

# TE Verg Bescheid 2006/3/6 VKS-66/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.03.2006

## Norm

WVRG §1 Abs2 Z1

WVRG §2 Abs2 und 4

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §23

WVRG §30 Abs5

BVergG 2002 §3 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs1 Z3

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §55

BVergG 2002 §79 Abs4

BVergG 2002 §88 Abs4 und 6

BVergG 2002 §98

BVergG 2002 §105 Abs6

AVG §74

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 \*\*\* Bau GmbH, vertreten durch Doralt, Seist, Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe von Baumeisterarbeiten in Städtischen Wohnhausanlagen im 13. und 23. Bezirk, GT 1 bis 4, Ausschreibungsnummer: WW-DT/DMBT-WW23-Baumeister, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Wiener Vergabekontrollsenat möge die am 23.12.2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung betreffend das Baulos Kundendienstzentrum (KD) 23 für die Bezirke 13 und 23 für nichtig erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 23.1.2006 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Der Antrag, der Antragstellerin den Ersatz der Gebühren gemäß § 30 Abs. 5 WVRG zuzuerkennen, wird abgewiesen. Der Antrag, der Antragstellerin den Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 30, Absatz 5, WVRG zuzuerkennen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23, 30 Abs. 5 WVRG und §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 3, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 55, 79 Abs. 4, 88 Abs. 4 und 6, 98, 105 Abs. 6, BVergG 2002 sowie § 74 AVG. Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23, 30 Absatz 5, WVRG und Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 3, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 55, 79 Absatz 4, 88, Absatz 4 und 6, 98, 105 Absatz 6,, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien-Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt insgesamt 9 offene Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Baumeisterarbeiten in Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken. Dabei führen die neun Kundendienstzentren der Antragsgegnerin je ein Vergabeverfahren für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich, der jeweils mehrere Gebietsteile umfasst. Die Bekanntmachung dieser Vergabeverfahren erfolgte im Amtsblatt der EU S 8 vom 12.1.2005 und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 03/05 am 20.1.2005. Die Ausschreibungsbedingungen in diesen neun Vergabeverfahren sind bis auf einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Objekte und Bezirke beziehen, inhaltlich ident. Die Ausschreibungen der einzelnen Kundendienstzentren erfolgten gegliedert nach Gebietsteilen, nach den Ausschreibungsunterlagen sind Teilangebote auch auf Ebene der Gebietsteile zulässig, Alternativangebote sind nicht zugelassen. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf Verlängerung für weitere drei Jahre haben. Die Vergabe der Leistungen erfolgt nach dem Bestbieterprinzip, wobei als Zuschlagskriterien der Preis mit 90 %, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 % und zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung mit 5 % angegeben sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005, 10.00 Uhr. Die Angebote waren in den einzelnen Kundendienstzentren abzugeben.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Ausschreibung der Rahmenverträge für Baumeisterarbeiten betreffend die Bezirke 13 und 23. Sie ist in vier Gebietsteile gegliedert, wobei die Antragstellerin ausdrücklich nur die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin anfecht, soweit sie den Gebietsteil 3 betrifft.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Bekanntmachung im Amtsblatt der EU S 144 vom 28.7.2005 und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 31/05 vom 4.8.2005 die verfahrensgegenständliche Ausschreibung gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 widerrufen hat. Nach Anrufung des Vergabekontrollsenates wurde der Widerruf der Antragsgegnerin mit Bescheid vom 30.9.2005, Zl. VKS - 2649/05, für nichtig erklärt. Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Bekanntmachung im Amtsblatt der EU S 144 vom 28.7.2005 und im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 31/05 vom 4.8.2005 die verfahrensgegenständliche Ausschreibung gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 widerrufen hat. Nach Anrufung des Vergabekontrollsenates wurde der Widerruf der Antragsgegnerin mit Bescheid vom 30.9.2005, Zl. VKS - 2649/05, für nichtig erklärt.

Unter anderem hat auch die Antragstellerin ein entsprechendes Angebot zu dem im Spruche angeführten Vergabeverfahren für den dort angeführten Gebietsteil 3 (Los 3) gelegt.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren für die ausgeschriebenen Leistungen in den Bezirken 13 und 23 allein und damit auch für den Gebietsteil 3 der ARGE \*\*\* GmbH erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 9. Jänner 2006 eingelangte und damit rechtzeitige (§ 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer

einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass die Angebotsöffnung in gesetzwidriger Weise erfolgt wäre, weil es die Antragsgegnerin unterlassen habe, die dem Angebot der siegreichen Bietergemeinschaft beigelegten Zertifikate zu verlesen. Damit seien nicht alle bewertungsrelevanten Angaben und Erklärungen zu diesem Angebot verlesen und somit gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz verstoßen worden. Weiters beabsichtige die Antragsgegnerin den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, dass zivilrechtlich nicht mehr verbindlich sei, da es durch den Widerruf des Vergabeverfahrens bereits abgelehnt wurde und überdies in der Zwischenzeit nach Ablauf der Zuschlagsfrist ohnehin keine Bindungswirkung mehr entfalte. Weiters sei der Ausscheidungstatbestand des § 98 Z 9 BVergG 2002 gegeben, da die siegreiche Bietergemeinschaft allein zu dem Zweck gegründet worden sei, um eine Auftragsvergabe in einem breiten Vergabewettbewerb zu umgehen, worin eine gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede unter mehreren Unternehmern zu erblicken wäre. Grundsätzlich sei nach dem Vergaberecht eine Wettbewerbsbeschränkung durch Bildung von Bieter-/Arbeitsgemeinschaften in Kauf zu nehmen, die Zulässigkeit eines derartigen Zusammenschlusses zur Beteiligung an einem Vergabeverfahren finde jedoch dort ihre Grenzen, wo die Beeinträchtigung des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes in Anbetracht der ausgeschriebenen Leistungen einerseits und der Anzahl und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Bietergemeinschaft andererseits nicht gerechtfertigt sei. Die für den Zuschlag vorgesehene Bietergemeinschaft (im Folgenden kurz ARGE genannt) bestehe aus 10 Mitgliedern. Dieser Zusammenschluss stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG bzw. 10 ff KartG dar, weil mit ihr eine starke Reduktion der Zahl der Bieter und damit eine beträchtliche Einschränkung des gebotenen breiten Vergabewettbewerbes um die damit ausgeschriebenen Baumeisterleistungen verbunden sei. Jedes Mitglied der ARGE könnte die für die Auftragsdurchführung erforderlichen Kapazitäten alleine bereit stellen und könnte damit die ausgeschriebenen Leistungen problemlos erfüllen. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich um keinen „Großauftrag“, der eine Risikostreuung unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft erfordern würde. Die Bildung der siegreichen Bietergemeinschaft diene allein dem Zweck, zunächst im Rahmen des Vergabeverfahrens weitere Mitkonkurrenten auszuschalten und sodann bei Leistungsabruf durch die Auftraggeberin die nachgefragten Leistungen unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft unter Umgehung vergaberechtlicher Bestimmungen aufzuteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 9. Jänner 2006 eingelangte und damit rechtzeitige (Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im Wesentlichen damit, dass die Angebotsöffnung in gesetzwidriger Weise erfolgt wäre, weil es die Antragsgegnerin unterlassen habe, die dem Angebot der siegreichen Bietergemeinschaft beigelegten Zertifikate zu verlesen. Damit seien nicht alle bewertungsrelevanten Angaben und Erklärungen zu diesem Angebot verlesen und somit gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz verstoßen worden. Weiters beabsichtige die Antragsgegnerin den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, dass zivilrechtlich nicht mehr verbindlich sei, da es durch den Widerruf des Vergabeverfahrens bereits abgelehnt wurde und überdies in der Zwischenzeit nach Ablauf der Zuschlagsfrist ohnehin keine Bindungswirkung mehr entfalte. Weiters sei der Ausscheidungstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 gegeben, da die siegreiche Bietergemeinschaft allein zu dem Zweck gegründet worden sei, um eine Auftragsvergabe in einem breiten Vergabewettbewerb zu umgehen, worin eine gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abrede unter mehreren Unternehmern zu erblicken wäre. Grundsätzlich sei nach dem Vergaberecht eine Wettbewerbsbeschränkung durch Bildung von Bieter-/Arbeitsgemeinschaften in Kauf zu nehmen, die Zulässigkeit eines derartigen Zusammenschlusses zur Beteiligung an einem Vergabeverfahren finde jedoch dort ihre Grenzen, wo die Beeinträchtigung des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes in Anbetracht der ausgeschriebenen Leistungen einerseits und der Anzahl und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Bietergemeinschaft andererseits nicht gerechtfertigt sei. Die für den Zuschlag vorgesehene Bietergemeinschaft (im Folgenden kurz ARGE genannt) bestehe aus 10 Mitgliedern. Dieser Zusammenschluss stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81, Absatz eins, EG bzw. 10 ff KartG dar, weil mit ihr eine starke Reduktion der Zahl der Bieter und damit eine beträchtliche Einschränkung des gebotenen breiten Vergabewettbewerbes um die damit ausgeschriebenen Baumeisterleistungen verbunden sei. Jedes Mitglied der ARGE könnte die für die Auftragsdurchführung erforderlichen Kapazitäten alleine bereit stellen und könnte damit die ausgeschriebenen Leistungen problemlos erfüllen. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich um keinen „Großauftrag“, der eine Risikostreuung unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft erfordern würde. Die Bildung der siegreichen Bietergemeinschaft diene allein dem Zweck,

zunächst im Rahmen des Vergabeverfahrens weitere Mitkonkurrenten auszuschalten und sodann bei Leistungsabruf durch die Auftraggeberin die nachgefragten Leistungen unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft unter Umgehung vergaberechtlicher Bestimmungen aufzuteilen.

Abgesehen davon sei die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der ARGE auch deshalb rechtswidrig, da im Rahmen der Angebotsöffnung die von dieser Bieterin zum Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorgelegten Zertifikate als für die Beurteilung des Angebotes bedeutsame Unterlagen nicht verlesen wurden. Da vorgelegte Zertifikate im Qualitätskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ bewertet werden „und die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenkundig lediglich auf Grund der Bewertung dieser nicht verlesenen Zertifikate vorgereiht wurde“, sei die unterlassene Verlesung als schwerer Rechtsverstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot zu werten. Es sei auch darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Verlesung der Angebote weder die Anzahl noch die Identität der Mitglieder der ARGE bekannt gegeben wurden. Zu einer zusätzlichen Intransparenz der Bestbieterermittlung führe vor allem der Umstand, dass die Punktevergabe in diesem Qualitätskriterium entsprechend des Auftragsanteiles des jeweiligen Mitgliedes der Bietergemeinschaft und der von diesem Mitglied vorgelegten Zertifikate erfolgt. Auf Grund der zahlreichen Mitglieder der ARGE sei jedoch der jedem Mitglied zukommende Auftragsanteil nicht ex ante objektiv überprüfbar, weshalb die Punktevergabe in diesem Qualitätskriterium hinsichtlich des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin willkürlich, nicht objektiv nachvollziehbar und daher rechtswidrig sei.

In den Ausschreibungsunterlagen werde mehrfach gefordert, dass das Angebot und dessen Beilagen bei Arbeitsgemeinschaften (Bietergemeinschaften) von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft mit einer rechtsgültigen Unterschrift zu fertigen sei. Auf Grund der Anzahl der Mitglieder der siegreichen Bietergemeinschaft „vermutet die Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin diesem Formerfordernis nicht nachgekommen ist“. Sollte dies der Fall sein, stelle dies einen unbehebbarer Mangel dar, welcher zum zwingenden Ausscheiden des siegreichen Angebotes führen müsste.

Letztlich bringt die Antragstellerin vor, die Zuschlagsentscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, weil der Zuschlag auf ein Angebot erteilt werden soll, dass in Folge des Widerrufs des Vergabeverfahrens und des Ablaufes der Zuschlagsfrist zivilrechtlich längst keine Bindungswirkung mehr entfalte. Da die Antragsgegnerin nach Öffnung der Angebote das Vergabeverfahren widerrufen und diesen Widerruf am 28.7.2005 gemeinschaftsweit bekannt gemacht habe, muss das für den Zuschlag vorgesehene Angebot als abgelehnt eingestuft werden. Auch wenn dieser Widerruf durch den Wiener Vergabekontrollsenat in der Zwischenzeit für nichtig erklärt wurde, dürften die zivilrechtlichen Auswirkungen einer Widerrufserklärung nicht übersehen werden. „Die Antragsgegnerin hätte demzufolge die Wirksamkeit ihrer Widerrufserklärung und damit die Ablehnung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich dann verhindern können, wenn sie diese Willenserklärung vor ihrem Zugang an die präsumtive Zuschlagsempfängerin widerrufen hätte. Da dies nicht der Fall war, ist dieses Angebot auf Grund der Ablehnung durch die Auftraggeberin als ein für allemal erloschen zu betrachten und kann auch nicht durch die Nichtigerklärung des Widerrufs zum Leben erweckt werden.“ Die Dauer der Zuschlagsfrist sei mit sieben Monaten beschränkt, die Angebote seien am 10.5.2005 (richtig: 18.5.2005) geöffnet worden und somit die Bindungswirkung der Angebote beendet. Ein verbindliches Angebot liege daher nicht mehr vor.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, entstünde ihr ein wesentlicher Schaden von rund Euro 26.000,-- (entgangener Gewinn, Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtlichen Beratung und rechtsfreundlichen Vertretung). Weiters wäre der Verlust eines Referenzauftrages gegeben. Im Falle des Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte die Antragstellerin betreffend den Gebietsteil 3 zumindest eine echte Chance den Zuschlag zu erhalten. Nach ihrem Kenntnisstand seien sämtliche vor ihr gereihten Angebote auszuschneiden. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt, die Gebühren seien entrichtet worden. Zur Sicherung ihrer Rechtsstellung sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung notwendig.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 23.1.2006 erlassen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen.

