

TE Verg Bescheid 2006/9/21 VKS-2456/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.09.2006

Norm

WVRG §1 Abs1
WVRG §11 Abs2 Z2
WVRG §13 Abs1 und 2
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §18 Abs2
WVRG §20 Abs2 Z1 lit a und c
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §3 Abs1
BVergG 2002 §7 Abs1
BVergG 2002 §9 Abs1
BVergG 2002 §20 Z13
BVergG 2002 §79 Abs4
BVergG 2002 §101
BVergG 2006 §345 Abs2
AVG §74 Abs2

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

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Ebert Huber Liebmann, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens

und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe eines Rahmenvertrages für Malerarbeiten im Zeitraum 1.11.2005 – 31.10.2008 für laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten diverser Objekte im 16. Bezirk, Zl. LV/34LV/RV-B16-2005- 353-MOH-MALER, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Muthgasse 62, 1194 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Dem von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2006 gestellten Ablehnungsantrag betreffend das Mitglied des Senates TOAR Ing. *** wird nicht Folge gegeben.

2. 2.Ziffer 2

Die Anträge:

1. a)Litera a

die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 31.7.2006, wonach beabsichtigt ist, den Zuschlag ***, Maler und Anstreicher, ***, zu erteilen, für nichtig zu erklären;

1. b)Litera b

die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Vergabeverfahren nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist fortzusetzen, für nichtig zu erklären;

1. c)Litera c

den Widerruf der Ausschreibung anzuordnen, in eventu die Ausschreibung für nichtig zu erklären;

1. d)Litera d

den Auftraggeber zum Ersatz der Gebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten und

werden zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Der Antrag des ***, vertreten durch KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wird als unzulässig zurückgewiesen.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragstellerin sowie der Teilnahmeantragsteller haben die von ihnen entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1 und 2, 14. Abs. 1, 17 Abs. 1, 18 Abs. 2, 20 Abs. 2 Z 1 lit. a und c, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1, 20 Z 13, 79 Abs. 4, 101 BVergG 2002 § 345 Abs. 2 BVergG 2006 sowie § 74 Abs. 2 Paragraphen eins, Absatz eins, 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins und 2, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 18, Absatz 2, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a und c, 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, 9, Absatz eins, 20, Ziffer 13, 79, Absatz 4, 101, BVergG 2002 Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 sowie Paragraph 74, Absatz 2

AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Magistratsabteilung 34 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat mit Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 8/05 vom 24.2.2005 insgesamt 23 offene Verfahren im Unterschwellenbereich zum Zweck der Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Malerarbeiten im Zeitraum 1.11.2005 bis 31.10.2008 für laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten an diversen Objekten in den 23 Wiener Bezirken ausgeschrieben. Dabei sollte für jeden Wiener Bezirk ein einzelnes Vergabeverfahren durchgeführt werden. Die Ausschreibungen wurden zweimal berichtet (Amtsblatt der Stadt Wien Nummer 10/05 vom 10.3.2005; Amtsblatt der Stadt Wien Nummer 12/05 vom 24.3.2005). Die Ausschreibungsbedingungen für diese 23 Vergabeverfahren sind bis auf die geschätzten Leistungssummen und einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Bezirke beziehen, inhaltlich ident. Teilangebote und Alternativangebote waren nicht zugelassen. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Bestbieter nach folgenden gewichteten Zuschlagskriterien ermittelt wird:

1. 1.Ziffer eins

Preis (zivilrechtlicher Gesamtpreis): 90% (= max. 90 Punkte von 100),

2. 2.Ziffer 2

Verlängerung der Leistungsfrist über drei Jahre hinaus, jedoch max.

Gewährleistung 6 Jahre: 5% (max. 5 Punkte von 100),

1. 3.Ziffer 3

zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung (siehe nachfolgende Detailbeschreibung): 5% (max. 5 Punkte von 100).

Das Ende der Angebotsfrist war jeweils der 9.5.2005, 13.00 Uhr. Die Angebotsöffnungen waren gestaffelt zu verschiedenen Tagen und Zeiten angesetzt. Die Zuschlagsfrist in allen Verfahren beträgt sieben Monate.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf die Ausschreibung der Antragsgegnerin für Rahmenverträge über Malerarbeiten für laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten in diversen Objekten des 16. Wiener Gemeindebezirkes.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin nach Angebotseröffnung ihre Ausschreibungen, auch die vorliegende für den 16. Bezirk, am 22.8.2005 widerrufen hat. Die Widerrufe wurden in der Folge angefochten. Mit Bescheid vom 11.11.2005, VKS - 2779/05, hat der Vergabekontrollsenat den Widerruf der Ausschreibung unter anderem betreffend auch den 16. Bezirk für nichtig erklärt. Diesbezüglich kann auf den auch im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) veröffentlichten Inhalt des Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden. Dieser Bescheid wurde der Antragsgegnerin am 9.12.2005 zugestellt.

In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgeführt und mit Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006, den Bietern zugewiesen am 2.8.2006, mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag ***, Maler und Anstreicher, ***, erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 16.8.2006 eingelangte Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist fortzusetzen, sowie den Widerruf der Ausschreibung anzuordnen, in eventu die Ausschreibung für nichtig zu erklären, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Darin führt die Antragstellerin zunächst aus, ihr sei die Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006 am 2.8.2006 (Schriftsatz vom 21.8.2006) zugekommen.

