

TE Verg Bescheid 2005/8/26 VKS-2581/05 und VKS-2582/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.08.2005

Norm

WVRG §11

WVRG §13 Abs1 und 2

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs2 Z1 litc

WVRG §24 Abs2 und 5

WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §105

EuGH vom 2.6.2005. Rs C-15/04 (Koppensteiner)

AVG §39 Abs2

AVG §74

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
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 Anträge der *** GmbH, ***, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung von Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe von Rahmenverträgen über Glaserarbeiten in Wohnhausanlagen der Stadt Wien in nachstehenden Bezirken durch nachstehende Antragsgegnerinnen und zwar

1. 1.)eins,
im 14., 15. und 16. Bezirk durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen für den 14., 15. und 16. Bezirk, Opfermannngasse 1, 1160 Wien, Ausschreibungsnummer: WW-DT/AW-WW16-Glaser (= VKS-2581/05);
2. 2.)2,
im 5., 6., 7. und 12. Bezirk durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen für den 5., 6., 7. und 12. Bezirk, Ignazgasse 4, 1120 Wien, Ausschreibungsnummer: WW-DT/AW-WW12-Glaser (= VKS-2582/05);

beide Antragsgegnerinnen vertreten durch Schwartz und Huber-Medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Nachprüfungsverfahren zu VKS – 2581/05 und 2582/05 werden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Der von den Antragsgegnerinnen im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005 veröffentlichte und der Antragstellerin am 19.8.2005 mitgeteilte Widerruf der im Spruch genannten 2 Ausschreibungen wird für nichtig erklärt.

4. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerinnen zu den Nachprüfungsverfahren VKS – 2581/05 und 2582/05 haben der Antragstellerin die in den genannten 2 Nachprüfungsverfahren entrichteten Gebühren von je Euro 2.500,--, in Summe Euro 5.000,--, binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11, 13 Abs. 1 und 2, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2 Z 1 lit. c, 24 Abs. 2 und 5, 30 WVRG in Verbindung mit § 105 BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner) sowie §§ 39 Abs. 2 und 74 AVG.Paragraphen 11, 13, Absatz eins und 2, 14 Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c., 24 Absatz 2 und 5, 30 WVRG in Verbindung mit Paragraph 105, BVergG 2002 und EuGH vom 2.6.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner) sowie Paragraphen 39, Absatz 2 und 74 AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich die Vergabe von insgesamt neun Rahmenverträgen zur Erbringung von Glaserarbeiten in Wohnhausanlagen der Stadt Wien – Wiener Wohnen zur Gebrechensbehebung und Instandsetzung allgemeiner Teile, sowie die Leerwohnungsinstandsetzung bzw. Leerwohnungsaufkategorisierung in allen 23 Wiener Bezirken öffentlich ausgeschrieben. Dabei wird zur Vergabe dieser Leistungen von den 9 Kundendienstzentren der Antragsgegnerin („KD“), je ein eigenes Vergabeverfahren für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich durchgeführt. Die Ausschreibungsbedingungen in diesen neun Vergabeverfahren sind bis auf einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Objekte beziehen, inhaltlich ident. Die Ausschreibung erfolgte für die Objekte des jeweiligen KD, gegliedert nach Gebietsteilen. Nach den Ausschreibungsunterlagen sind Teilangebote auch auf Ebene der Gebietsteile zulässig, Alternativangebote sind nicht zugelassen. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf Verlängerung für weitere 3 Jahre haben. Die Kundmachungen erfolgten im Amtsblatt der Stadt Wien am 23.12.2004. Die Vergabe der Leistungen sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis mit 90%, die Verlängerung der Gewährleistungsfristen mit 5% und zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung mit 5 % angegeben. Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005, 10.00 Uhr, die Öffnung erfolgte anschließend um 10:30 Uhr. Angebote waren in den KD abzugeben.

Die gegenständlichen Nachprüfungsverfahren beziehen sich auf die Ausschreibungen der im Spruch genannten Kundendienstzentren für die Bezirke 5-7, 12 und 14-16. Die Antragstellerin hat in beiden Vergabeverfahren Angebote nach den Ausschreibungsunterlagen gelegt, insgesamt wurden für diese Ausschreibungen 17 Angebote im Zuge der Angebotsöffnung verlesen.

Mit der am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgten Bekanntmachung haben die Antragsgegnerinnen beide Ausschreibungen widerrufen und als Grund für den Widerruf angegeben „die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Eine Verständigung der Antragstellerin vom Widerruf der Ausschreibungen nach § 105 Abs. 4 BVergG 2002 ist zunächst nicht erfolgt. Mit der am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgten Bekanntmachung haben die Antragsgegnerinnen beide Ausschreibungen widerrufen und als Grund für den Widerruf angegeben „die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Eine Verständigung der Antragstellerin vom Widerruf der Ausschreibungen nach Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 ist zunächst nicht erfolgt.

