

TE Verg Bescheid 2006/1/25 VKS-2791/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.01.2006

Norm

WVRG §1 Abs1
WVRG §11
WVRG §13 Abs1 und 2
WVRG §14 Abs1
WVRG §16
WVRG §17 Abs1
WVRG §18
WVRG §20 Abs2 Z1 litc
WVRG §23
WVRG §26 Abs1
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §3 Abs1
BVergG 2002 §7 Abs1
BVergG 2002 §9 Abs1
BVergG 2002 §20 Z13
BVergG 2002 §105
BVergG 2002 §184 und EuGH vom 2.6.2005. Rs C-15/04 (Koppensteiner)
sowie AVG §39 Abs2
AVG §74 Abs2
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 die zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Anträge der *** Gesellschaft m.b.H., vertreten durch KWR Karasek Wietrzyk, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung von Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe von Rahmeverträgen für Malerarbeiten betreffend diverse Objekte im

1. 2.Ziffer 2
Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/34LV/RV-B02-2005-337.MOH-Maler;
2. 10.Ziffer 10

Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/34LV/RV-B10-2005-345.MOH-Maler;

3. 11.Ziffer 11

Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/34LV/RV-B11-2005-346.MOH-Maler und

4. 20.Ziffer 20

Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/34LV/RV-B20-2005-355.MOH-Maler durch die Antragsgegnerin Stadt Wien – Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34 – Bau- und Gebäudemanagement, Muthgasse 62, 1190 Wien, vertreten durch schwarz und huber medek, rechtsanwälte oeg in wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die von der Antragsgegnerin der Antragstellerin bezüglich der Bezirke 2 und 10 am 22.8.2005, bezüglich der Bezirke 11 und 20 am 23.8.2005 mitgeteilten Widerrufe der im Spruch genannten vier Vergabeverfahren, datiert jeweils mit 16.8.2005, werden für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr in den vier genannten Verfahren entrichteten Pauschalgebühren von zusammen EUR 10.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

1. 3.Ziffer 3

Der bezüglich des Vergabeverfahrens betreffend den 2. Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/34LV/RV-B02-2005-337.MOH-Maler, gestellte Teilnahmeantrag des Unternehmens *** Gesellschaft m.b.H. wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 11, 13 Abs. 1 und 2, 14 Abs. 1, 16, 17 Abs. 1, 18, 20 Abs. 2 Z 1 lit. c, 23, 26 Abs. 1, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, 9 Abs. 1, 20 Z 13, 105, 184 BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner) sowie §§ 39 Abs. 2 und 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 11, 13, Absatz eins und 2, 14 Absatz eins, 16, 17, Absatz eins, 18, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c., 23, 26 Absatz eins, 30, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, 9, Absatz eins, 20, Ziffer 13, 105, 184, BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner) sowie Paragraphen 39, Absatz 2 und 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 Zwecke der Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Bauleistungen (Malerarbeiten) im Zeitraum vom 1.11.2005 bis 31.10.2008, nämlich laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten an diversen Objekten in den 23 Wiener Bezirken ausgeschrieben. Dabei wurde für jeden Wiener Bezirk ein eigenes Vergabeverfahren durchgeführt. Die Ausschreibung wurde zwei Mal berichtigt (Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 10/05 vom 10.3.2005; Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 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 der 9.5.2005, 13.00 Uhr, die Zuschlagsfrist betrug sieben Monate.

Die gegenständlichen Nachprüfungsverfahren beziehen sich auf die Ausschreibungen der Antragsgegnerin für Rahmenverträge über Bauleistungen, nämlich Malerarbeiten für laufende Adaptierungs- und Instandsetzungsarbeiten in diversen Objekten im 2., 10., 11. und 20. Wiener Gemeindebezirk.

Die von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswerte belaufen sich für den 2. und 10. Bezirk auf je EUR 102.000,--, für den 11. Bezirk auf EUR 92.000,-- und für den

1. 20.Ziffer 20

Bezirk auf EUR 365.000,--.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch Legung entsprechender Angebote an den Vergabeverfahren betreffend die genannten vier Bezirke beteiligt.

Die Angebotsöffnungen erfolgten je am 11.5.2005 ab 9.00 Uhr gestaffelt nach Bezirk bis 17.00 Uhr. Dabei wurden die Angebote der Antragstellerin für die vier Bezirke jeweils mit den nach genannten niedrigsten Gesamtpreisen (ohne Umsatzsteuer) verlesen:

1. 2.Ziffer 2

Bezirk: EUR 69.596,64

11. Bezirk: EUR 62.773,44

2. 10.Ziffer 10

Bezirk: EUR 69.596,64

20. Bezirk: EUR 249.046,80

Mit den der Antragstellerin im Faxwege am 22.8.2005 (2. und 10. Bezirk), bzw. 23.8.2005 (11. und 20. Bezirk) zugegangenen Schreiben je vom 16.8.2005 hat die Antragsgegnerin den Widerruf der Ausschreibungen betreffend die Rahmenverträge für Objekte im 2., 10., 11. und 20. Bezirk mitgeteilt. Diese Schreiben haben folgenden Wortlaut:

„Die Magistratsabteilung 34 teilt mit, dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 - 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotsöffnung vom 11. Mai 2005, gemäß BVergG 2002 § 105 Abs. 1 widerrufen wird.“ „Die Magistratsabteilung 34 teilt mit, dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 - 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotsöffnung vom 11. Mai 2005, gemäß BVergG 2002 Paragraph 105, Absatz eins, widerrufen wird.“

Die Widerrufe wurden im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 34 vom 25.8.2005 bekannt gegeben.

Gegen die Widerrufe dieser Ausschreibungen richtet sich der gemeinsame Antrag der Antragstellerin auf Einleitung von Nachprüfungsverfahren und Nichtigerklärung der Entscheidungen der Antragsgegnerin die Vergabeverfahren zu widerrufen. Damit verbunden ist ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Hilfsweise beantragt die Antragstellerin für den Fall, dass ihren Anträgen auf Nichtigerklärung der Widerrufe nicht stattgegeben werden sollte, die Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 die Widerrufe der Ausschreibungen rechtswidrig waren, bzw. die Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 der Zuschlag in den Vergabeverfahren nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, bzw. die Feststellung, dass der Widerruf der Vergabeverfahren durch vorangegangene vergaberechtswidrige Entscheidungen der Auftraggeberin verursacht wurden.

Zur Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, die Entscheidung der Antragsgegnerin 23 getrennte Ausschreibungen durchzuführen und damit eine Aufteilung des Gesamtvolumens zu bewirken, sei im Hinblick auf das materielle Vergaberecht nicht zu beanstanden und durchaus sachgerecht. Es sei jedoch das im § 13 Abs. 3 BVergG 2002 normierte Umgehungsverbot zu beachten. Diese Bestimmung sei auch für den Vergaberechtsschutz von Relevanz, weil es sachlich nicht gerechtfertigt sein könne, dass es einen Unterschied mache, ob eine Teilvergabe in einer Ausschreibung vorgesehen wird oder ob mehrere Vergabeverfahren durchgeführt werden. Bei verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung der Bestimmungen des WVRG sei davon auszugehen, dass es sich bei dem Projekt Rahmenvertrag für Malerarbeiten aus Sicht des vergabespezifischen Rechtsschutzes um ein Gesamtprojekt handelt, weshalb auch in einem Schriftsatz die vier Widerrufe angefochten und nur einmal die Pauschalgebühr im Unterschwellenbereich entrichtet werde. Zur Begründung ihrer Anträge führt die Antragstellerin aus, die Entscheidung der Antragsgegnerin 23 getrennte Ausschreibungen durchzuführen und damit eine Aufteilung des Gesamtvolumens zu bewirken, sei im Hinblick auf das materielle Vergaberecht nicht zu beanstanden und durchaus sachgerecht. Es sei jedoch das im Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2002 normierte Umgehungsverbot zu beachten. Diese Bestimmung sei auch für den Vergaberechtsschutz von Relevanz, weil es sachlich nicht gerechtfertigt sein könne, dass es einen Unterschied mache, ob eine Teilvergabe in einer Ausschreibung vorgesehen wird oder ob mehrere Vergabeverfahren durchgeführt werden. Bei verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung der Bestimmungen des WVRG

sei davon auszugehen, dass es sich bei dem Projekt Rahmenvertrag für Malerarbeiten aus Sicht des vergabespezifischen Rechtsschutzes um ein Gesamtprojekt handelt, weshalb auch in einem Schriftsatz die vier Widerrufe angefochten und nur einmal die Pauschalgebühr im Unterschwellenbereich entrichtet werde.

Zu den Widerrufen führt die Antragstellerin aus, dass es sich nach den innerstaatlichen Bestimmungen dabei um keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers handle, was jedoch der Richtlinie 89/669/EWG und der Judikatur des EuGH widerspreche. Danach müsse eine Nachprüfung und damit die Nichtigklärung des Widerrufs einer Ausschreibung zulässig sein. Eine verfassungskonforme Interpretation des § 13 WVRG könne nur dazu führen, dass der Widerruf für nichtig erklärbar ist und dafür die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates besteht. Zu den Widerrufen führt die Antragstellerin aus, dass es sich nach den innerstaatlichen Bestimmungen dabei um keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers handle, was jedoch der Richtlinie 89/669/EWG und der Judikatur des EuGH widerspreche. Danach müsse eine Nachprüfung und damit die Nichtigklärung des Widerrufs einer Ausschreibung zulässig sein. Eine verfassungskonforme Interpretation des Paragraph 13, WVRG könne nur dazu führen, dass der Widerruf für nichtig erklärbar ist und dafür die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates besteht.

Da eine Nichtigklärung des Widerrufs in den nationalen Vorschriften nicht vorgesehen sei, seien auch keine Fristen für die Einbringung des Nachprüfungsantrages gesetzlich vorgesehen. In analoger Anwendung der Bestimmungen des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG habe daher die Antragstellerin innerhalb der dort genannten Frist die Anträge auf Nichtigklärung der Widerrufe eingebracht. Da eine Nichtigklärung des Widerrufs in den nationalen Vorschriften nicht vorgesehen sei, seien auch keine Fristen für die Einbringung des Nachprüfungsantrages gesetzlich vorgesehen. In analoger Anwendung der Bestimmungen des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG habe daher die Antragstellerin innerhalb der dort genannten Frist die Anträge auf Nichtigklärung der Widerrufe eingebracht.

