ausscheidungsentscheidung ergehenden Zuschlagsentscheidung berechtigt ist, kann erst in einem zweiten Schritt geklärt werden, der voraussetzt, dass die Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt wird. Erst dann kann geprüft werden, ob die von der Antragstellerin bezüglich eines präsumtiven Zuschlagsempfängers (dieser wurde in der mündlichen Verhandlung als das erstgereichte Unternehmen bezeichnet) behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen oder nicht. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass nach den Ergebnissen der Verlesung bei der Angebotseröffnung das preislich an erster Stelle gereichte Unternehmen nicht über die erforderlichen technischen Referenzen oder nicht im ausreichenden Maße verfügt und diese Referenzen auch nicht nachgebracht habe. Eine Prüfung, ob dieses Vorbringen zutrifft, war dem Vergabekontrollsenat im derzeitigen Verfahrensstadium nicht möglich, da es die Antragsgegnerin unterlassen hat, den Vergabeakt auch hinsichtlich des präsumtiven Zuschlagsempfängers vollständig dem Senat zu übermitteln. Diese Frage kann daher derzeit nicht endgültig geklärt werden.

Es hatte sich der Senat daher zunächst ausschließlich mit der Frage zu befassen, ob die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nach den von ihr in der Ausscheidungsentscheidung genannten Gründen berechtigt war oder nicht. Dabei liegt der Schwerpunkt in der Lösung der Frage, ob ein Bieter, der von den Möglichkeiten des § 212 BAO gebrauch macht, dennoch den Ausscheidungsgrund des § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 setzt. Es hatte sich der Senat daher zunächst ausschließlich mit der Frage zu befassen, ob die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nach den von ihr in der Ausscheidungsentscheidung genannten Gründen berechtigt war oder nicht. Dabei liegt der Schwerpunkt in der Lösung der Frage, ob ein Bieter, der von den Möglichkeiten des Paragraph 212, BAO gebrauch macht, dennoch den Ausscheidungsgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 setzt.

Nach § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 hat der Auftraggeber Unternehmer an der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn „... sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben ...“. Unstrittig ist, dass bei drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft nicht unbeträchtliche Steuerrückstände sowohl im Zeitpunkt der Angebotslegung als auch im Zuge der Angebotsprüfung vorlagen. Unstrittig ist aber auch, dass die davon betroffenen Mitglieder der Bietergemeinschaft über entsprechende Zahlungsvereinbarungen mit den Finanzbehörden verfügt haben, die ihnen die Abstattung der Rückstände von Steuern und Abgaben in Teilbeträgen ermöglicht haben sowie, dass diese Mitglieder der Bietergemeinschaft dieser Verpflichtung aus den Zahlungsvereinbarungen ordnungsgemäß nachgekommen sind. Richtig verweist in diesem Zusammenhang die Antragstellerin darauf, dass mit Abschluss der Zahlungsvereinbarung die Finanzbehörde den Unternehmen das Recht eingeräumt hat, Steuern und Abgaben zu vereinbarten Zeitpunkten zu entrichten, sodass die Mitglieder der Bietergemeinschaft nicht verpflichtet waren, früher als diesen Vereinbarungen entsprechend zu zahlen. Damit haben aber die Mitglieder der Bietergemeinschaft, wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, zu keinem Zeitpunkt gegen ein Abgabengesetz verstoßen, sondern nur von den Möglichkeiten der Zahlungserleichterung nach § 212 BAO Gebrauch gemacht. Gerade weil § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 nicht auf das Vorhandensein von Steuerrückständen abstellt, sondern nur darauf, ob ein Unternehmer seine Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben erfüllt, liegt dann, wenn eine Vereinbarung nach § 212 BAO vorliegt, ein Ausschlussgrund nicht vor. In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich zu beachten, dass eine Zahlungserleichterung nach § 212 BAO nur dann eingeräumt werden kann, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens gegeben ist (vgl. Stoll, Bundesabgabenordnung, 2252). Nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 hat der Auftraggeber Unternehmer an der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn „... sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben ...“. Unstrittig ist, dass bei drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft nicht unbeträchtliche Steuerrückstände sowohl im Zeitpunkt der Angebotslegung als auch im Zuge der Angebotsprüfung vorlagen. Unstrittig ist aber auch, dass die davon betroffenen Mitglieder der Bietergemeinschaft über entsprechende Zahlungsvereinbarungen mit den Finanzbehörden verfügt haben, die ihnen die Abstattung der Rückstände von Steuern und Abgaben in Teilbeträgen ermöglicht haben sowie, dass diese Mitglieder der Bietergemeinschaft dieser Verpflichtung aus den Zahlungsvereinbarungen ordnungsgemäß nachgekommen sind. Richtig verweist in diesem Zusammenhang die Antragstellerin darauf, dass mit Abschluss der Zahlungsvereinbarung die Finanzbehörde den Unternehmen das Recht eingeräumt hat, Steuern und Abgaben zu vereinbarten Zeitpunkten zu entrichten, sodass die Mitglieder der Bietergemeinschaft nicht verpflichtet