Gegen die Widerrufe dieser beiden Ausschreibungen richten sich die am 11.8.2005 eingelangten Anträge auf Einleitung

eines Nachprüfungsverfahrens, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Nichtigerklärung der Widerrufe der beiden Ausschreibungen und Kostenersatz. Hilfsweise wird die Feststellung begehrt, dass der Widerruf der Ausschreibungen wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war und durch ein vorangegangenes rechtswidriges Verhalten der jeweiligen Antragsgegnerinnen verursacht wurde. Letztlich beantragt die Antragstellerin die beiden Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Die Antragstellerin führt dazu jeweils aus, dass der Widerruf der gegenständlichen Ausschreibungen nach Ablauf der Angebotsfrist „nach dem Wortlaut des WVRG keine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers“ ist. Nach den Bestimmungen des WVRG sei daher ein Nachprüfungsantrag gegen diesen Widerruf nicht zulässig. Damit stehe die nationale Regelung bezüglich der Überprüfung eines Widerrufs einer Ausschreibung im Widerspruch zur Richtlinie 89/669/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen öffentlicher Liefer- und Bauaufträge. In seinem Urteil vom 2.6.2005 in der Rechtssache Koppensteiner GmbH/Bundesimmobilien GmbH, Rs C-15/04, habe der EuGH ausgesprochen, dass die nationalen Vergabebehörden verpflichtet seien, diese nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, weil sie im Ergebnis verhindern, der Verpflichtung aus der Richtlinie 89/669/EWG vom 21.12.1989 nachzukommen. Im Ergebnis habe der EuGH ausgesprochen, dass eine Nachprüfung und Nichtigerklärung des Widerrufs einer Ausschreibung zulässig sein muss, um den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen gerecht zu werden. Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien sei daher zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Nichtigerklärung des Widerrufs zuständig.

Da nach der innerstaatlichen Gesetzeslage eine Nachprüfung und die Nichtigerklärung des Widerrufs nicht vorgesehen ist, sei dafür auch eine Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages nicht vorgesehen. Die Antragstellerin habe sich diesbezüglich an die Vorgaben des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG betreffend die Frist zur Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung gehalten. Bei analoger Anwendung dieser Bestimmung sei, da der Widerruf am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien veröffentlicht wurde, ihr Antrag fristgerecht. Sie habe auch die Antragsgegnerinnen gemäß § 14 Abs. 1 WVRG von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt, die Pauschalgebühren nach § 30 WVRG seien von ihr entrichtet worden. Da nach der innerstaatlichen Gesetzeslage eine Nachprüfung und die Nichtigerklärung des Widerrufs nicht vorgesehen ist, sei dafür auch eine Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages nicht vorgesehen. Die Antragstellerin habe sich diesbezüglich an die Vorgaben des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG betreffend die Frist zur Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung gehalten. Bei analoger Anwendung dieser Bestimmung sei, da der Widerruf am 4.8.2005 im Amtsblatt der Stadt Wien veröffentlicht wurde, ihr Antrag fristgerecht. Sie habe auch die Antragsgegnerinnen gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt, die Pauschalgebühren nach Paragraph 30, WVRG seien von ihr entrichtet worden.

Der Widerruf der Ausschreibungen sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Eine unverzügliche und individuelle Verständigung der Bieter nach § 105 Abs. 4 BVergG 2002 vom Widerruf der Ausschreibung sei gänzlich unterblieben. Eine detaillierte Ausführung der Gründe sei der Bekanntmachung des Widerrufs nicht zu entnehmen. Letztlich würde ein Widerrufsgrund nicht vorliegen, da die Ausschreibungsbedingungen eine Bestbieterermittlung zuließen. Der Widerruf der Ausschreibung sei damit sachlich nicht gerechtfertigt und grundlos erfolgt. Die Antragstellerin habe alle 3 Zuschlagskriterien bestmöglich erfüllt und hätte daher nach den Zuschlagskriterien bei einer Mehrzahl zumindest der ausgeschriebenen Gebietsteile, die höchstmögliche Punktzahl erhalten müssen; sie wäre damit jeweils Bestbieterin gewesen. Die Antragstellerin habe ein wesentliches Interesse am Vertragsabschluss, ihr seien durch die Beteiligung an den bisherigen Vergabeverfahren erhebliche Kosten, die im jeweiligen Nachprüfungsantrag detailliert dargestellt werden, entstanden. Darüber hinaus drohe ihr durch entgangenen Gewinn, zumal sie aussichtsreiche Chancen auf die jeweiligen Zuschlagserteilungen hätte, ein Schaden in gleichfalls nicht unerheblicher Höhe (diesbezüglich wird auf die Darstellung des Schadens in den einzelnen Nachprüfungsanträgen verwiesen). Der Widerruf der Ausschreibungen sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Eine unverzügliche und individuelle Verständigung der Bieter nach Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 vom Widerruf der Ausschreibung sei gänzlich unterblieben. Eine detaillierte Ausführung der Gründe sei der Bekanntmachung des Widerrufs nicht zu entnehmen. Letztlich würde ein Widerrufsgrund nicht vorliegen, da die Ausschreibungsbedingungen eine Bestbieterermittlung zuließen. Der Widerruf der Ausschreibung sei damit sachlich nicht gerechtfertigt und grundlos erfolgt. Die Antragstellerin habe alle 3 Zuschlagskriterien bestmöglich erfüllt und hätte daher nach den Zuschlagskriterien bei einer Mehrzahl zumindest der ausgeschriebenen Gebietsteile,

die höchstmögliche Punkteanzahl erhalten müssen; sie wäre damit jeweils Bestbieterin gewesen. Die Antragstellerin habe ein wesentliches Interesse am Vertragsabschluss, ihr seien durch die Beteiligung an den bisherigen Vergabeverfahren erhebliche Kosten, die im jeweiligen Nachprüfungsantrag detailliert dargestellt werden, entstanden. Darüber hinaus drohe ihr durch entgangenen Gewinn, zumal sie aussichtsreiche Chancen auf die jeweiligen Zuschlagserteilungen hätte, ein Schaden in gleichfalls nicht unerheblicher Höhe (diesbezüglich wird auf die Darstellung des Schadens in den einzelnen Nachprüfungsanträgen verwiesen).