Die Antragstellerin habe ein Angebot über EUR 67.828,20 abgegeben und sei nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung mit diesem Preis an zweiter Stelle gereiht worden. Der als Bestbieter ermittelte ***, der mit einem außergewöhnlich niedrigen Preis von EUR 56.326,56 vor ihr an erster Stelle gereiht worden sei, habe offensichtlich nicht ausschreibungsgemäß kalkuliert, der angebotene Preis sei in keiner Weise nachvollziehbar. Der erfolgreiche Bieter habe daher unterpreisig und spekulativ angeboten. Mit Schreiben vom 4.8.2006 habe die Antragstellerin ein Auskunftersuchen an die Antragsgegnerin gerichtet und darin um die Bekanntgabe der Vergabesumme, die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes gebeten. Mit Schreiben vom gleichen Tage habe die Antragsgegnerin die erbetenen Auskünfte erteilt und gleichzeitig mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin auf Grund der in den Ausschreibungsbedingungen festgelegten Zuschlagskriterien nicht an erster Stelle gereiht werden konnte. Weiters habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass ein gültiges Angebot der Antragstellerin nicht mehr vorliege, da die Zuschlagsfrist bereits abgelaufen sei, die Hemmung der Frist auf Dauer des Nachprüfungsverfahrens beim VKS-Wien sei gemäß § 79 Abs. 4 BVergG 2002 berücksichtigt worden. Dazu bringt die Antragstellerin vor, sie sei von der Antragsgegnerin nicht aufgefordert worden, die Dauer ihres Angebotes zu verlängern. Wäre sie aufgefordert worden, hätte sie die Dauer ihres Angebotes verlängert und wäre als Bestbieter hervorgegangen. Die Antragstellerin habe ein Interesse am und Anspruch auf den Zuschlag bzw. Vertragsabschluss. Sie sei befugt, leistungsfähig und zuverlässig und habe sämtliche Ausschreibungskriterien erfüllt. Die Antragstellerin habe ein Angebot über EUR 67.828,20 abgegeben und sei nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung mit diesem Preis an zweiter Stelle gereiht worden. Der als Bestbieter ermittelte ***, der mit einem außergewöhnlich niedrigen Preis von EUR 56.326,56 vor ihr an erster Stelle gereiht worden sei, habe offensichtlich nicht ausschreibungsgemäß kalkuliert, der angebotene Preis sei in keiner Weise nachvollziehbar. Der erfolgreiche Bieter habe daher unterpreisig und spekulativ angeboten. Mit Schreiben vom 4.8.2006 habe die Antragstellerin ein Auskunftersuchen an die Antragsgegnerin gerichtet und darin um die Bekanntgabe der Vergabesumme, die Gründe

für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes gebeten. Mit Schreiben vom gleichen Tage habe die Antragsgegnerin die erbetenen Auskünfte erteilt und gleichzeitig mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin auf Grund der in den Ausschreibungsbedingungen festgelegten Zuschlagskriterien nicht an erster Stelle gereiht werden konnte. Weiters habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass ein gültiges Angebot der Antragstellerin nicht mehr vorliege, da die Zuschlagsfrist bereits abgelaufen sei, die Hemmung der Frist auf Dauer des Nachprüfungsverfahrens beim VKS-Wien sei gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 berücksichtigt worden. Dazu bringt die Antragstellerin vor, sie sei von der Antragsgegnerin nicht aufgefordert worden, die Dauer ihres Angebotes zu verlängern. Wäre sie aufgefordert worden, hätte sie die Dauer ihres Angebotes verlängert und wäre als Bestbieter hervorgegangen. Die Antragstellerin habe ein Interesse am und Anspruch auf den Zuschlag bzw. Vertragsabschluss. Sie sei befugt, leistungsfähig und zuverlässig und habe sämtliche Ausschreibungskriterien erfüllt.

Die Antragsgegnerin habe das Recht der Antragstellerin auf den Zuschlag bzw. Vertragsabschluss sowie deren Recht auf ein gesetzmäßig durchgeführtes Vergabeverfahren verletzt. Ferner habe die Antragsgegnerin gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und gegen das Gebot des freien und fairen Wettbewerbs verstoßen. Die Antragsgegnerin beabsichtige ein Vergabeverfahren abzuschließen, für das es keine Grundlagen mehr gibt. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse hätten sich seit dem Ende der Angebotsfrist am 11.5.2005 entscheidend geändert. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen die Ausschreibung zu widerrufen. Darüber hinaus habe sie die Grundsätze der vertieften Angebotsprüfung und des Ausscheidens von Angeboten verletzt. Die Widerrufsgründe werden von der Antragstellerin darin erblickt, dass im Hinblick auf die bereits abgelaufene Zuschlagsfrist von keinem Bieter mehr gültige Angebote vorliegen dürften. So wurde das Angebot der Antragstellerin auch deshalb nicht berücksichtigt, da es bereits abgelaufen war. Offenbar habe die Auftraggeberin ausschließlich den jetzt in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger dazu veranlasst, sein Angebot aufrecht zu erhalten, zumal nach Information der Antragstellerin alle anderen Bieter jedenfalls nicht zur Verlängerung ihrer Angebote verpflichtet bzw. aufgefordert worden seien. Im Hinblick auf den seit Angebotseröffnung verstrichenen Zeitraum hätten sich auch die Marktverhältnisse entscheidend geändert, was jedenfalls zu einem Widerruf der Ausschreibung hätte führen müssen.

Das Angebot des für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Unternehmens hätte ausgeschieden werden müssen, weil es unterpreisig und spekulativ sei. Die Antragstellerin hätte auf der Basis einer Grenzkostenkalkulation angeboten, was bedeute, dass ein im Preis günstigeres Angebot nur unterpreisig oder spekulativ sein könne. Dass dies der Fall sei zeige sich bereits daran, dass der erfolgreiche Bieter mit seinem Angebot fast 12 % unter dem Angebot der Antragstellerin liege woraus folge, dass die Auftraggeberin verpflichtet gewesen wäre, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, weil Preisdifferenzen von mehr als 51 % hinsichtlich der Mehrzahl der abgegebenen Angebote jedenfalls begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise hätten entstehen lassen müssen. Über dies sei der vom erfolgreichen Bieter angebotene Preis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, weiters bestünden erhebliche Zweifel an der Eignung des erfolgreichen Bieters, weil im Hinblick auf die Überschreitung der Zuschlagsfrist um acht Monate nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass dieser Bieter noch alle Eignungskriterien erfülle was im Besonderen für die unbefristete Bankerklärung gelte „die beim erfolgreichen Bieter wohl fehlt“. Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr ein nicht unbeträchtlicher Schaden zu entstehen, und zwar an entgangenem Gewinn etwa 4 % der Auftragssumme, sowie Verlust eines Deckungsbetrages für die Gemeinkosten bzw. Zentralregion von rund 12 %. Dazu käme noch der Verlust eines wesentlichen Referenzauftrages. „Im Ergebnis ergibt sich der potenzielle Schaden durch das Unterbleiben des Widerrufs also auch daraus, dass wir keine Möglichkeit haben, in einem folgenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten, weil die Bindung unseres Angebotes abgelaufen ist (weil wir vom Auftraggeber nicht aufgefordert wurden, diese Bindungsfrist zu verlängern)“.

