

TE Verg Bescheid 2006/12/7 VKS-3225/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.12.2006

Norm

WVRG §1 Abs1 Z2

WVRG §11 Abs1 und 2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §16 Abs2

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §22 Abs1

WVRG §23 Abs5

WVRG §26 Abs1

WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z41 und 48

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §24

BVergG 2006 §106 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §345 Abs2

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

AVG §74 Abs2

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

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

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

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

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 24 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

§§ 1 Abs. 1 Z 2, Abs. 1, Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer 2,, Absatz eins,,

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Gesellschaft m.b.H., ***, vertreten durch Dr. Friedrich Nusterer, Rechtsanwalt in St. Pölten, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Bauauftrages zur Durchführung der elektrotechnischen Arbeiten im Zuge der Funktionssanierung Ronacher durch die Antragsgegnerin Vereinigte Bühnen Wien Ges.m.b.H., Linke Wienzeile 6, 1060 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Lorenz Consult ZT GmbH, Sparbersbachgasse 46, 8010 Graz, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte GmbH in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden.

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung bzw. der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20. September 2006 zugunsten der Antragstellerin (durch Mitteilung der Auftraggeberin mit Fax vom 3.10.2006 an die Antragstellerin) für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, die von der Auftraggeberin mit Telefax vom 25.10.2006 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung, der Firma Ing. *** den Zuschlag erteilen zu wollen für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 9.11.2006 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr im Nachprüfungsverfahren entrichteten Gebühren selbst zu tragen.

1. 5.Ziffer 5

Festgestellt wird, dass die Ing. *** GmbH, ***, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1 Z 2, Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 16 Abs. 2, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 22 Abs. 1, 23 Abs. 5, 26 Abs. 1 und 30 WVRG in Verbindung mit §§ 2 Z 41 und 48, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 24, 106 Abs. 4, 129 Abs. 1, 131, 345 Abs. 2 BVergG 2006, § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 und § 74 Abs. 2 AVG. Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer 2,, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 14, Absatz eins, 16, Absatz 2, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 22 Absatz eins, 23, Absatz 5, 26, Absatz eins und 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 41 und 48, 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 24, 106, Absatz 4, 129, Absatz eins, 131, 345, Absatz 2, BVergG 2006, Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 und Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Vereinigten Bühnen Wien Ges.m.b.H., an der mehrheitlich die Wien Holding GmbH beteiligt ist, an der die Stadt Wien wiederum 100 % der Anteile hält (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Bauleistung, nämlich der elektrotechnischen Arbeiten im Zuge der Funktionssanierung Ronacher. Zur Durchführung der Vergabeverfahrens bedient sie sich der Lorenz Consult ZT GmbH als vergebender Stelle. Technische Alternativangebote waren zugelassen, rechtliche und wirtschaftliche jedoch ausgeschlossen. Als Zuschlagskriterium sind zu 95 % der Preis und zu 5 % die „Verlängerung der Mängelvermutungsfrist“ festgelegt. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU als auch im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgt (Absendung der EU-weiten Bekanntmachung am 9.6.2006). Das Angebotsende war der 4.7.2006 13.00 Uhr. Insgesamt haben 4 Bieter Angebote abgegeben, darunter die Antragstellerin, die sowohl ein Hauptangebot als auch ein Alternativangebot gelegt hat. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung war die Antragstellerin mit ihrem Alternativangebot preislich an erster Stelle zu reihen.

Mit Schreiben vom 20.9.2006 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Antragstellerin auf deren Alternativangebot mit einer Vergabesumme von netto Euro 2,350.000,-- erteilen zu wollen. Das Ende der Stillhaltefrist wurde darin mit Ablauf des 4.10.2006 angegeben.

Mit Schreiben vom 3.10.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, „dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zurückgenommen wird“. Gleichzeitig teilte die Antragsgegnerin mit, dass die Prüfung der vorliegenden Angebote wieder aufgenommen werde und eine neue Zuschlagsentscheidung in Anschluss daran bekannt gegeben werden soll.

Mit Schreiben vom 25.10.2006 hat die Antragsgegnerin ihre (zweite) Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem teilnahmeberechtigten Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 7.11.2006 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung bzw. der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20. September 2006, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass die Zurücknahme der zunächst zu ihren Gunsten lautenden Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 vergaberechtswidrig wäre, weil eine solche nur auf Grund eines behördlichen Nachprüfungsverfahrens zulässig wäre. Die Antragsgegnerin habe Alternativen im Ausschreibungstext ausdrücklich zugelassen. Nach den Zuschlagskriterien erfolge die Vergabe nicht nach dem Billigstbieterprinzip, sondern nach den Kriterien Preis (gewichtet mit 95 %) und Verlängerung der Mängelvermutungsfrist (gewichtet mit 5 %). Demgemäß sei ein Alternativangebot zulässig gewesen. Ihr Alternativangebot laute auf netto Euro 2,350.000,-- und sei damit das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot. Durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 habe sie das Recht erworben, „dass die dem Vertragsabschluss zugrunde liegende Entscheidung des Auftraggebers nur mehr durch ein behördliches Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt/aufgehoben/zurückgenommen“ werden könne. Ein derartiges Nachprüfungsverfahren sei nach Kenntnis der Antragstellerin von keinem anderen Bieter eingeleitet worden. Ohne jegliche Änderung der Umstände und ohne dass Gründe vorgelegen wären, die die Auftraggeberin zum Widerruf der Ausschreibung berechtigen würden, habe diese mit Mitteilung vom 3.10.2006 die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zurückgenommen. Dies sei rechtswidrig, „da die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auch den Auftraggeber (vorbehaltlich der Ergebnisse eines Nachprüfungsverfahrens, das aber in diesem Falle nicht eingeleitet wurde) binde“. Die Auftraggeberin habe sohin ihre (erste) Zuschlagsentscheidung willkürlich und einseitig zurückgenommen. Die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 laute auf die Teilnahmeberechtigte. Das Angebot dieser Bieterin könne nicht das Bestangebot sein, da das alternativ vorgelegte Pauschalangebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis (Vergabesumme) von netto Euro 2,350.000,-- bei weitem günstiger sei, als das Angebot des „im zweiten Durchgang“ als Bestbieter ausgewiesenen Unternehmens. Auch das Hauptangebot der Antragstellerin sei vom Preis her günstiger und liege unter der Angebotssumme des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens. Die Mitteilung der Gründe, welche Merkmale und Vorteile das Angebot des nunmehrigen Bestbieters habe, sei ebenso unterlassen worden, wie der Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin (Grundangebot als auch Alternativangebot). Die Antragstellerin gehe daher unverändert davon aus, dass ihr Angebot (egal welches) das Bestangebot darstelle und daher jedenfalls ihr und nicht einem anderen Bieter der Zuschlag zu