Für den Fall, dass der Vergabekontrollsenat dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht statt geben sollte, werde 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 niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt“ wurde. Sollte 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 Antragsgegnerinnen verursacht wurde. Ohne eine derartige Feststellung des Widerrufs könnte es der Antragstellerin aus formalen Gründen verwehrt sein, Schadenersatzansprüche gegen die Antragsgegnerinnen geltend zu machen.

Die Antragsgegnerinnen haben sich in ihren Schriftsätzen vom 19.8.2005 gegen die Anträge der Antragstellerin ausgesprochen. Sie haben vor allem geltend gemacht, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der Widerruf einer Ausschreibung nicht gesondert anfechtbar sei. Soweit die Antragstellerin sich auf die Rechtsprechung des EuGH beziehe, der klar ausgesprochen habe, dass die Rechtsmittel-RL 89/665 die Anfechtbarkeit eines Widerrufs einer Ausschreibung gebietet, könne darauf eine Zuständigkeit des VKS nicht gegründet werden, weil diesen Vergaberichtlinien gemeinsam sei, dass sie nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich regeln. Auch die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG könne nicht als Grundlage für eine Nichtigerklärung des Widerrufs herangezogen werden, weil diese den Rechtsschutz nur für jene Aufträge regelt, die den Vorgaben der Bau-RL 93/37/EWG, der Dienstleistungs-RL 92/50/EWG oder der Liefer-RL 93/36/EWG entsprechen. Allen diesen Vergaberichtlinien sei gemeinsam, dass sie nur Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich regeln, sodass die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittel-RL 89/665/EWG sich nur auf Auftragsvergaben im Oberschwellenbereich beziehen können. Die gegenständlichen Vergabeverfahren hätten jedoch Bauaufträge im Unterschwellenbereich betroffen, sodass weder die Rechtsschutzvorgaben der Rechtsmittelrichtlinie noch das Urteil des EuGH Anwendung finden könnten. Der Nachprüfungsantrag sei damit unzulässig, weil er sich gegen eine Entscheidung richtet, die gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise gesondert nicht anfechtbar sei.

Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass die Verständigung der einzelnen Bieter vom Widerruf unterblieben sei, wäre dies unrichtig. Der für die gegenständlichen Ausschreibungen zuständige Sachbearbeiter habe am 27.7.2005 gleichzeitig mit der Absendung des Widerrufs an das Amtsblatt der Stadt Wien telefonisch Kontakt mit dem Innungsmeister-StV. der Fachgruppe Wien der Glaser aufgenommen und in diesem Telefonat damit der zuständigen Interessensvertretung nicht nur den Widerruf der Ausschreibung bekannt gegeben, sondern auch mitgeteilt, aus welchen Gründen der Widerruf erfolgt sei. Da die Fachgruppe Wien der Glaser eng in die Ausschreibungsvorbereitung eingebunden gewesen und dabei stets als Wahrerin der Interessen der Wiener Glaser aufgetreten sei, hätten die Antragsgegnerinnen annehmen können, dass sie diese Information umgehend an ihre Mitglieder weiterleitet. Da § 105 BVergG 2002 nicht explizit eine individuelle Bieterverständigung verlangt und auch die Art der Bieterverständigung offen lässt, halten die Antragsgegnerinnen den von ihnen gewählten Weg der Verständigung der Interessensvertretung für durchaus angemessen und ausreichend transparent. Letztlich weisen die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass die einzelnen Bieter im Faxwege zusätzlich am 19.8.2005 von der Widerrufsentscheidung und den Gründen für diesen Widerruf in Kenntnis gesetzt wurden. Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass die Verständigung der einzelnen Bieter vom Widerruf unterblieben sei, wäre dies unrichtig. Der für die gegenständlichen Ausschreibungen zuständige Sachbearbeiter habe am 27.7.2005 gleichzeitig mit der Absendung des Widerrufs an das Amtsblatt der Stadt Wien telefonisch Kontakt mit dem Innungsmeister-StV. der Fachgruppe Wien der Glaser aufgenommen und in diesem Telefonat damit der zuständigen Interessensvertretung nicht nur den Widerruf der Ausschreibung bekannt gegeben, sondern auch mitgeteilt, aus welchen Gründen der Widerruf erfolgt sei. Da die Fachgruppe Wien der Glaser eng in die Ausschreibungsvorbereitung eingebunden gewesen und dabei stets als Wahrerin der Interessen der Wiener Glaser aufgetreten sei, hätten die Antragsgegnerinnen annehmen können, dass sie diese Information umgehend an ihre

Mitglieder weiterleitet. Da Paragraph 105, BVergG 2002 nicht explizit eine individuelle Bieterverständigung verlangt und auch die Art der Bieterverständigung offen lässt, halten die Antragsgegnerinnen den von ihnen gewählten Weg der Verständigung der Interessensvertretung für durchaus angemessen und ausreichend transparent. Letztlich weisen die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass die einzelnen Bieter im Faxwege zusätzlich am 19.8.2005 von der Widerrufsentscheidung und den Gründen für diesen Widerruf in Kenntnis gesetzt wurden.