Die von der Antragsgegnerin erklärten Widerrufe würden auch gegen § 105 Abs. 4 BVergG 2002 verstoßen. In ihrer Verständigung habe die Antragsgegnerin bloß auf Abs. 1 leg. cit. verwiesen, ohne die Gründe detailliert auszuführen. Ohne Kenntnis der konkreten Widerrufsgründe sei weder dem Grundsatz der Transparenz entsprochen noch eine wirksame Überprüfbarkeit sichergestellt. Darüber hinaus würde ein Widerrufsgrund nicht vorliegen, zumal mehrere Angebote fristgerecht abgegeben und unter Anwesenheit der Bieter geöffnet, verlesen und protokolliert wurden. Eine Prüfung und Bewertung der abgegebenen Angebote sei ohne Weiteres möglich, die Ausschreibung sei auch aus diesem Grunde unbekämpft geblieben. Die Antragstellerin habe in allen angefochtenen Vergabeverfahren nicht nur das billigste Angebot gelegt, sondern auch die anderen Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Die Gewährleistungsfrist sei von der Antragstellerin auf die maximal vorgegebene Dauer von sechs Jahren verlängert und die verlangten Zertifikate über alle Abläufe der Leistungserbringung vorgelegt worden. Die Antragstellerin sei daher Bestbieterin und wäre ihr in den vier Vergabeverfahren jeweils der Zuschlag zu erteilen. Die von der Antragsgegnerin erklärten Widerrufe würden auch gegen Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 verstoßen. In ihrer Verständigung habe die Antragsgegnerin bloß auf Absatz eins, leg. cit. verwiesen, ohne die Gründe detailliert auszuführen. Ohne Kenntnis der konkreten Widerrufsgründe sei weder dem Grundsatz der Transparenz entsprochen noch eine wirksame Überprüfbarkeit sichergestellt. Darüber hinaus würde ein Widerrufsgrund nicht vorliegen, zumal mehrere Angebote fristgerecht abgegeben und unter Anwesenheit der Bieter geöffnet, verlesen und protokolliert wurden. Eine Prüfung und Bewertung der abgegebenen Angebote sei ohne Weiteres möglich, die Ausschreibung sei auch aus diesem Grunde unbekämpft geblieben. Die Antragstellerin habe in allen angefochtenen Vergabeverfahren nicht nur das billigste Angebot gelegt, sondern auch die anderen Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Die Gewährleistungsfrist sei von der Antragstellerin auf die maximal vorgegebene Dauer von sechs Jahren verlängert und die verlangten Zertifikate über alle Abläufe der Leistungserbringung vorgelegt worden. Die Antragstellerin sei daher Bestbieterin und wäre ihr in den vier Vergabeverfahren jeweils der Zuschlag zu erteilen.

Letztlich wirft die Antragstellerin der Antragsgegnerin sorgfaltswidriges Verhalten vor. Es sei unerklärlich, warum die Antragsgegnerin erst drei Monate nach Angebotsöffnung „quasi ohne Vorwarnung und ohne Reaktion auf die Angebote, plötzlich den Widerruf ohne nähere Begründung“ ausspreche. Eine Zuschlagsentscheidung sei innerhalb einer kurz zu bemessenden Frist zu treffen. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde der Antragstellerin auch ein Schaden dadurch verursacht, dass sie als Bieterin nicht nur zur Vorhaltung der bei Auftragserteilung erforderlichen Kapazitäten gezwungen war, sondern greife der Widerruf auch massiv in den Wettbewerb ein. Sämtliche Preise und dadurch auch die Kalkulation der Bieter wurden bei der Angebotseröffnung transparent gemacht, sodass der Widerruf der Ausschreibungen einzig eine Reduktion der Preise nach sich ziehen würde.

Die Antragstellerin sei nicht nur befugt die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, sondern habe auch ein großes Interesse daran. Sollte es bei der rechtswidrigen Entscheidung der Antragsgegnerin bleiben, würde dies den Verlust der aussichtsreichen Chance auf die Zuschlagserteilung bedeuten und ein Schaden nicht nur durch entgangenen Gewinn entstehen, sondern auch den Verlust der in den Vergabeverfahren aufgewendeten beträchtlichen Kosten nach sich ziehen. Letztlich würde die Antragstellerin zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte verlieren.

Die Antragsgegnerin sei entsprechend der Bestimmung des § 14 Abs. 1 WVRG von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden. Die Antragsgegnerin sei entsprechend der Bestimmung des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden.

Für den Fall, dass der Vergabekontrollsenat dem Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufe nicht stattgeben sollte, werde hilfsweise die Feststellung beantragt, dass „der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“. Sollt der Vergabekontrollsenat auch diesem Antrag nicht entsprechen, wird in eventu weiters beantragt festzustellen, dass der Widerruf der Ausschreibungen wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war und durch ein vorangegangenes rechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerin verursacht wurde. Ohne eine derartige Feststellung des Widerrufs könnte es der Antragstellerin aus formalen Gründen verwehrt sein, Schadenersatzansprüche gegen die Antragsgegnerin geltend zu machen.

Nachdem die Antragstellerin zunächst nur die Entrichtung der einfachen Pauschalgebühren (für einen Antrag auf Nichtigerklärung) nachgewiesen hat, hat sie über Aufforderung die Pauschalgebühren für drei weitere Anträge entrichtet und den Ersatz auch dieser Gebühren begehrt (Schriftsatz 7.9.2005).

Die Antragsgegnerin hat sich mit ihrem Schriftsatz vom 12.9.2005 gegen die Anträge ausgesprochen und zunächst vorgebracht, es sei unzulässig, mit einem Antrag Anfechtungen mehrerer Vergabeverfahren vorzunehmen. Mit einem Nachprüfungsantrag könne nur eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Vergabeverfahrens angefochten werden. Durch die von der Antragstellerin gewählte Vorgangsweise werde der Möglichkeit der Umgehung gesetzlicher Gebührenregelungen Tür und Tor geöffnet, indem mehrere anfechtbare Entscheidungen mit nur einem Anfechtungsantrag bekämpft werden. Dieser Mangel sei nicht behebbar, weshalb der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre.

Inhaltlich führt die Antragsgegnerin aus, dass eine Widerrufsanfechtung im Unterschwellenbereich unzulässig wäre. Weder § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BvergG 2002 noch der – an diese Legaldefinition des BvergG 2002 anknüpfende – § 20 Abs. 2 Z 1 WVRG nenne den Widerruf einer Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung. Inhaltlich führt die Antragsgegnerin aus, dass eine Widerrufsanfechtung im Unterschwellenbereich unzulässig wäre. Weder Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BvergG 2002 noch der – an diese Legaldefinition des BvergG 2002 anknüpfende – Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG nenne den Widerruf einer Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Antragsgegnerin, die offenbar von der Zulässigkeit der Anfechtung eines Widerrufs mit dem Ziel seiner Nichtigerklärung im Oberschwellenbereich ausgeht, macht im übrigen geltend, dass dies für den Unterschwellenbereich unzulässig sei.

Die Rechtsmittel – RL 89/665/EWG regle den Rechtsschutz nur für jene Aufträge, die den Vorgaben der Bau-RL 93/37/EWG, der Dienstleistungs-RL 92/50/EWG oder der Liefer-RL 93/36/EWG unterliegen. Allen diesen Vergaberichtlinien sei gemeinsam, dass sie nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich regeln. Auch die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG können sich somit nur auf Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich beziehen. Die gegenständlich bekämpften Widerrufe betreffen jedoch die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich, weshalb weder die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittel-RL noch die dazu ergangenen Urteile des EuGH Berücksichtigung finden könnten. Dem österreichischen Gesetzgeber wäre es gemeinschaftsrechtlich unbenommen geblieben, „den Unterschwellenbereich gesamthaft vom spezifischen vergaberechtlichen Rechtsschutz auszunehmen“. Es sei daher gemeinschaftsrechtlich unbedenklich, wenn der Wiener

Landesgesetzgeber im WVRG vorsieht, dass der Widerruf eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich nicht gesondert anfechtbar sei. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei mithin schon deshalb unzulässig, weil er sich gegen eine Entscheidung richtet, die gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise nicht gesondert anfechtbar sei.

Soweit sich die Antragstellerin auf die Grundregeln des EGV berufe, wonach ein Vergabeverfahren überprüfbar sein müsse, übersehe sie, dass die von ihr zitierten Entscheidung sich nicht auf Vergaben im Unterschwellenbereich beziehen. Es sei auch nicht erforderlich, dass eine Überprüfung nur durch vergabespezifische Kontrollorgane durchgeführt werden dürfe. So reiche etwa für eine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die nachprüfende Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus. Gleiches müsse für den Widerruf einer Ausschreibung im Unterschwellenbereich gelten. Dies bedeute im Ergebnis, dass für nicht den Vergaberichtlinien unterliegende Beschaffungsvorgänge eine nachprüfende Kontrolle durch die ordentliche Gerichtsbarkeit ausreichend sei. Auch das von der Antragstellerin angezogene Effektivitätsgebot vermöge daran nichts zu ändern. Zwar sei es zutreffend, dass dieses die Nichtanwendung all jener nationalen Regelungen verlange, welche die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechtes erschweren oder verunmöglichen. Im vorliegenden Fall gebe es aber kein Gemeinschaftsrecht, das die Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung im Unterschwellenbereich gebiete. Die Regelungen der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG sei nicht anwendbar, für die Grundregeln des EGV sei eine Nachprüfung durch die ordentliche Gerichte ausreichend. Diese Rechtslage entspreche auch dem verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot.

Unzutreffend sei auch die Ansicht der Antragstellerin, dass in den Widerrufen die Antragsgegnerin den Widerrufsgrund nicht angegeben hätte. Dies sei insofern unrichtig, als in den Widerrufen ausdrücklich auf § 105 Abs. 1 BVergG 2002 hingewiesen worden sei. Der Antragstellerin sei daher bekannt, dass die gegenständlichen Ausschreibungen aufgrund von Umständen widerrufen wurden, die „wären sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten“. Eine darüber hinausgehende Informationsverpflichtung treffe die Antragsgegnerin nicht. Dies erweise sich aus § 105 Abs. 4 BVergG 2002, der von der Bekanntgabe des „Grundes“ eines Widerrufs spreche, wo hingegen § 105 Abs. 1 BVergG 2002 von „Umständen“ spreche, die einen Widerruf zwingend erforderlich machen würden. Der Antragstellerin sei der Grund für den Widerruf aus anderen von ihr angestrebten Nachprüfungsverfahren bekannt gewesen. Der Vollständigkeit halber weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie die einzelnen Bieter zusätzlich mit Telefax vom 7/8.9.2005 von den Gründen ihrer Widerrufsentscheidung in Kenntnis gesetzt habe. Unzutreffend sei auch die Ansicht der Antragstellerin, dass in den Widerrufen die Antragsgegnerin den Widerrufsgrund nicht angegeben hätte. Dies sei insofern unrichtig, als in den Widerrufen ausdrücklich auf Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 hingewiesen worden sei. Der Antragstellerin sei daher bekannt, dass die gegenständlichen Ausschreibungen aufgrund von Umständen widerrufen wurden, die „wären sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten“. Eine darüber hinausgehende Informationsverpflichtung treffe die Antragsgegnerin nicht. Dies erweise sich aus Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002, der von der Bekanntgabe des „Grundes“ eines Widerrufs spreche, wo hingegen Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 von „Umständen“ spreche, die einen Widerruf zwingend erforderlich machen würden. Der Antragstellerin sei der Grund für den Widerruf aus anderen von ihr angestrebten Nachprüfungsverfahren bekannt gewesen. Der Vollständigkeit halber weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie die einzelnen Bieter zusätzlich mit Telefax vom 7/8.9.2005 von den Gründen ihrer Widerrufsentscheidung in Kenntnis gesetzt habe.

Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Im Frühjahr 2005 habe die Antragsgegnerin unter anderem die Vergabe von Rahmenverträgen über „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ bekannt gemacht. Die Unterlagen zu all diesen Ausschreibungen seien insofern vergleichbar, als sie nach dem gleichen Muster erstellt worden seien; insbesondere sei in all diesen Ausschreibungsunterlagen ein Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorgesehen. Mit Bescheid vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, habe der Vergabekontrollsenat die Ausschreibung „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ für nichtig erklärt. Wesentlicher Grund für diese Entscheidung sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ gewesen. Auch die gegenständlichen Ausschreibungen würden ein Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorsehen. Sie seien daher mit dem gleichen Mangel behaftet, „der den Vergabekontrollsenat bereits einmal zur Nichtigklärung einer unserer Ausschreibungen bewogen hat“. Für rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterien würden jedoch einen Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten. Die Antragsgegnerin habe daher vor dem Hintergrund der herrschenden Spruchpraxis

keine andere Wahl gehabt, als alle ihre Ausschreibungen zu widerrufen, die nach der jüngsten Entscheidung des Vergabekontrollsenates mit dem gravierenden Mangel eines ungeeigneten Zuschlagskriteriums behaftet gewesen seien. Daran ändere nichts, dass die gegenständlichen Ausschreibungen nicht angefochten wurden oder Rügerechte der Bieter infolge Nichtanfechtung präkludiert wären. Selbst wenn das Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ von den Bietern nicht angefochten wurde, bleibe es doch rechtswidrig. Eine aufgrund eines solchen Zuschlagskriteriums vorgenommene Bestbieterermittlung wäre (zwar allenfalls anfechtbar, aber) rechtswidrig. Zu den hilfsweise gestellten Anträgen auf Feststellung führte die Antragsgegnerin aus, sie seien als unzulässig zurückzuweisen bzw. als unbegründet abzuweisen. Hilfsweise stellt sie den Antrag, gemäß § 11 Abs. 5 WVRG festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Die Antragsgegnerin führt weiters aus, dass ein zwingender Widerrufsgrund vorliege. Im Frühjahr 2005 habe die Antragsgegnerin unter anderem die Vergabe von Rahmenverträgen über „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ bekannt gemacht. Die Unterlagen zu all diesen Ausschreibungen seien insofern vergleichbar, als sie nach dem gleichen Muster erstellt worden seien; insbesondere sei in all diesen Ausschreibungsunterlagen ein Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorgesehen. Mit Bescheid vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, habe der Vergabekontrollsenat die Ausschreibung „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ für nichtig erklärt. Wesentlicher Grund für diese Entscheidung sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ gewesen. Auch die gegenständlichen Ausschreibungen würden ein Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorsehen. Sie seien daher mit dem gleichen Mangel behaftet, „der den Vergabekontrollsenat bereits einmal zur Nichtigerklärung einer unserer Ausschreibungen bewogen hat“. Für rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterien würden jedoch einen Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten. Die Antragsgegnerin habe daher vor dem Hintergrund der herrschenden Spruchpraxis keine andere Wahl gehabt, als alle ihre Ausschreibungen zu widerrufen, die nach der jüngsten Entscheidung des Vergabekontrollsenates mit dem gravierenden Mangel eines ungeeigneten Zuschlagskriteriums behaftet gewesen seien. Daran ändere nichts, dass die gegenständlichen Ausschreibungen nicht angefochten wurden oder Rügerechte der Bieter infolge Nichtanfechtung präkludiert wären. Selbst wenn das Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ von den Bietern nicht angefochten wurde, bleibe es doch rechtswidrig. Eine aufgrund eines solchen Zuschlagskriteriums vorgenommene Bestbieterermittlung wäre (zwar allenfalls anfechtbar, aber) rechtswidrig. Zu den hilfsweise gestellten Anträgen auf Feststellung führte die Antragsgegnerin aus, sie seien als unzulässig zurückzuweisen bzw. als unbegründet abzuweisen. Hilfsweise stellt sie den Antrag, gemäß Paragraph 11, Absatz 5, WVRG festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.9.2005 repliziert und insbesondere unter Zitierung von Judikatur des EuGH, aber auch des VfGH darauf hingewiesen, dass es möglich sein müsse, einen Widerruf eines Vergabeverfahrens auch im Unterschwellenbereich zu überprüfen.

Eine effektive Überprüfung sei aber nur im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens möglich, welches die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung ermögliche. Danach habe der VKS Wien auch bei Vergaben im Unterschwellenbereich jene Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen, welche die Nichtigerklärung eines Widerrufs im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens unmöglich bzw. unzulässig machen würden.

Die Antragsgegnerin verkenne, dass die primärrechtlichen Vorgaben des EGV und damit die diesbezügliche Judikatur des EuGH gerade auf Sachverhalte zur Anwendung gelangten, die nicht vom Geltungsbereich der Richtlinien erfasst sind. Auftraggeber, die Verträge im Unterschwellenbereich schließen, haben „doch die Grundregeln des Vertrages im allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten“. Bereits im Primärrecht sei sohin den einzelnen Bietern bei Beschaffungen im Unterschwellenbereich ein subjektives Recht auf Nichtdiskriminierung und Transparenz eingeräumt. Die Regelung der Anfechtbarkeit von derartigen Vergabeverfahren sei daher Sache der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Wenn es aber um die Durchsetzung der Wirkungen des Gemeinschaftsrechts gehe, seien die vom EuGH hervorgehobenen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität gerade für den Vergaberechtsschutz beachtlich. Innerstaatliche Vorschriften dürften die den einzelnen Bürgern durch den Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen. Durch die

Verwehrung der Anrufung des Vergabekontrollsenates, insbesondere zur Anfechtung eines Widerrufs, wäre es der Antragstellerin trotz ihres effektiven Rechtes, wie etwa auf Transparenz, unmöglich, Verletzungen der selben effektiv aufgreifen zu können. Eine verfassungskonforme Interpretation des § 13 WVRG müsse daher dazu führen, dass der Widerruf für nichtig erklärbar ist und die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates besteht. Die Antragsgegnerin führe selbst aus, dass die Grundregeln des EGV vorgeben, dass ein Vergabeverfahren überprüfbar sein muss. Wenn die Antragsgegnerin selbst ausspreche, dass ein Vergabeverfahren überprüfbar sein müsse, gelte dies somit für alle Auftraggeberentscheidungen die in einem Vergabeverfahren gefällt werden. Von der Möglichkeit der Überprüfung und Anfechtung der Auftraggeberentscheidungen in einem Vergabeverfahren sei somit auch die Entscheidung über einen Widerruf erfasst. Die Antragsgegnerin verkenne, dass die primärrechtlichen Vorgaben des EGV und damit die diesbezügliche Judikatur des EuGH gerade auf Sachverhalte zur Anwendung gelangten, die nicht vom Geltungsbereich der Richtlinien erfasst sind. Auftraggeber, die Verträge im Unterschwellenbereich schließen, haben „doch die Grundregeln des Vertrages im allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten“. Bereits im Primärrecht sei sohin den einzelnen Bietern bei Beschaffungen im Unterschwellenbereich ein subjektives Recht auf Nichtdiskriminierung und Transparenz eingeräumt. Die Regelung der Anfechtbarkeit von derartigen Vergabeverfahren sei daher Sache der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Wenn es aber um die Durchsetzung der Wirkungen des Gemeinschaftsrechts gehe, seien die vom EuGH hervorgehobenen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität gerade für den Vergaberechtsschutz beachtlich. Innerstaatliche Vorschriften dürften die den einzelnen Bürgern durch den Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen. Durch die Verwehrung der Anrufung des Vergabekontrollsenates, insbesondere zur Anfechtung eines Widerrufs, wäre es der Antragstellerin trotz ihres effektiven Rechtes, wie etwa auf Transparenz, unmöglich, Verletzungen der selben effektiv aufgreifen zu können. Eine verfassungskonforme Interpretation des Paragraph 13, WVRG müsse daher dazu führen, dass der Widerruf für nichtig erklärbar ist und die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates besteht. Die Antragsgegnerin führe selbst aus, dass die Grundregeln des EGV vorgeben, dass ein Vergabeverfahren überprüfbar sein muss. Wenn die Antragsgegnerin selbst ausspreche, dass ein Vergabeverfahren überprüfbar sein müsse, gelte dies somit für alle Auftraggeberentscheidungen die in einem Vergabeverfahren gefällt werden. Von der Möglichkeit der Überprüfung und Anfechtung der Auftraggeberentscheidungen in einem Vergabeverfahren sei somit auch die Entscheidung über einen Widerruf erfasst.

Weiters macht die Antragstellerin zusammengefasst geltend, dass im vorliegenden Fall die Zuschlagskriterien nicht innerhalb der Präklusionsfrist bekämpft wurden, sodass sie von der Antragsgegnerin bei der Bestbieterermittlung anzuwenden seien. Anhand der Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen sei eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich, sodass ein Widerruf der Ausschreibung unzulässig sei.

Mit dem am 15.9.2005 eingelangten Schriftsatz hat das Unternehmen *** Gesellschaft m.b.H. einen Teilnahmeantrag zum Nichtigerklärungsverfahren bzw. Feststellungsverfahren gestellt, soweit es den Widerruf der Ausschreibung des Vergabeverfahrens bezüglich des 2. Bezirkes betrifft. Darin hat dieses Unternehmen ausgeführt, vom gegenständlichen Nachprüfungsverfahren durch die Antragsgegnerin am 8.9.2005 verständigt worden zu sein.