waren, früher als diesen Vereinbarungen entsprechend zu zahlen. Damit haben aber die Mitglieder der Bietergemeinschaft, wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, zu keinem Zeitpunkt gegen ein Abgabengesetz verstoßen, sondern nur von den Möglichkeiten der Zahlungserleichterung nach Paragraph 12, BAO Gebrauch gemacht. Gerade weil Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 nicht auf das Vorhandensein von Steuerrückständen abstellt, sondern nur darauf, ob ein Unternehmer seine Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben erfüllt, liegt dann, wenn eine Vereinbarung nach Paragraph 12, BAO vorliegt, ein Ausschlussgrund nicht vor. In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich zu beachten, dass eine Zahlungserleichterung nach Paragraph 12, BAO nur dann eingeräumt werden kann, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens gegeben ist (vergleiche Stoll, Bundesabgabenordnung, 2252).

Dem stehen auch nicht gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen entgegen. Art. 29 Abs. 1 Buchstaben e und f der RL 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verleiht den Mitgliedsstaaten die Befugnis, von der Teilnahme am Vergabeverfahren alle Bewerber auszuschließen, die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nach den nationalen Rechtsvorschriften nicht erfüllt haben. Nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-226/04, Rs C-228/04, vom 9.2.2006 steht dieser Bestimmung eine nationale Regelung oder Verwaltungspraxis nicht entgegen, nach der ein Dienstleistungserbringer, der bei Ablauf der Frist für die Einreichung des Antrages auf Teilnahme am Vergabeverfahren seine Verpflichtungen im Bereich der Sozialbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht durch vollständige Zahlung der entsprechenden Beiträge erfüllt hat entgegen, wenn dieser seine Situation aufgrund staatlicher Maßnahmen oder Steueramnestie oder der steuerlichen Milde oder aufgrund einer der mit der Verwaltung getroffenen Vereinbarung über Ratenzahlung oder Schuldenentlastung oder durch Einlegung eines verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfes nachträglich regularisieren kann, sofern er innerhalb der in der nationalen Regelung oder durch die Verwaltungspraxis festgelegten Frist nachweist, dass er Begünstigter solcher Maßnahmen oder einer solchen Vereinbarung war oder dass er innerhalb dieser Frist ein solches Rechtsmittel eingelegt hat. Der Nachweis einer derartigen Regelung muss bei Angebotsabgabe vorliegen. Angewendet auf den gegenständlichen Sachverhalt erblickt der Senat in der Bestimmung des § 212 BAO eine derartige, gemeinschaftsrechtlich zulässige nationale Regelung, wonach ein Unternehmer bei Vorliegen „einer mit der Verwaltung getroffenen Vereinbarung über Ratenzahlung oder Schuldenentlastung“ einen Ausschlussgrund im Sinne der zitierten Richtlinienbestimmung nicht setzt. Da drei Mitglieder der Antragstellerin zulässiger Weise von den Möglichkeiten einer Zahlungsvereinbarung, wie sie die Bundesabgabenordnung vorsieht, Gebrauch gemacht haben und erwiesen ist, dass diese Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft den darin festgelegten Verpflichtungen entsprochen haben, sind sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben im Sinne der innerstaatlichen Gesetzeslage nachgekommen. Der von der Antragsgegnerin vertretene Rechtsstandpunkt, dass allein die Tatsache des Bestehens von Steuerschulden einen Ausschlussgrund bildet, kann daher nicht geteilt werden. Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausschlussgrund des § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 liegt daher nicht vor. Dem stehen auch nicht gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen entgegen. Artikel 29, Absatz eins, Buchstaben e und f der RL 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge verleiht den Mitgliedsstaaten die Befugnis, von der Teilnahme am Vergabeverfahren alle Bewerber auszuschließen, die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nach den nationalen Rechtsvorschriften nicht erfüllt haben. Nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-226/04, Rs C-228/04, vom 9.2.2006 steht dieser Bestimmung eine nationale Regelung oder Verwaltungspraxis nicht entgegen, nach der ein Dienstleistungserbringer, der bei Ablauf der Frist für die Einreichung des Antrages auf Teilnahme am Vergabeverfahren seine Verpflichtungen im Bereich der Sozialbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht durch vollständige Zahlung der entsprechenden Beiträge erfüllt hat entgegen, wenn dieser seine Situation aufgrund staatlicher Maßnahmen oder Steueramnestie oder der steuerlichen Milde oder aufgrund einer der mit der Verwaltung getroffenen Vereinbarung über Ratenzahlung oder Schuldenentlastung oder durch Einlegung eines verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfes nachträglich regularisieren kann, sofern er innerhalb der in der nationalen Regelung oder durch die Verwaltungspraxis festgelegten Frist nachweist, dass er Begünstigter solcher Maßnahmen oder einer solchen Vereinbarung war oder dass er innerhalb dieser Frist ein solches Rechtsmittel eingelegt hat. Der Nachweis einer derartigen Regelung muss bei Angebotsabgabe vorliegen. Angewendet auf den gegenständlichen Sachverhalt erblickt der Senat in der Bestimmung des Paragraph 212, BAO eine derartige, gemeinschaftsrechtlich zulässige nationale Regelung, wonach ein Unternehmer bei Vorliegen „einer mit der Verwaltung getroffenen Vereinbarung über Ratenzahlung oder Schuldenentlastung“ einen Ausschlussgrund im Sinne der zitierten Richtlinienbestimmung nicht setzt. Da drei Mitglieder der Antragstellerin zulässiger Weise von den

