

TE Verg Bescheid 2005/9/30 VKS-2648/05

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2005

Norm

WVRG §1 Abs1
WVRG §11
WVRG §13 Abs1 und 2
WVRG §14 Abs1
WVRG §17 Abs1
WVRG §20 Abs1 Z1 litc
WVRG §24 Abs2 und 5
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §20 Z13
BVergG 2002 §105
EuGH vom 2.6.2005. RS C-15/04 (Koppensteiner)
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 den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE WW Kontrahenten KD 11 ***, vertreten durch Köhler Draskovits Strolz, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Vergabe eines Rahmenvertrages über Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten im 3., 4. und 11. Bezirk (KD 11), Ausschreibungsnummer: WW-DT/DMBT-WW11-Baumeister, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch Schwartz und Huber – Medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der von der Antragsgegnerin im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005 veröffentlichte und der Antragstellerin am 18.8.2005 mitgeteilte Widerruf der im Spruch genannten Ausschreibung wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, der Antragsgegnerin aufzutragen, das Vergabeverfahren fortzusetzen sowie eine Ausschreibung der selben Leistungen in einem weiteren Vergabeverfahren vor Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen, wird zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Gebühren von Euro 5000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 11, 13 Abs. 1 und 2, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 24 Abs. 2 und 5, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 20 Z 13, 105 BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, RS C-15/04 (Koppensteiner) sowie § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 11, 13, Absatz eins und 2, 14 Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 24 Absatz 2 und 5, 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 20, Ziffer 13, 105, BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, RS C-15/04 (Koppensteiner) sowie Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellerbereich die Vergabe von insgesamt neun Rahmenverträgen zur Erbringung von Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen von städtischen Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken ordnungsgemäß, auch europaweit, ausgeschrieben. Die Ausschreibungsbedingungen in diesen neun Vergabeverfahren sind bis auf einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Bezirke beziehen, inhaltlich ident. Die Ausschreibungen erfolgen für die Objekte des jeweiligen Kundendienstzentrums gegliedert nach Gebietsteilen, wobei die neun Kundendienstzentren von Wiener Wohnen („KD“) je ein Vergabeverfahren für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich führen sollen. Nach den Ausschreibungsunterlagen sind Teilangebote auf Ebene der Gebietsteile zulässig. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre haben.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf die Ausschreibung der Antragsgegnerin für einen Rahmenvertrag über Baumeisterleistungen in allgemeinen Teilen und Wohnungen in städtischen Wohnhausobjekten der Bezirke 3, 4 und 11, zusammengefasst im Verwaltungsbereich des KD 11. Die gegenständliche Ausschreibung umfasst sechs Gebietseinheiten, wobei der Gesamtauftragswert von der Antragsgegnerin mit Euro 7.000.500,-- netto geschätzt wurde.

Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Bestbieter nach folgenden gewichteten Zuschlagskriterien ermittelt wird:

1. Preis (zivilrechtlicher Gesamtpreis): 90 % (= maximal 90 Punkte von 100)
2. Verlängerung der Gewährleistungsfrist über drei Jahre hinaus, jedoch maximal 6 Jahre Gewährleistung: 5 % (= maximal 5 Punkte von 100)
3. Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung: 5 % (= maximal 5 Punkte von 100).

Die gegenständliche Ausschreibung wurde am 20.1.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 03/05 veröffentlicht und im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 12.1.2005 kundgemacht. Von der Antragsgegnerin vorgenommene Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß und unter Einhaltung der Vorgaben des Bundesvergabegesetzes 2002 kundgemacht.

Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005, 10.00 Uhr, die Angebotsöffnung fand am 10.5.2005 um 13.00 Uhr statt. Die Zuschlagsfrist beträgt 7 Monate.

Die antragstellende Bietergemeinschaft (im Folgenden kurz Bietergemeinschaft genannt) hat für alle Gebietsteile ein Angebot nach den Ausschreibungsunterlagen gelegt.