Die rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin würden sowohl durch die Entscheidung der Antragsgegnerin hinsichtlich des Widerrufs des Vergabeverfahrens vom 7.9.2005, „der von der Teilnahmeantragstellerin als rechtsrichtig angesehen werde“, als auch durch eine Prüfungs-, eventualiter einen Feststellungsantrag eines Konkurrenzunternehmens sowie durch die diesbezügliche Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt. Insbesondere entstehe „für die Teilnahmeantragstellerin, aufgrund des rechtsrichtigen Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber, die Chance an der Beteiligung an einem neuen Vergabeverfahren des Auftraggebers über die gegenständlichen Leistungen und damit die Chance auf eine Zuschlagserteilung“. Sie stelle daher im Nachprüfungsverfahren betreffend „diverse Objekte im 2. Bezirk“ den Antrag auf Ablehnung der Anträge der Antragstellerin. Im Rahmen der Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss führt das Unternehmen „***“ aus, dass mit dem Widerruf das gegenständliche Vergabeverfahren „definitiv beendet“ sei und im Hinblick auf die Anwendung der zwingenden Widerrufsentscheidung auch nicht wieder aufleben könne, sodass „einerseits der Antragstellerin für ihre Nachprüfungsanträge ... keine Antragslegitimation mehr zukomme und andererseits der Teilnahmeantragstellerin am gegenständlichen Verfahren das Recht an der Beteiligung eines

nachfolgenden neuerlichen Vergabeverfahrens zukommt, und damit die Chance auf die Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbes und die Erreichung eines Zuschlages auf das eigene Angebot". Zusammenfassend führt sie aus, dass somit „eine Rechtswidrigkeit des Widerrufs des Auftraggebers nicht gegeben" sei.

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 3.10.2005 führt die Teilnahmeantragstellerin zusammenfassend aus, dass „der Auftraggeber dem vergabe- wie zivilrechtlichen Widerruf des Vergabeverfahrens erklärt hat und damit das Vergabeverfahren endgültig beendet ist". Die Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren beteiligt hätten, hätten damit genauso ihre Handlungs- und Dispositionsfreiheit wieder gewonnen, wie auch der Auftraggeber. Wenn die Antragstellerin verneine, ein Teilnahmeantrag sei nur im Nachprüfungsverfahren betreffend Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung zulässig, sei dies unrichtig, weil unter Anwendung der Entscheidung „Koppensteiner" der Teilnahmeantragstellerin jedenfalls auch Parteistellung zuzuerkennen sei.

Die Antragstellerin hat sich gegen den Teilnahmeantrag ausgesprochen und beantragt, diesen als unzulässig zurückzuweisen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen 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 und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 25.1.2006 folgende weitere Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin mit Bekanntmachung im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 8/05 vom 24.2.2005 insgesamt 23 offene Verfahren im Unterschwellenbereich zum Zwecke der Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Bauleistungen (Malerarbeiten) im Zeitraum vom 1.11.2005 bis 31.10.2008 an diversen Objekten in den 23 Wiener Bezirken ausgeschrieben. Die Ausschreibungsbedingungen wurden von keinem Bieter angefochten. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Bestbieter nach den eingangs wiedergegebenen Zuschlagskriterien ermittelt werden soll. Diese Zuschlagskriterien werden in den ergänzenden Vertragsbestimmungen zur Ausschreibung auf insgesamt sechs Seiten näher dargestellt. Auf sie wird, insbesondere auf die Ausführungen zum Zuschlagskriterium 3 (zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung), um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen, zumal sie den am Verfahren Beteiligten ohnedies bekannt sind.

Die Angebotsfrist endete am 11.5.2005, die Angebotseröffnungen fanden am 11.5.2005, zeitlich gestaffelt ab 9.00 Uhr statt. Dabei wurden die Angebote der Antragstellerin für die vier Bezirke als jene mit dem jeweils niedrigsten Preis verlesen.

Mit den der Antragstellerin im Faxwege am 22.8.2005 (2. und 10. Bezirk) und am 23.8.2005 (11. und 20. Bezirk) zugegangenen Schreiben je vom 16.8.2005 hat die Antragsgegnerin den Widerruf der vier Ausschreibungen mitgeteilt. Diese Schreiben haben folgenden Wortlaut:

„Die Magistratsabteilung 34 teilt mit, dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 bis 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotseröffnung vom 11. Mai 2005 gemäß BVergG 2002 § 105 Abs. 1 widerrufen wird." Die Widerrufe wurden im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 34 vom 25.8.2005 bekannt gegeben. Eine Mitteilung der Gründe für die Widerrufe wurde den Bietern mit Verständigung vom 7./8.9.2005 gegeben. „Die Magistratsabteilung 34 teilt mit, dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 bis 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotseröffnung vom 11. Mai 2005 gemäß BVergG 2002 Paragraph 105, Absatz eins, widerrufen wird." Die Widerrufe wurden im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 34 vom 25.8.2005 bekannt gegeben. Eine Mitteilung der Gründe für die Widerrufe wurde den Bietern mit Verständigung vom 7./8.9.2005 gegeben.

Die Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidungen sind am 6.9.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ausdrücklich erklärt, dass sie sich weiterhin an ihre Angebote gebunden erachte (Seite 3).

Die Teilnahmeantragstellerin wurde von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens betreffend den 2. Bezirk am 8.9.2005 verständigt. Ihr Teilnahmeantrag ist am 15.9.2005 eingelangt. In der mündlichen Verhandlung vom 25.1.2006 hat die Teilnahmeantragstellerin erklärt, dass alle Angebote, auch das ihre, nicht mehr gültig seien, sie habe ein Interesse „dass es eine neue Ausschreibung gibt" (Seite 3).

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Ein weiteres Beweisverfahren ist nicht erforderlich, zumal es sich ausschließlich um die Beurteilung von Rechtsfragen handelt.

Dazu hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Zu den Anträgen der Antragstellerin:

Es trifft zu, dass nach § 20 Z 13 BVergG 2002 der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungen nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote widerrufen und sich in ihrer Widerrufsentscheidung auf die Bestimmung des § 105 Abs. 1 BVergG 2002 bezogen. Es trifft zu, dass nach Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungen nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote widerrufen und sich in ihrer Widerrufsentscheidung auf die Bestimmung des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 bezogen.

Im Falle eines Widerrufs besteht nach § 13 Abs. 2 WVRG für einen Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, lediglich die Möglichkeit zu einem Antrag auf Feststellung, dass (Z 3) der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Eine Nichtigerklärung des „Widerrufes“ ist expressis verbis weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch in sonstigen Bestimmungen des nationalen Rechtes vorgesehen. Im Falle eines Widerrufs besteht nach Paragraph 13, Absatz 2, WVRG für einen Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, lediglich die Möglichkeit zu einem Antrag auf Feststellung, dass (Ziffer 3,) der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Eine Nichtigerklärung des „Widerrufes“ ist expressis verbis weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch in sonstigen Bestimmungen des nationalen Rechtes vorgesehen.

Bisher war sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre die Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung unklar bzw. strittig (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 577ff und die zahlreich dort zitierten Belegstellen; Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Rz 151f zu § 162). Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Hospital-Ingenieure mit Urteil vom 18.6.2002, Rs C-92/00, bereits klargestellt, dass Art. 1 Abs. 1 der Rechtsmittellinie dahin auszulegen ist, „dass die nationalen Vorschriften vorsehen müssen, dass auch der Widerruf auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann.“ Bisher war sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre die Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung unklar bzw. strittig vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 577ff und die zahlreich dort zitierten Belegstellen; Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Rz 151f zu Paragraph 162.). Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Hospital-Ingenieure mit Urteil vom 18.6.2002, Rs C-92/00, bereits klargestellt, dass Artikel eins, Absatz eins, der Rechtsmittellinie dahin auszulegen ist, „dass die nationalen Vorschriften vorsehen müssen, dass auch der Widerruf auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann.“

Umstritten war vor allem, ob der Widerruf mit dem Ziel seiner Nichtigerklärung bekämpfbar sein muss, bzw. welche Änderungen des Bundesvergabegesetzes erforderlich sind, um die europarechtlichen Vorgaben umzusetzen.

In dieser Hinsicht schafft nun das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 2.6.2005, Rs C-15/04, in der Rechtssache Koppensteiner GmbH gegen Bundesimmobilien Gesellschaft mbH Klarheit. In diesem Urteil (Randnummer 29) erinnert der EuGH unter Hinweis auf sein Urteil in der Rechtssache Hospital-Ingenieure daran, dass er in dieser Entscheidung festgestellt hat, „dass die Entscheidungen über den Widerruf der Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages zu den Entscheidungen gehört, für die die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 89/665 Nachprüfungsverfahren einführen müssen, um sicher zu stellen, dass die Regelung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, beachtet werden (Randnummer 54), und dass die vollständige Verwirklichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles vereitelt würde, wenn die öffentlichen Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag

widerrufen könnten, ohne dass dies den Verfahren der gerichtlichen Nachprüfung unterläge, mit denen in jeder Hinsicht sichergestellt werden soll, dass die Vergaberichtlinien und die Grundsätze, auf die sie sich stützen, tatsächlich beachtet werden (Randnummer 53)."

Weiters führt der EuGH aus, dass er in diesem Urteil bereits entschieden hat, „dass nach den Artikeln 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 b der Richtlinie 89/665 die Entscheidung eines Auftraggebers, die Ausschreibung für einen öffentlichen Auftrag zu widerrufen, in einem Nachprüfungsverfahren überprüft, gegebenenfalls aufgehoben werden kann, weil sie gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, verstößt (Randnummer 30). Ist es also einem Bieter nach nationalem Recht, auch wenn es gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt wird, nicht möglich, eine Entscheidung über den Widerruf einer Ausschreibung mit der Begründung anzufechten, dass sie gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße, und aus diesem Grund ihre Aufhebung zu verlangen, so genügt das nationale Recht nicht den Anforderungen der Artikel 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 b der Richtlinien 89/665" (Randnummer. 31). Weiters führt der EuGH aus, dass er in diesem Urteil bereits entschieden hat, „dass nach den Artikeln 1 Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinie 89/665 die Entscheidung eines Auftraggebers, die Ausschreibung für einen öffentlichen Auftrag zu widerrufen, in einem Nachprüfungsverfahren überprüft, gegebenenfalls aufgehoben werden kann, weil sie gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, verstößt (Randnummer 30). Ist es also einem Bieter nach nationalem Recht, auch wenn es gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt wird, nicht möglich, eine Entscheidung über den Widerruf einer Ausschreibung mit der Begründung anzufechten, dass sie gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße, und aus diesem Grund ihre Aufhebung zu verlangen, so genügt das nationale Recht nicht den Anforderungen der Artikel 1 Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinien 89/665" (Randnummer. 31).