Die Verständigung der Antragsgegnerin sei ordnungsgemäß und rechtzeitig erfolgt, die Pauschalgebühren seien entrichtet worden. Zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragt die Antragstellerin unter Hinweis auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

In ihrem Schriftsatz vom 21.8.2006 hat die Antragsgegnerin zunächst darauf hingewiesen, dass sie den Widerruf der Ausschreibung ohnedies vorgenommen habe, dieser jedoch mit dem bereits zitierten Bescheid des VKS vom 11.11.2005 für nichtig erklärt wurde. In der Begründung dieses Bescheides habe der VKS ausgeführt, dass ein tauglicher Widerrufsgrund nur dann vorliege „wenn die Ausschreibung mit derartig gravierenden Mängeln behaftet wäre, dass letztlich eine Zuschlagserteilung überhaupt nicht möglich wäre“. Dies sei bei der hier in Rede stehenden

Ausschreibung nicht der Fall. Aus diesem Grunde sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, dass Vergabeverfahren fortzuführen und nunmehr lege artis abzuschließen. Es wären die Anträge der Antragstellerin als offensichtlich unbegründet daher abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 22.8.2006 hat der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmer einen Teilnahmeantrag gestellt und beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen und dieser den Ersatz den von ihm entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen. In der Sache selbst führt der Teilnahmeantragsteller aus, er habe im Anschluss an den Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 11.11.2005 mit Schreiben vom 6.2.2006 sein nach wie vor bestehendes Interesse an der Beendigung des Vergabeverfahrens mittels Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten bekanntgegeben. Über Aufforderung der Auftraggeberin habe er in der Folge Aufklärung zu diversen Positionen erstattet und weitere Unterlagen übermittelt. Er sei von der Antragsgegnerin am 17.8.2006 von der Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens verständigt worden. Die Anträge der Antragstellerin die Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nach den Ablauf der Zuschlagsfrist fortzusetzen und den Widerruf der Ausschreibung anzuordnen, in eventu die Ausschreibung für nichtig zu erklären wären zurückzuweisen, da es sich dabei nicht um gesondert anfechtbare Entscheidungen handle. Unabhängig davon komme dem VKS eine Kompetenz zur Anordnung des Widerrufs der Ausschreibung nicht zu. Soweit die Antragstellerin eventualiter begehre, die Ausschreibung für nichtig zu erklären, sei dies ebenfalls zurückzuweisen, da die Anfechtungsfrist längst abgelaufen sei. Alle übrigen Anträge wären abzuweisen, weil ein Grund zum Widerruf der Ausschreibung nicht vorliege, zumal sich der Teilnahmeantragsteller weiterhin an sein Angebote gebunden erachtet und nach wie vor über ein aufrechtes Angebot verfüge. Ein Grund zur Ausschreibung des Angebotes des Teilnahmeantragstellers sei nicht gegeben, weil die Antragsgegnerin eine rechtskonforme Angebotsprüfung vorgenommen habe. Ein unterpreisiges oder spekulatives Angebot des Teilnahmeantragstellers liege gleichfalls nicht vor. Die Eignung des Teilnahmeantragstellers sei weiterhin gegeben.

Mit Bescheid vom 7.9.2006 wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit einer weiteren Stellungnahme vom 7.9.2006 hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle, da die Bindefrist ihres Angebotes abgelaufen sei. Die Antragstellerin habe – in Gegensatz zu den für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmer – die Verlängerung der Bindungsfrist ihres Angebotes nicht erklärt, sodass ihr Angebot unwirksam geworden sei. Mangels Vorliegens eines zuschlagsfähigen Angebotes fehle es der Antragstellerin daher an der Antragslegitimation. Im Übrigen wären die Hauptanträge ebenso unzulässig wie das Eventualbegehren, weil eine Nichtigerklärung der Ausschreibung nur innerhalb der Frist des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. a WVRG gestellt werden könnte. Die Entscheidung, eine Ausschreibung nicht zu widerrufen, sei nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden nicht gesondert anfechtbar, letztlich fehle es dem VKS an der rechtlichen Möglichkeit selbst einen „Widerruf der Ausschreibung anzuordnen“. Mit einer weiteren Stellungnahme vom 7.9.2006 hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehle, da die Bindefrist ihres Angebotes abgelaufen sei. Die Antragstellerin habe – in Gegensatz zu den für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmer – die Verlängerung der Bindungsfrist ihres Angebotes nicht erklärt, sodass ihr Angebot unwirksam geworden sei. Mangels Vorliegens eines zuschlagsfähigen Angebotes fehle es der Antragstellerin daher an der Antragslegitimation. Im Übrigen wären die Hauptanträge ebenso unzulässig wie das Eventualbegehren, weil eine Nichtigerklärung der Ausschreibung nur innerhalb der Frist des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, WVRG gestellt werden könnte. Die Entscheidung, eine Ausschreibung nicht zu widerrufen, sei nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden nicht gesondert anfechtbar, letztlich fehle es dem VKS an der rechtlichen Möglichkeit selbst einen „Widerruf der Ausschreibung anzuordnen“.

Die Antragsgegnerin wäre auf Grund des Bescheides des VKS vom 11.11.2005 verpflichtet gewesen, nach Aufhebung des Widerrufs als nichtig, das Vergabeverfahren fortzuführen. Der Bescheid sei der Antragsgegnerin am 9.12.2006 zugestellt worden. Im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens seien die vom in Aussicht genommenen Bestbieter angebotenen Preise – nach Abhaltung eines Aufklärungsgesprächs – von einem gerichtlich beeedeten Sachverständigen auf ihre Angemessenheit geprüft worden. Nach Vorliegen des diesbezüglichen Ergebnisses habe die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Das Überschreiten der Zuschlagsfrist könne keinen zwingenden Widerrufsgrund abgeben, eine entsprechende Bestimmung fehle im BVergG 2002. Die von der Antragstellerin behauptete wesentliche Änderung der maßgeblichen Marktverhältnisse habe nicht stattgefunden, die

ausschreibungsgegenständlichen Gebäude seien gleich geblieben, weder die Material-, noch die Personalkosten wären nennenswert angestiegen. Auch die Marktlage insgesamt (Zahl der Anbieter, Zahl und Volumen der Aufträge) habe sich kaum verändert. Selbst wenn sich aber z.B.: die Kosten gegenüber den der Ausschreibung zu Grunde liegenden Kosten wesentlich verändert hätten (was von der Antragsgegnerin bestritten werde), wäre eine solche Veränderung insofern unerheblich, als die Ausschreibung auf veränderliche Preise abstellt, Preisschwankungen würden ohnehin (monatlich!) berücksichtigt.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 13.9.2006 hat der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmer seine Anträge auf Zurückweisung bzw. Abweisung sämtlicher Anträge wiederholt und sich im übrigen den Ausführungen der Antragsgegnerin angeschlossen.