erteilen wäre. Weiters bemängelt die Antragstellerin, dass die vergebende Stelle in ihren Zuschlagsentscheidung das jeweilige Ende der Stillhaltefrist unrichtig angegeben hätte. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 7.11.2006 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung bzw. der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20. September 2006, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass die Zurücknahme der zunächst zu ihren Gunsten lautenden Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 vergaberechtswidrig wäre, weil eine solche nur auf Grund eines behördlichen Nachprüfungsverfahrens zulässig wäre. Die Antragsgegnerin habe Alternativangebote im Ausschreibungstext ausdrücklich zugelassen. Nach den Zuschlagskriterien erfolge die Vergabe nicht nach dem Billigstbieterprinzip, sondern nach den Kriterien Preis (gewichtet mit 95 %) und Verlängerung der Mängelvermutungsfrist (gewichtet mit 5 %). Demgemäß sei ein Alternativangebot zulässig gewesen. Ihr Alternativangebot laute auf netto Euro 2,350.000,-- und sei damit das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot. Durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 habe sie das Recht erworben, „dass die dem Vertragsabschluss zugrunde liegende Entscheidung des Auftraggebers nur mehr durch ein behördliches Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt/aufgehoben/zurückgenommen“ werden könne. Ein derartiges Nachprüfungsverfahren sei nach Kenntnis der Antragstellerin von keinem anderen Bieter eingeleitet worden. Ohne jegliche Änderung der Umstände und ohne dass Gründe vorgelegt wären, die die Auftraggeberin zum Widerruf der Ausschreibung berechtigen würden, habe diese mit Mitteilung vom 3.10.2006 die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zurückgenommen. Dies sei rechtswidrig, „da die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auch den Auftraggeber (vorbehaltlich der Ergebnisse eines Nachprüfungsverfahrens, das aber in diesem Falle nicht eingeleitet wurde) binde“. Die Auftraggeberin habe sohin ihre (erste) Zuschlagsentscheidung willkürlich und einseitig zurückgenommen. Die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 laute auf die Teilnahmeberechtigte. Das Angebot dieser Bieterin könne nicht das Bestangebot sein, da das alternativ vorgelegte Pauschalangebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis (Vergabesumme) von netto Euro 2,350.000,-- bei weitem günstiger sei, als das Angebot des „im zweiten Durchgang“ als Bestbieter ausgewiesenen Unternehmens. Auch das Hauptangebot der Antragstellerin sei vom Preis her günstiger und liege unter der Angebotssumme des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens. Die Mitteilung der Gründe, welche Merkmale und Vorteile das Angebot des nunmehrigen Bestbieters habe, sei ebenso unterlassen worden, wie der Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin (Grundangebot als auch Alternativangebot). Die Antragstellerin gehe daher unverändert davon aus, dass ihr Angebot (egal welches) das Bestangebot darstelle und daher jedenfalls ihr und nicht einem anderen Bieter der Zuschlag zu erteilen wäre. Weiters bemängelt die Antragstellerin, dass die vergebende Stelle in ihren Zuschlagsentscheidung das jeweilige Ende der Stillhaltefrist unrichtig angegeben hätte.

Die Antragsgegnerin sei von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden. Die Pauschalgebühren seien beigebracht worden.

Die Antragstellerin habe ein erkennbares Interesse am Vertragsabschluss umso mehr, als die in der Folge widerrufenen Zuschlagsentscheidung zunächst zu ihren Gunsten gelautet habe. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von rund Euro 210.000,-- zu entstehen (entgangener Gewinn, Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren sowie für Rechtsberatung). Bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes würde sie überdies einen maßgeblichen Referenzauftrag verlieren.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 9.11.2006 erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 13.11.2006 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und deren Abweisung bzw. Zurückweisung begehrt. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, nach den Ausschreibungsunterlagen sei zwar die Abgabe von Alternativangeboten zugelassen gewesen, es seien jedoch rechtliche Alternativen ausgeschlossen sowie wirtschaftliche Alternativangebote ausdrücklich nicht zugelassen worden. Die im Vordruck der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen weiteren Möglichkeiten der Nicht-Zulassung von technischen Alternativangeboten und der Zulassung von wirtschaftlichen Alternativangeboten nur im Form einer Pauschale seien nicht angekreuzt worden. Daraus ergebe sich, dass rechtliche und wirtschaftliche Alternativangebote im gegenständlichen Vergabeverfahren gänzlich ausgeschlossen wurden, technische Alternativangebote hingegen zulässig waren. Nach dem die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006, die zugunsten der Antragstellerin gelautet habe,