Mit der am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgten Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin die den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens bildende Ausschreibung widerrufen und als Grund für den Widerruf angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Der Widerruf wurde auch im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 28.7.2005 kundgemacht. Eine Verständigung der Bietergemeinschaft vom Widerruf der Ausschreibung nach § 105 Abs. 4 BVergG 2002 ist erst am 18.8.2005 erfolgt. Mit der am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgten Bekanntmachung hat die Antragsgegnerin die den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens bildende Ausschreibung widerrufen und als Grund für den Widerruf angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist

widerrufen". Der Widerruf wurde auch im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 28.7.2005 kundgemacht. Eine Verständigung der Bietergemeinschaft vom Widerruf der Ausschreibung nach Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 ist erst am 18.8.2005 erfolgt.

Gegen diesen Widerruf der Ausschreibung richtet sich der Antrag der Bietergemeinschaft auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Gleichzeitig stellt die Bietergemeinschaft den Antrag, der „Auftraggeberin aufzutragen, das Vergabeverfahren fortzusetzen sowie eine Ausschreibung derselben Leistungen in einem weiteren Vergabeverfahren vor Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen". Hilfsweise wird beantragt, den Widerruf der Antragsgegnerin in analoger Anwendung des § 100 Abs. 2 BVergG 2002 für nichtig zu erklären bzw. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin vorgenommene Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig war. Die Bietergemeinschaft begehrt auch den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Gegen diesen Widerruf der Ausschreibung richtet sich der Antrag der Bietergemeinschaft auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Gleichzeitig stellt die Bietergemeinschaft den Antrag, der „Auftraggeberin aufzutragen, das Vergabeverfahren fortzusetzen sowie eine Ausschreibung derselben Leistungen in einem weiteren Vergabeverfahren vor Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu untersagen". Hilfsweise wird beantragt, den Widerruf der Antragsgegnerin in analoger Anwendung des Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 für nichtig zu erklären bzw. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin vorgenommene Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig war. Die Bietergemeinschaft begehrt auch den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.

Zur Zulässigkeit ihres Antrages führt die Bietergemeinschaft aus, dass nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-15/04 (Koppensteiner) das zuständige innerstaatliche Gericht verpflichtet sei, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtung aus den Art. I Abs. 1 und 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung zu beachten. In dieser Entscheidung halte der Europäische Gerichtshof die Vorgaben der genannten Richtlinie für ausreichend bestimmt, dass sie unmittelbar angewendet werden könnten. Damit sei ein gemeinschaftsrechtswidriger Widerruf trotz entgegenstehender nationaler Bestimmungen schon jetzt von österreichischen Vergabekontrollbehörden bei Vorliegen der Voraussetzungen über Antrag für nichtig zu erklären. Zur Zulässigkeit ihres Antrages führt die Bietergemeinschaft aus, dass nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-15/04 (Koppensteiner) das zuständige innerstaatliche Gericht verpflichtet sei, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtung aus den Artikel römisch eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, Litera b, der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung zu beachten. In dieser Entscheidung halte der Europäische Gerichtshof die Vorgaben der genannten Richtlinie für ausreichend bestimmt, dass sie unmittelbar angewendet werden könnten. Damit sei ein gemeinschaftsrechtswidriger Widerruf trotz entgegenstehender nationaler Bestimmungen schon jetzt von österreichischen Vergabekontrollbehörden bei Vorliegen der Voraussetzungen über Antrag für nichtig zu erklären.

Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber führe das gegenständliche Vergabeverfahren zur Vergabe eines unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes fallenden Bauauftrages im Oberschwellenbereich. Für den Rechtsschutz würden die Bestimmungen des WVRG gelten. Da die Bestimmungen der Richtlinie 89/665 EG unbedingt und hinreichend genau seien, könne sich der einzelne Bieter vor den Vergabekontrollbehörden auf sie berufen. Es sei daher der VKS Wien im Hinblick auf diese gemeinschaftsrechtliche Judikatur gehalten, § 20 Z 13 BVergG 2002, der eine gesonderte Anfechtung des Widerrufs nicht kenne, unangewendet zu lassen und über die Anfechtungen von Widerrufsentscheidungen im Nachprüfungsverfahren zu entscheiden und die Widerrufsentscheidung gegebenenfalls für nichtig zu erklären. Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber führe das gegenständliche Vergabeverfahren zur Vergabe eines unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes fallenden Bauauftrages im Oberschwellenbereich. Für den Rechtsschutz würden die Bestimmungen des WVRG gelten. Da die Bestimmungen der