Mit Schriftsatz vom 14.9.2006 hat die Antragstellerin zur Frage der fehlenden Antragslegitimation Stellung bezogen und zunächst ausgeführt, dass die Zuschlagsfrist abgelaufen sei. Die Bindung des Bieters an sein Angebot ende unbestrittenermaßen mit Ablauf der Zuschlagsfrist oder – vor dem Ablauf der Zuschlagsfrist – mit Beendigung des Vergabeverfahrens durch Abschluss des Leistungsvertrages oder einen Widerruf. Unklar sei, was im Fall der Anfechtung des Widerrufs gelte. Wenn die Angebotsbindung bereits mit dem Widerruf ende, könnte sie nach einem abgeschlossenen Nachprüfungsverfahren – wenn überhaupt – nur wieder aufleben. Es sei also keineswegs so, „dass allein die Bieter in einem Vergabeverfahren darauf achten können oder gar müssen, wie die Zuschlagsfrist verläuft. In erster Linie (habe) wohl die Auftraggeberin für die nötige Transparenz zu sorgen“. Die Auftraggeberin wäre daher im konkreten Fall verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, dass die für den Zuschlag in Frage kommenden Angebote gültig bleiben. „Sie wäre verpflichtet gewesen, die Bieter und uns genau aufzuklären und aufzufordern, einer Verlängerung der Angebotsbindung zuzustimmen“. Dies sei nicht geschehen weil die Antragsgegnerin offensichtlich willkürlich nur mit dem jetzt in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger kommuniziert und ihn veranlasst habe, sein Angebot aufrecht zu erhalten. Diese Vergabeverstöße der Auftraggeberin könnten nicht zum Nachteil der Antragstellerin gereichen. Es könne daher nicht darauf ankommen, ob die Antragstellerin die Erklärung abgegeben habe, ihr Angebot aufrecht zu erhalten. Abgesehen davon sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot an der zweiten Stelle gereiht und schon alleine deshalb legitimiert, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Abschließend bringt die Antragstellerin vor, dass entscheidend sei, dass eine weitere Verzögerung in Verbindung mit der Ungleichbehandlung der Bieter zu vertreten habe. Eine Verlängerung der Zuschlagsfrist über die gesetzliche maximale Frist sei auch mit Zustimmung des betroffenen Bieters unzulässig, bei Nichteinhaltung der Zuschlagsfrist müsse die Ausschreibung jedenfalls widerrufen werden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 21.9.2006 hat die Antragsgegnerin im wesentlichen den Standpunkt vertreten, dass der Ablauf der Zuschlagsfrist nicht bedeute, dass ein Auftraggeber nach Ablauf nicht mehr zuschlagen könnte. Dass ein Abschluss eines Leistungsvertrages auch noch nach Ablauf der Zuschlagsfrist möglich und zulässig sei ergebe sich aus § 101 BVergG 2002. Eine Verlängerung der zivilrechtlichen Bindungswirkungen eines Angebotes könne jedoch nur während der Dauer dieser Bindungswirkungen erfolgen, eine einmal abgelaufene Frist könne nicht mehr verlängert werden. Zuschlagen werden könne somit nur auf ein rechtsverbindliches Angebot, dafür sei es aber erforderlich, dass der Bieter während der Dauer der Zuschlagsfrist erklärt, sich auch noch nach Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot weiter gebunden zu erachten. Aus keiner Bestimmung des BVergG 2002 sei abzuleiten dass der Auftraggeber verpflichtet wäre die Bieter vom bevorstehenden Ende einer Zuschlagsfrist in Kenntnis zu setzen. Vielmehr sei es originäre Pflicht jedes sich rechtsverbindlich Erklärenden, die Dauer seiner rechtlichen Bindungen im Auge zu behalten. Es gehöre im Wirtschaftsleben zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wissen, welche seiner Angebote noch angenommen werden können und welche nicht. Die Antragstellerin hätte ausreichend Gelegenheit gehabt, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Die ursprüngliche Zuschlagsfrist sei der Ausschreibungsunterlage zu entnehmen. Vom Umstand der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens sei die Antragstellerin ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt worden. Dass es die Antragstellerin unterlassen habe, sich an diesen Nachprüfungsverfahren zu beteiligen, habe sie zu vertreten. Die Antragstellerin habe in der Folgezeit aber auch niemals bei der Auftraggeberin nachgefragt, wie und wann dieses Vergabekontrollverfahren geendet hat bzw. wie die Antragsgegnerin gedenkt, dass Vergabeverfahren fortzusetzen. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin den nunmehr in Aussicht genommenen Bestbieter nicht auf den Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht, es seien alle Bieter gleichbehandelt worden, in dem keiner der Bieter auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht wurde. In einer weiteren Stellungnahme vom 21.9.2006 hat die Antragsgegnerin im wesentlichen den Standpunkt

vertreten, dass der Ablauf der Zuschlagsfrist nicht bedeute, dass ein Auftraggeber nach Ablauf nicht mehr zuschlagen könnte. Dass ein Abschluss eines Leistungsvertrages auch noch nach Ablauf der Zuschlagsfrist möglich und zulässig sei ergebe sich aus Paragraph 101, BVergG 2002. Eine Verlängerung der zivilrechtlichen Bindungswirkungen eines Angebotes könne jedoch nur während der Dauer dieser Bindungswirkungen erfolgen, eine einmal abgelaufene Frist könne nicht mehr verlängert werden. Zugeschlagen werden könne somit nur auf ein rechtsverbindliches Angebot, dafür sei es aber erforderlich, dass der Bieter während der Dauer der Zuschlagsfrist erklärt, sich auch noch nach Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot weiter gebunden zu erachten. Aus keiner Bestimmung des BVergG 2002 sei abzuleiten dass der Auftraggeber verpflichtet wäre die Bieter vom bevorstehenden Ende einer Zuschlagsfrist in Kenntnis zu setzen. Vielmehr sei es originäre Pflicht jedes sich rechtsverbindlich Erklärenden, die Dauer seiner rechtlichen Bindungen im Auge zu behalten. Es gehöre im Wirtschaftsleben zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wissen, welche seiner Angebote noch angenommen werden können und welche nicht. Die Antragstellerin hätte ausreichend Gelegenheit gehabt, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Die ursprüngliche Zuschlagsfrist sei der Ausschreibungsunterlage zu entnehmen. Vom Umstand der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens sei die Antragstellerin ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt worden. Dass es die Antragstellerin unterlassen habe, sich an diesen Nachprüfungsverfahren zu beteiligen, habe sie zu vertreten. Die Antragstellerin habe in der Folgezeit aber auch niemals bei der Auftraggeberin nachgefragt, wie und wann dieses Vergabekontrollverfahren geendet hat bzw. wie die Antragsgegnerin gedenkt, dass Vergabeverfahren fortzusetzen. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin den nunmehr in Aussicht genommenen Bestbieter nicht auf den Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht, es seien alle Bieter gleichbehandelt worden, in dem keiner der Bieter auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht wurde.