In dem der Rechtssache „Koppensteiner“ zugrunde liegenden Verfahren hat das Bundesvergabeamt darauf hingewiesen, dass es bei einem offenen Vergabeverfahren nach österreichischem Recht ausgeschlossen sei, in einem Nachprüfungsverfahren Entscheidungen zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben, mit denen eine Ausschreibung nach der Angebotsöffnung widerrufen wurde. Unter Hinweis auf seine bereits im Urteil Hospital-Ingenieure vertretene Ansicht, dass die Artikel 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 b der Richtlinie 89/665 einen solchen Ausschluss der Prüfmöglichkeit entgegenstehen, hat der EuGH nunmehr eindeutig klargestellt, dass die Bestimmungen der Richtlinie 89/665 unbedingt und hinreichend genau sind, um ein Recht für einen Einzelnen zu begründen, auf das sich dieser gegebenenfalls gegenüber einer Vergabebehörde berufen kann. Letztlich hat der EuGH ausgeführt, dass „das zuständige Gericht ... daher verpflichtet ist, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtung aus den Artikeln 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 b der Richtlinie 89/665 zu beachten.“ In dem der Rechtssache „Koppensteiner“ zugrunde liegenden Verfahren hat das Bundesvergabeamt darauf hingewiesen, dass es bei einem offenen Vergabeverfahren nach österreichischem Recht ausgeschlossen sei, in einem Nachprüfungsverfahren Entscheidungen zu überprüfen und gegebenenfalls aufzuheben, mit denen eine Ausschreibung nach der Angebotsöffnung widerrufen wurde. Unter Hinweis auf seine bereits im Urteil Hospital-Ingenieure vertretene Ansicht, dass die Artikel 1 Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinie 89/665 einen solchen Ausschluss der Prüfmöglichkeit entgegenstehen, hat der EuGH nunmehr eindeutig klargestellt, dass die Bestimmungen der Richtlinie 89/665 unbedingt und hinreichend genau sind, um ein Recht für einen Einzelnen zu begründen, auf das sich dieser gegebenenfalls gegenüber einer Vergabebehörde berufen kann. Letztlich hat der EuGH ausgeführt, dass „das zuständige Gericht ... daher verpflichtet ist, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtung aus den Artikeln 1 Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinie 89/665 zu beachten.“

In analoger Anwendung der in RZ 35 genannten Ausführungen ist festzustellen, dass nach den anwendbaren nationalen Vorschriften der Vergabekontrollsenat des Landes Wien für die Nachprüfung von „Entscheidungen“ im Sinne des Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 EWG zuständig ist, die von öffentlichen Auftraggebern in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge getroffen werden (§ 2 WVRG). In analoger Anwendung der in RZ 35 genannten Ausführungen ist festzustellen, dass nach den anwendbaren nationalen Vorschriften der Vergabekontrollsenat des Landes Wien für die Nachprüfung von „Entscheidungen“ im Sinne des Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 EWG zuständig ist, die von öffentlichen Auftraggebern in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge getroffen werden (Paragraph 2, WVRG).

Vorliegend ist unstrittig, dass es sich bei den gegenständlichen beiden Vergabeverfahren um solche den

Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegende Ausschreibungen durch einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Es sind daher grundsätzlich die Bestimmungen des BVergG 2002 auf das gegenständliche Verfahren anzuwenden, diese sehen jedoch eine Anfechtung des Widerrufs (nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht vor.

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden richtet sich danach, ob es sich um eine Vergabe eines öffentlichen Auftraggebers im Vollziehungsbereich des Bundes oder des Landes handelt. Ist der öffentliche Auftraggeber ein Bundesland, eine Gemeinde oder sonst eine Organisationseinheit der Länder und Gemeinden, ist zur Kontrolle des Vergabeverfahrens die nach landesgesetzlichen Vorschriften eingerichtete Nachprüfungsbehörde berufen. Die Nachprüfung von Entscheidungen im Zuge einer öffentlichen Auftragsvergabe hat durch den für das Land Wien eingerichteten Vergabekontrollsenat entsprechend den Vorgaben des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes zu erfolgen (§ 1 WVRG). Danach steht fest, dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien eine, wie vom EuGH gefordert, nach nationalem Recht eingerichtete Nachprüfungsbehörde ist, die zur Nachprüfung von Entscheidungen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 grundsätzlich berufen ist (vgl. Randnummer 35 im Urteil „Koppensteiner“). Weiters ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass § 184 Abs. 2 BVergG 2002 zur Frage der Zuständigkeit und des Verfahrens festlegt, dass eine Schadenersatzklage eines Bieters gegen den Auftraggeber auf Grund eines Verstoßes gegen das BVergG 2002 nur dann zulässig ist, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technischen wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, bzw. ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz rechtswidrig war. Unbeschadet des Absatzes 3 des § 184 BVergG 2002 sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt an eine solche Feststellung gebunden. Damit ist die Durchführung eines Feststellungsverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde eine „Zulässigkeitsvoraussetzung“ für die Anrufung der ordentlichen Gerichte. Dies bedeutet, dass eine Klage dann zurückzuweisen ist, wenn sie eingebracht wurde, ohne dass das Verfahren vor den Vergabekontrollbehörden durchlaufen wurde. Gemäß Paragraph 11, Absatz eins, WVRG ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden richtet sich danach, ob es sich um eine Vergabe eines öffentlichen Auftraggebers im Vollziehungsbereich des Bundes oder des Landes handelt. Ist der öffentliche Auftraggeber ein Bundesland, eine Gemeinde oder sonst eine Organisationseinheit der Länder und Gemeinden, ist zur Kontrolle des Vergabeverfahrens die nach landesgesetzlichen Vorschriften eingerichtete Nachprüfungsbehörde berufen. Die Nachprüfung von Entscheidungen im Zuge einer öffentlichen Auftragsvergabe hat durch den für das Land Wien eingerichteten Vergabekontrollsenat entsprechend den Vorgaben des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes zu erfolgen (Paragraph eins, WVRG). Danach steht fest, dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien eine, wie vom EuGH gefordert, nach nationalem Recht eingerichtete Nachprüfungsbehörde ist, die zur Nachprüfung von Entscheidungen im Sinne des Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 grundsätzlich berufen ist vergleiche Randnummer 35 im Urteil „Koppensteiner“). Weiters ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass Paragraph 184, Absatz 2, BVergG 2002 zur Frage der Zuständigkeit und des Verfahrens festlegt, dass eine Schadenersatzklage eines Bieters gegen den Auftraggeber auf Grund eines Verstoßes gegen das BVergG 2002 nur dann zulässig ist, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technischen wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, bzw. ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz rechtswidrig war. Unbeschadet des Absatzes 3 des Paragraph 184, BVergG 2002 sind das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt an eine solche Feststellung gebunden. Damit ist die Durchführung eines Feststellungsverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde eine „Zulässigkeitsvoraussetzung“ für die Anrufung der ordentlichen Gerichte. Dies bedeutet, dass eine Klage dann zurückzuweisen ist, wenn sie eingebracht wurde, ohne dass das Verfahren vor den Vergabekontrollbehörden durchlaufen wurde.

Die Antragsgegnerin – die offenbar die Zulässigkeit der Anfechtung eines Widerrufs im Oberschwellenbereich bejaht – hält eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates als Nachprüfungsbehörde gegenständlich jedoch für nicht gegeben, weil es sich bei den widerrufenen Vergabeverfahren um die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich gehandelt hat. Sie argumentiert dazu, dass die Rechtsmittellinie 89/665 EWG den Rechtsschutz nur für jene Aufträge regelt, wenn ein Vorhaben der Baurichtlinie, der Dienstleistungsrichtlinie oder der Lieferrichtlinie

unterliegt. Allen diesen Vergaberichtlinien sei gemeinsam, dass sie nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich regeln. Die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittellinie – RL 89/665/EWG könnten sich daher nur auf den Oberschwellenbereich beziehen, weshalb weder die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittelrichtlinie noch die Urteile des EuGH bei Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich zu beachten wären.

Dieser Argumentation vermag der Vergabekontrollsenat, wie bereits in seinem Bescheid vom 30.9.2005, Zl. VKS – 2648/05 dargestellt, nicht zu folgen.

Die mehrfach zitierten Urteile des EuGH, auf welche sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stützt, sind zwar zu Aufträgen im Oberschwellenbereich ergangen, diese Rechtssprechung ist allerdings auch für Aufträge im Unterschwellenbereich relevant. Denn nach der Rechtssprechung des EuGH sind auch für Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen, die Regelungen des EG-Vertrages zu beachten (vgl. EuGH vom 7.12.2001, Rs C- 324/98). Danach sind öffentliche Auftraggeber bei Durchführung von Vergabeverfahren, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen – wie etwa Beschaffungen im Unterschwellenbereich – zur Einhaltung der Grundregeln des EG-Vertrages verpflichtet. Auch aus den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages und damit der diesbezüglichen Judikatur des EuGH ist die Anfechtbarkeit des Widerrufs auch im Unterschwellenbereich zwingend zu bejahen. Den einzelnen Bietern ist in Art. 12 EGV unbestritten ein Recht auf Nichtdiskriminierung und Transparenz eingeräumt. Diese Grundsätze haben auch bei Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich Anwendung zu finden, weil sonst die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich gemacht würde (vgl. EuGH 15.9.1998, Rs C-231/96, 14.12.1995, Rs C- 312/93). Die mehrfach zitierten Urteile des EuGH, auf welche sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin stützt, sind zwar zu Aufträgen im Oberschwellenbereich ergangen, diese Rechtssprechung ist allerdings auch für Aufträge im Unterschwellenbereich relevant. Denn nach der Rechtssprechung des EuGH sind auch für Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen, die Regelungen des EG-Vertrages zu beachten (vergleiche EuGH vom 7.12.2001, Rs C- 324/98). Danach sind öffentliche Auftraggeber bei Durchführung von Vergabeverfahren, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen – wie etwa Beschaffungen im Unterschwellenbereich – zur Einhaltung der Grundregeln des EG-Vertrages verpflichtet. Auch aus den primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages und damit der diesbezüglichen Judikatur des EuGH ist die Anfechtbarkeit des Widerrufs auch im Unterschwellenbereich zwingend zu bejahen. Den einzelnen Bietern ist in Artikel 12, EGV unbestritten ein Recht auf Nichtdiskriminierung und Transparenz eingeräumt. Diese Grundsätze haben auch bei Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich Anwendung zu finden, weil sonst die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich gemacht würde (vergleiche EuGH 15.9.1998, Rs C-231/96, 14.12.1995, Rs C- 312/93).