Die Antragsgegnerinnen bringen weiters vor, dass ein zwingender Widerrufsgrund im Hinblick auf die Entscheidung des VKS vom 14.6.2005, Zl. VKS – 1367/05, vorliege. In allen gegenständlichen, von den Antragsgegnerinnen widerrufenen Ausschreibungen sei das Zuschlagskriterium „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ vorgesehen gewesen. Der Vergabekontrollsenat habe mit der genannten Entscheidung in einem anderen Vergabeverfahren die Meinung vertreten, dass dieses Kriterium insofern zur Bestbieterermittlung ungeeignet sei, als es unternehmens- und nicht auftragsbezogen sei, die Bieter mit erheblichen Kosten belaste und überdies Voraussetzungen bewerte, die ohnehin von allen Unternehmen erfüllt werden müssten. Der VKS habe in dem genannten Verfahren deshalb die Ausschreibungen, die die Anwendung dieses Zuschlagskriteriums vorgesehenen hätten, für nichtig erklärt. Für rechtswidrig erkannte Zuschlagskriterien würden einen Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten. Den Antragsgegnerinnen sei vor dem Hintergrund dieser Spruchpraxis „rechtlich gar keine andere Wahl geblieben, als alle Ausschreibungen zu widerrufen, da nach der erwähnten jüngsten Entscheidung des VKS diese mit dem gravierenden Mangel eines ungeeigneten Zuschlagskriteriums belastet waren“. Dies ungeachtet des Umstands, ob die Ausschreibungen angefochten worden sind, oder die entsprechenden Rügerechte der Bieter in Folge Nichtanfechtung präkludiert sind:

„Selbst der Eintritt der Präklusion ändert nämlich nichts an der Rechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums. Auch wenn das in Rede stehende Zuschlagskriterium der „Zertifizierten Abläufe der Leistungserbringung“ daher von den Bietern nicht angefochten wurde, bleibt es doch rechtswidrig“.

Eine auf Grund eines solchen Zuschlagskriteriums vorgenommene Bestbieterermittlung wäre rechtswidrig. Schon im Hinblick auf die nachprüfende Kontrolle z.B. durch das Kontrollamt der Stadt Wien wäre es den Antragsgegnerinnen unzumutbar, „ein solcher Art evident rechtswidriges Verhalten zu setzen“. Eine derart rechtswidrige Vergabe hätte auch keine Gewähr geboten „dass tatsächlich dem besten Bieter der Zuschlag erteilt wird; so wäre es in mehreren der ausgeschriebenen Verfahren gerade auf Grund des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ zur Vorreihung von Bietern gekommen. Gemeinschaftsrechtlich wäre eine solche Vergabe ungeeignet, den Beihilfenverdacht öffentlicher Zahlungen auszuräumen“.

Die hilfsweise erhobenen Feststellungsanträge wären unzulässig bzw. unbegründet. Letztlich sei der von der Antragstellerin behauptete Schaden tatsächlich nicht entstanden bzw. sei er von den Antragsgegnerinnen „weder rechtswidrig noch schuldhaft verursacht“ worden. „Dies zum einen deshalb, weil der Widerruf... nicht rechtswidrig (sondern sogar rechtlich geboten)“ war. Darüber hinaus sei fraglich, „inwiefern den Bietern 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 bisherigen beteiligten Bieter können sich daher auch am neuen Verhandlungsverfahren beteiligen und – unter Verwendung ihrer bisherigen Vorarbeiten für die Angebotserstellung – neuerliche Angebote legen; ihnen ist durch den Widerruf der Ausschreibung mithin kein Schaden entstanden“.

In ihrem replizierenden Schriftsatz vom 25.8.2005 hat die Antragstellerin ausgeführt, die Verständigung des Innungsmeister- StV. der Fachgruppe Wien der Glaser reiche nicht aus, der Verständigungspflicht nach § 105 Abs. 4 BVergG 2002 gerecht zu werden. Auch die im Faxwege am 19.8.2005 erfolgte Verständigung (1 Woche nach Einbringung der Nachprüfungsanträge) entspreche nicht einer „unverzüglichen Bekanntgabe an die Bieter“ gemäß Abs. 4 leg.cit. Sie weist abermals daraufhin, dass ein Widerrufsgrund für die gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gegeben sei, weil eben die Ausschreibungen von keinem der Bieter angefochten wurden. Damit seien alle, selbst „Wurzelmängel“, mit Ablauf der Präklusionsfristen unanfechtbar geworden und als „geheilt“ anzusehen. Es wäre daher für die Antragsgegnerinnen durchaus möglich gewesen, unter Anwendung der von ihr gewählten Kriterien einen Bestbieter zu ermitteln und die Vergabeverfahren mit Zuschlagsentscheidungen zu beenden. Der Widerruf sei daher zu Unrecht erfolgt. In ihrem replizierenden Schriftsatz vom 25.8.2005 hat die Antragstellerin ausgeführt, die Verständigung des Innungsmeister- StV. der Fachgruppe Wien der Glaser reiche nicht aus, der Verständigungspflicht nach Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 gerecht zu werden. Auch die im Faxwege am 19.8.2005 erfolgte