Mit Schriftsatz vom 25.9.2006 nimmt die Teilnahmeberechtigte zu einem Schriftsatz der Antragstellerin vom 18.9.2006 Stellung. Auf diesen Schriftsatz war nicht näher einzugehen, da ein Schriftsatz der Antragstellerin mit diesem Datum im gegenständlichen Verfahren nicht eingebracht wurde.

In der mündlichen Verhandlung vom 4.10.2006 hat die Antragstellerin noch vor Eingehen in die Verhandlung das Mitglied des Senates techn. OAR Ing. *** mit der Begründung als befangen abgelehnt, dieser sei Angehöriger der Magistratsdirektion – Baudirektion. Dabei handle es sich um die vorgesetzte Dienststelle der MA 34, der Antragsgegnerin. Es bestehe eine unmittelbare Weisungsbefugnis des abgelehnten Senatsmitgliedes gegenüber der Antragsgegnerin und ein wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang. Der Umstand, dass Ing. *** dem entscheidenden Senat angehöre sei der Antragstellerin erst nach Aufruf zur mündlichen Verhandlung bekannt geworden.

Vorweg hatte der Vergabekontrollsenat gemäß § 5 Abs. 4 WVRG in nichtöffentlicher Sitzung über den Ablehnungsantrag zu entscheiden. Vorweg hatte der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 5, Absatz 4, WVRG in nichtöffentlicher Sitzung über den Ablehnungsantrag zu entscheiden.

Dem Ablehnungsantrag war aus folgenden Gründen nicht Folge zu geben:

Gemäß § 5 Abs. 1 WVRG sind Mitglieder des Vergabekontrollsenates von einer Entscheidungstätigkeit hinsichtlich jener Verfahren zur Vergabe von Aufträgen ausgeschlossen, die eine Auftragsvergabe im Wirkungsbereich jener Institutionen (im Falle von Bediensteten des Magistrates der Stadt Wien jener Dienststelle, jener Unternehmung oder jenes Betriebes) betreffen, der sie angehören. Lassen wichtige Gründe die Unbefangenheit eines Mitgliedes bezweifeln, so hat es sich der Ausübung seiner Funktion zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen. Parteien können Mitglieder des Vergabekontrollsenates unter Angabe von Befangenheitsgründen ablehnen. Die Ablehnung ist mit dem das Verfahren einleitenden Antrag, sonst unverzüglich nach Bekanntwerden des Befangenheitsgrundes, geltend zu machen. Über die allfällige Befangenheit eines Mitgliedes und über Ablehnungsanträge von Parteien entscheidet der Vergabekontrollsenat, wobei den betroffenen Mitglied kein Stimmrecht zusteht. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, WVRG sind Mitglieder des Vergabekontrollsenates von einer Entscheidungstätigkeit hinsichtlich jener Verfahren zur Vergabe von Aufträgen ausgeschlossen, die eine Auftragsvergabe im Wirkungsbereich jener Institutionen (im Falle von Bediensteten des Magistrates der Stadt Wien jener Dienststelle, jener Unternehmung oder jenes Betriebes) betreffen, der sie angehören. Lassen wichtige Gründe die Unbefangenheit eines Mitgliedes bezweifeln, so hat es sich der Ausübung seiner Funktion zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen. Parteien können Mitglieder des Vergabekontrollsenates unter Angabe von Befangenheitsgründen ablehnen. Die Ablehnung ist mit dem das Verfahren einleitenden Antrag, sonst unverzüglich nach Bekanntwerden des Befangenheitsgrundes,

geltend zu machen. Über die allfällige Befangenheit eines Mitgliedes und über Ablehnungsanträge von Parteien entscheidet der Vergabekontrollsenat, wobei den betroffenen Mitglied kein Stimmrecht zusteht.

Es trifft zu, dass das Senatsmitglied Ing. *** Mitarbeiter der Stadtbaudirektion, Dezernat 2, ist. Ing. *** hat erklärt, sich nicht befangen zu fühlen. Wenn auch die Stadtbaudirektion nach der Geschäftsverteilung des Magistrats der Stadt Wien vorgesetzte Dienststelle der Antragsgegnerin ist, kommt Ing. *** keinerlei Weisungsbefugnis gegenüber der Antragsgegnerin oder deren Mitarbeitern zu. Ing. *** war auch in gegenständlichen Ausschreibungsverfahren weder in der Ausschreibungsphase noch in der Angebotsprüfungsphase dienstlich in irgendeiner Art und Weise eingebunden, weder hat er Empfehlungen, geschweige denn Weisungen in diesem Vergabeverfahren erteilt. Ein wie immer gearteter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Stadtbaudirektion und Antragsgegnerin besteht nicht, nur die Antragsgegnerin verfügt über ein eigenes Budget.

Die von der Antragstellerin behaupteten Gründe, die die Unbefangenheit des Senatsmitgliedes Ing. *** bezweifeln lassen könnten, liegen somit nicht vor. Der Umstand alleine, dass Ing. *** Bediensteter des Magistrats der Stadt Wien ist und in der Stadtbaudirektion tätig ist, vermag für sich allein keinen tauglichen Grund abzugeben, auch nur den Anschein einer Befangenheit anzunehmen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des § 3 Abs. 3 WVRG zu verweisen, wonach die Mitglieder des Vergabekontrollsenates in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden sind. Dem Ablehnungsantrag war daher, wie aus Punkt 1 des Spruches ersichtlich, nicht stattzugeben. Die von der Antragstellerin behaupteten Gründe, die die Unbefangenheit des Senatsmitgliedes Ing. *** bezweifeln lassen könnten, liegen somit nicht vor. Der Umstand alleine, dass Ing. *** Bediensteter des Magistrats der Stadt Wien ist und in der Stadtbaudirektion tätig ist, vermag für sich allein keinen tauglichen Grund abzugeben, auch nur den Anschein einer Befangenheit anzunehmen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 3, WVRG zu verweisen, wonach die Mitglieder des Vergabekontrollsenates in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden sind. Dem Ablehnungsantrag war daher, wie aus Punkt 1 des Spruches ersichtlich, nicht stattzugeben.

Ergänzend zum eingangs widergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie den Schriftsätzen der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung folgende weitere Feststellungen:

Die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin hat mit Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien Nummer 8/05 vom 24.2.2005 insgesamt 23 offene Verfahren im Unterschwellenbereich zum Zweck der Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Malerarbeiten im Zeitraum vom 1.11.2005 bis 31.10.2008 in diversen Objekten in den 23 Wiener Gemeindebezirken ausgeschrieben. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Bestbieter nach den eingangs wiedergegebenen Zuschlagskriterien ermittelt werden soll. Die Angebotsfrist endete am 9.5.2005, die Angebotseröffnungen fanden ab 9.5.2005, zeitlich gestaffelt zwischen 9.30 Uhr und 16.40 Uhr statt. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben und wurde preislich an zweiter Stelle gereiht.