Richtlinie 89/665 EG unbedingt und hinreichend genau seien, könne sich der einzelne Bieter vor den Vergabekontrollbehörden auf sie berufen. Es sei daher der VKS Wien im Hinblick auf diese gemeinschaftsrechtliche Judikatur gehalten, Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002, der eine gesonderte Anfechtung des Widerrufs nicht kenne, unangewendet zu lassen und über die Anfechtungen von Widerrufsentscheidungen im Nachprüfungsverfahren zu entscheiden und die Widerrufsentscheidung gegebenenfalls für nichtig zu erklären.

In analoger Anwendung der Bestimmungen über die Anfechtungsfrist habe die Bietergemeinschaft ihren Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens innerhalb der Frist des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG gestellt. Die Antragstellerin habe auch die Antragsgegnerin gemäß § 14 Abs. 1 WVRG von der beabsichtigten Antragstellung rechtzeitig und vollständig unterrichtet. Durch die Abgabe ihres Angebotes habe die Bietergemeinschaft ihr Interesse an einer Zuschlagserteilung dokumentiert. Bisher seien ihr durch Kosten für die Angebotslegung, Beratung und rechtsfreundliche Vertretung sowie Pauschalgebühren ein ins Gewicht fallender Schaden entstanden. Bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohe ihr überdies ein Verlust an entgangenem Gewinn von zumindest 4 % der Auftragssumme. Die in der Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen seien auf die gegenständlichen Bauarbeiten spezialisiert, der ausgeschriebene Bauauftrag habe für sie, letztlich auch als Referenz, wesentliche Bedeutung. In analoger Anwendung der Bestimmungen über die Anfechtungsfrist habe die Bietergemeinschaft ihren Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens innerhalb der Frist des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG gestellt. Die Antragstellerin habe auch die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG von der beabsichtigten Antragstellung rechtzeitig und vollständig unterrichtet. Durch die Abgabe ihres Angebotes habe die Bietergemeinschaft ihr Interesse an einer Zuschlagserteilung dokumentiert. Bisher seien ihr durch Kosten für die Angebotslegung, Beratung und rechtsfreundliche Vertretung sowie Pauschalgebühren ein ins Gewicht fallender Schaden entstanden. Bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohe ihr überdies ein Verlust an entgangenem Gewinn von zumindest 4 % der Auftragssumme. Die in der Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen seien auf die gegenständlichen Bauarbeiten spezialisiert, der ausgeschriebene Bauauftrag habe für sie, letztlich auch als Referenz, wesentliche Bedeutung.

Abschließend hat die Bietergemeinschaft darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsbedingungen von keinem der Interessenten rechtzeitig angefochten worden wären, sodass diese „Bestandskraft“ erlangt hätten und uneingeschränkt dem Vergabeverfahren zugrunde zu legen wären. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 105 Abs. 1 BVergG 2002 als Widerrufsgrund stütze, wäre dafür erforderlich, dass Umstände hervorgekommen wären, die eine Ausschreibung überhaupt ausgeschlossen oder zumindest zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Derartige Umstände lägen nicht vor, welche die Antragsgegnerin zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten würden. Diese sei daher gehalten, das Vergabeverfahren fortzuführen. Abschließend hat die Bietergemeinschaft darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsbedingungen von keinem der Interessenten rechtzeitig angefochten worden wären, sodass diese „Bestandskraft“ erlangt hätten und uneingeschränkt dem Vergabeverfahren zugrunde zu legen wären. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 als Widerrufsgrund stütze, wäre dafür erforderlich, dass Umstände hervorgekommen wären, die eine Ausschreibung überhaupt ausgeschlossen oder zumindest zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Derartige Umstände lägen nicht vor, welche die Antragsgegnerin zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten würden. Diese sei daher gehalten, das Vergabeverfahren fortzuführen.