Verständigung (1 Woche nach Einbringung der Nachprüfungsanträge) entspreche nicht einer „unverzöglichen Bekanntgabe an die Bieter“ gemäß Absatz 4, leg.cit. Sie weist abermals daraufhin, dass ein Widerrufsgrund für die gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gegeben sei, weil eben die Ausschreibungen von keinem der Bieter angefochten wurden. Damit seien alle, selbst „Wurzelmängel“, mit Ablauf der Präklusionsfristen unanfechtbar geworden und als „geheilt“ anzusehen. Es wäre daher für die Antragsgegnerinnen durchaus möglich gewesen, unter Anwendung der von ihr gewählten Kriterien einen Bestbieter zu ermitteln und die Vergabeverfahren mit Zuschlagsentscheidungen zu beenden. Der Widerruf sei daher zu Unrecht erfolgt.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand der von den Antragsgegnerinnen vorgelegten Vergabeakten sowie den Schriftsätzen der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellt wurden, folgende weitere Feststellungen:

Die Kundmachung der gegenständlichen beiden Vergabeverfahren, die durch die jeweils im Spruch genannten Kundendienstzentren geführt wurden, erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien am 23.12.2004. Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005, 10 Uhr, die Angebotsöffnung erfolgte anschließend ab 10:30 Uhr. An den gegenständlichen Vergabeverfahren haben sich zahlreiche Bieter, darunter auch die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten (Teilangeboten) beteiligt. Bei der Angebotsöffnung wurden insgesamt 17 Angebote verlesen.

Die Antragsgegnerinnen haben die von ihnen geführten Vergabeverfahren in der Folge widerrufen. Die Kundmachung des Widerrufs erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien jeweils am 4.8.2005. In der Bekanntmachung des Widerrufs wurde als Grund angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Die Antragsgegnerinnen haben die von ihnen geführten Vergabeverfahren in der Folge widerrufen. Die Kundmachung des Widerrufs erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien jeweils am 4.8.2005. In der Bekanntmachung des Widerrufs wurde als Grund angegeben „Die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“.

Am 11.8.2005 langten die Anträge der Antragstellerin auf Einleitung von Nachprüfungsverfahren und Nichtigerklärungen der Widerrufe in den im Spruch angeführten, Vergabeverfahren ein. Nach Zustellung dieser einleitenden Schriftsätze an die Antragsgegnerinnen haben diese mit Schreiben vom 19.8.2005 jeden einzelnen Bieter von der Widerrufsentscheidung und den Gründen für den Widerruf verständigt. Darin wird als Grund für den jeweiligen Widerruf angegeben „dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Bescheid vom 14.6.2005, Zl. VKS – 1367/05, unsere Ausschreibung „Spenglerarbeiten in städt. Wohnhausanlagen“ für nichtig erklärt hat. Begründet wurde diese Nichtigerklärung mit der Unzulässigkeit des Zuschlagskriteriums „Zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“; der VKS hat ausgesprochen, dass ein solches Kriterium zur Bestbieterermittlung ungeeignet ist. Da auch die hier gegenständliche Ausschreibung „Glaserarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen“, Erfüllungsort Wiener Wohnen (KD... für die Bezirke...) eine Bestbieterermittlung auf Grund eben dieses – nunmehr 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 Entscheidungspraxis des VKS nicht mehr möglich gewesen“.

Diese Feststellungen konnten vor allem auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde, getroffen werden. Von der beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, weil bereits an Hand der Aktenlage erkennbar war, dass die behaupteten Rechtsverletzungen vorliegen (§ 24 Abs. 2 WVRG) und es sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes im Wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen handelt, sodass von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch keine weitere Aufklärung zu erwarten war (§ 24 Abs. 5 WVRG). Diese Feststellungen konnten vor allem auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde, getroffen werden. Von der beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, weil bereits an Hand der Aktenlage erkennbar war, dass die behaupteten Rechtsverletzungen vorliegen (Paragraph 24, Absatz 2, WVRG) und es sich bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes im Wesentlichen um die Lösung von Rechtsfragen handelt, sodass von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung auch keine weitere Aufklärung zu erwarten war (Paragraph 24, Absatz 5, WVRG).

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 am Vertragsabschluss dargestellt, wobei aber zu berücksichtigen war, dass die Antragsgegnerinnen nach der Aktenlage ab Angebotsöffnung eine Bearbeitung der eingelangten Angebote nicht vorgenommen haben, sodass eine Reihung der Angebote der Antragstellerin noch nicht vorliegt. Dass die Antragstellerin zur Erbringung dieser Leistungen befugt ist, ist unstrittig, sie hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerinnen rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einbringung der Nachprüfungsanträge im Sinne des § 14 Abs. 1 WVRG unterrichtet hat. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG, soweit man von Anträgen auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgehen kann. Die Anträge sind auch rechtzeitig im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG. Die Antragstellerin hat in ihren Anträgen ausreichend ihr Interesse am Vertragsabschluss dargestellt, wobei aber zu berücksichtigen war, dass die Antragsgegnerinnen nach der Aktenlage ab Angebotsöffnung eine Bearbeitung der eingelangten Angebote nicht vorgenommen haben, sodass eine Reihung der Angebote der Antragstellerin noch nicht vorliegt. Dass die Antragstellerin zur Erbringung dieser Leistungen befugt ist, ist unstrittig, sie hat auch nachgewiesen, dass sie die Antragsgegnerinnen rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einbringung der Nachprüfungsanträge im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG unterrichtet hat. Ihre Anträge entsprechen auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, soweit man von Anträgen auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgehen kann. Die Anträge sind auch rechtzeitig im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG.