Mit Schreiben vom 22.8.2005 hat die Antragsgegnerin den Bietern den Widerruf aller 23 Ausschreibungen mitgeteilt. Der Widerruf betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren wurde in der Folge von Teilnahmeantragsteller angefochten. Mit Bescheid des VKS vom 11.11.2005, VKS – 2779/05, ist unter anderem auch der Widerruf im gegenständlichen Vergabeverfahren für nichtig erklärt worden. Der Bescheid wurde der Antragsgegnerin und dem Teilnahmeantragsteller am 9.12.2005 zugestellt.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin das Vergabeverfahren fortgeführt.

Mit Schreiben vom 6.2.2006 hat der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmer der Antragsgegnerin sein nach wie vor bestehendes Interesse an der Beendigung des Vergabeverfahrens mittels Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten bekanntgegeben und die Bindefrist bis 1.5.2006 verlängert. In der Folge hat die Antragsgegnerin diesen Unternehmer um Aufklärung zu diversen Positionen seines Angebotes und zur Vorlage weiterer Unterlagen (K 7 Blättern) aufgefordert. Mit weiteren Schreiben vom 28.4.2006 hat der Teilnahmeantragsteller die Bindefrist seines Angebotes bis 15.6.2006, mit Schreiben vom 14.6.2006 schließlich bis 30.8.2006 verlängert.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat die Antragsgegnerin nach Zustellung des Bescheides des VKS, mit dem ihr Widerruf für nichtig erklärt wurde (9.12.2005) die insgesamt 16 Bieter, die sich am Vergabeverfahren beteiligt haben,

nicht von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens verständigt. Mit Ausnahme des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wurde von keinem der Bieter, auch nicht von der Antragstellerin, in der Folge die Verlängerung der Bindungswirkung ihrer Angebote erklärt. Aus den Vergabeakten ergibt sich auch nicht, dass sich die Antragstellerin, die zwar von der Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens bezüglich des Widerrufs verständigt worden war, in der Folge über den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens erkundigt hätte.

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Teilnahmeantragstellers vom 31.7.2006 ist der Antragstellerin am 2.8.2006 zugegangen.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 11.8.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Verständigung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmers von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erfolgte am 17.8.2006. Der Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren ist am 21.8.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurden, sowie auf das Vorbringen der am Verfahren Beteiligten. Die Feststellung, dass keiner der Bieter, der sich am Vergabeverfahren beteiligt hat, somit auch nicht die Antragstellerin, von der Antragsgegnerin nach Zustellung des Bescheides, mit dem der Widerruf für nichtig erklärt wurde, von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens verständigt wurde, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung. Die Feststellung, dass einzig der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmer und Teilnahmeantragsteller, dem in Folge seiner seinerzeitigen Antragstellung das Ergebnis des Nichtigerklärungsverfahrens bezüglich des Widerrufs bekannt war, in der Folge die Bindefrist seines Angebotes mehrfach verlängert hat, ergibt sich aus dem Vorbringen des Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung sowie aus dem Akteninhalt. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass der Teilnahmeberechtigte bereits mit Schreiben vom 9.2.2006 die Bindefrist seines Angebotes erstmals verlängert hat und in der Folge jeweils innerhalb der (verlängerten) Bindefristen abermals Verlängerungen erklärt hat. Dass auch die Antragstellerin davon ausgeht, dass die Bindefrist ihres Angebotes abgelaufen ist, ergibt sich aus ihrer Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, war im Hinblick auf diese Feststellungen ein Eingehen auf die sonst behaupteten Rechtswidrigkeiten (mangelnde vertiefte Angebotsprüfung, Vorliegen eines unterpreisigen und spekulativen Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers etc.) nicht weiter erforderlich.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Amtsblatt der Stadt Wien, Nummer 8/05 vom 24.2.2005, gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Amtsblatt der Stadt Wien, Nummer 8/05 vom 24.2.2005, gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind.

Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich die Durchführung von Malerarbeiten an Objekten im 16. Bezirk. Dafür ist nach der Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006 der Unternehmer ***, Maler und Anstreicher, vorgesehen. 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. Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich die Durchführung von Malerarbeiten an Objekten im 16. Bezirk. Dafür ist nach der Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006 der Unternehmer ***, Maler und Anstreicher, vorgesehen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Der Nachprüfungsantrag ist am 18.8.2006 und damit zwar rechtzeitig (§ 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG) eingelangt, er war

aber als unzulässig zurückzuweisen. Der Nachprüfungsantrag ist am 18.8.2006 und damit zwar rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangt, er war aber als unzulässig zurückzuweisen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 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. Dies setzt aber voraus, dass das Angebot des Antragstellers an sich geeignet wäre, für die Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, mit anderen Worten, nur einem für die Zuschlagserteilung aussichtsreichen Bieter kommt die Legitimation zur Antragstellung zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zu (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 ua). Im Vergabeverfahren kommen nur Bewerbern und Bieter subjektive Rechte zu, sodass auch nur Bewerber und Bieter Nachprüfungsanträge stellen können. Die Antragslegitimation hängt also von der Abgabe eines zivilrechtlich wirksamen, nicht auszuschließenden oder unzulässigen Angebotes ab (vgl. Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ12 zu § 163 und die dort zitierte Judikatur). Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auf das Urteil des EuGH vom 12.4.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service/Republik Österreich), in dem ausdrücklich festgehalten wird, dass es zulässig ist, die Anfechtungslegitimation „einer Person, die sich weder am Vergabeverfahren beteiligt hat noch eine Nachprüfung der Entscheidung des Auftraggebers, mit der die Spezifikationen der Ausschreibung festgelegt wurden, eingeleitet hat“, zu verneinen. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 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. Dies setzt aber voraus, dass das Angebot des Antragstellers an sich geeignet wäre, für die Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, mit anderen Worten, nur einem für die Zuschlagserteilung aussichtsreichen Bieter kommt die Legitimation zur Antragstellung zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zu (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 ua). Im Vergabeverfahren kommen nur Bewerbern und Bieter subjektive Rechte zu, sodass auch nur Bewerber und Bieter Nachprüfungsanträge stellen können. Die Antragslegitimation hängt also von der Abgabe eines zivilrechtlich wirksamen, nicht auszuschließenden oder unzulässigen Angebotes ab (vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ12 zu Paragraph 163 und die dort zitierte Judikatur). Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin auf das Urteil des EuGH vom 12.4.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service/Republik Österreich), in dem ausdrücklich festgehalten wird, dass es zulässig ist, die Anfechtungslegitimation „einer Person, die sich weder am Vergabeverfahren beteiligt hat noch eine Nachprüfung der Entscheidung des Auftraggebers, mit der die Spezifikationen der Ausschreibung festgelegt wurden, eingeleitet hat“, zu verneinen.

Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005, die Zuschlagsfrist war mit 7 Monaten festgesetzt. Am 25.8.2005 hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung widerrufen und den Widerruf allen Bietern mitgeteilt. Der Widerruf wurde in der Folge von der Teilnahmeberechtigten mit Antrag auf Nichtigkeitsklärung bekämpft, wobei der Antrag am 5.9.2005 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt ist. Mit Bescheid vom 11.11.2005, VKS – 2779/05, wurde der Widerruf für nichtig erklärt. Dieser Bescheid ist der Antragsgegnerin und dem seinerzeitigen Antragsteller, dem nunmehrigen Teilnahmeberechtigten, am 9.12.2005 zugestellt worden. In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren fortgesetzt. Mit Schreiben vom 6.2.2006, das in den Vergabeakten einliegt, hat der Teilnahmeberechtigte unter anderem auch für das gegenständliche Vergabeverfahren erklärt, sich weiterhin an sein Angebot gebunden zu erachten und die Bindefrist seines Angebotes bis 1.5.2006 zu verlängern. Mit Schreiben vom 28.4.2006 hat der Teilnahmeberechtigte die Bindefrist seines Angebotes bis 15.6.2006, mit Schreiben vom 14.6.2006 bis 30.8.2006 verlängert. Im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (31.7.2006) lag somit ein zuschlagsfähiges Angebot dieses Unternehmens vor.

Die Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006 wurde den Bietern, darunter auch der Antragstellerin, am 2.8.2006 zugestellt. Eine Verständigung der Bieter vom Ausgang des Nichtigkeitsklärungsverfahrens ist nicht erfolgt, bis zur Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin auch keinen der Bieter auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam gemacht bzw. angefragt, ob die Bieter die Bindefrist ihrer Angebote verlängern. Nicht festgestellt werden

konnte, ob die Antragsgegnerin den für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmer, nach Fortsetzung des Vergabeverfahrens, diesbezüglich zu einer Erklärung aufgefordert hat. Nach der Aktenlage ist dieser von sich aus tätig geworden.

Da im gegenständlichen Vergabeverfahren, wie die Antragstellerin selbst in der mündliche Verhandlung erklärt hat, die Bindefrist ihres Angebotes abgelaufen ist, somit ein zuschlagsfähiges Angebot ihrerseits nicht mehr vorliegt, könnte sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung den Auftrag nicht erhalten. Wenn auch nach Ansicht des VKS die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre nach Nichtigerklärung des Widerrufs die am Verfahren beteiligten Bieter von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu verständigen und sie im Zuge dieses fortgesetzten Verfahrens auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam zu machen und gegebenenfalls sie zu befragen, ob sie bereit sind, die Bindefrist ihrer Angebote zu verlängern, vermag dieses Verhalten der Auftraggeber nicht dazu zu führen, eine Antragslegitimation der Antragstellerin zu bejahen. Dass die Antragsgegnerin gehalten gewesen wäre, im Rahmen vorvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten die Bieter im aufgezeigten Sinne zu einer Stellungnahme aufzufordern, ergibt sich aus § 861 ABGB (vgl. MAG - ABGB 36, E28-139 zu § 861 und die dort zitierte Judikatur). Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die Festlegung der Zuschlagsfrist durch die Antragsgegnerin erfolgte und sie nicht in der Lage war, aus vor in ihren Bereich liegenden Gründen, innerhalb der Zuschlagsfrist das Vergabeverfahren zu beenden. Ein derartiges Verhalten wäre umso mehr zu erwarten gewesen, als am Nichtigerklärungsverfahren nur der seinerzeitig anfechtende Bieter (= nunmehriger Teilnahmeberechtigter) und die Antragsgegnerin beteiligt waren. Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin ergibt sich diese Verpflichtung auch aus dem allgemeinen Grundsatz des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 zur Gleichbehandlung aller Bieter und zur Führung eines den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens. Nur die Befragung sämtlicher Bieter vor Ablauf der festgesetzten Zuschlagsfrist hätte diesen Grundsätzen entsprochen. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren, wie die Antragstellerin selbst in der mündliche Verhandlung erklärt hat, die Bindefrist ihres Angebotes abgelaufen ist, somit ein zuschlagsfähiges Angebot ihrerseits nicht mehr vorliegt, könnte sie selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung den Auftrag nicht erhalten. Wenn auch nach Ansicht des VKS die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen wäre nach Nichtigerklärung des Widerrufs die am Verfahren beteiligten Bieter von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu verständigen und sie im Zuge dieses fortgesetzten Verfahrens auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist aufmerksam zu machen und gegebenenfalls sie zu befragen, ob sie bereit sind, die Bindefrist ihrer Angebote zu verlängern, vermag dieses Verhalten der Auftraggeber nicht dazu zu führen, eine Antragslegitimation der Antragstellerin zu bejahen. Dass die Antragsgegnerin gehalten gewesen wäre, im Rahmen vorvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten die Bieter im aufgezeigten Sinne zu einer Stellungnahme aufzufordern, ergibt sich aus Paragraph 861, ABGB vergleiche MAG - ABGB 36, E28-139 zu Paragraph 861 und die dort zitierte Judikatur). Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die Festlegung der Zuschlagsfrist durch die Antragsgegnerin erfolgte und sie nicht in der Lage war, aus vor in ihren Bereich liegenden Gründen, innerhalb der Zuschlagsfrist das Vergabeverfahren zu beenden. Ein derartiges Verhalten wäre umso mehr zu erwarten gewesen, als am Nichtigerklärungsverfahren nur der seinerzeitig anfechtende Bieter (= nunmehriger Teilnahmeberechtigter) und die Antragsgegnerin beteiligt waren. Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin ergibt sich diese Verpflichtung auch aus dem allgemeinen Grundsatz des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 zur Gleichbehandlung aller Bieter und zur Führung eines den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens. Nur die Befragung sämtlicher Bieter vor Ablauf der festgesetzten Zuschlagsfrist hätte diesen Grundsätzen entsprochen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher mangels entsprechender Antragslegitimation zurückzuweisen. Da es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um die Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich handelt ist die unmittelbare Anwendung der RM-RL 89/665/EWG ausgeschlossen, wie der VfGH bei einem vergleichbaren Sachverhalt zuletzt mit Erkenntnis vom 19.6.2006, B 3378/05-9, ausgesprochen hat. Darin hat der Verfassungsgerichtshof die Ansicht vertreten, dass auf Grund der Bestimmungen des WVRG kein gänzlicher Ausschluss eines vergabespezifischen Rechtsschutzes für Verfahren im Unterschwellenbereich gegeben sei. Bei einer dennoch erfolgten Vergabe ist der nicht zum Zuge gekommene Bieter auf die Bestimmung des § 13 Abs. 2 Z 3 WVRG zur Feststellung der Rechtswidrigkeit zu verweisen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher mangels entsprechender Antragslegitimation zurückzuweisen. Da es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um die Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich handelt ist die unmittelbare Anwendung der RM-RL 89/665/EWG ausgeschlossen, wie der VfGH bei einem vergleichbaren Sachverhalt zuletzt mit