In ihrem Schriftsatz vom 13.1.2006 hat die Antragsgegnerin ihrerseits beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung „unseres Widerrufs“ als unzulässig zurückzuweisen bzw. als unbegründet abzuweisen, in eventu festzustellen, dass

die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Zunächst führte die Antragsgegnerin aus, soweit die Antragstellerin rüge, dass die Bindungsfrist des Angebotes der ARGE abgelaufen wäre, sei dies unrichtig. Selbst wenn man aber von der Richtigkeit dieses Vorbringens ausginge, wäre damit für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil in diesem Falle auch ihr Angebot nicht mehr gültig wäre, sodass der Nachprüfungsantrag a limine zurückzuweisen wäre. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde. Dieses Vorbringen wurde von ihr jedoch in der Folge zurückgenommen (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 27.1.2006, worin erklärt wird, dass eine Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nicht erfolgt ist). Es ist sohin unstrittig, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden ist, sodass es nicht erforderlich ist, alle jene Ausführungen in den Schriftsätzen der Beteiligten, die sich auf die Frage der Ausscheidung beziehen, wiederzugeben. Zu der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung bringt die Antragsgegnerin vor, sie habe die Zulässigkeit der Bildung der hier in Rede stehenden Bietergemeinschaft eingehend geprüft. Dazu habe sie die ARGE mit Schreiben vom 7.11.2005 aufgefordert, die Gründe für den Zusammenschluss darzulegen. Die von der ARGE darauf hin abgegebene Erklärung mit Schreiben vom 14.11.2005, wonach die Bietergemeinschaft deshalb gebildet werden musste, „um die zu erwartenden zahlreichen Klein- und Kleinstaufträge als auch größere Auftragssummen ..... von unterschiedlicher Dringlichkeit abwickeln zu können“ sei für die Auftraggeberin stichhältig gewesen. Die Besonderheit der ausgeschriebenen Leistungen liege nicht im Umfang der einzelnen Bautätigkeit, sondern in der Vielzahl der insgesamt nachgefragten Bauleistungen sowie darin, dass die – derzeit noch nicht exakt prognostizierbare – Zahl der abzurufenden Leistungen eine durchgehende Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers erfordert. Eine ARGE aus mehreren Bauunternehmen vermöge diesen Anforderungen eher nachzukommen als ein einzelnes Bauunternehmen.

Ein Fehler bei der Angebotsverlesung sei nicht gegeben, es seien sowohl die ARGE-Mitglieder als auch deren Zertifikate – soweit vorhanden – ordnungsgemäß verlesen worden, was sich auch aus dem Protokoll der Angebotseröffnung ergebe. Ein Vertreter der Antragstellerin sei bei der Angebotsöffnung nicht anwesend gewesen. Soweit die Antragstellerin vermute, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin nicht von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterzeichnet worden sei, sei dies unrichtig, das Angebot sei von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft rechtsgültig unterfertigt worden.

Zur Frage des Vorliegens bindender Angebote führt die Antragsgegnerin aus, dass das Gesetz die Wirkungen des § 105 Abs. 6 BVergG 2002 nur an rechtmäßig erfolgte Widerrufe knüpfe. Da der Widerruf vom Vergabekontrollsenat als rechtswidrig erklärt wurde, habe die Mitteilung/Bekanntmachung dieses Widerufes keine Rechtswirkungen auslösen können. Die Bieter seien daher an ihre Angebote weiterhin gebunden. Die Zuschlagsfrist sei nach wie vor offen, da durch die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Fortlaufshemmung des § 79 Abs. 4 BVergG 2002 ausgelöst worden sei. Zur Frage des Vorliegens bindender Angebote führt die Antragsgegnerin aus, dass das Gesetz die Wirkungen des Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2002 nur an rechtmäßig erfolgte Widerrufe knüpfe. Da der Widerruf vom Vergabekontrollsenat als rechtswidrig erklärt wurde, habe die Mitteilung/Bekanntmachung dieses Widerufes keine Rechtswirkungen auslösen können. Die Bieter seien daher an ihre Angebote weiterhin gebunden. Die Zuschlagsfrist sei nach wie vor offen, da durch die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens die Fortlaufshemmung des Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 ausgelöst worden sei.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19.1.2006 ergänzend Stellung genommen und ausgeführt, dass die von der ARGE vorgelegten Zertifikate „nicht in einer Weise verlesen wurden (bzw. deren Verlesung entsprechend protokolliert wurde), dass die Zuordnung der einzelnen Zertifikate zu den einzelnen Mitgliedern für Dritte nachvollziehbar möglich gewesen wäre und damit diese letzten Endes entscheidende Punktevergabe unter Einhaltung des vergaberechtlichen Transparenzgebotes objektiv überprüfbar erfolgen konnte“. Eine entsprechend detaillierte Verlesung der vorgelegten Zertifikate wäre im Sinne der Judikatur des VwGH erforderlich gewesen. Zur Frage des Widerrufes führt die Antragstellerin aus, dass die Rechtmäßigkeit eines Widerrufes kein Tatbestandsmerkmal des § 105 Abs. 6 BVergG 2002 darstelle. Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19.1.2006 ergänzend Stellung genommen und ausgeführt, dass die von der ARGE vorgelegten Zertifikate „nicht in einer Weise verlesen wurden (bzw. deren Verlesung entsprechend protokolliert wurde), dass die Zuordnung der einzelnen Zertifikate zu den einzelnen Mitgliedern für Dritte nachvollziehbar möglich gewesen wäre und damit diese letzten Endes entscheidende Punktevergabe unter Einhaltung des vergaberechtlichen Transparenzgebotes objektiv überprüfbar erfolgen konnte“.

Eine entsprechend detaillierte Verlesung der vorgelegten Zertifikate wäre im Sinne der Judikatur des VwGH erforderlich gewesen. Zur Frage des Widerrufs führt die Antragstellerin aus, dass die Rechtmäßigkeit eines Widerrufs kein Tatbestandsmerkmal des Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2002 darstelle.