Die Antragsgegnerinnen sind öffentliche Auftraggeberinnen 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. 2 BVergG 2002). Die Antragsgegnerinnen sind öffentliche Auftraggeberinnen 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 (Paragraphen 3, Absatz eins und 9 Absatz 2, BVergG 2002).

Da die Antragstellerin die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargestellt hat, sie ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen ist, ist – formal gesehen – die Antragslegitimation der Antragstellerin insoweit gegeben. Da die Antragstellerin die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargestellt hat, sie ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen ist, ist – formal gesehen – die Antragslegitimation der Antragstellerin insoweit gegeben.

Da die Widerrufe (nach Angebotsöffnung) der Antragsgegnerinnen angefochten werden und primär deren Nichtigerklärungen begehrt werden ist der Vergabekontrollsenat in sinngemäßer Anwendung (wie im Folgenden auszuführen sein wird), gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1 WVRG, zur Entscheidung zuständig. Da die Widerrufe (nach Angebotsöffnung) der Antragsgegnerinnen angefochten werden und primär deren Nichtigerklärungen begehrt werden ist der Vergabekontrollsenat in sinngemäßer Anwendung (wie im Folgenden auszuführen sein wird), gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, WVRG, zur Entscheidung zuständig.

Die Antragstellerin hat in ihrem einleitenden Schriftsatz beantragt, da sie den Widerruf der Ausschreibungen in beiden Vergabeverfahren bekämpft, die Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, zumal es sich bei den Antragsgegnerinnen um Kundendienstzentren der Unternehmung Stadt Wien – Wiener Wohnen handelt, die Ausschreibungsbedingungen bei sämtlichen Ausschreibungen, abgesehen von den für die einzelnen Kundendienstzentren erforderlichen Individualisierungen, gleich sind und sämtliche Kundendienstzentren durch die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien“ vertreten werden. Die Antragsgegnerinnen haben sich gegen diesen Antrag nicht ausgesprochen. Nach § 39 Abs. 2 AVG kann die Behörde von amtswegen oder auf Antrag mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei einer derartigen Verfahrensanordnung von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Diese

Voraussetzungen sind gegenständlich gegeben, sodass den Anträgen auf Verbindung der beiden gegenständlichen Verfahren, wie aus dem Spruch unter Punkt 1 ersichtlich, stattzugeben war. Die Antragstellerin hat in ihrem einleitenden Schriftsatz beantragt, da sie den Widerruf der Ausschreibungen in beiden Vergabeverfahren bekämpft, die Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, zumal es sich bei den Antragsgegnerinnen um Kundendienstzentren der Unternehmung Stadt Wien – Wiener Wohnen handelt, die Ausschreibungsbedingungen bei sämtlichen Ausschreibungen, abgesehen von den für die einzelnen Kundendienstzentren erforderlichen Individualisierungen, gleich sind und sämtliche Kundendienstzentren durch die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien“ vertreten werden. Die Antragsgegnerinnen haben sich gegen diesen Antrag nicht ausgesprochen. Nach Paragraph 39, Absatz 2, AVG kann die Behörde von amtswegen oder auf Antrag mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei einer derartigen Verfahrensanordnung von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Diese Voraussetzungen sind gegenständlich gegeben, sodass den Anträgen auf Verbindung der beiden gegenständlichen Verfahren, wie aus dem Spruch unter Punkt 1 ersichtlich, stattzugeben war.

Zur Anfechtung der Widerrufsentscheidungen:

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, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 151f zu § 162). Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Hospital Ingenieure, EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, bereits klargestellt, dass Art. 1 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 Belegstellen; Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 151f zu Paragraph 162,). Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Hospital Ingenieure, EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, bereits klargestellt, dass Artikel 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 Bundesimmobilien Gesellschaft m.b.H. Klarheit. In diesem Urteil (RZ 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 EWG Nachprüfungsverfahren einführen müssen, um sicherzustellen, dass die Regelungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, beachtet werden (RZ 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 (RZ 53)“.

Weiters führt der EuGH aus, dass er in diesem Urteil bereits entschieden hat, „dass nach den Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 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. 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 Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 b der Richtlinie 89/665". Weiters führt der EuGH aus, dass er in diesem Urteil bereits entschieden hat, „dass nach den Artikel eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, 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. 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 eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinie 89/665".

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 Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 einem solchen Ausschluss der Prüfmöglichkeit entgegenstehen, hat der EuGH nunmehr 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 Art. 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 eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, Buchstabe b der Richtlinie 89/665 einem solchen Ausschluss der Prüfmöglichkeit entgegenstehen, hat der EuGH nunmehr 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 Artikel eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, b der Richtlinie 89/665 zu beachten.“

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

Dies bedeutet, dass der Vergabekontrollsenat des Landes Wien als nationale Nachprüfungsbehörde grundsätzlich zur Behandlung der gegenständlichen Anträge zuständig und im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Europäischen Rechts verpflichtet ist, diese vom EuGH in seinem Urteil „Koppensteiner“ festgeschriebenen Grundsätze zu beachten und für sein Verfahren anzuwenden.