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrem Schriftsatz vom 25.8.2005 gegen die Anträge der Bietergemeinschaft ausgesprochen. Sie hat vor allem geltend gemacht, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der Widerruf einer Ausschreibung nach den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes nicht anfechtbar sei. Im Übrigen werde geltend gemacht, 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 dieser Ausschreibung seien mit der gegenständlichen insofern vergleichbar, als sie nach dem gleichen Muster erstellt worden wären. Insbesondere sei in allen diesen Ausschreibungsunterlagen ein Zuschlagskriterium „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorgesehen. Mit Bescheid vom 14.6.2005, VKS- 1367/05, habe der VKS die Ausschreibung „Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“ für nichtig erklärt. Wesentlicher Grund für diese Nichtigerklärung sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ gewesen. Auch die gegenständliche Ausschreibung sehe ein Zuschlagskriterium „Zertifizierte Abläufe der

Leistungserbringung" vor. Die Ausschreibung sei daher mit dem gleichen Mangel behaftet, der den VKS zur Nichtigserklärung einer ähnlichen Ausschreibung bewogen habe. Für rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterien würden jedoch einen Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten. Die Antragsgegnerin habe vor dem Hintergrund der herrschenden Spruchpraxis keine andere Wahl gehabt, als alle ihre Ausschreibungen zu widerrufen, die nach der jüngsten Entscheidung des VKS mit einem gravierenden Mangel eines ungeeigneten Zuschlagskriteriums belastet gewesen seien. Daran ändere nichts, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht angefochten wurde oder Rügerechte der Bieter in Folge Nichtanfechtung präkludiert wären. Selbst wenn das Zuschlagskriterium „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung" von den Bietern nicht angefochten wurde, bleibe es doch rechtswidrig.

Der hilfsweise erhobene Feststellungsantrag sei unzulässig bzw. unbegründet, weil die Antragsgegnerin im Sinne des § 105 Abs. 1 BVergG 2002 rechtlich zum Widerruf verpflichtet gewesen wäre. Der von der Bietergemeinschaft behauptete drohende Schaden sei tatsächlich nicht entstanden bzw. sei er von der Antragsgegnerin weder rechtswidrig noch schuldhaft verursacht worden. Der Widerruf sei nicht rechtswidrig sondern vielmehr rechtlich geboten gewesen. Darüber hinaus sei fraglich „inwiefern den Bietern überhaupt ein Schaden entstanden sein kann: Schließlich erfolgt der Widerruf der Ausschreibung ja nicht, um die ausschreibungsgegenständliche Leistung nicht mehr zu vergeben, sondern um diese Leistung neu – und nunmehr: Der hilfsweise erhobene Feststellungsantrag sei unzulässig bzw. unbegründet, weil die Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 rechtlich zum Widerruf verpflichtet gewesen wäre. Der von der Bietergemeinschaft behauptete drohende Schaden sei tatsächlich nicht entstanden bzw. sei er von der Antragsgegnerin weder rechtswidrig noch schuldhaft verursacht worden. Der Widerruf sei nicht rechtswidrig sondern vielmehr rechtlich geboten gewesen. Darüber hinaus sei fraglich „inwiefern den Bietern überhaupt ein Schaden entstanden sein kann: Schließlich erfolgt der Widerruf der Ausschreibung ja nicht, um die ausschreibungsgegenständliche Leistung nicht mehr zu vergeben, sondern um diese Leistung neu – und nunmehr:

gesetzeskonform – auszuschreiben und zu vergeben. Alle bisher beteiligten Bieter können sich daher auch am neuen Vergabeverfahren beteiligen und – unter Verwendung ihrer bisherigen Vorarbeiten für die Angebotserstellung – neuerlich Angebote legen; ihnen ist durch den Widerruf der Ausschreibung mithin kein Schaden entstanden."