den Bietern zugegangen sei, habe sich die nunmehrige potentielle Zuschlagsempfängerin an die Auftraggeberin gewandt und darauf verwiesen, dass eine Zuschlagserteilung auf das Pauschalangebot der Antragstellerin rechtlich unzulässig sei. Die Antragsgegnerin habe diesen Umstand einer eingehenden Prüfung unterzogen und sei zum Ergebnis gekommen, dass die Zuschlagsentscheidung auf ein Pauschalangebot im gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich unzulässig wäre. Deshalb habe sie die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zurückgenommen. Im Rahmen der neuerlichen Angebotsprüfung sei zwar zu Tage getreten, dass nach Ausscheiden des Pauschalangebotes das Hauptangebot der Antragstellerin preislich an die erste Stelle zu reihen war, auf Grund der zweiten Zuschlagskriteriums, der Verlängerung der Mängelvermutungsfrist, allerdings das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens als Bestangebot ermittelt wurde. Darauf gründe sich die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006.

Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, dass die von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärung der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung bzw. der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zugunsten der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen wäre. Dabei handle es sich weder um eine eigenständig gesondert anfechtbare Entscheidung noch hätte die Antragstellerin diesbezüglich die Anfechtungsfrist eingehalten. Das Alternativangebot der Antragstellerin sei auszuschneiden gewesen, weil es sich dabei um eine wirtschaftliche bzw. rechtliche Alternative gehandelt habe. Die Ausschreibung basiere auf der Vorgabe eines Leistungsverzeichnisses. Bei den einzelnen Positionen sei stets eine Angabe von Einheitspreisen vorgesehen. Daneben wird eine geschätzte Menge nach Maß, Zahl oder Gewicht angeführt. Entsprechend dem Wesen einer derartigen Vorgehensweise stünden nur die angebotenen Einheitspreise, nicht jedoch die Vordersätze von vornherein fest. Die im Leistungsverzeichnis angeführten Einheitspreise stellten dabei die vertraglich fix vereinbarte Vergütung dar, während der mit den geschätzten Vordersätzen und Einheitspreisen ermittelte Gesamtpreis lediglich dem Zweck diene, die voraussichtlichen Gesamtkosten zu ermitteln. Die tatsächliche Auftragssumme könne daher erst nach Erbringung der Leistung ermittelt werden. Beim Anbieten eines Gesamt-Pauschalpreises entgegen der auf Einheitspreisen lautenden Ausschreibung handle es sich um eine Änderung der vorgesehenen Zahlungsbedingungen und damit um das Vorliegen einer wirtschaftlichen Alternative. Angesichts dieses Umstandes habe die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zugunsten des Alternativangebotes der Antragstellerin zurückgenommen werden müssen.

Die Möglichkeit der Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung, die sich in weiterer Folge als rechtswidrig herausgestellt habe, sei einem Auftraggeber jederzeit bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf möglich. Dieser Standpunkt sei sowohl durch den Begleittext zum BVergG 2006 als auch durch die Judikatur in mehrfacher Weise abgedeckt. Die Antragsgegnerin habe somit in rechtskonformer Weise die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zurücknehmen können.

Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 gesteht die Antragsgegnerin zunächst zu, dass tatsächlich die Stillhaltefrist „um einen Tag zu kurz angegeben worden ist“. Der Inhalt der Zuschlagsentscheidung habe aber § 131 BVergG 2006 entsprochen, da aus ihr „der einzelne Bieter auf Grund der Inhalte die Beweggründe des Auftraggebers für die Zuschlagsentscheidung erkennen“ konnte, sodass er schon am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügte, die für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt werden. Sollte jedoch die Gestaltung der Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig angesehen werden, komme diesem Umstand keine Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens zu. Eine allfällige Verletzung einer „bloßen“ Formvorschrift ändere nichts an der rechtlichen Verbindlichkeit der Entscheidung. Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 gesteht die Antragsgegnerin zunächst zu, dass tatsächlich die Stillhaltefrist „um einen Tag zu kurz angegeben worden ist“. Der Inhalt der Zuschlagsentscheidung habe aber Paragraph 131, BVergG 2006 entsprochen, da aus ihr „der einzelne Bieter auf Grund der Inhalte die Beweggründe des Auftraggebers für die Zuschlagsentscheidung erkennen“ konnte, sodass er schon am Beginn der Stillhaltefrist über jene Informationen verfügte, die für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt werden. Sollte jedoch die Gestaltung der Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig angesehen werden, komme diesem Umstand keine Wesentlichkeit für den Ausgang des Verfahrens zu. Eine allfällige Verletzung einer „bloßen“ Formvorschrift ändere nichts an der rechtlichen Verbindlichkeit der Entscheidung.