Im Schriftsatz vom 27.1.2006 hat die Antragsgegnerin zunächst erklärt, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurde. Der Umstand, dass sich verschiedene Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen hätten, sei von der Antragsgegnerin lediglich bei der Eignungsprüfung geprüft worden, bei der Bestbieterermittlung sei dieser Zusammenschluss nicht bewertet worden. Zum abermaligen Vorbringen der Antragstellerin, bindende Angebote würden nicht vorliegen, verweist die Antragsgegnerin ergänzend darauf hin, dass ein rechtswidriger Widerruf absolut nichtig (das heißt niemals als Rechtsakt entstanden) sei. Man könnte aber genauso eine ex tunc als auch eine ex nunc-Wirkung der Nichtigklärung annehmen. Wie dem auch sei, die Bindungswirkungen der Angebote wären entweder niemals abgelaufen oder jedenfalls neu aufgelebt, in jedem dieser Fälle würden verbindliche Angebote vorliegen. Dies sei auch von den Bietern so verstanden worden, weil nach deren Verständigung am 7.11.2005 von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens kein Bieter erklärt habe, sich nicht mehr an sein Angebot gebunden zu erachten. Das Angebot der Antragstellerin müsste das rechtliche Schicksal aller anderen Angebote teilen. Sollte man von deren Unverbindlichkeit ausgehen, müsste dies auch für das Angebot der Antragstellerin gelten.

In der mündlichen Verhandlung vom 6.3.2006 hat die Antragstellerin ausdrücklich erklärt, dass sie sich nach wie vor an ihr Angebot gebunden fühle und dass sie von der Antragsgegnerin nach Erklärung des Widerrufs von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens verständigt worden sei.

Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der von der Antragstellerin vorgelegten Vergabeakten und der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt worden sind, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung nachfolgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber hat die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des BVergG 2002 ausgeschrieben. Die Verlautbarung ist ordnungsgemäß sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote endete am 9.5.2005, 10.00 Uhr.

Leistungsgegenstand ist die Vergabe von Rahmenverträgen mit einer Laufzeit von drei Jahren und einer Verlängerungsoption für weitere drei Jahre zur Durchführung verschiedener Baumeisterarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen und zwar für laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten, Neubauarbeiten kleineren Umfangs und Arbeiten im Rahmen der Aufkategorisierung in Wohnungen. Der Auftragsgegenstand ist gegenständlich in vier Lose geteilt, Angebote konnten für alle Lose, mehrere Lose oder auch nur für ein Los abgegeben werden. Die Bindefrist beträgt sieben Monate ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote.

Die Vergabe der Leistungen soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis mit 90 %, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 % und zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung mit 5 % angegeben.

Bei der Angebotseröffnung am (richtig) 18.5.2005, ab 13.00 Uhr, lagen insgesamt acht Angebote vor. Fünf Bieter haben alle vier Lose angeboten, ein Bieter zwei Lose und zwei Bieter, darunter die Antragstellerin, je für ein Los. Die zivilrechtlichen Gesamtpreise und die Obergruppenpreise wurden verlesen, in der Spalte „Zertifizierung“ wurde angeführt, ob Unterlagen bzw. Zertifizierungen vorhanden sind oder nicht. Nach der Niederschrift wurden die Mitglieder der ARGE verlesen und jeweils vermerkt, ob bei diesen Zertifizierungen vorhanden waren. Bei der ARGE hatten zwei Unternehmen („\*\*\*“ und „\*\*\*“) keine Zertifizierung.

Am 4.8.2005 hat die Antragsgegnerin die Ausschreibung widerrufen und den Widerruf in gleicher Art und Weise kundgemacht, wie die Ausschreibung selbst.

Mit Schreiben vom 7.11.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin nach Zustellung des Bescheides des VKS vom 30.9.2005, Zl. VKS-2649/05, womit der Widerruf der Ausschreibung für nichtig erklärt worden ist, allen Bietern die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wie folgt mitgeteilt:

„Wiener Wohnen beabsichtigt dieses Vergabeverfahren mit der Angebotsprüfung fortzusetzen und dem - aufgrund der anfechtungsfest gewordenen Zuschlagskriterien ermittelten - besten Angebot zuzuschlagen.“

Am 2.12.2005 hat eine Sitzung der Vergabekommission der Antragsgegnerin stattgefunden, wobei alle Angebote einer Bewertung unterzogen wurden, auch jene, die eigentlich auszuschneiden gewesen wären. Dabei wurde eine nochmalige Prüfung nach Vorliegen der K3- und K4-Blätter durchgeführt.

Am 9.11.2005 wurde die Antragstellerin aufgefordert, im Zuge der Prüfung der geforderten Eignungskriterien weitere Nachweise zu erbringen. Dieser Aufforderung hat die Antragstellerin fristgerecht entsprochen, worauf ihr Angebot einer Bewertung zugeführt wurde.

In der Sitzung der Vergabekommission am 22.12.2005 wurden fünf Angebote auf Grund fehlender bzw. nicht nachgereichter Unterlagen ausgeschieden. Sodann wurde nach endgültiger Bewertung die Reihung vorgenommen. Bei allen Gebietsteilen ist die ARGE mit jeweils 100 Punkten an erster Stelle gereiht. Beim Gebietsteil 3 ist die Antragstellerin mit 85,05 Punkten an zweiter Stelle gereiht.

Die Zuschlagsentscheidung vom 23.12.2005, die für alle vier Lose zu Gunsten der ARGE ausgefallen ist, ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Nach Aufforderung durch die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.1.2006 dieser sowohl die Bewertung als auch die Reihung bekannt gegeben.

Diese Feststellungen gründen sich auf den als unbedenklich zu wertenden Inhalt der Vergabeakten sowie das Vorbringen der Streitteile, der von ihren vorgelegten Urkunden sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Wie sich insbesondere aus der umfassenden Niederschrift über die Angebotseröffnung samt Beilagen ergibt, sind entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin die Mitglieder der ARGE verlesen und entsprechend vermerkt worden. Ebenso wurde das Vorliegen von Zertifikaten bei diesen Mitgliedern verlesen, dort wo ein Zertifikat nicht vorhanden war („\*\*\*“ und „\*\*\*\*“) wurde dies ebenfalls vermerkt. Der Inhalt der Zertifikate wurde nicht verlesen, was – wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird – auch nicht erforderlich war. Die Feststellung, dass nach Mitteilung der Antragsgegnerin an die Bieter mit Schreiben vom 7.11.2005 das Vergabeverfahren fortzuführen keiner der Bieter erklärt hat, sich nicht mehr an sein Angebot gebunden zu erachten, gründet sich auf die Erklärung der Antragsgegnerin und den Inhalt der Vergabeakten. Dass sich die Antragstellerin nach wie vor an ihr Angebot gebunden erachtet, ergibt sich aus ihrer Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Ebenso war auf Grund der Erklärung des Geschäftsführers der Antragstellerin als erwiesen anzunehmen, dass ihm die Verständigung von der Fortsetzung des Vergabeverfahrens zugekommen ist. Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist das Angebot der ARGE von allen ihren Mitgliedern mehrfach an den dafür vorgesehenen Stellen des Angebotes rechtsgültig unterschrieben worden.

