

TE Verg Bescheid 2005/6/17 VKS-1888/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.06.2005

Norm

WVRG §1 Abs2 Z6

WVRG §2 Abs2 und 4

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z3 litb

WVRG §23

BVergG §4 Abs1

BVergG §7 Abs1 Z2

BVergG §9 Abs1 Z4

BVergG §20 Z13 lita sublitdd

AVG §59 Abs1

AVG §74

1. BVergG Art. 2 § 4 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. BVergG § 7 gültig von 01.09.2002 bis 31.08.2002 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 99/2002

2. BVergG § 7 gültig von 01.07.1999 bis 31.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/1999

3. BVergG § 7 gültig von 28.05.1997 bis 30.06.1999

1. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.03.2005 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

2. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.01.2005 bis 22.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 483/2004

3. BVergG Art. 2 § 9 gültig von 01.09.2002 bis 28.02.2005

1. BVergG Art. 2 § 20 gültig von 01.09.2002 bis 31.01.2006 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006

1. AVG § 59 heute

2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 59 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 den Antrag der BewerberInnengemeinschaft *** 1.) ***, 2.) ***, 3.) ***, 4.) *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Bewerberauswahl zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages „Konzeption und Management des Lokalen Agenda 21 Prozesses im 4. Wiener Gemeindebezirk“ durch die Antragsgegnerin „Verein Lokale Agenda 21 in Wien zur Förderung von Bürgerbeteiligungsprozessen“, Grüngasse 9/5, 1050 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 24.5.2005, wonach die antragstellende Arbeitsgemeinschaft zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen wird, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird abgewiesen.

4. 4.Ziffer 4

Der Antrag, die Antragsgegnerin zum Ersatz der Pauschalkosten zu verpflichten, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 6, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 3 lit. b, 23 WVRG und §§ 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 2, 9 Abs. 1 Z 4, 20 Z 13 lit. a sublit dd BVergG 2002 sowie §§ 59 Abs. 1 und 74 AVG.Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer 6, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera b,, 23 WVRG und Paragraphen 4, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 4, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 sowie Paragraphen 59, Absatz eins und 74 AVG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Die zu vergebende Leistung ist wie folgt beschrieben:

„Die Lokale Agenda 21 hat zum Ziel, auf Bezirksebene die Bevölkerung zu motivieren an der nachhaltigen Gestaltung ihres Lebensumfeldes mitzuwirken. Dies umfasst folgende Leistung: Projektleitung und –steuerung, Bezirksanalyse, Aufbau und Weiterentwicklung der Prozessstruktur, Zielentwicklung, Betrieb eines LA 21 Büros im Bezirk, Aktivierung von Bürger/Innen, Moderation, Öffentlichkeitsarbeit, Dokumentation, Zusammenarbeit mit dem Verein „LA 21 Wien“. Es handelt sich um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 8.4.2005, der Schlusstermin für die Abgabe von Teilnahmeanträgen war der 17.5.2005, 13 Uhr. Teilnahmeanträge waren unter Verwendung der von der Antragsgegnerin ausgearbeiteten Unterlagen zu erstellen.

Unter anderem hat auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft (im Folgenden kurz „ARGE“ genannt) rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt.

Mit E-Mail vom 24.5.2005, eingelangt bei der „ARGE“ am gleichen Tage, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, die Bewerbung der Bietergemeinschaft nicht berücksichtigen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zuzulassen, richtet sich der am 7.6.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 2 lit. b WVRG) eingelangte Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin begehrt darin die Entscheidung der Antragsgegnerin, sie nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen für nichtig zu erklären. Weiters beantragt sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie der Antragsgegnerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen. Die „ARGE“ führt zur Begründung ihres Begehrens im Wesentlichen aus, sie hätte einen den von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Bedingungen entsprechenden Teilnahmeantrag gestellt. Nach Mitteilung der Antragsgegnerin sei ihr Teilnahmeantrag deswegen nicht berücksichtigt worden, weil er nicht von allen Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft entsprechend gefertigt worden wäre. Die Festlegungen in den Teilnehmerunterlagen seien rechtlich widersprüchlich und undeutlich formuliert. So verlange die