Unter Hinweis auf die Judikatur des VwGH (Erkenntnis vom 24.2.2006, 2004/04/0140) hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen eine Stellungnahme zum einleitenden Schriftsatz abgegeben und im Einzelnen ausgeführt, dass von der Antragsgegnerin das Pauschalangebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, weil es sich dabei um ein rechtliches/wirtschaftliches Alternativangebot gehandelt

habe. Auch das Hauptangebot der Antragstellerin wäre auszuschneiden gewesen, da diesem kein Behebungsnachweis, der nach den Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich verlangt gewesen sei, angeschlossen war. Dieser Mangel sei nicht behebbar. Die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung und die neuerlich Zuschlagsentscheidung sei vergaberechtskonform erfolgt. Aufgrund der Ergebnisse der Bestbieterermittlung sei das Angebot der Teilnahmeberechtigten vor dem Hauptangebot der Antragstellerin zu reihen gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten rechtmäßig erfolgt wäre.

Mit Schriftsatz vom 21.11.2006 hat die Antragstellerin ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt und darauf hingewiesen, dass ihr Alternativangebot mit einer Vergabesumme von netto Euro 2,350.000,-- auch im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens nicht ausgeschieden worden sei. Wenn auch das Ausscheiden eines Angebotes nach den Übergangsbestimmungen des BVergG 2006 derzeit noch keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle, wäre es Verpflichtung des Auftraggebers gewesen, die Antragstellerin dennoch davon zu verständigen. Da das Alternativenangebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden sei, sei nicht nachvollziehbar, warum nunmehr das Angebot der Teilnahmeberechtigten an die erste Stelle gereiht werden soll und weshalb das Alternativangebot nicht mehr zum Zuge kommen dürfe.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenem, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bezweifelt wurde, sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, folgende weitere Feststellungen:

Die Vereinigte Bühnen Wien GmbH steht zu 97,34 % im Eigentum der Wien Holding GmbH, an der die Stadt Wien wiederum 100 % der Anteile hält. Sie führt derzeit ein Verfahren zur Generalsanierung des „Ronacher“, indem sie sich der Lorenz Consult ZT GmbH als vergebender Stelle bedient. Im Zuge der Generalsanierung hat die Antragsgegnerin die gegenständlichen Bauleistungen im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellerbereich ordnungsgemäß kundgemacht. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.10.2006.

Nach den Ausschreibungsbedingungen waren Alternativangebote zugelassen, wobei rechtliche Alternativen ausgeschlossen und wirtschaftliche Alternativangebote nicht zugelassen waren (Punkt 00.11.09.Z der Allgemeinen Bestimmungen).

Zuschlagskriterien sind mit 95 % der Preis und mit 5 % die „Verlängerung der Mängelvermutungsfrist“ (Punkt 00.11.18.Z der Allgemeinen Bestimmungen). Nach den Ausschreibungsbedingungen waren die einzelnen Leistungspositionen der Ausschreibung im Angebot großteils zu Einheitspreisen, zum Teil auch zu Regiepreisen anzubieten. Diesbezüglich ist in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, dass die Leistungspositionen der Ausschreibung großteils zu Einheitspreisen, zum Teil auch zu Regiepreisen anzubieten sind. Diese Festlegungen finden sich in den „abändernden und ergänzenden Bestimmungen für Bauleistungen (AEB)“. In deren Abschnitt 5.2 (Vertragsbestandteile) wird die Anwendbarkeit der ÖNORM B 2110 angeordnet („soweit sie nicht durch die BBB sowie VD 314 zum Teil oder zur Gänze ersetzt oder geändert wird“). In der ÖNORM B 2110 ist festgelegt, dass alle vertragsgemäß erbrachten Leistungen zu den vereinbarten Preisen abzurechnen und zwar die bei Einheitspreisen nach den Mengen der erbrachten Leistungen (Punkt 5.28.5.1) und bei Regiepreisen nach dem tatsächlichen Aufwand (Punkt 5.28.5.3). Punkt 5.28.5.1 bleibt durch die VD 314 und die „AEB“ unberührt, während Punkt 5.28.5.3 durch die VD 314 ergänzt wird. Dies bedeutet, dass die Höhe der Vergütung, die dem Auftragnehmer gebührt, erst nach Erbringung der Leistungen feststeht und durch Ausmaßfeststellung und Mengenberechnung ermittelt werden muss (Punkt 5.29 der ÖNORM B 2110). Damit kann nach Leistungserbringung die tatsächliche Vergütung vom Angebotspreis stark abweichen.

Insgesamt haben sich vier Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin mit einem Hauptangebot und einem „Pauschalangebot“.

Die Antragstellerin hat 2 Angebote gelegt, wobei das Angebot mit dem Preis von Euro 2,350.000,-- in der Niederschrift zur Angebotsöffnung als „Alternativangebot“ und als „Pauschalangebot“ festgehalten wurde. Weiters ist darin festgehalten, dass die Antragstellerin in beiden Angeboten keine Verlängerung der Mängelvermutungsfrist und keinen Behebungsnachweis beigebracht hatte (Niederschrift zur Angebotseröffnung vom 4.7.2006). Dieses Angebot über Euro 2,350.000,-- netto wird in einem Begleitschreiben der Antragstellerin ausdrücklich als Pauschalangebot bezeichnet.

Nach Prüfung der Angebote hat die Antragsgegnerin zunächst mit Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 mitgeteilt, zu

beabsichtigen, den Zuschlag der Antragstellerin auf deren Alternativangebot erteilen zu wollen.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 3.10.2006 ohne weitere Ausführungen zurückgenommen und den Bietern darin lediglich mitgeteilt, dass „die Prüfung der vorliegenden Angebote wieder aufgenommen“ wird und eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung im Anschluss erfolgen werde.