Dieser Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht und ausgeschrieben. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten, Neubauarbeiten kleineren Umfangs und Arbeiten im Rahmen der Aufkategorisierung von Wohnungen. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, wobei vorliegend die Zuschlagsentscheidung betreffend die Ausschreibung für den Gebietsteil 3 der Bezirke 13 und 23 im Bereich des Kundendienstzentrums 23 angefochten wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht und ausgeschrieben. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten, Neubauarbeiten kleineren Umfangs und Arbeiten im Rahmen der Aufkategorisierung von Wohnungen. Es handelt sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich, wobei vorliegend die Zuschlagsentscheidung betreffend die Ausschreibung für den Gebietsteil 3 der Bezirke 13 und 23 im Bereich des Kundendienstzentrums 23 angefochten wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig.

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. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch 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. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle für den gegenständlichen Gebietsteil gereiht ist und bei Zutreffen der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten das Angebot der ARGE nicht berücksichtigt werden dürfte. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 23.12.2005 erfolgte, ist der am 9.1.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigklärung im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. 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. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch 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. Insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie mit ihrem Angebot an zweiter Stelle für den gegenständlichen Gebietsteil gereiht ist und bei Zutreffen der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten das Angebot der ARGE nicht berücksichtigt werden dürfte. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 23.12.2005 erfolgte, ist der am 9.1.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigklärung im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002.

Der Antrag erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Zunächst ist zur Frage der Wirkungen des Widerrufs auszuführen, dass es zutrifft, dass das gegenständliche Vergabeverfahren zunächst mit einem Widerruf beendet wurde, der jedoch in der Folge als nichtig angefochten und vom Vergabekontrollsenat nach Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens für nichtig erklärt worden ist (siehe Bescheid vom 30.9.2005, Zl. VKS – 2649/05).

Gemäß § 105 Abs. 6 BVergG 2002 gewinnen Auftraggeber und Bieter nach ordnungsgemäßer Durchführung und Verständigung vom Widerruf der Ausschreibung ihre Handlungsfreiheit wieder. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass festgestellt wurde, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte sich weiterhin an ihre Angebote gebunden fühlen, was sie letztlich auch durch ihre Antragstellungen zum Ausdruck gebracht haben. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch der Erklärung der Antragsgegnerin, haben auch die übrigen Bieter nicht erklärt, am Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen zu wollen, weil sie in Folge des Widerrufs an ihre Angebote nicht mehr gebunden wären. Der Vergabekontrollsenat geht daher davon aus, dass zivilrechtlich verbindliche Angebote vorliegen, zumal auch die Zuschlagsfrist nicht abgelaufen ist. Gemäß Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2002 gewinnen Auftraggeber und Bieter nach ordnungsgemäßer Durchführung und Verständigung vom Widerruf der Ausschreibung ihre Handlungsfreiheit wieder. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass festgestellt wurde, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte sich weiterhin an ihre Angebote gebunden fühlen, was sie letztlich auch durch ihre Antragstellungen zum Ausdruck gebracht haben. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch der Erklärung der Antragsgegnerin, haben auch die übrigen Bieter nicht erklärt, am Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen zu wollen, weil sie in Folge des Widerrufs an ihre Angebote nicht mehr gebunden wären. Der Vergabekontrollsenat geht daher davon aus, dass zivilrechtlich verbindliche Angebote vorliegen, zumal auch die Zuschlagsfrist nicht abgelaufen ist.

Der Widerruf wurde seinerzeit vom Vergabekontrollsenat für nichtig erklärt. Eine derartige Nichtigklärung ist zwar weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch im WVRG vorgesehen, sondern war – wie der Vergabekontrollsenat in der Begründung seines Bescheides zur Zl. VKS – 2649/05 ausführlich dargelegt hat – im Hinblick auf die Judikatur des