Auch der Verfassungsgerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, „bei der Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich auf eine außenwirksame Regelung, die den Bewerbern und Bietern wenigstens ein Minimum an Verfahrensgarantien zur Verfügung stellt, gänzlich zu verzichten und die Bewerber und Bieter damit vom vergabespezifischen Rechtsschutz generell auszuschließen“ (VfGH vom 23.2.2004, G 230-233/03 u.a.). Mit diesem Erkenntnis hat der Verfassungsgerichtshof im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens die seinerzeit für Bauaufträge geltende Schwellenwertregelung des § 1 Abs. 1 Z 2 WLVerG als verfassungswidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass ein Nichtzulassen des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht. Aufträge im „Unterschwellenbereich“ unterliegen daher grundsätzlich den selben Vergaberegeln wie Aufträge im „Oberschwellenbereich“ sowie dem speziell eingerichteten Rechtsschutz durch Vergabekontrollbehörden. So sieht weder das BVerG 2002 noch das WVRG eine derartige strenge Trennung, vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz, nicht mehr vor (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², S 70f). Es ist also die im EuGH Urteil „Koppensteiner“ vorgenommene Rechtsauslegung auch auf Verfahren im Unterschwellenbereich anzuwenden, zumal der österreichische Gesetzgeber auch für den Unterschwellenbereich Rechtsschutzmaßnahmen gesetzlich verankert hat. Wollte man – der Ansicht der Antragsgegnerin folgend – gegenständlich die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates verneinen, weil es sich um Bauaufträge im Unterschwellenbereich handelt, und den Antragsteller auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen, würde dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung führen, die weder den gemeinschaftsrechtlichen noch den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht (vgl. VfSlg. 15106/1998). Auch der Verfassungsgerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, „bei der Vergabe von

Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich auf eine außenwirksame Regelung, die den Bewerbern und Bieter wenigstens ein Minimum an Verfahrensgarantien zur Verfügung stellt, gänzlich zu verzichten und die Bewerber und Bieter damit vom vergabespezifischen Rechtsschutz generell auszuschließen" (VfGH vom 23.2.2004, G 230-233/03 u.a.). Mit diesem Erkenntnis hat der Verfassungsgerichtshof im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens die seinerzeit für Bauaufträge geltende Schwellenwertregelung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 2, WLVergG als verfassungswidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass ein Nichtzulassen des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht. Aufträge im „Unterschwellenbereich“ unterliegen daher grundsätzlich den selben Vergaberegeln wie Aufträge im „Oberschwellenbereich“ sowie dem speziell eingerichteten Rechtsschutz durch Vergabekontrollbehörden. So sieht weder das BVergG 2002 noch das WVRG eine derartige strenge Trennung, vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz, nicht mehr vor (vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², S 70f). Es ist also die im EuGH Urteil „Koppensteiner“ vorgenommene Rechtsauslegung auch auf Verfahren im Unterschwellenbereich anzuwenden, zumal der österreichische Gesetzgeber auch für den Unterschwellenbereich Rechtsschutzmaßnahmen gesetzlich verankert hat. Wollte man – der Ansicht der Antragsgegnerin folgend – gegenständlich die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates verneinen, weil es sich um Bauaufträge im Unterschwellenbereich handelt, und den Antragsteller auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen, würde dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung führen, die weder den gemeinschaftsrechtlichen noch den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht (vergleiche VfSlg. 15106 aus 1998,).

Aufträge im „Unterschwellenbereich“ unterliegen daher grundsätzlich denselben Vergaberegeln wie Aufträge im „Oberschwellenbereich“ sowie dem speziell eingerichteten Rechtsschutz durch Vergabekontrollbehörden.

Ausgehend von diesen Überlegungen erachtet sich der Vergabekontrollsenat als Nachprüfungsbehörde in Vergabeverfahren zur Behandlung der gegenständlichen Anträge auf Nichtigerklärung der Widerrufe für zuständig (vgl. VKS Wien vom 11.11.2005, VKS-2781/05 u.a.). Ausgehend von diesen Überlegungen erachtet sich der Vergabekontrollsenat als Nachprüfungsbehörde in Vergabeverfahren zur Behandlung der gegenständlichen Anträge auf Nichtigerklärung der Widerrufe für zuständig (vergleiche VKS Wien vom 11.11.2005, VKS-2781/05 u.a.).

Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist grundsätzlich für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigerklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (§§ 11 und 13 Abs. 1 WVRG). Der Vergabekontrollsenat ist daher – ungeachtet dessen, dass es sich nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 beim Widerruf einer Ausschreibung nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handelt – zur Nachprüfung von „Entscheidungen“ im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 zuständig, die von Vergabebehörden im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge getroffen werden. Diese Zuständigkeit ist gemäß den nationalen Bestimmungen des § 13 Abs. 2 Z 3 WVRG jedoch auf die Feststellung, dass der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war, eingeschränkt. Eine Nichtigerklärung des Widerrufs ist weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch im WVRG vorgesehen. Im Hinblick auf die klare Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Koppensteiner“ hat daher der Vergabekontrollsenat als zur Nachprüfung berufene Stelle im Falle des Widerrufs nach Ende der Angebotsfrist wegen der unmittelbaren Vorrangwirkung der Rechtsmittelrichtlinie und des Urteils des EuGH in der Rechtssache „Koppensteiner“ diese entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen. Dies bedeutet für die vorliegenden Fälle, dass der Vergabekontrollsenat unter unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie zu prüfen hat, ob der bekämpfte Widerruf gegebenenfalls als nichtig aufzuheben ist, wobei jene Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. des WVRG, die eine solche Entscheidung an sich nicht vorsehen, unangewendet bleiben. Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist grundsätzlich für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigerklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (Paragraphen 11 und 13 Absatz eins, WVRG). Der Vergabekontrollsenat ist daher – ungeachtet dessen, dass es sich nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 beim Widerruf einer Ausschreibung nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handelt – zur Nachprüfung von „Entscheidungen“ im Sinne des Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 zuständig, die von Vergabebehörden im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge getroffen werden. Diese Zuständigkeit ist gemäß den nationalen Bestimmungen des Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 3, WVRG jedoch auf die Feststellung, dass der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war, eingeschränkt. Eine Nichtigerklärung des Widerrufs ist weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch im WVRG vorgesehen. Im Hinblick auf die klare Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Koppensteiner“ hat daher

der Vergabekontrollsenat als zur Nachprüfung berufene Stelle im Falle des Widerrufs nach Ende der Angebotsfrist wegen der unmittelbaren Vorrangwirkung der Rechtsmittelrichtlinie und des Urteils des EuGH in der Rechtssache „Koppensteiner“ diese entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen. Dies bedeutet für die vorliegenden Fälle, dass der Vergabekontrollsenat unter unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie zu prüfen hat, ob der bekämpfte Widerruf gegebenenfalls als nichtig aufzuheben ist, wobei jene Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. des WVRG, die eine solche Entscheidung an sich nicht vorsehen, unangewendet bleiben.

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. 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 in ihren Anträgen ausreichend ihr Interesse an den Vertragsabschlüssen dargestellt, vor allem dass sie mit ihren Angeboten in den hier zu prüfenden vier Vergabeverfahren jeweils mit ihren Angebotspreisen an erster Stelle gereiht wurde. Nach der Aktenlage hat die Antragsgegnerin eine Bearbeitung der eingelangten Angebote noch nicht vorgenommen, sodass eine Reihung der Angebote der Antragstellerin noch nicht vorliegt, weshalb von den Ergebnissen der Angebotsöffnung auszugehen war. Jedenfalls kann der Antragstellerin eine Chance auf die Erlangung der ausgeschriebenen Aufträge bei Fortführung der Vergabeverfahren von vornherein nicht abgesprochen werden. Dass die Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ist, ist unstrittig, sie hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einbringung des Nachprüfungsantrages im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG unterrichtet hat. Der der Antragstellerin bei Nichterlangung der Aufträge drohende Schaden wurde gerade noch ausreichend dargestellt. Die Anträge entsprechen auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG, soweit man von Anträgen auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgeht. Die Anträge sind auch rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG gestellt worden. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Bei den gegenständlichen Leistungen handelt es sich um die Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Unterschwellenbereich (§ 3 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002). Die Antragstellerin hat in ihren Anträgen ausreichend ihr Interesse an den Vertragsabschlüssen dargestellt, vor allem dass sie mit ihren Angeboten in den hier zu prüfenden vier Vergabeverfahren jeweils mit ihren Angebotspreisen an erster Stelle gereiht wurde. Nach der Aktenlage hat die Antragsgegnerin eine Bearbeitung der eingelangten Angebote noch nicht vorgenommen, sodass eine Reihung der Angebote der Antragstellerin noch nicht vorliegt, weshalb von den Ergebnissen der Angebotsöffnung auszugehen war. Jedenfalls kann der Antragstellerin eine Chance auf die Erlangung der ausgeschriebenen Aufträge bei Fortführung der Vergabeverfahren von vornherein nicht abgesprochen werden. Dass die Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ist, ist unstrittig, sie hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerin rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einbringung des Nachprüfungsantrages im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG unterrichtet hat. Der der Antragstellerin bei Nichterlangung der Aufträge drohende Schaden wurde gerade noch ausreichend dargestellt. Die Anträge entsprechen auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, soweit man von Anträgen auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgeht. Die Anträge sind auch rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG gestellt worden. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Bei den gegenständlichen Leistungen handelt es sich um die Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Unterschwellenbereich (Paragraph 3, Absatz eins und 9 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2002).

Der Vergabekontrollsenat wertet im Sinne der oben wiedergegebenen Überlegungen den gegenständlichen Widerruf als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 BVergG 2002 und hat zur Beurteilung der formalen Voraussetzungen und der Einhaltung der Fristen die Bestimmungen, soweit sie für das Nichtigerklärungsverfahren nach § 13 Abs. 1 WVRG gelten, im Sinne einer gemeinschaftsrechtlich gebotenen Auslegung analog angewendet. Der Vergabekontrollsenat wertet im Sinne der oben wiedergegebenen Überlegungen den gegenständlichen Widerruf als

gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 und hat zur Beurteilung der formalen Voraussetzungen und der Einhaltung der Fristen die Bestimmungen, soweit sie für das Nichtigerklärungsverfahren nach Paragraph 13, Absatz eins, WVRG gelten, im Sinne einer gemeinschaftsrechtlich gebotenen Auslegung analog angewendet.