Als Ergebnis hat die Antragsgegnerin sodann ihre Zuschlagsentscheidung mit Schreiben vom 25.10.2006 wie folgt bekannt gegeben:

„Betreff: Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Als Ergebnis der Bestbieterermittlung teilen wir mit, dass wir beabsichtigen den Zuschlag an die Firma Ing. *** mit einer Vergabesumme von Euro 2,889.989,07 (exkl. USt) zu erteilen (Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006). Nach Durchführung der Angebotsprüfung und Anwendung der zwei Zuschlagskriterien war das Angebot der Fa. Ing. *** an die erste Stelle zu reihen. Als Ergebnis der Bestbieterermittlung teilen wir mit, dass wir beabsichtigen den Zuschlag an die Firma Ing. *** mit einer Vergabesumme von Euro 2,889.989,07 (exkl. USt) zu erteilen (Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006). Nach Durchführung der Angebotsprüfung und Anwendung der zwei Zuschlagskriterien war das Angebot der Fa. Ing. *** an die erste Stelle zu reihen.

Die Stillhaltefrist endet mit Ablauf des 7.11.2006.“

Diese Zuschlagsentscheidung ist der Antragsgegnerin am gleichen Tage zugegangen.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 ist am 7.11.2006 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Antragsgegnerin wurde rechtzeitig und entsprechend von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt, die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich sind entrichtet worden.

Die Feststellungen gründen sich auf den unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass Alternativangebote zwar zugelassen jedoch rechtliche und wirtschaftliche Alternativangebote ausdrücklich ausgeschlossen waren. Weiters war in Übereinstimmung mit dem Vorbringen der Antragstellerin festzustellen, dass sie neben einem von ihr als Hauptangebot bezeichneten Angebot ein Pauschalangebot gelegt hat, dass sich ausschließlich auf eine Reduktion des angebotenen Gesamtpreises bezogen hat. Unabhängig davon, dass von keiner der Parteien die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt wurde und der Schwerpunkt der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung in der Lösung der Rechtsfrage liegt, war die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich.

Ausgehend von diesem Sachverhalt der Vergabekontrollsenat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Versendung zur EUweiten Bekanntmachung am 9.6.2006 auf den gegenständlichen Sachverhalt bereits die Bestimmungen des BVergG 2006 mit den aus § 345 BVergG 2006 ersichtlichen Einschränkungen anzuwenden sind. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Versendung zur EUweiten Bekanntmachung am 9.6.2006 auf den gegenständlichen Sachverhalt bereits die Bestimmungen des BVergG 2006 mit den aus Paragraph 345, BVergG 2006 ersichtlichen Einschränkungen anzuwenden sind.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3 BVergG bzw. 1 Abs. 2 WVRG. Die Antragsgegnerin bedient sich zur Durchführung des Vergabeverfahrens einer vergebenden Stelle im Sinne des § 2 Z 41 BVergG 2006. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag nach § 4 BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, BVergG bzw. 1 Absatz 2, WVRG. Die Antragsgegnerin bedient sich zur Durchführung des Vergabeverfahrens einer vergebenden Stelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag nach Paragraph 4, BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006). Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Bestimmungen des BVergG 2002 (nunmehr BVergG 2006) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach § 30 WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG, wie bereits bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den Bestimmungen des BVergG 2002 (nunmehr BVergG 2006) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach Paragraph 30, WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, wie bereits bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin hätte die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 mit Schreiben vom 3.10.2006, ohne dass sich die Grundlage dafür geändert hätte, willkürlich zurückgenommen. Damit habe die Antragsgegnerin in das Recht der Antragstellerin auf Grund dieser Zuschlagsentscheidung den Auftrag zu erhalten, in unsachlicher Weise eingegriffen. Dementsprechend begehrt die Antragstellerin zunächst „die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung bzw. der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006 zugunsten der Antragstellerin“ für nichtig zu erklären. Dieser Antrag war aus mehreren Gründen zurückzuweisen.

Gemäß § 2 Z 48 BVergG 2006 ist die Zuschlagsentscheidung „die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Damit handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um eine organisationsinterne Entscheidung des Auftraggebers (Ausschussbericht 1118 Blg. Sten. Prot. Nr. XXI GP, S 53, zum BVergG 2006), die lediglich zu Zwecken des Rechtsschutzes nach außen bekannt gemacht wird. Der eigentliche Vertragsabschluss erfolgt mit der Zuschlagserteilung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 ist die Zuschlagsentscheidung „die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Damit handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um eine organisationsinterne Entscheidung des Auftraggebers (Ausschussbericht 1118 Blg. Sten. Prot. Nr. römisch 21 GP, S 53, zum BVergG 2006), die lediglich zu Zwecken des Rechtsschutzes nach außen bekannt gemacht wird. Der eigentliche Vertragsabschluss erfolgt mit der Zuschlagserteilung.