Möglichkeiten einer Zahlungsvereinbarung, wie sie die Bundesabgabenordnung vorsieht, Gebrauch gemacht haben und erwiesen ist, dass diese Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft den darin festgelegten Verpflichtungen entsprochen haben, sind sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben im Sinne der innerstaatlichen Gesetzeslage nachgekommen. Der von der Antragsgegnerin vertretene Rechtsstandpunkt, dass allein die Tatsache des Bestehens von Steuerschulden einen Ausschlussgrund bildet, kann daher nicht geteilt werden. Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausschlussgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 liegt daher nicht vor.

In ihrer Ausscheidungsentscheidung hat die Antragsgegnerin die Ausscheidung des Angebotes auch auf den Tatbestand des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 gestützt, wonach Angebote von Bieterinnen deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschließen sind. Es ist der Antragsgegnerin zuzugestehen, dass die objektiv vorliegenden Steuerschulden ein Hinweis darauf sein können, dass es einem Bieter an der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit mangelt. In ihrer Ausscheidungsentscheidung hat die Antragsgegnerin die Ausscheidung des Angebotes auch auf den Tatbestand des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 gestützt, wonach Angebote von Bieterinnen deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschließen sind. Es ist der Antragsgegnerin zuzugestehen, dass die objektiv vorliegenden Steuerschulden ein Hinweis darauf sein können, dass es einem Bieter an der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit mangelt.

Die Antragsgegnerin hat offenbar selbst zunächst die Auffassung vertreten, dass das Vorliegen von aufrechten Zahlungsvereinbarungen und deren fristgerechte Bedienung grundsätzlich keinen Ausschlussgrund bilden dürfte. Anders wäre nicht erklärbar, dass sie mehr als sechs Monate nach Öffnung der Angebote die Antragstellerin aufgefordert hat, aktuelle Auszüge vorzulegen. Auch die Verlängerung der Bindefrist des Angebotes der Antragstellerin wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die Antragsgegnerin das Ausscheiden des Angebotes aufgrund der bereits seit der Angebotseröffnung bekannten Rückstände beim Finanzamt als angezeigt angesehen hätte.