Erkenntnis vom 19.6.2006, B 3378/05-9, ausgesprochen hat. Darin hat der Verfassungsgerichtshof die Ansicht vertreten, dass auf Grund der Bestimmungen des WVRG kein gänzlicher Ausschluss eines vergabespezifischen Rechtsschutzes für Verfahren im Unterschwellenbereich gegeben sei. Bei einer dennoch erfolgten Vergabe ist der nicht zum Zuge gekommene Bieter auf die Bestimmung des Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 3, WVRG zur Feststellung der Rechtswidrigkeit zu verweisen.

Abgesehen von der fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin waren auch ihre weiteren Anträge nämlich, die Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist fortzusetzen, für nichtig zu erklären, wie der Antrag, der VKS möge den Widerruf der Ausschreibung anordnen, hilfsweise die Ausschreibung für nichtig erklären, ebenso zurückzuweisen. Die Entscheidung, eine Ausschreibung nicht zu widerrufen, ist nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden und des VfGH nicht gesondert anfechtbar. Nach Ansicht des VfGH können nur als „Entscheidungen“ in Erscheinung tretende Teilakte des vergebenden Organs im Vergabeverfahren als nichtig angefochten werden. Im gegenständlichen Fall liegt eine nach außen hin in Erscheinung getretene und damit anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers erst in der den Bietern gegenüber erfolgten Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vor. Damit hat der Auftraggeber klar zum Ausdruck gebracht, dass er nicht die Absicht hatte, die Ausschreibung zu widerrufen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Unterlassung des Widerrufs der Ausschreibung erweist sich sohin als unzulässig (vgl. VfGH B 691/01 vom 2.3.2002 ua). Abgesehen von der fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin waren auch ihre weiteren Anträge nämlich, die Entscheidung des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist fortzusetzen, für nichtig zu erklären, wie der Antrag, der VKS möge den Widerruf der Ausschreibung anordnen, hilfsweise die Ausschreibung für nichtig erklären, ebenso zurückzuweisen. Die Entscheidung, eine Ausschreibung nicht zu widerrufen, ist nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden und des VfGH nicht gesondert anfechtbar. Nach Ansicht des VfGH können nur als „Entscheidungen“ in Erscheinung tretende Teilakte des vergebenden Organs im Vergabeverfahren als nichtig angefochten werden. Im gegenständlichen Fall liegt eine nach außen hin in Erscheinung getretene und damit anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers erst in der den Bietern gegenüber erfolgten Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vor. Damit hat der Auftraggeber klar zum Ausdruck gebracht, dass er nicht die Absicht hatte, die Ausschreibung zu widerrufen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Unterlassung des Widerrufs der Ausschreibung erweist sich sohin als unzulässig (vergleiche VfGH B 691/01 vom 2.3.2002 ua).

Eine Kompetenz des Vergabekontrollsenates zur Anordnung „des Widerrufs der Ausschreibung“ fehlt nach den klaren Bestimmungen des BVergG 2002 sowie des WVRG. Auch dieser Antrag war daher zurückzuweisen. Soweit die Antragstellerin hilfsweise begehrt, die Ausschreibung für nichtig zu erklären, ist sie auf die Bestimmungen des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. a WVRG zu verweisen, wonach ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden muss. Die Angebotsfrist ist am 11.5.2005 abgelaufen, der am 16.8.2006 gestellte Eventualantrag ist daher jedenfalls verspätet. Eine Kompetenz des Vergabekontrollsenates zur Anordnung „des Widerrufs der Ausschreibung“ fehlt nach den klaren Bestimmungen des BVergG 2002 sowie des WVRG. Auch dieser Antrag war daher zurückzuweisen. Soweit die Antragstellerin hilfsweise begehrt, die Ausschreibung für nichtig zu erklären, ist sie auf die Bestimmungen des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, WVRG zu verweisen, wonach ein Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden muss. Die Angebotsfrist ist am 11.5.2005 abgelaufen, der am 16.8.2006 gestellte Eventualantrag ist daher jedenfalls verspätet.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 7.9.2006 gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 7.9.2006 gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Zum Teilnahmeantrag des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens:

Im Hinblick darauf, dass der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen wurde, war auch der von dem für die

Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmer gestellte Teilnahmeantrag zurückzuweisen. Der Antrag wurde zwar rechtzeitig gestellt, entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 18 Abs. 1 WVRG, er erweist sich jedoch deshalb als unzulässig, weil der verfahrenseinleitende Antrag gemäß § 13 WVRG unzulässig war (§ 18 Abs. 2 Z 4 WVRG). Da der Teilnahmeantragsteller mit seinem Antrag als unterlegen anzusehen ist, hat er gemäß § 30 Abs. 5 WVRG die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. Im Hinblick darauf, dass der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen wurde, war auch der von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmer gestellte Teilnahmeantrag zurückzuweisen. Der Antrag wurde zwar rechtzeitig gestellt, entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 18, Absatz eins, WVRG, er erweist sich jedoch deshalb als unzulässig, weil der verfahrenseinleitende Antrag gemäß Paragraph 13, WVRG unzulässig war (Paragraph 18, Absatz 2, Ziffer 4, WVRG). Da der Teilnahmeantragsteller mit seinem Antrag als unterlegen anzusehen ist, hat er gemäß Paragraph 30, Absatz 5, WVRG die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Da die mit dem einleitenden Schriftsatz gestellten Anträge zurückzuweisen waren, hat es sich erübrigt, sich mit den sonstigen, im Antrag behaupteten Rechtsverletzungen, auseinander zu setzen.

Schlagworte

Ablehnungsantrag; Zuschlagsfrist - Verlängerung; keine Parteistellung des Bieters, der die Bindefrist seines Angebotes nicht verlängert hat; Verfahren im Unterschwellenbereich - keine Anwendung der RM-RL 89/665/EWG.

Dokumentnummer

VERGT_20060921_2456_06_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