Wer bei der Zuschlagsentscheidung als in Aussicht genommener Zuschlagsempfänger genannt wird, hat im Nachprüfungsverfahren das subjektive Recht auf Teilnahme. Dieser Bieter kann somit das „Recht auf Erteilung des Zuschlages“ (vgl. VfSlg. 16392/2001) als Parteienrecht im Sinne des § 8 AVG geltend machen. Wie der VfGH in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt hat, stellt dies jedoch keinen (durchsetzbaren) Rechtsanspruch auf tatsächliche Erteilung des Zuschlages dar (VfGH vom 8.3.2004, B 239/04). Die Rechtsposition die dem in der Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bieter zukommt, ist somit lediglich eine verfahrensrechtliche, keine materiellrechtliche. Da das Verfahrensrecht aber lediglich den Zweck der Nachprüfung hat, kann daraus keine vergaberechtliche Bindungswirkung abgeleitet werden. Damit ist aber eine Änderung der Zuschlagserteilung bis zum Vertragsabschluss jederzeit zulässig (vgl. BVA 2.3.2004, 03 N-1/04-33). Auch der VfGH hat diesbezüglich festgestellt, dass es für die Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung keines Nachprüfungsverfahrens bedarf, sondern der Auftraggeber auch von sich aus die Zuschlagsentscheidung ändern darf (VwGH 27.1.2006, 2005/04/0202). Damit steht aber auch fest, dass die zugunsten eines Bieters lautende Zuschlagsentscheidung diesem keinen Rechtsanspruch darauf einräumt, auch tatsächlich den Auftrag zu erhalten. So wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass sich zivilrechtlich aus der unbegründeten Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung lediglich Schadenersatzansprüche ergeben können. Diese sind jedoch, da noch kein Vertrag abgeschlossen wurde, im Bereich der culpa in contrahendo angesiedelt. Wenn auch dieser Schadenersatzanspruch zivilrechtlich auf das Erfüllungsinteresse gerichtet sein kann, ergibt sich daraus keine öffentlich-rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit zur Auftragerlangung (vgl. Heid Preslmayr, Vergaberecht2,

446ff). Wer bei der Zuschlagsentscheidung als in Aussicht genommener Zuschlagsempfänger genannt wird, hat im Nachprüfungsverfahren das subjektive Recht auf Teilnahme. Dieser Bieter kann somit das „Recht auf Erteilung des Zuschlages“ (vergleiche VfSlg. 16392 aus 2001,) als Parteienrecht im Sinne des Paragraph 8, AVG geltend machen. Wie der VfGH in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt hat, stellt dies jedoch keinen (durchsetzbaren) Rechtsanspruch auf tatsächliche Erteilung des Zuschlages dar (VfGH vom 8.3.2004, B 239/04). Die Rechtsposition die dem in der Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bieter zukommt, ist somit lediglich eine verfahrensrechtliche, keine materiellrechtliche. Da das Verfahrensrecht aber lediglich den Zweck der Nachprüfung hat, kann daraus keine vergaberechtliche Bindungswirkung abgeleitet werden. Damit ist aber eine Änderung der Zuschlagserteilung bis zum Vertragsabschluss jederzeit zulässig (vergleiche BVA 2.3.2004, 03 N-1/04-33). Auch der VwGH hat diesbezüglich festgestellt, dass es für die Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung keines Nachprüfungsverfahrens bedarf, sondern der Auftraggeber auch von sich aus die Zuschlagsentscheidung ändern darf (VwGH 27.1.2006, 2005/04/0202). Damit steht aber auch fest, dass die zugunsten eines Bieters lautende Zuschlagsentscheidung diesem keinen Rechtsanspruch darauf einräumt, auch tatsächlich den Auftrag zu erhalten. So wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass sich zivilrechtlich aus der unbegründeten Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung lediglich Schadenersatzansprüche ergeben können. Diese sind jedoch, da noch kein Vertrag abgeschlossen wurde, im Bereich der culpa in contrahendo angesiedelt. Wenn auch dieser Schadenersatzanspruch zivilrechtlich auf das Erfüllungsinteresse gerichtet sein kann, ergibt sich daraus keine öffentlich-rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit zur Auftragsrerlangung (vergleiche Heid Preslmayr, Vergaberecht2, 446ff).

Die Antragsgegnerin war somit befugt, die einmal getroffene Zuschlagsentscheidung abzuändern, dies umso mehr, als sie in der Folge erkannt hat, dass der Zuschlag auf ein an sich auszuscheidendes Alternativangebot erfolgen sollte.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2006, bei der es sich weder um eine gesondert anfechtbare Entscheidung noch um eine Festlegung des Auftraggebers während der Angebotsfrist handelt, war daher aus den dargestellten Überlegungen als unzulässig zurückweisen.

Soweit sich der Antrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 25.10.2006 richtet, handelt es sich dabei zwar um eine gemäß der weiterhin anzuwendenden Bestimmung des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002, gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 345 Abs. 3 Z 5 BVergG 2006) jedoch erweist sich auch hier die Anfechtung als unbegründet. Auszugehen ist zunächst davon, dass die Antragstellerin zwei Angebote gelegt hat, wovon sie eines, das als preislich günstigstes zu reihen war, selbst als Pauschalangebot bezeichnet hat. Soweit sich der Antrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 25.10.2006 richtet, handelt es sich dabei zwar um eine gemäß der weiterhin anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002, gesondert anfechtbare Entscheidung (Paragraph 345, Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006) jedoch erweist sich auch hier die Anfechtung als unbegründet. Auszugehen ist zunächst davon, dass die Antragstellerin zwei Angebote gelegt hat, wovon sie eines, das als preislich günstigstes zu reihen war, selbst als Pauschalangebot bezeichnet hat.