Die Antragsgegnerin hat die Widerrufe ihrer Ausschreibungen zunächst mit der Begründung mitgeteilt bzw. im Amtsblatt der Stadt Wien kundgemacht, „dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 bis 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotseröffnung vom 11. Mai 2005, gemäß BVergG 2002 § 105 Abs. 1 widerrufen wird“. Wenn auch im Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrages (6.9.2005) zweifelhaft sein konnte, ob ein den Bestimmungen des § 105 BVergG 2002 entsprechender Widerruf mangels ausreichender Verständigung der Bieter (Abs. 4 leg. cit.) überhaupt vorlag, so geht die Antragsgegnerin selbst von der Gültigkeit des Widerrufs aus, sodass sie eine darüber hinausgehende Informationspflicht nicht getroffen habe, zumal „dem Nachprüfungswerber die Gründe für unseren Widerruf auch sehr wohl bekannt“ waren (Schriftsatz vom 12.9.2005). Dieser Mangel wurde von der Antragsgegnerin dennoch im Faxwege am 7. und 8.9.2005 behoben, sodass auch eine Verständigung der Bieter von den Gründen des Widerrufs im Sinne des § 105 Abs. 4 BVergG 2002 vorliegt. Die Antragsgegnerin hat die Widerrufe ihrer Ausschreibungen zunächst mit der Begründung mitgeteilt bzw. im Amtsblatt der Stadt Wien kundgemacht, „dass die Ausschreibung für die Rahmenverträge Malerarbeiten 1.11.2005 bis 31.10.2008 im oben angeführten Objekt, Angebotseröffnung vom 11. Mai 2005, gemäß BVergG 2002 Paragraph 105, Absatz eins, widerrufen wird“. Wenn auch im Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrages (6.9.2005) zweifelhaft sein konnte, ob ein den Bestimmungen des Paragraph 105, BVergG 2002 entsprechender Widerruf mangels ausreichender Verständigung der Bieter (Absatz 4, leg. cit.) überhaupt vorlag, so geht die Antragsgegnerin selbst von der Gültigkeit des Widerrufs aus, sodass sie eine darüber hinausgehende Informationspflicht nicht getroffen habe, zumal „dem Nachprüfungswerber die Gründe für unseren Widerruf auch sehr wohl bekannt“ waren (Schriftsatz vom 12.9.2005). Dieser Mangel wurde von der Antragsgegnerin dennoch im Faxwege am 7. und 8.9.2005 behoben, sodass auch eine Verständigung der Bieter von den Gründen des Widerrufs im Sinne des Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 vorliegt.

Die Anträge auf Nichtigerklärung der Widerrufe sind aber auch im Ergebnis berechtigt.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungen nach Ablauf der Angebotsfrist (und nach Angebotsöffnung) unter Bezugnahme auf § 105 Abs. 1 BVergG 2002 widerrufen hat. Danach ist eine Ausschreibung zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die Antragsgegnerin begründet das Vorliegen dieser Voraussetzungen damit, dass die Vergabe der von ihr ausgeschriebenen Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollte. Als Zuschlagskriterien seien dabei der Preis mit 90 %, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 % und der Nachweis zertifizierter Abläufe der Leistungserbringung mit 5 % angegeben worden. Ein zwingender Widerrufsgrund liege deshalb vor, weil der Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Bescheid vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, in einem Nachprüfungsverfahren betreffend „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ die Ausschreibung für nichtig erklärt habe, da er das Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für rechtswidrig erachtet hat. Da die Antragsgegnerin für die gegenständlichen Ausschreibungen ebenso dieses Zuschlagskriterium vorgesehen hatte, wäre sie verpflichtet gewesen, den Widerruf der Ausschreibung vorzunehmen, weil sonst das Vergabeverfahren mit dem gleichen Mangel behaftet gewesen wäre, wie jenes, in dem die Ausschreibung für nichtig erklärt wurde. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ihre Ausschreibungen nach Ablauf der Angebotsfrist (und nach Angebotsöffnung) unter Bezugnahme auf Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 widerrufen hat. Danach ist eine Ausschreibung zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die Antragsgegnerin begründet das Vorliegen dieser Voraussetzungen damit, dass die Vergabe der von ihr ausgeschriebenen Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollte. Als Zuschlagskriterien seien dabei der Preis mit 90 %, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 % und der Nachweis zertifizierter Abläufe der Leistungserbringung mit 5 % angegeben worden. Ein zwingender Widerrufsgrund liege deshalb vor, weil der Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Bescheid vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, in einem Nachprüfungsverfahren betreffend „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ die Ausschreibung für nichtig erklärt habe, da er das

Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für rechtswidrig erachtet hat. Da die Antragsgegnerin für die gegenständlichen Ausschreibungen ebenso dieses Zuschlagskriterium vorgesehen hatte, wäre sie verpflichtet gewesen, den Widerruf der Ausschreibung vorzunehmen, weil sonst das Vergabeverfahren mit dem gleichen Mangel behaftet gewesen wäre, wie jenes, in dem die Ausschreibung für nichtig erklärt wurde.

Dieser Argumentation vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu folgen (vgl. VKS – 2648/05 uva). Die Antragsgegnerin übersieht nämlich, dass im Nachprüfungsverfahren „Spenglerarbeiten“ von einem Bieter die Ausschreibungsbedingungen angefochten wurden, sich jenes Vergabeverfahren damit im Stadium vor Abgabe der Angebote bzw. der Angebotsöffnung befunden hat. In den gegenständlichen beiden Vergabeverfahren wurden die Ausschreibungsbestimmungen jedoch von keinem der Bieter angefochten, sie sind daher von allen Beteiligten, auch der Antragsgegnerin, den Vergabeverfahren als unbekämpft geblieben, zugrunde zu legen. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende oder Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel) sondern auch „(fundamentale) Rechtswidrigkeiten“ erfasst sind, die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, die nicht innerhalb der vom BVergG 2002 vorgesehenen Frist angefochten werden, werden daher – was den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entspricht – unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 583 f und die zahlreich dort zitierten Belegstellen). Dieser Argumentation vermag der Vergabekontrollsenat nicht zu folgen vergleiche VKS – 2648/05 uva). Die Antragsgegnerin übersieht nämlich, dass im Nachprüfungsverfahren „Spenglerarbeiten“ von einem Bieter die Ausschreibungsbedingungen angefochten wurden, sich jenes Vergabeverfahren damit im Stadium vor Abgabe der Angebote bzw. der Angebotsöffnung befunden hat. In den gegenständlichen beiden Vergabeverfahren wurden die Ausschreibungsbestimmungen jedoch von keinem der Bieter angefochten, sie sind daher von allen Beteiligten, auch der Antragsgegnerin, den Vergabeverfahren als unbekämpft geblieben, zugrunde zu legen. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende oder Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel) sondern auch „(fundamentale) Rechtswidrigkeiten“ erfasst sind, die das gesamte Verfahren (das heißt alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, die nicht innerhalb der vom BVergG 2002 vorgesehenen Frist angefochten werden, werden daher – was den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entspricht – unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 583 f und die zahlreich dort zitierten Belegstellen).

Selbst eine mangelhafte Umschreibung von Zuschlagskriterien kann daher grundsätzlich im Rahmen der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr als Mangel der Ausschreibung aufgegriffen werden. Ebenso wenig kann der Auftraggeber wegen solcher Mängel verpflichtet sein, die Ausschreibung gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 zu widerrufen (vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 585 f). Selbst eine mangelhafte Umschreibung von Zuschlagskriterien kann daher grundsätzlich im Rahmen der Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr als Mangel der Ausschreibung aufgegriffen werden. Ebenso wenig kann der Auftraggeber wegen solcher Mängel verpflichtet sein, die Ausschreibung gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 zu widerrufen vergleiche Heid/Preslmayr, Vergaberecht², 585 f).

Worin inhaltlich gesehen somit eine wesentliche Änderung in den Voraussetzungen zur Ausschreibung der gegenständlichen Rahmenverträge gelegen sein soll, die zu einer anderen Ausschreibung geführt hätte, wird von der Antragsgegnerin nicht dargelegt. Aus der Aktenlage ist auch nicht ersichtlich, wieso eine Nichtberücksichtigung des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe“ zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen geführt hätte, bzw. warum dessen Berücksichtigung aufgrund der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen nicht zu den Vorschriften des Bundesvergaberechtes entsprechenden Zuschlägen führen sollte. Immerhin haben zahlreiche Bieter die von ihnen verlangten Zertifizierungen nachgewiesen. Der Mangel des Nachweises der Zertifizierung würde auch nicht zur Ausscheidung des Angebotes führen, sondern nur zu einem Punkteverlust im Rahmen der Bewertung. Nur dann, wenn sich nach Bekanntmachung der Ausschreibung Umstände ergeben hätten, die eine Ausschreibung überhaupt ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, könnte ein Widerrufsgrund nach § 105 Abs. 1 BVergG 2002 angenommen werden. Das Vorliegen derartiger Gründe wurde weder ausreichend behauptet, noch liegen sie vor. Nur dann, wenn die Ausschreibung mit derartig gravierenden Mängeln behaftet wäre, dass letztlich eine Zuschlagsentscheidung überhaupt nicht möglich wäre, könnte dies einen tauglichen Widerrufsgrund abgeben. Dies bedeutet vorliegend, dass sich der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote an die von ihm festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen

zu halten hat, da sie nicht rechtzeitig angefochten worden sind. Die gegenständlichen, von den Bietern nicht angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen geben nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durchaus die Möglichkeit, den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Zuschlagsentscheidungen zu treffen, dies selbst unter Berücksichtigung des Kriteriums „zertifizierter Ablauf der Leistungsbedingungen“ (vgl. BVA 26.1.2004, 10 N-125/03 ua). Warum dies nicht möglich sein sollte, wurde von der Antragsgegnerin weder im Einzelnen behauptet noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben. Eine nach diesen Grundlagen getroffene Zuschlagsentscheidung kann als gesondert anfechtbare Entscheidung gegebenenfalls einer Nachprüfung unterzogen werden. Sollte sich im Zuge einer derartigen Nachprüfung ergeben, dass tatsächlich aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen eine nachvollziehbare Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht möglich war, wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, lässt sich die Zuschlagsentscheidung jedoch anhand der unbeeinspruchten gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigklärung derselben nicht stattzugeben (vgl. ZVB 2002, 109). Die Antragsgegnerin hat als einzigen Grund für den Widerruf angegeben, mit der Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, seien ihre Ausschreibungen „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ wegen Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für nichtig erklärt worden. Abgesehen davon, dass dies nicht der einzige Grund für die Nichtigklärung der genannten Ausschreibungen war (sondern auch eine erschwerte Kalkulierbarkeit der Angebotspreise durch mangelnde Objektbeschreibung, unbegründete Abweichung von Standardleistungsbeschreibungen der Stadt Wien, mangelnde den seinerzeitigen Antragsgegnerinnen zumutbare und mögliche Angaben über die ausgeschriebenen Leistungen etc.) sind beide Sachverhalte nicht vergleichbar, weil – wie bereits ausgeführt – im Verfahren „Spenglerarbeiten“ die Ausschreibung an sich angefochten wurde, während es sich im vorliegenden Fall um die Anfechtung des Widerrufs nach Ablauf der Angebotsfrist handelt. Die Antragsgegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen, da sie nicht bekämpft worden sind, den Vergabeverfahren zugrunde zu legen und davon ausgehend, eine Prüfung der Angebote mit dem Ziel einer Zuschlagsentscheidung – die nach den Ausschreibungsbedingungen durchaus möglich ist – zu treffen. Nur dann, wenn die Ausschreibungsbestimmungen eine objektive und nachvollziehbare Angebotswertung nicht zuließen, könnte ein Widerruf der Ausschreibung gerechtfertigt sein. Ein einen Widerruf rechtfertigender Grund liegt somit nicht vor, weshalb dem Begehren der Antragstellerin folgend, die Widerrufe der gegenständlichen Ausschreibungen unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des EuGH in seinem Urteil „Koppensteiner“ Rs C-15/04, für nichtig zu erklären waren. Worin inhaltlich gesehen somit eine wesentliche Änderung in den Voraussetzungen zur Ausschreibung der gegenständlichen Rahmenverträge gelegen sein soll, die zu einer anderen Ausschreibung geführt hätte, wird von der Antragsgegnerin nicht dargelegt. Aus der Aktenlage ist auch nicht ersichtlich, wieso eine Nichtberücksichtigung des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe“ zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen geführt hätte, bzw. warum dessen Berücksichtigung aufgrund der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen nicht zu den Vorschriften des Bundesvergaberechtes entsprechenden Zuschlägen führen sollte. Immerhin haben zahlreiche Bieter die von ihnen verlangten Zertifizierungen nachgewiesen. Der Mangel des Nachweises der Zertifizierung würde auch nicht zur Ausscheidung des Angebotes führen, sondern nur zu einem Punkteverlust im Rahmen der Bewertung. Nur dann, wenn sich nach Bekanntmachung der Ausschreibung Umstände ergeben hätten, die eine Ausschreibung überhaupt ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, könnte ein Widerrufsgrund nach Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 angenommen werden. Das Vorliegen derartiger Gründe wurde weder ausreichend behauptet, noch liegen sie vor. Nur dann, wenn die Ausschreibung mit derartig gravierenden Mängeln behaftet wäre, dass letztlich eine Zuschlagsentscheidung überhaupt nicht möglich wäre, könnte dies einen tauglichen Widerrufsgrund abgeben. Dies bedeutet vorliegend, dass sich der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote an die von ihm festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen zu halten hat, da sie nicht rechtzeitig angefochten worden sind. Die gegenständlichen, von den Bietern nicht angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen geben nach Ansicht des Vergabekontrollsenates durchaus die Möglichkeit, den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Zuschlagsentscheidungen zu treffen, dies selbst unter Berücksichtigung des Kriteriums „zertifizierter Ablauf der Leistungsbedingungen“ (vergleiche BVA 26.1.2004, 10 N-125/03 ua). Warum dies nicht möglich sein sollte, wurde von der Antragsgegnerin weder im Einzelnen behauptet noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben. Eine nach diesen Grundlagen getroffene Zuschlagsentscheidung kann als gesondert anfechtbare Entscheidung gegebenenfalls einer Nachprüfung unterzogen werden. Sollte sich im Zuge einer derartigen Nachprüfung ergeben, dass tatsächlich aufgrund der

Ausschreibungsbestimmungen eine nachvollziehbare Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht möglich war, wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, lässt sich die Zuschlagsentscheidung jedoch anhand der unbeeinträchtigten gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigerklärung derselben nicht stattzugeben (vergleiche ZVB 2002, 109). Die Antragsgegnerin hat als einzigen Grund für den Widerruf angegeben, mit der Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 14.6.2005, VKS – 1367/05, seien ihre Ausschreibungen „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ wegen Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für nichtig erklärt worden. Abgesehen davon, dass dies nicht der einzige Grund für die Nichtigerklärung der genannten Ausschreibungen war (sondern auch eine erschwerte Kalkulierbarkeit der Angebotspreise durch mangelnde Objektbeschreibung, unbegründete Abweichung von Standardleistungsbeschreibungen der Stadt Wien, mangelnde den seinerzeitigen Antragsgegnerinnen zumutbare und mögliche Angaben über die ausgeschriebenen Leistungen etc.) sind beide Sachverhalte nicht vergleichbar, weil – wie bereits ausgeführt – im Verfahren „Spenglerarbeiten“ die Ausschreibung an sich angefochten wurde, während es sich im vorliegenden Fall um die Anfechtung des Widerrufs nach Ablauf der Angebotsfrist handelt. Die Antragsgegnerin wäre daher verpflichtet gewesen, die von ihr festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen, da sie nicht bekämpft worden sind, den Vergabeverfahren zugrunde zu legen und davon ausgehend, eine Prüfung der Angebote mit dem Ziel einer Zuschlagsentscheidung – die nach den Ausschreibungsbedingungen durchaus möglich ist – zu treffen. Nur dann, wenn die Ausschreibungsbestimmungen eine objektive und nachvollziehbare Angebotswertung nicht zuließen, könnte ein Widerruf der Ausschreibung gerechtfertigt sein. Ein einseitiger Widerruf rechtfertigender Grund liegt somit nicht vor, weshalb dem Begehren der Antragstellerin folgend, die Widerrufe der gegenständlichen Ausschreibungen unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des EuGH in seinem Urteil „Koppensteiner“ Rs C-15/04, für nichtig zu erklären waren.

Da den Hauptbegehren stattgegeben wurde, erübrigte es sich auch auf die von der Antragstellerin gestellten Eventualbegehren näher einzugehen.

Zum Teilnahmeantrag der *** Gesellschaft m.b.H.:

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bejaht der Vergabekontrollsenat seine Zuständigkeit zur Behandlung dieses Antrages aus jenen Überlegungen, wie sie oben bei Behandlung des Antrages auf Nichtigerklärung angestellt wurden. Es sind daher die Bestimmungen des WVRG unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH analog auf den gegenständlichen Teilnahmeantrag anzuwenden.

Gemäß § 16 Abs. 2 WVRG sind in einem Nichtigerklärungsverfahren neben den in Absatz 1 genannten Parteien jene Bieter des Vergabeverfahrens Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. Der Teilnahmeantrag wurde zwar innerhalb der im § 16 Abs. 2 WVRG angeführten Frist gestellt, er war dennoch zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 16, Absatz 2, WVRG sind in einem Nichtigerklärungsverfahren neben den in Absatz 1 genannten Parteien jene Bieter des Vergabeverfahrens Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. Der Teilnahmeantrag wurde zwar innerhalb der im Paragraph 16, Absatz 2, WVRG angeführten Frist gestellt, er war dennoch zurückzuweisen.

Nach § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG hat ein Antrag auf Teilnahme am Verfahren jedenfalls „eine Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss“ zu enthalten. Weiters ist das Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, genau zu bezeichnen. Nun hat die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 15.9.2005 ausgeführt, sie halte den Widerruf „als rechtsrichtig“. Durch die Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung des Widerrufs würden ihre rechtlichen Interessen insofern unmittelbar berührt, als sie durch den „rechtsrichtigen Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber, die Chance an der Beteiligung an einem neuen Vergabeverfahren des Auftraggebers über die gegenständlichen Leistungen und damit die Chance auf eine Zuschlagserteilung“ verlieren würde. Diesen Standpunkt hat sie in der mündlichen Verhandlung insoweit verdeutlicht, als sie ausdrücklich erklärt hatte, ein Interesse an einer neuen Ausschreibung zu haben. Weiters hat sie ausdrücklich erklärt, ihr Angebot sei nicht mehr verbindlich, weil die Angebotsfrist abgelaufen wäre. Aus diesem Vorbringen kann ein Interesse der Teilnahmeantragstellerin am Vertragsabschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren betreffend den 2. Bezirk nicht abgeleitet werden, vielmehr ist davon auszugehen, dass die Teilnahmeantragstellerin ein Interesse daran hat, dass dieses Vergabeverfahren durch den Widerruf beendet wurde. Damit fehlt es aber an einer zwingenden Voraussetzung des Teilnahmeantrages, weshalb dieser als unbegründet zurückzuweisen war. Dass es nach Ansicht der

Teilnahmeantragstellerin aufgrund des von ihr als „rechtsrichtig“ bezeichneten Widerrufs zu einer Neuausschreibung der zu vergebenden Leistungen kommen müsse, kann die Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss im konkreten Vergabeverfahren nicht ersetzen. Nach Paragraph 18, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG hat ein Antrag auf Teilnahme am Verfahren jedenfalls „eine Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss“ zu enthalten. Weiters ist das Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, genau zu bezeichnen. Nun hat die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 15.9.2005 ausgeführt, sie halte den Widerruf „als rechtsrichtig“. Durch die Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung des Widerrufs würden ihre rechtlichen Interessen insofern unmittelbar berührt, als sie durch den „rechtsrichtigen Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber, die Chance an der Beteiligung an einem neuen Vergabeverfahren des Auftraggebers über die gegenständlichen Leistungen und damit die Chance auf eine Zuschlagserteilung“ verlieren würde. Diesen Standpunkt hat sie in der mündlichen Verhandlung insoweit verdeutlicht, als sie ausdrücklich erklärt hatte, ein Interesse an einer neuen Ausschreibung zu haben. Weiters hat sie ausdrücklich erklärt, ihr Angebot sei nicht mehr verbindlich, weil die Angebotsfrist abgelaufen wäre. Aus diesem Vorbringen kann ein Interesse der Teilnahmeantragstellerin am Vertragsabschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren betreffend den 2. Bezirk nicht abgeleitet werden, vielmehr ist davon auszugehen, dass die Teilnahmeantragstellerin ein Interesse daran hat, dass dieses Vergabeverfahren durch den Widerruf beendet wurde. Damit fehlt es aber an einer zwingenden Voraussetzung des Teilnahmeantrages, weshalb dieser als unbegründet zurückzuweisen war. Dass es nach Ansicht der Teilnahmeantragstellerin aufgrund des von ihr als „rechtsrichtig“ bezeichneten Widerrufs zu einer Neuausschreibung der zu vergebenden Leistungen kommen müsse, kann die Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss im konkreten Vergabeverfahren nicht ersetzen.

Der Antrag war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG (vgl. VwGH vom 5.4.2005, 2004/04/0091, 0092-5). Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG vergleiche VwGH vom 5.4.2005, 2004/04/0091, 0092-5).

Schlagworte

Widerruf der Ausschreibung nach Angebotsöffnung; Nichtigerklärung des Widerrufs; unmittelbare Anwendung von EU-Recht; Unterschwellenbereich; gleicher Sachverhalt zu VKS-2792/05 und VKS-2793/05.

Dokumentnummer

VERGT_20060125_2791_05_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