Europäischen Gerichtshofes geboten. In Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin vermeint der Vergabekontrollsenat, dass auch die zivilrechtlichen Folgen eines Widerrufs unter Zugrundelegung gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Grundsätze zu prüfen sind. Richtig weist die Antragsgegnerin darauf hin, da der Gesetzgeber keine Möglichkeit vorgesehen hat, Widerrufsentscheidungen für nichtig erklären zu lassen, habe er auch keine spezifischen Regelungen für die zivilrechtlichen Folgen einer solchen Nichtigerklärung getroffen. Ausgehend davon, dass durch die Nichtigerklärung festgestellt wurde, dass die Widerrufsentscheidung damit absolut nichtig war, geht der Vergabekontrollsenat davon aus, dass damit auch die zivilrechtlichen Wirkungen des § 105 Abs. 6 BVergG 2002 nicht eintreten konnten. Ähnlich der in § 100 Abs. 2 BVergG 2002 vorgesehenen Sanktion bei Zuschlagserteilung innerhalb der Sperrfrist, die eine absolute Nichtigkeit vorsieht, hält der Vergabekontrollsenat die Beurteilung der zivilrechtlichen Wirkungen eines für nichtig erklärten Widerrufs für gleichwertig. In diesem Sinne weist die Antragsgegnerin zutreffend auf die Bestimmungen des § 879 ABGB und die dazu ergangene Judikatur hin. Durch einen Widerruf will der Auftraggeber das vorvertragliche Schuldverhältnis mit den Bietern beenden. Es wäre sinnwidrig anzunehmen, dass der Auftraggeber diese Absicht auch durch einen für nichtig erklärten Widerruf verwirklichen könnte. Wird ein derartiger Widerruf für nichtig erklärt so muss dies im Ergebnis dazu führen, dass die vorvertraglichen Schuldverhältnisse aufrecht und die Bieter also weiterhin an ihre Angebot gebunden bleiben. Nach § 879 Abs. 1 ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Das verbotene Geschäft ist zwar grundsätzlich nur dann nichtig, wenn dies in der Verbotsnorm ausgesprochen wird (vgl. SZ 42/49 ua) oder wenn dies der Zweck der Verbotsnorm erfordert (SZ 57/129 uva). Gilt sohin keine ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung, kann sie nur dem Normzweck entnommen werden. Geht man nun davon aus – wie dies der Vergabekontrollsenat in seiner Vorentscheidung getan hat – dass die Anfechtung eines Widerrufs, der Judikatur des EuGH folgend (Rs Koppensteiner), einer Nachprüfung mit dem Ergebnis seiner Nichtigerklärung zugänglich sein muss, sind auch die Folgen einer derartigen Entscheidung der Nachprüfungsbehörde im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Sinne einer ex tunc Wirkung zu bejahen. Sollte man der Ansicht der Antragstellerin folgen würde dies bedeuten, dass der Widerruf zwar für nichtig erklärt werden kann, er aber dennoch die Wirkungen des § 105 Abs. 6 BVergG entfaltet und damit durchschlagsfähige Angebote nicht mehr vorhanden wären. Ziel des Vergaberechtes ist die Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber entsprechend den Grundsätzen des § 21 BVergG 2002. Dieses Ziel kann aber nur dann erreicht werden, wenn das Vergabeverfahren zum Zwecke der Auftragsvergabe weiter geführt wird. Der Widerruf wurde seinerzeit vom Vergabekontrollsenat für nichtig erklärt. Eine derartige Nichtigerklärung ist zwar weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch im WVRG vorgesehen, sondern war – wie der Vergabekontrollsenat in der Begründung seines Bescheides zur Zl. VKS – 2649/05 ausführlich dargelegt hat – im Hinblick auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes geboten. In Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin vermeint der Vergabekontrollsenat, dass auch die zivilrechtlichen Folgen eines Widerrufs unter Zugrundelegung gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Grundsätze zu prüfen sind. Richtig weist die Antragsgegnerin darauf hin, da der Gesetzgeber keine Möglichkeit vorgesehen hat, Widerrufsentscheidungen für nichtig erklären zu lassen, habe er auch keine spezifischen Regelungen für die zivilrechtlichen Folgen einer solchen Nichtigerklärung getroffen. Ausgehend davon, dass durch die Nichtigerklärung festgestellt wurde, dass die Widerrufsentscheidung damit absolut nichtig war, geht der Vergabekontrollsenat davon aus, dass damit auch die zivilrechtlichen Wirkungen des Paragraph 105, Absatz 6, BVergG 2002 nicht eintreten konnten. Ähnlich der in Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 vorgesehenen Sanktion bei Zuschlagserteilung innerhalb der Sperrfrist, die eine absolute Nichtigkeit vorsieht, hält der Vergabekontrollsenat die Beurteilung der zivilrechtlichen Wirkungen eines für nichtig erklärten Widerrufs für gleichwertig. In diesem Sinne weist die Antragsgegnerin zutreffend auf die Bestimmungen des Paragraph 879, ABGB und die dazu ergangene Judikatur hin. Durch einen Widerruf will der Auftraggeber das vorvertragliche Schuldverhältnis mit den Bietern beenden. Es wäre sinnwidrig anzunehmen, dass der Auftraggeber diese Absicht auch durch einen für nichtig erklärten Widerruf verwirklichen könnte. Wird ein derartiger Widerruf für nichtig erklärt so muss dies im Ergebnis dazu führen, dass die vorvertraglichen Schuldverhältnisse aufrecht und die Bieter also weiterhin an ihre Angebot gebunden bleiben. Nach Paragraph 879, Absatz eins, ABGB ist ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig. Das verbotene Geschäft ist zwar grundsätzlich nur dann nichtig, wenn dies in der Verbotsnorm ausgesprochen wird vergleiche SZ 42/49 ua) oder wenn dies der Zweck der Verbotsnorm erfordert (SZ 57/129 uva). Gilt sohin keine ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung, kann sie nur dem Normzweck entnommen werden. Geht man nun davon aus – wie dies der Vergabekontrollsenat in seiner Vorentscheidung getan hat – dass die Anfechtung eines Widerrufs, der Judikatur des EuGH folgend (Rs Koppensteiner), einer Nachprüfung mit dem Ergebnis seiner Nichtigerklärung zugänglich sein muss,

sind auch die Folgen einer derartigen Entscheidung der Nachprüfungsbehörde im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Sinne einer ex tunc Wirkung zu bejahen. Sollte man der Ansicht der Antragstellerin folgen würde dies bedeuten, dass der Widerruf zwar für nichtig erklärt werden kann, er aber dennoch die Wirkungen des Paragraph 105, Absatz 6, BVergG entfaltet und damit durchschlagsfähige Angebote nicht mehr vorhanden wären. Ziel des Vergaberechtes ist die Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber entsprechend den Grundsätzen des Paragraph 21, BVergG 2002. Dieses Ziel kann aber nur dann erreicht werden, wenn das Vergabeverfahren zum Zwecke der Auftragsvergabe weiter geführt wird.

Der Vergabekontrollsenat vertritt daher die Ansicht, dass durch die Nichtigerklärung des Widerrufs dessen Wirkungen ex tunc beseitigt wurden und somit unabhängig von den Erklärungen der am Verfahren Beteiligten, weiterhin zuschlagsfähige Angebote vorliegen.

Auch die Zuschlagsfrist = Bindefrist ist noch nicht abgelaufen. Im gegenständlichen Verfahren hat die siebenmonatige Zuschlagsfrist (Bindefrist) mit 9.5.2005 (Schlusstermin für den Eingang der Angebote) zu laufen begonnen. Der mit 4.8.2005 erklärte Widerruf der Ausschreibung wurde in der Folge als nichtig angefochten. Das Nachprüfungsverfahren hat mit Bescheid vom 30.9.2005 geendet.

Gemäß § 79 Abs. 4 BVergG 2002 wird der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt. Dies bedeutet, dass die Zuschlagsfrist während des Nachprüfungsverfahrens „ruht“, sodass nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens dem Auftraggeber die gesamte restliche Dauer der Zuschlagsfrist zur Verfügung steht. Ein Nachprüfungsverfahren beginnt mit der Antragstellung und endet mit der Erlassung (Zustellung) des Bescheides der Vergabekontrollbehörde (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmam/Tienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 19 f zu § 79). Das Nachprüfungsverfahren zur Zl. VKS – 2649/05 wurde durch Antragstellung am 18.8.2005 eingeleitet, es hat mit der Zustellung des Bescheides am 28.10.2005 geendet. Im Zeitpunkt der Antragstellung war die Zuschlagsfrist erst mit rund 3 Monaten abgelaufen, sodass im Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides über die Nichtigerklärung des Widerrufs die Zuschlagsfrist mit noch rund vier Monaten offen war. Die mit 23.12.2005 erfolgte Zuschlagsentscheidung fällt daher noch in den Rahmen der Zuschlagsfrist. Eine Bindung der Bieter an ihre Angebote war daher zu diesem Zeitpunkt jedenfalls gegeben. Gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 wird der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt. Dies bedeutet, dass die Zuschlagsfrist während des Nachprüfungsverfahrens „ruht“, sodass nach Beendigung des Nachprüfungsverfahrens dem Auftraggeber die gesamte restliche Dauer der Zuschlagsfrist zur Verfügung steht. Ein Nachprüfungsverfahren beginnt mit der Antragstellung und endet mit der Erlassung (Zustellung) des Bescheides der Vergabekontrollbehörde (vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmam/Tienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 19 f zu Paragraph 79,). Das Nachprüfungsverfahren zur Zl. VKS – 2649/05 wurde durch Antragstellung am 18.8.2005 eingeleitet, es hat mit der Zustellung des Bescheides am 28.10.2005 geendet. Im Zeitpunkt der Antragstellung war die Zuschlagsfrist erst mit rund 3 Monaten abgelaufen, sodass im Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides über die Nichtigerklärung des Widerrufs die Zuschlagsfrist mit noch rund vier Monaten offen war. Die mit 23.12.2005 erfolgte Zuschlagsentscheidung fällt daher noch in den Rahmen der Zuschlagsfrist. Eine Bindung der Bieter an ihre Angebote war daher zu diesem Zeitpunkt jedenfalls gegeben.