Nach den Angebotsbestimmungen war die Legung von rechtlichen und wirtschaftlichen Alternativangeboten ausgeschlossen. Nach den Ausschreibungsunterlagen waren die Leistungspositionen der Ausschreibungen überwiegend zu Einheitspreisen, zum Teil auch zu Regiepreisen, anzubieten. Dem gegenüber sieht das Alternativangebot der Antragstellerin einen Pauschalpreis vor. Das Alternativangebot der Antragstellerin nimmt damit einen Wechsel unter den im § 24 BVergG 2006 vorgesehenen Preisarten (Einheitspreis, Pauschalpreis oder Regiepreis) vor. Diesbezüglich ist auf die im Rahmen der Feststellungen dargestellten Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen zu verweisen, wonach die abändernden und ergänzenden Bestimmungen für Bauleistungen die Anwendbarkeit der ÖNORM B 2110 vorsehen. Nach den Angebotsbestimmungen war die Legung von rechtlichen und wirtschaftlichen Alternativangeboten ausgeschlossen. Nach den Ausschreibungsunterlagen waren die Leistungspositionen der Ausschreibungen überwiegend zu Einheitspreisen, zum Teil auch zu Regiepreisen, anzubieten. Dem gegenüber sieht das Alternativangebot der Antragstellerin einen Pauschalpreis vor. Das Alternativangebot der Antragstellerin nimmt damit einen Wechsel unter den im Paragraph 24, BVergG 2006 vorgesehenen Preisarten (Einheitspreis, Pauschalpreis oder Regiepreis) vor. Diesbezüglich ist auf die im Rahmen der Feststellungen dargestellten Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen zu verweisen, wonach die abändernden und ergänzenden Bestimmungen für Bauleistungen die Anwendbarkeit der ÖNORM B 2110 vorsehen.

Indem die Antragstellerin in ihrem Alternativangebot einen Pauschalpreis anbietet, ändert sie damit das vertragliche System der Ausschreibung. Durch das Anbieten eines Gesamt-Pauschalpreises ist der angebotene Preis vom

tatsächlichen Leistungsumfang unabhängig. Die Auftraggeberin hätte – worauf die Teilnahmeberechtigte zutreffend hinweist – den gesamten Pauschalpreis in jedem Fall und auch dann zu bezahlen, wenn sich nach Leistungserbringung herausstellen sollte, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Mengen nicht in diesem Umfang benötigt wurden. Das Alternativangebot der Antragstellerin weicht damit von den rechtlichen (vertraglichen) und von den wirtschaftlichen Bedingungen der Ausschreibung ab. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang geltend macht, dass ihr „Pauschalangebot“ daneben auch von den technischen Auftragsbedingungen abweiche und in diesem Umfang jedenfalls zulässig sein müsste, handelt es sich bei diesem Angebot jedenfalls auch um ein rechtliches/wirtschaftliches Alternativangebot, dessen Zulassung ausdrücklich ausgeschlossen war. In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmung des § 106 Abs. 4 BVergG 2006 zu verweisen, wonach sich Alternativangebote „auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung, auf die wirtschaftlichen oder die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringungen beziehen“ können. Da nach den Ausschreibungsbedingungen wirtschaftliche und rechtliche Alternativangebote unzulässig waren, hätte die Antragsgegnerin das Alternativangebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausscheiden müssen. Dass die vergebende Stelle dies nicht getan hat, kann im Ergebnis nicht dazu führen, dass dieses Angebot von der Antragsgegnerin zu berücksichtigen gewesen wäre. Es liegt nicht im Belieben des Auftraggebers, von Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist die notwendige Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (EuGH 25.4.1996, RsC-87/94). Das Pauschalangebot der Antragstellerin ist daher – auch ohne förmliche Erklärung der Ausscheidung – zu Recht nicht berücksichtigt worden, woraus sich auch ergibt, dass die Zurücknahme der (ersten) Zuschlagsentscheidung zu Recht erfolgt ist. Indem die Antragstellerin in ihrem Alternativangebot einen Pauschalpreis anbietet, ändert sie damit das vertragliche System der Ausschreibung. Durch das Anbieten eines Gesamt-Pauschalpreises ist der angebotene Preis vom tatsächlichen Leistungsumfang unabhängig. Die Auftraggeberin hätte – worauf die Teilnahmeberechtigte zutreffend hinweist – den gesamten Pauschalpreis in jedem Fall und auch dann zu bezahlen, wenn sich nach Leistungserbringung herausstellen sollte, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Mengen nicht in diesem Umfang benötigt wurden. Das Alternativangebot der Antragstellerin weicht damit von den rechtlichen (vertraglichen) und von den wirtschaftlichen Bedingungen der Ausschreibung ab. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang geltend macht, dass ihr „Pauschalangebot“ daneben auch von den technischen Auftragsbedingungen abweiche und in diesem Umfang jedenfalls zulässig sein müsste, handelt es sich bei diesem Angebot jedenfalls auch um ein rechtliches/wirtschaftliches Alternativangebot, dessen Zulassung ausdrücklich ausgeschlossen war. In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmung des Paragraph 106, Absatz 4, BVergG 2006 zu verweisen, wonach sich Alternativangebote „auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung, auf die wirtschaftlichen oder die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringungen beziehen“ können. Da nach den Ausschreibungsbedingungen wirtschaftliche und rechtliche Alternativangebote unzulässig waren, hätte die Antragsgegnerin das Alternativangebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausscheiden müssen. Dass die vergebende Stelle dies nicht getan hat, kann im Ergebnis nicht dazu führen, dass dieses Angebot von der Antragsgegnerin zu berücksichtigen gewesen wäre. Es liegt nicht im Belieben des Auftraggebers, von Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist die notwendige Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (EuGH 25.4.1996, RsC-87/94). Das Pauschalangebot der Antragstellerin ist daher – auch ohne förmliche Erklärung der Ausscheidung – zu Recht nicht berücksichtigt worden, woraus sich auch ergibt, dass die Zurücknahme der (ersten) Zuschlagsentscheidung zu Recht erfolgt ist.