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, folgende weiteren Feststellungen:

Die Kundmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien am 20.1.2005 sowie im Amtsblatt der EU am 12.1.2005. Die Ausschreibungsbedingungen wurden von keinem Bieter angefochten. Die Angebotsfrist endete am 9.5.2005, die Angebotsöffnung fand am 10.5.2005 um 13.00 Uhr statt. In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren widerrufen und den Widerruf im Amtsblatt der EU am 28.7.2005, im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005, kundgemacht. In der Bekanntmachung des Widerrufs wurde als Grund angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen". Eine dem § 105 Abs. 4 BVergG 2002 entsprechende Verständigung vom Widerruf ist am 18.8.2005 erfolgt. In diesem Schreiben wird als Grund für den Widerruf angegeben, „dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Bescheid vom 14.6.2005, Zl. VKS-1367/05, unsere Ausschreibung Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen" für nichtig erklärt hat. Begründet wurde diese Nichtigserklärung mit der Unzulässigkeit des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Arbeitsabläufe der Leistungserbringung"; der Vergabekontrollsenat hat ausgesprochen, dass ein solches Kriterium zur Bestbieterermittlung ungeeignet ist. Da auch die hier gegenständliche Ausschreibung eine Bestbieterermittlung auf Grund eben dieses – nun für rechtswidrig erkannten – Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung" vorgesehen hat, waren wir gezwungen, diese Ausschreibung zu widerrufen; eine gesetzeskonforme Vergabe wäre im Lichte der jüngsten Entscheidung des Vergabekontrollsenates nicht mehr möglich gewesen." Die Kundmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien am 20.1.2005 sowie im Amtsblatt der EU am 12.1.2005. Die Ausschreibungsbedingungen wurden von keinem Bieter angefochten. Die Angebotsfrist endete am 9.5.2005, die Angebotsöffnung fand am 10.5.2005 um 13.00 Uhr statt. In der Folge hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren widerrufen und den Widerruf im Amtsblatt der EU am 28.7.2005, im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005, kundgemacht. In der Bekanntmachung des Widerrufs wurde als Grund angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen". Eine dem Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 entsprechende Verständigung vom

Widerruf ist am 18.8.2005 erfolgt. In diesem Schreiben wird als Grund für den Widerruf angegeben, „dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Bescheid vom 14.6.2005, Zl. VKS- 1367/05, unsere Ausschreibung Spenglerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen" für nichtig erklärt hat. Begründet wurde diese Nichtigerklärung mit der Unzulässigkeit des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Arbeitsabläufe der Leistungserbringung"; der Vergabekontrollsenat hat ausgesprochen, dass ein solches Kriterium zur Bestbieterermittlung ungeeignet ist. Da auch die hier gegenständliche Ausschreibung eine Bestbieterermittlung auf Grund eben dieses – nun für rechtswidrig erkannten - Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung" vorgesehen hat, waren wir gezwungen, diese Ausschreibung zu widerrufen; eine gesetzeskonforme Vergabe wäre im Lichte der jüngsten Entscheidung des Vergabekontrollsenates nicht mehr möglich gewesen."

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung ist in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates am 18.8.2005 eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurden.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

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 Bietergemeinschaft hat in ihrem Antrag ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss dargestellt, wobei aber zu berücksichtigen war, dass die Antragsgegnerin nach der Aktenlage ab Angebotsöffnung eine Bearbeitung der eingelangten Angebote nicht vorgenommen hat, sodass eine Reihung des Angebotes der Antragstellerin noch nicht vorliegt. Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass ihr jedenfalls eine Chance auf Erlangung des Auftrages bei Fortführung des Vergabeverfahrens nicht abgesprochen werden kann. Dass die Bietergemeinschaft 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. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG, soweit man von einem Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgeht. Der Antrag ist auch rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG. 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 Oberschwellenbereich (§§ 3 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002). Die Bietergemeinschaft hat in ihrem Antrag ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss dargestellt, wobei aber zu berücksichtigen war, dass die Antragsgegnerin nach der Aktenlage ab Angebotsöffnung eine Bearbeitung der eingelangten Angebote nicht vorgenommen hat, sodass eine Reihung des Angebotes der Antragstellerin noch nicht vorliegt. Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass ihr jedenfalls eine Chance auf Erlangung des Auftrages bei Fortführung des Vergabeverfahrens nicht abgesprochen werden kann. Dass die Bietergemeinschaft 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. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, soweit man von einem Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgeht. Der Antrag ist auch rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG. 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 Oberschwellenbereich (Paragraphen 3, Absatz eins und 9 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2002).