Der Vergabekontrollsenat ist gemäß § 13 Abs. 2 Z 3 WVRG zwar grundsätzlich nur dazu berufen, festzustellen, ob der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Der Widerruf einer Ausschreibung selbst wird im Bundesvergabegesetz 2002 nicht als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 genannt. Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist aber auch für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigkeitserklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (§§ 11 und 13 Abs. 1 WVRG). Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien ist daher für die 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 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 im Falle des Widerrufs nach Ende der Angebotsfrist wegen der unmittelbaren Vorrangwirkung der Rechtsmittelrichtlinie die entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen (Urteil Koppensteiner, RZ 39). 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. Der Vergabekontrollsenat ist gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer 3, WVRG zwar grundsätzlich nur dazu berufen, festzustellen, ob der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Der Widerruf einer Ausschreibung selbst wird im Bundesvergabegesetz 2002 nicht als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, genannt. Die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates ist aber auch für die Durchführung von Verfahren zur Nichtigerklärung von Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegeben (Paragraphen 11 und 13 Absatz eins, WVRG). Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien ist daher für die 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 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 im Falle des Widerrufs nach Ende der Angebotsfrist wegen der unmittelbaren Vorrangwirkung der Rechtsmittelrichtlinie die entgegenstehenden Bestimmungen des nationalen Rechtes unangewendet zu lassen (Urteil Koppensteiner, RZ 39). 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.

Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerinnen ausführen, das EuGH Urteil sei auf den konkreten Sachverhalt nicht anzuwenden, weil sich die Rechtsmittelrichtlinie nur auf Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich bezieht, so geht dieser Einwand ins Leere, weil der Verfassungsgerichtshof schon mehrfach festgestellt hat, dass ein Nichtzulassen des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich dem Gleichheitsgrundsatz widerspreche. Aufträge im „Unterschwellenbereich“ unterliegen daher grundsätzlich den selben Vergaberegeln wie Aufträge im „Oberschwellenbereich“ sowie dem speziell eingerichteten Rechtsschutz durch Vergabekontrollbehörden. So sieht auch das BVergG 2002 eine derartige strenge Trennung, vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz, nicht mehr vor (vgl. Heid/Preslmayer, Vergaberecht2, Seite 70 f). Es ist also die Auslegung im EuGH Urteil „Koppensteiner“ auch auf Verfahren im Unterschwellenbereich anzuwenden, zumal der österreichische Gesetzgeber auch für den Unterschwellenbereich Rechtsschutzmaßnahmen gesetzlich verankert hat. Soweit in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerinnen ausführen, das EuGH Urteil sei auf den konkreten Sachverhalt nicht anzuwenden, weil sich die Rechtsmittelrichtlinie nur auf Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich bezieht, so geht dieser Einwand ins Leere, weil der Verfassungsgerichtshof schon mehrfach festgestellt hat, dass ein Nichtzulassen des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich dem Gleichheitsgrundsatz widerspreche. Aufträge im „Unterschwellenbereich“ unterliegen daher grundsätzlich den selben Vergaberegeln wie Aufträge im „Oberschwellenbereich“ sowie dem speziell eingerichteten Rechtsschutz durch Vergabekontrollbehörden. So sieht auch das BVergG 2002 eine derartige strenge Trennung, vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz, nicht mehr vor (vergleiche Heid/Preslmayer, Vergaberecht2, Seite 70 f). Es ist also die Auslegung im EuGH Urteil „Koppensteiner“ auch auf Verfahren im Unterschwellenbereich anzuwenden, zumal der österreichische Gesetzgeber auch für den Unterschwellenbereich Rechtsschutzmaßnahmen gesetzlich verankert hat.

Die Antragsgegnerinnen haben den Widerruf ihrer Ausschreibungen zunächst nur im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005 kundgemacht und als Grund dafür angeführt, „die Ausschreibung wird gemäß § 105 Abs. 1 BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Der Nachprüfungsantrag ist am 11.8.2005 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 den Antragsgegnerinnen durch Verständigung der Bieter im Sinne des § 105 Abs. 4 WVRG 2002 am 19.8.2005 nachgeholt, sodass von einem Widerruf nach Angebotsöffnung im Sinne des § 105 BVergG 2002 auszugehen ist. Dass der dem Innungsmeister-StV. der Glaser mitgeteilte Widerruf nicht den Anforderungen des § 105 Abs. 4 BVergG 2002 gerecht wurde, bedarf keiner näheren Begründung. Die Antragsgegnerinnen haben den Widerruf ihrer Ausschreibungen zunächst nur im Amtsblatt der Stadt Wien am 4.8.2005 kundgemacht und als Grund dafür angeführt, „die Ausschreibung wird gemäß Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen“. Der Nachprüfungsantrag ist am 11.8.2005 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 den Antragsgegnerinnen durch Verständigung der Bieter im Sinne des Paragraph 105, Absatz 4, WVRG 2002 am 19.8.2005 nachgeholt, sodass von einem Widerruf nach Angebotsöffnung im Sinne des Paragraph 105, BVergG 2002 auszugehen ist. Dass der dem Innungsmeister-StV. der Glaser mitgeteilte Widerruf nicht den Anforderungen des Paragraph 105, Absatz 4, BVergG 2002 gerecht wurde, bedarf keiner näheren Begründung.