Aus den Vergabeakten ergibt sich nicht, dass und in welcher Richtung die Antragsgegnerin die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin tatsächlich geprüft hat. Eine derartige Prüfung hätte nur im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens stattfinden können, in dem der Antragstellerin die Bedenken der Antragsgegnerin vorgehalten und ersterer die Möglichkeit eingeräumt wurde, dazu ausreichend Stellung zu nehmen. Dies umso mehr, als in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit keine speziellen Nachweise gefordert wurden. Die Antragsgegnerin hat es nach der Aktenlage auch unterlassen, in Anbetracht der beträchtlichen Steuerrückstände etwa eine objektive Ratingauskunft über die betroffenen Unternehmen einzuholen. Die Antragsgegnerin hat zwar mit Schreiben vom 13.3.2007 die Antragstellerin um Bekanntgabe ersucht, über welche Kapitalausstattung, Anlagevermögen und Grundbesitz die Bieter der Arbeitsgemeinschaft verfügen können und gleichzeitig die aktuellen Auszüge der Wiener Gebietskrankenkasse gefordert, hat jedoch nach dem Inhalt der Vergabeakten die ihr mit Schreiben der Antragstellerin nachgereichten umfangreichen Unterlagen keiner nachvollziehbaren und damit dokumentierten Bewertung unterzogen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung läuft abermals darauf hinaus, dass von ihr die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Bietergemeinschaft allein aus dem Grunde des Vorhandenseins von Abgabeforderungen verneint wurde.

Das Nachprüfungsverfahren hat gezeigt, dass im Ergebnis die von der Antragsgegnerin zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin herangezogenen Gründe nicht vorliegen bzw. nicht geprüft werden konnten, weshalb die mit Schreiben vom 21.3.2007 erfolgte Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin für nichtig zu erklären war.

Da nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung diese am 12.4.2007 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Unternehmens getroffen hat, wird im fortzusetzenden Verfahren zu prüfen sein, ob die von der Antragsgegnerin bereits eventualiter in ihrem einleitenden Schriftsatz geltend gemachten Gründe für die Rechtswidrigkeit dieser Zuschlagsentscheidung vorliegen oder nicht. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren kann daher noch nicht als beendet angesehen werden, da nunmehr zu prüfen sein wird, ob die Zuschlagsentscheidung, die der Antragstellerin erst in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 mitgeteilt wurde, in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgte. (In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Zuschlagsentscheidung vom 12.4.2007 i.S.d.

§ 131 Abs. 1 BVergG 2006 der Antragstellerin mitzuteilen gewesen wäre. Solange eine Entscheidung, das Angebot eines Bieters auszuschneiden noch anfechtbar ist, bzw. von einer Nachprüfungsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung nicht entschieden wurde, ist dieser Bieter noch ein „im Vergabeverfahren verbliebener Bieter“. Ist die Ausscheidungsentscheidung mangels fristgerechter Anfechtung „bestandfest“ geworden, kann die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach § 131 BVergG 2006 unterbleiben.) Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 der Antragstellerin mitzuteilen gewesen wäre. Solange eine Entscheidung, das Angebot eines Bieters auszuschneiden noch anfechtbar ist, bzw. von einer Nachprüfungsbehörde über die Rechtmäßigkeit der Ausscheidung nicht entschieden wurde, ist dieser Bieter noch ein „im Vergabeverfahren verbliebener Bieter“. Ist die Ausscheidungsentscheidung mangels fristgerechter Anfechtung „bestandfest“ geworden, kann die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, BVergG 2006 unterbleiben.)

Da somit das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin weiterhin gegeben ist, war die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 mit der in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 verkündeten Entscheidung um weitere vier Wochen zu verlängern (§ 31 Abs. 6 letzter Satz WVRG 2007). Da somit das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin weiterhin gegeben ist, war die einstweilige Verfügung vom 10.4.2007 mit der in der mündlichen Verhandlung vom 15.5.2007 verkündeten Entscheidung um weitere vier Wochen zu verlängern (Paragraph 31, Absatz 6, letzter Satz WVRG 2007).

Die Antragstellerin hat mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vollständig obsiegt, weshalb der Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2007 der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen war. Die Antragstellerin hat mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vollständig obsiegt, weshalb der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007 der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen war.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 15.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 15.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigerklärung einer Ausscheidungsentscheidung; Ausscheidungsgrund der Nichterfüllung "der Verpflichtung zur Zahlung...der Steuern und Abgaben in Österreich" wenn eine Zahlungsvereinbarung nach § 212 BAO vorliegt und eingehalten wird; Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung während des Nachprüfungsverfahrens.

Dokumentnummer

VERGT_20070515_2467_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