Nach § 20 Z 13 BVergG 2002 zählt der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote zunächst durch Kundmachung der

Widerrufsentscheidung widerrufen und sich dabei auf die Bestimmung des § 105 Abs. 1 BVergG 2002 bezogen. Erst nachträglich (18.8.2005) hat die Antragsgegnerin gemäß § 105 Abs. 4 BVergG 2002 die Bieter unter Bekanntgabe des Grundes vom Widerruf der Ausschreibung verständigt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt ist jedenfalls ein den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes entsprechender Widerruf anzunehmen. Nach Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 zählt der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote zunächst durch Kundmachung der Widerrufsentscheidung widerrufen und sich dabei auf die Bestimmung des Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 bezogen. Erst nachträglich (18.8.2005) hat die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 die Bieter unter Bekanntgabe des Grundes vom Widerruf der Ausschreibung verständigt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt ist jedenfalls ein den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes entsprechender Widerruf anzunehmen.

Nach § 20 Z 13 BVergG 2002 handelt es sich beim Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. 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 für einen 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. Nach Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 handelt es sich beim Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. 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 für einen 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 Belegstelle; Schramm, Aicher, Fruhmann, 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. I Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 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. 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 Belegstelle; Schramm, Aicher, Fruhmann, 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 römisch eins, Absatz eins, der Rechtsmittelrichtlinie 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 Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Klarheit. In diesem Urteil (Randnr. 29) erinnert der EuGH unter Hinweis auf sein Urteil in der Rechtssache Hospital Ingenieure daran, dass er in dieser Entscheidung festgestellt hat „dass die Entscheidung 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 sicherzustellen, dass die Regelungen des Gemeinschaftsrechts im

Bereich des öffentlichen Auftragwesens oder der einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, beachtet werden (Randnr. 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 sicher gestellt werden soll, dass die Vergaberichtlinien und die Grundsätze, auf die sie sich stützen, tatsächlich beachtet werden (Randnr. 53)".

Weiters führt der EuGH aus, dass er in diesem Urteil bereits entschieden hat, „dass nach den Artikeln 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 Buchstabe 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 (Randnr. 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 1 und 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665" (Randnr. 31).

In dem der Rechtssache „Koppensteiner" zugrunde liegenden Verfahren hat das Bundesvergabeamt darauf hingewiesen, dass es bei einem offenen Vergabeverfahren nach österreichischen 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 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 einem 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 Buchstabe 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 österreichischen 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, Buchstabe b der Richtlinie 89/665 einem 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, Buchstabe b der Richtlinie 89/665 zu beachten.

Vorliegend ist es unstrittig, dass es sich bei den gegenständlichen Vergabeverfahren um eine den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegende Ausschreibung 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 hat durch den für das Land Wien eingerichteten Vergabekontrollsenat entsprechend den Vorgaben des Wiener Vergaberechtschutzgesetzes 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 zuständig ist (vgl. Randnr. 35 im Urteil „Koppensteiner"). Vorliegend ist es unstrittig, dass es sich bei den gegenständlichen Vergabeverfahren um eine

den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegende Ausschreibung 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 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 hat durch den für das Land Wien eingerichteten Vergabekontrollsenat entsprechend den Vorgaben des Wiener Vergaberechtschutzgesetzes 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 zuständig ist (vergleiche Randnr. 35 im Urteil „Koppensteiner“).

Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist grundsätzlich für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (§§ 11 und 13 Abs. 1 WVRG). Der Vergabekontrollsenat ist daher – ungeachtet, 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 Dienstleistungsaufträge 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 Nichtigklärung 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 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 den vorliegenden Fall, dass der Vergabekontrollsenat unter unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie dazu berufen ist, zu prüfen, ob der bekämpfte Widerruf gegebenenfalls als nichtig aufzuheben ist. Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist grundsätzlich für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (Paragraphen 11 und 13 Absatz eins, WVRG). Der Vergabekontrollsenat ist daher – ungeachtet, 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 Dienstleistungsaufträge 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 Nichtigklärung 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 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 den vorliegenden Fall, dass der Vergabekontrollsenat unter unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie dazu berufen ist, zu prüfen, ob der bekämpfte Widerruf gegebenenfalls als nichtig aufzuheben ist.

Ausgehend von den Vorgaben im Urteil des EuGH vom 2.6.2005, RS C-15/04, ist der Vergabekontrollsenat zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens sohin berufen, wobei jene Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. des WVRG, die ein solches Verfahren an sich nicht vorsehen, unangewendet bleiben.

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

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

Unter analoger Anwendung dieser Bestimmungen erweist sich daher - wie bereits oben ausgeführt - der Antrag als rechtzeitig und auch sonst den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 WVRG entsprechend. Unter analoger Anwendung dieser Bestimmungen erweist sich daher - wie bereits oben ausgeführt - der Antrag als rechtzeitig und auch sonst den Voraussetzungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG entsprechend.

Die Antragsgegnerin hat den Widerruf ihrer Ausschreibung sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU zunächst mit der Begründung kundgemacht „die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Der Nachprüfungsantrag ist am 18.8.2005 eingelangt. Zu diesem Zeitpunkt konnte es zweifelhaft sein, ob ein den Bestimmungen des § 105 BVergG 2002 entsprechender Widerruf mangels Verständigung der Bieter (Abs. 4 leg.cit.) überhaupt vorlag. Dieser Mangel wurde von der Antragsgegnerin durch Verständigung der Bieter im Sinne des § 105 Abs. 4 BVergG 2002 am 18.8.2005 behoben, sodass von einem Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist im Sinne des § 105 BVergG 2002 auszugehen ist. Die Antragsgegnerin hat den Widerruf ihrer Ausschreibung sowohl im Amtsblatt der Stadt Wien als auch im Amtsblatt der EU zunächst mit der Begründung kundgemacht „die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Der Nachprüfungsantrag ist am 18.8.2005 eingelangt. Zu diesem Zeitpunkt konnte es zweifelhaft sein, ob ein den Bestimmungen des Paragraph 105, BVergG 2002 entsprechender Widerruf mangels Verständigung der Bieter (Absatz 4, leg.cit.) überhaupt vorlag. Dieser Mangel wurde von der Antragsgegnerin durch Verständigung der Bieter im Sinne des Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 am 18.8.2005 behoben, sodass von einem Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist im Sinne des Paragraph 105, BVergG 2002 auszugehen ist.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung des Widerrufs ist aber auch im Ergebnis berechtigt.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung 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 gegenständliche Ausschreibung 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 Ausschreibung 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 gegenständliche Ausschreibung 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. 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 dem gegenständlich vorliegenden Vergabeverfahren wurden die Ausschreibungsbestimmungen jedoch von keinem der Bieter angefochten, sie sind daher von allen Beteiligten, auch der Antragsgegnerin, dem Vergabeverfahren als unbekämpft geblieben, zugrunde zu legen. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende 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 Fristen angefochten werden, werden daher – was den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich entspricht – unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen (Heid, Preslmayr, Vergaberecht², 583f 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 (Heid, Preslmayr, Vergaberecht², 585f). Worin inhaltlich gesehen 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 in ihrem Schriftsatz nicht dargelegt. Aus der Aktenlage ist auch nicht ersichtlich, wieso der Wegfall des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe“ zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen geführt hätte, bzw. warum dessen Berücksichtigung auf Grund der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen zu einer nicht den Vorschriften des Bundesvergaberechtes entsprechenden Zuschlag führen sollte. Immerhin haben beide 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 zur einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, könnte ein Widerrufsgrund nach § 105 Abs. 1 BVergG 2002 angenommen werden. 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 einer den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Zuschlagsentscheidung, dies selbst unter Berücksichtigung des Kriteriums „Zertifizierter Ablauf der Leistungserbringung“. Warum dies nicht möglich sein sollte, wurde von der Antragsgegnerin weder behauptet noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben. 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 (Heid, Preslmayr, Vergaberecht², 585f). Worin inhaltlich gesehen 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 in ihrem Schriftsatz nicht dargelegt. Aus der Aktenlage ist auch nicht ersichtlich, wieso der Wegfall des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe“ zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen geführt hätte, bzw. warum dessen Berücksichtigung auf Grund der unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbedingungen zu einer nicht den Vorschriften des Bundesvergaberechtes entsprechenden Zuschlag führen sollte. Immerhin haben beide 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 zur einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, könnte ein Widerrufsgrund nach Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 angenommen werden. 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 einer den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechenden Zuschlagsentscheidung, dies selbst unter Berücksichtigung des Kriteriums „Zertifizierter Ablauf der Leistungserbringung“. Warum dies nicht möglich sein sollte, wurde von der Antragsgegnerin weder behauptet noch haben sich Anhaltspunkte dafür ergeben.