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

Der Vergabekontrollsenat wertet die gegenständlichen Widerrufe daher als gesondert anfechtbare Entscheidungen gem. § 20 Z 13 BVergG 2002 und hat zur Beurteilung der formalen Voraussetzungen und zur Einhaltung der Fristen die Bestimmungen, soweit sie für das Nichtigerklärungsverfahren nach § 13 Abs. 1 WVRG gelten, analog angewendet. Der Vergabekontrollsenat wertet die gegenständlichen Widerrufe daher als gesondert anfechtbare Entscheidungen gem. Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 und hat zur Beurteilung der formalen Voraussetzungen und zur Einhaltung der Fristen die Bestimmungen, soweit sie für das Nichtigerklärungsverfahren nach Paragraph 13, Absatz eins, WVRG gelten, analog angewendet.

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

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerinnen ihre Ausschreibungen nach Angebotsöffnung unter Bezugnahme auf § 105 Abs. 1 BVergG 2002 widerrufen haben. 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 Antragsgegnerinnen begründen das Vorliegen dieser Voraussetzungen damit, dass die Vergaben der von ihnen ausgeschriebenen Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollten. 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, weil er das Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für rechtswidrig erachtet hat. Da die Antragsgegnerinnen für die gegenständlichen Ausschreibungen ebenso dieses Zuschlagskriterium vorgesehen hatten, wären sie verpflichtet gewesen, den Widerruf der Ausschreibungen 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 Antragsgegnerinnen ihre Ausschreibungen nach Angebotsöffnung unter Bezugnahme auf Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2002 widerrufen haben. 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 Antragsgegnerinnen begründen das Vorliegen dieser Voraussetzungen damit, dass die Vergaben der von ihnen ausgeschriebenen Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollten. 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, weil er das Zuschlagskriterium „zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung“ für rechtswidrig erachtet hat. Da die Antragsgegnerinnen für die gegenständlichen

Ausschreibungen ebenso dieses Zuschlagskriterium vorgesehen hatten, wären sie verpflichtet gewesen, den Widerruf der Ausschreibungen vorzunehmen, weil sonst das Vergabeverfahren mit dem gleichen Mangel behaftet gewesen wäre, wie jenes, in dem die Ausschreibung für nichtig erklärt wurde.

Diesen Argumenten kann nicht gefolgt werden. Die Antragsgegnerinnen übersehen, 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 gegenständlich vorliegenden Vergabeverfahren wurden die Ausschreibungsbestimmungen jedoch von keinem der Bieter angefochten, sie sind daher von allen Beteiligten, auch den Antragsgegnerinnen, dem Vergabeverfahren als unbekämpft geblieben, zu Grunde zu legen. Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit mangels Differenzierung nicht nur grundlegende Ausschreibungsmängel (Wurzelmängel) sondern auch „(fundamentale) Rechtswidrigkeiten“ erfasst sind, die „das gesamte Verfahren (d.h. alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten“, die nicht innerhalb der im Bundesvergabegesetz 2002 bzw. WVRG 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). Dies bedeutet, dass sich der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote an die von ihm festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen, da sie nicht rechtzeitig angefochten wurden, zu halten hat. Die vorliegenden, 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“. Nach den vorliegenden Vergabeakten haben die Bieter diese Nachweise auch (durchwegs) erbracht. Eine 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 unbeeinträchtigt gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigerklärung der selben nicht stattzugeben (vgl. ZVB 2002, 109) und das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag zu beenden. 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). Dies bedeutet, dass sich der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote an die von ihm festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen, da sie nicht rechtzeitig angefochten wurden, zu halten hat. Die vorliegenden, 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“. Nach den vorliegenden Vergabeakten haben die Bieter diese Nachweise auch (durchwegs) erbracht. Eine 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 unbeeinträchtigt gebliebenen Kriterien logisch nachvollziehen und sachlich rechtfertigen, wäre dem Antrag auf Nichtigerklärung der selben nicht stattzugeben vergleiche ZVB 2002, 109) und das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag zu beenden.

Die Antragsgegnerinnen haben 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 Nichtigkeitserklärung der genannten Ausschreibungen war (sondern auch eine erschwerte Kalkulierbarkeit der Angebotspreise durch mangelnde Objektbeschreibung, unbegründete Abweichungen von Standardleistungsbeschreibungen der Stadt Wien, mangelnde, den Antragsgegnerinnen zumutbare und mögliche Angaben über die ausgeschriebene Leistung etc.), sind beide Sachverhalte nicht vergleichbar, weil – wie bereits ausgeführt – im Verfahren „Spenglerarbeiten“ die Ausschreibung an sich angefochten wurde, während es sich vorliegend um den Widerruf der Ausschreibungen nach Angebotseröffnung handelt. Die Antragsgegnerinnen wären daher verpflichtet gewesen, die von ihnen festgelegten Zuschlagskriterien und sonstigen Ausschreibungsbedingungen, da sie nicht bekämpft worden sind, dem Vergabeverfahren zu Grunde zu legen und davon ausgehend eine Prüfung der Angebote mit dem Ziel einer Zuschlagsentscheidung – die nach den Ausschreibungsbedingungen durchaus möglich ist – zu treffen. Damit liegt ein einseitiger Widerruf rechtfertigender Grund nicht vor, weshalb den Anträgen der Antragstellerin folgend der Widerruf der beiden Ausschreibungen unter Zugrundelegung der Rechtsansicht des EuGH in seinem Urteil Koppensteiner, Rs C-15/04, für nichtig zu erklären war.

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

Schlagworte

Nichtigkeitserklärung von Widerruf der Ausschreibung nach Angebotsöffnung; Bekanntgabe.

Dokumentnummer

VERGT_20050826_2581_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