Unter den verbliebenen Angeboten war das „Hauptangebot“ der Antragstellerin zwar preislich vor dem Angebot der Teilnahmeberechtigten zu reihen. Nach den Ergebnissen des Verfahrens steht jedoch fest, dass dieses Angebot keine Verlängerung der Mängelvermutungsfrist enthalten hat, sodass es nach den anzuwendenden Zuschlagskriterien (95 % Preis, 5 % Mängelvermutungsfrist) hinter das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die eine Verlängerung der Mängelvermutungsfrist angeboten hat, zu reihen war. Die Prüfung der Angebote sowie die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien ist in der Aktenlage rechnerisch richtig und nachvollziehbar dokumentiert, sodass die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 sowohl den Ausschreibungsbedingungen als auch den vergaberechtlichen Bestimmungen vollkommen entspricht. Im Hinblick auf dieses Ergebnis hat es sich erübrigt, auf den Einwand der Teilnahmeberechtigten, dass auch das Hauptangebot der Antragstellerin wegen des fehlenden Behebungsnachweises auszuschneiden gewesen wäre, näher einzugehen.

Die Antragstellerin hat auch gerügt, dass die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 mangelhaft gewesen wäre, weil

sie nicht alle nach § 131 BVergG 2006 erforderlichen Informationen enthalten hat. Es trifft zu, dass – wie auch von der Antragsgegnerin zugestanden – das Ende der Stillhaltefrist unrichtig angegeben wurde. Dagegen erachtet der Vergabekontrollsenat den Inhalt der Zuschlagsentscheidung als ausreichend und gerade noch den Vorgaben des § 131 BVergG 2006 entsprechend, weil damit die Antragstellerin in die Lage versetzt wurde, alle für einen Nachprüfungsantrag erforderlichen Angaben in den einleitenden Schriftsatz aufzunehmen. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf hin, dass selbst ein allfälliger Mangel der Zuschlagsentscheidung keine im Sinne des § 22 Abs. 1 WVRG relevante Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens haben konnte. Die Antragstellerin hat auch gerügt, dass die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 mangelhaft gewesen wäre, weil sie nicht alle nach Paragraph 131, BVergG 2006 erforderlichen Informationen enthalten hat. Es trifft zu, dass – wie auch von der Antragsgegnerin zugestanden – das Ende der Stillhaltefrist unrichtig angegeben wurde. Dagegen erachtet der Vergabekontrollsenat den Inhalt der Zuschlagsentscheidung als ausreichend und gerade noch den Vorgaben des Paragraph 131, BVergG 2006 entsprechend, weil damit die Antragstellerin in die Lage versetzt wurde, alle für einen Nachprüfungsantrag erforderlichen Angaben in den einleitenden Schriftsatz aufzunehmen. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf hin, dass selbst ein allfälliger Mangel der Zuschlagsentscheidung keine im Sinne des Paragraph 22, Absatz eins, WVRG relevante Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens haben konnte.

Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2006 abzuweisen.

Damit liegen aber auch nicht die Gründe des § 30 Abs. 5 WVRG vor, weshalb der Antrag auf Kostenzuspruch ebenfalls abzuweisen war. Damit liegen aber auch nicht die Gründe des Paragraph 30, Absatz 5, WVRG vor, weshalb der Antrag auf Kostenzuspruch ebenfalls abzuweisen war.

Im Hinblick darauf, dass mit dieser Entscheidung das Vergabeverfahren beendet ist, war gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Im Hinblick darauf, dass mit dieser Entscheidung das Vergabeverfahren beendet ist, war gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Obwohl das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen einen formellen Teilnahmeantrag im Sinne des § 18 Abs. 1 WVRG nicht gestellt hat, kommt ihr im Sinne der jüngsten Judikatur des VwGH vom 24.2.2006, Zl. 2004/04/0140, grundsätzlich Parteistellung zu, da sie auf Grund der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen ist. Bereits dadurch ist ihr Interesse am Vertragsabschluss und der ihr im Falle der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung drohende Schaden ausreichend nachgewiesen. Die Parteistellung des aus der Zuschlagsentscheidung begünstigten Unternehmers unterliegt nach der Judikatur des VwGH keinen Verlusttatbestand. In diesem Sinne war daher festzustellen, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist. Obwohl das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen einen formellen Teilnahmeantrag im Sinne des Paragraph 18, Absatz eins, WVRG nicht gestellt hat, kommt ihr im Sinne der jüngsten Judikatur des VwGH vom 24.2.2006, Zl. 2004/04/0140, grundsätzlich Parteistellung zu, da sie auf Grund der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen ist. Bereits dadurch ist ihr Interesse am Vertragsabschluss und der ihr im Falle der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung drohende Schaden ausreichend nachgewiesen. Die Parteistellung des aus der Zuschlagsentscheidung begünstigten Unternehmers unterliegt nach der Judikatur des VwGH keinen Verlusttatbestand. In diesem Sinne war daher festzustellen, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist.

Schlagworte

Anfechtung der Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung unzulässig; unzulässiges Pauschalangebot; unrichtige Angabe der Stillhaltefrist.

Dokumentnummer

VERGT_20061207_3225_06_00

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at