Nach den vorliegenden Vergabeakten hat die Bietergemeinschaft diese Nachweise auch durchwegs erbracht. Nach den Ausschreibungsbedingungen erscheint auch eine objektive und nachvollziehbare Angebotsbewertung durchaus möglich. 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 auf Grund der Ausschreibungsbestimmungen eine nachvollziehbare Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht möglich war, wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, lässt sich die Zuschlagsentscheidung jedoch an Hand der unbeeinträchtigt gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigerklärung derselben nicht statt zu geben (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 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, dem 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 Angebotsbewertung nicht zuließen, könnte ein Widerruf der Ausschreibung gerechtfertigt sein. Ein einen Widerruf rechtfertigender Grund liegt jedoch nicht vor, weshalb dem Antrag der Bietergemeinschaft folgend, der Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des EuGH in seinem Urteil „Koppensteiner“ RS C-15/04, für nichtig zu erklären war. Nach den vorliegenden Vergabeakten hat die Bietergemeinschaft diese Nachweise auch durchwegs erbracht. Nach den Ausschreibungsbedingungen erscheint auch eine objektive und nachvollziehbare Angebotsbewertung durchaus möglich. 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 auf Grund der Ausschreibungsbestimmungen eine nachvollziehbare Ermittlung des Zuschlagsempfängers nicht möglich war, wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, lässt sich die Zuschlagsentscheidung jedoch an Hand der unbeeinträchtigt gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigerklärung derselben nicht statt zu geben (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, dem 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 Angebotsbewertung nicht zuließen, könnte ein Widerruf der Ausschreibung gerechtfertigt sein. Ein einen Widerruf rechtfertigender Grund liegt jedoch nicht vor, weshalb dem Antrag der Bietergemeinschaft folgend, der Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des EuGH in seinem Urteil „Koppensteiner“ RS C-15/04, für nichtig zu erklären war.

Der Vergabekontrollsenat ist lediglich dazu berufen kassatorisch Entscheidungen eines Auftraggebers, die den Bestimmungen des Vergaberechtes widersprechen, aufzuheben. Es fehlt ihm hingegen an jeglicher Kompetenz, einem öffentlichen Auftraggeber die Fortsetzung des Verfahrens aufzutragen bzw. zu untersagen, die selben Leistungen vor Abschluss eines Nachprüfungsverfahrens neuerlich auszuschreiben. Es waren daher die diesbezüglichen Anträge als unzulässig zurückzuweisen.

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

Schlagworte

Nichtigerklärung des Widerrufs einer Ausschreibung nach Angebotsöffnung; keine Kompetenz des VKS dem Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens aufzutragen; inhaltlich gleichlautend VKS - 2649/05 bis 2652/05, VKS - 2654/05 und VKS - 2655/05.

Dokumentnummer

VERGT_20050930_2648_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