Nach den Feststellungen sind bei der Angebotsöffnung die Zertifikate der einzelnen Mitglieder der ARGE – soweit vorhanden – als vorhanden verlesen und vermerkt worden. Zwei Mitglieder der ARGE („\*\*\*“ mit einem Anteil von 9,7 % sowie „\*\*\*“ mit einem Anteil von 1,4 %) haben keine Zertifikate vorgelegt, was verlesen und angemerkt wurde.

Gemäß § 88 Abs. 4 BVergG 2002 ist im Zuge der Öffnung der Angebote festzustellen, „ob das Angebot unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob die als Anlagen angeführten sowie in der Ausschreibung verlangten Bestandteile des Angebotes ... tatsächlich vorhanden sind“. Gemäß Paragraph 88, Absatz 4, BVergG 2002 ist im Zuge der Öffnung der Angebote festzustellen, „ob das Angebot unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob die als Anlagen angeführten sowie in der Ausschreibung verlangten Bestandteile des Angebotes ... tatsächlich vorhanden sind“.

Gemäß Abs. 6 leg. cit. ist in der zwingend herzustellenden Niederschrift zusätzlich zu den Angaben nach Abs. 3 bis 5 unter anderem einzutragen, ob bei den Angeboten Gemäß Absatz 6, leg. cit. ist in der zwingend herzustellenden Niederschrift zusätzlich zu den Angaben nach Absatz 3 bis 5 unter anderem einzutragen, ob bei den Angeboten

1. „4.Ziffer 4

zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen" gegeben waren. An diese Vorgaben hat sich die

Antragsgegnerin im Zuge der Angebotseröffnung gehalten und verlesen, ob die für die Bewertung maßgebenden Nachweise über das Vorliegen „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorhanden waren. Keiner dieser zitierten Bestimmungen ist zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin verhalten gewesen wäre, den Inhalt der vorliegenden Zertifizierungen zu verlesen. Ein der Antragsgegnerin unterlaufener Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen im Zuge der Angebotseröffnung liegt somit nicht vor.

Soweit die Antragstellerin im Zusammenhang der von ihr geltend gemachten mangelhaften Angebotseröffnung ausführt, dass die vorgelegten Zertifikate im Qualitätskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ bewertet werden „und die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenkundig lediglich auf Grund der Bewertung dieser nicht verlesenen Zertifikate vorgereiht wurde“ weshalb die Antragsgegnerin gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen habe, ist ihr Vorbringen insoweit berechtigt, als zwei Mitglieder der ARGE kein Zertifikat vorgelegt haben. Dennoch hat die Antragsgegnerin das Angebot der ARGE mit 100 Punkten an erster Stelle gereiht. Das Vorliegen zertifizierter Abläufe der Leistungserbringung wird nach den Zuschlagskriterien mit 5 % gewertet. Nach den Ausschreibungsunterlagen hätte die Antragsgegnerin bei der Punkteverteilung die prozentuellen Anteile der „nichtzertifizierten“ Mitglieder der ARGE anteilig berücksichtigen müssen, das heißt an Stelle von maximal 5 zu erreichenden Punkten hätte die ARGE nur 4,495 Punkte erhalten müssen. Damit wäre das Angebot der ARGE anstelle mit 100 Punkten nur mit 99,505 Punkten zu bewerten gewesen. Dadurch ist aber im Ergebnis für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil die ARGE mit ihrem Angebot weiterhin an erster Stelle zu liegen kommt, da das Angebot der Antragstellerin – die eine Zertifizierung nicht nachgewiesen hat – zusammen mit 85,05 Punkten bewertet wurde. Die von der Antragstellerin angestellte Vermutung, dass das Angebot der ARGE nicht an allen dafür vorgesehenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen rechtsgültige Unterschriften der Mitglieder der ARGE aufweisen würde, hat sich als nicht zutreffend erwiesen. Selbst wenn bei einem Mitglied der Bietergemeinschaft die rechtsgültige Fertigung fehlen sollte, würde es sich dabei nur um einen der Verbesserung zugänglichen Mangel handeln, der nicht von vornherein zu einer Ausscheidung des Angebotes führen könnte (vgl. VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8). Soweit die Antragstellerin im Zusammenhang der von ihr geltend gemachten mangelhaften Angebotseröffnung ausführt, dass die vorgelegten Zertifikate im Qualitätskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ bewertet werden „und die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenkundig lediglich auf Grund der Bewertung dieser nicht verlesenen Zertifikate vorgereiht wurde“ weshalb die Antragsgegnerin gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstoßen habe, ist ihr Vorbringen insoweit berechtigt, als zwei Mitglieder der ARGE kein Zertifikat vorgelegt haben. Dennoch hat die Antragsgegnerin das Angebot der ARGE mit 100 Punkten an erster Stelle gereiht. Das Vorliegen zertifizierter Abläufe der Leistungserbringung wird nach den Zuschlagskriterien mit 5 % gewertet. Nach den Ausschreibungsunterlagen hätte die Antragsgegnerin bei der Punkteverteilung die prozentuellen Anteile der „nichtzertifizierten“ Mitglieder der ARGE anteilig berücksichtigen müssen, das heißt an Stelle von maximal 5 zu erreichenden Punkten hätte die ARGE nur 4,495 Punkte erhalten müssen. Damit wäre das Angebot der ARGE anstelle mit 100 Punkten nur mit 99,505 Punkten zu bewerten gewesen. Dadurch ist aber im Ergebnis für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil die ARGE mit ihrem Angebot weiterhin an erster Stelle zu liegen kommt, da das Angebot der Antragstellerin – die eine Zertifizierung nicht nachgewiesen hat – zusammen mit 85,05 Punkten bewertet wurde. Die von der Antragstellerin angestellte Vermutung, dass das Angebot der ARGE nicht an allen dafür vorgesehenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen rechtsgültige Unterschriften der Mitglieder der ARGE aufweisen würde, hat sich als nicht zutreffend erwiesen. Selbst wenn bei einem Mitglied der Bietergemeinschaft die rechtsgültige Fertigung fehlen sollte, würde es sich dabei nur um einen der Verbesserung zugänglichen Mangel handeln, der nicht von vornherein zu einer Ausscheidung des Angebotes führen könnte (vgl. VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8).

Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass der Zusammenschluss der Unternehmen in einer ARGE gegen die Bestimmung des § 98 Z 9 BVergG 2002 verstoßen würde. Gemäß § 98 Z 9 BVergG 2002 sind „Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben“ auszuschneiden. Dieser Tatbestand ist grundsätzlich dann gegeben, wenn es sich dabei um für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Bieterabsprachen handelt. Solche widersprechen grundsätzlich dem freien und lauterem Wettbewerb. Die allgemeine Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen ist Aufgabe des Kartellrechts. Eine Analogie kommt nur dann in Betracht, soweit durch das Verhalten der Bieter eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs entsteht, die einer wettbewerbswidrigen Absprache nach Art und Widmung gleichzuhalten ist (vgl. Schwartz, MKK BVergG 2002, RZ 10 zu § 98). Eine ARGE zwischen Wettbewerbern ist nur dann keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG bzw. § 10 f KartG, wenn

die beteiligten Unternehmen, jedes für sich betrachtet, zur Zeit der Bildung der ARGE überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Durchführung des angestrebten Auftrages verfügen oder zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit der ARGE sie in die Lage versetzt ein erfolgversprechendes Angebot anzugeben (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Tienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 42 zu § 30). Das Vorliegen wettbewerbswidriger Absprachen wurde konkret nicht behauptet sondern nur vorgebracht, die Tatsache des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen zu einer ARGE wäre wettbewerbsbeschränkend. Diese Ansicht vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu teilen. Zunächst ist darauf abzustellen, dass nach dem Ergebnis des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine sich zum Nachteil der Antragsgegnerin auswirkende Angebotssituation nicht vorliegt; das Angebot der ARGE wurde auf Grund zutreffender Bewertung als Bestes ermittelt. Die Antragsgegnerin hat überdies die Gründe für die Bildung der ARGE einer Prüfung unterzogen. Die von der ARGE in ihrem Schreiben vom 14.11.2005 dargelegten Gründe sind überzeugend und nachvollziehbar. Bei der Beurteilung der Frage, ob durch den Zusammenschluss von 10 Unternehmen zur gegenständlichen ARGE es überhaupt zu einer Wettbewerbsbeschränkung kommen kann, ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates auf den relevanten Markt abzustellen. Zumindest für den nationalen Bereich ist davon auszugehen, dass es in Österreich weit mehr als 1000 Bauunternehmen gibt, die geeignet und in der Lage wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Wenn sich daher Unternehmer, wie gegenständlich, zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen haben um die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, so kann in diesem Umstand allein kein Verstoß gegen die Bestimmung des § 98 Z 9 BVergG 2002 erblickt werden. Die Antragstellerin hat auch geltend gemacht, dass der Zusammenschluss der Unternehmen in einer ARGE gegen die Bestimmung des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 verstoßen würde. Gemäß Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 sind „Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben“ auszuschneiden. Dieser Tatbestand ist grundsätzlich dann gegeben, wenn es sich dabei um für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Bieterabsprachen handelt. Solche widersprechen grundsätzlich dem freien und lauten Wettbewerb. Die allgemeine Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen ist Aufgabe des Kartellrechts. Eine Analogie kommt nur dann in Betracht, soweit durch das Verhalten der Bieter eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs entsteht, die einer wettbewerbswidrigen Absprache nach Art und Widmung gleichzuhalten ist vergleiche Schwartz, MKK BVergG 2002, RZ 10 zu Paragraph 98,). Eine ARGE zwischen Wettbewerbern ist nur dann keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikel 81, Absatz eins, EG bzw. Paragraph 10, f KartG, wenn die beteiligten Unternehmen, jedes für sich betrachtet, zur Zeit der Bildung der ARGE überhaupt nicht oder jedenfalls zu dieser Zeit nicht über die erforderliche Kapazität zur Durchführung des angestrebten Auftrages verfügen oder zwar über die erforderliche Kapazität verfügen, aber erst die Zusammenarbeit der ARGE sie in die Lage versetzt ein erfolgversprechendes Angebot anzugeben vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Tienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 42 zu Paragraph 30,). Das Vorliegen wettbewerbswidriger Absprachen wurde konkret nicht behauptet sondern nur vorgebracht, die Tatsache des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen zu einer ARGE wäre wettbewerbsbeschränkend. Diese Ansicht vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu teilen. Zunächst ist darauf abzustellen, dass nach dem Ergebnis des gegenständlichen Vergabeverfahrens eine sich zum Nachteil der Antragsgegnerin auswirkende Angebotssituation nicht vorliegt; das Angebot der ARGE wurde auf Grund zutreffender Bewertung als Bestes ermittelt. Die Antragsgegnerin hat überdies die Gründe für die Bildung der ARGE einer Prüfung unterzogen. Die von der ARGE in ihrem Schreiben vom 14.11.2005 dargelegten Gründe sind überzeugend und nachvollziehbar. Bei der Beurteilung der Frage, ob durch den Zusammenschluss von 10 Unternehmen zur gegenständlichen ARGE es überhaupt zu einer Wettbewerbsbeschränkung kommen kann, ist nach Ansicht des Vergabekontrollsenates auf den relevanten Markt abzustellen. Zumindest für den nationalen Bereich ist davon auszugehen, dass es in Österreich weit mehr als 1000 Bauunternehmen gibt, die geeignet und in der Lage wären, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Wenn sich daher Unternehmer, wie gegenständlich, zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen haben um die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, so kann in diesem Umstand allein kein Verstoß gegen die Bestimmung des Paragraph 98, Ziffer 9, BVergG 2002 erblickt werden.

Aus all diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

Durch diese Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 23.1.2006 gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Durch diese Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 23.1.2006 gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Der Kostenausspruch gründet sich auf § 74 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Da die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht durchgedrungen ist, hat sie die von ihr entrichteten Gebühren selbst zu tragen. Der Kostenausspruch gründet sich auf Paragraph 74, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG. Da die Antragstellerin mit ihrem Anliegen nicht durchgedrungen ist, hat sie die von ihr entrichteten Gebühren selbst zu tragen.

**Schlagworte**

Anzahl der Mitglieder einer ARGE - Wettbewerbsbeschränkung; Verlesung von Zertifikaten bei Angebotsöffnung; bindende Angebote nach Widerruf; Nichtigklärung des Widerrufs hat extreme Wirkung.

**Dokumentnummer**

VERGT\_20060306\_66\_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](http://www.jusline.at)