Antragsgegnerin auf Gegen diese Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zuzulassen, richtet sich der am 7.6.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, WVRG) eingelangte Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin begehrt darin die Entscheidung der Antragsgegnerin, sie nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zuzulassen für nichtig zu erklären. Weiters beantragt sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie der Antragsgegnerin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen. Die „ARGE“ führt zur Begründung ihres Begehrens im Wesentlichen aus, sie hätte einen den von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Bedingungen entsprechenden Teilnahmeantrag gestellt. Nach Mitteilung der Antragsgegnerin sei ihr Teilnahmeantrag deswegen nicht berücksichtigt worden, weil er nicht von allen Mitgliedern der Bewerbergemeinschaft entsprechend gefertigt worden wäre. Die Festlegungen in den Teilnehmerunterlagen seien rechtlich widersprüchlich und undeutlich formuliert. So verlange die Antragsgegnerin auf

Seite 13 der Teilnehmerunterlagen zunächst eine Ermächtigung, die jedoch ausschließlich das Innenverhältnis der Bewerbergemeinschaft betrifft.. Darüber hinaus verlange die Antragsgegnerin eine Vollmacht, die wiederum das Außenverhältnis der Bewerbergemeinschaft betreffe. Damit habe die Antragsgegnerin undeutlicher Äußerungen im Sinne des § 915 ABGB verwendet, weshalb die Bestimmungen in den Bewerbungsunterlagen nicht zu Lasten der „ARGE“ ausgelegt werden dürften. Der „ARGE“ drohe bei Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung ein Schaden von zumindest Euro 7.400,--. Seite 13 der Teilnehmerunterlagen zunächst eine Ermächtigung, die jedoch ausschließlich das Innenverhältnis der Bewerbergemeinschaft betrifft.. Darüber hinaus verlange die Antragsgegnerin eine Vollmacht, die wiederum das Außenverhältnis der Bewerbergemeinschaft betreffe. Damit habe die Antragsgegnerin undeutlicher Äußerungen im Sinne des Paragraph 915, ABGB verwendet, weshalb die Bestimmungen in den Bewerbungsunterlagen nicht zu Lasten der „ARGE“ ausgelegt werden dürften. Der „ARGE“ drohe bei Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung ein Schaden von zumindest Euro 7.400,--.

Die Antragsgegnerin hat sich sowohl gegen den Antrag auf Nichtigklärung als auch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Schriftsatz vom 13.6.2005 ausgesprochen und insbesondere ausgeführt, sie habe in den Unterlagen zur Ausschreibung die Form der Teilnahmeanträge genauestens geregelt. Nach den dort enthaltenen Bestimmungen muss die Form der Teilnahmeanträge den der Aufforderung zur Einreichung von Teilnahmeanträgen beiliegenden Muster entsprechen. Der Teilnahmeantrag war zudem vollständig auszufüllen und rechtsgültig zu unterfertigen. Diesen Anforderungen sei die „ARGE“ nicht nachgekommen. Insbesondere habe die „ARGE“ jenes Dokument (Seite 13 von 25 der Ausschreibungsunterlagen), das als Teilnahmeantrag für „Konzeption und Management des Lokalen Agenda 21 Prozesses im 4. Wiener Gemeindebezirk“ bezeichnet wird, einseitig abgeändert und dieses Dokument selbst als „Vollmacht“ bezeichnet. Es liege damit nur eine Bevollmächtigung, nicht aber ein Teilnahmeantrag der „ARGE“ vor. Im Muster des Teilnahmeantrages sei ausdrücklich gefordert worden, dass jedes Mitglied der Bewerbergemeinschaft unter Angabe des Namens in Blockbuchstaben und ihrer Stampiglie zu unterzeichnen hat. Eine rechtsgültige Unterfertigung eines Mitgliedes der Bewerbergemeinschaft liege nicht vor, weshalb die „ARGE“ zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zugelassen werden konnte. Weiters brachte die Antragsgegnerin vor, dass ein Mitglied der „ARGE“ (*** KEG) einen Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erbringen konnte. Unklare Bestimmungen in den Unterlagen zur Aufforderung zur Einreichung eines Teilnahmeantrages lägen nicht vor, sollten solche angenommen werden, hätten sie rechtzeitig angefochten werden müssen.

Ausgehend von dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, den Schriftsätzen der Parteien (Antragstellerin einleitender Schriftsatz vom 7.6.2005 samt Beilagen und Schriftsatz vom 13.6.2005; Antragsgegnerin vom 13.6.2005 und 23.6.2005) und dem Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit von den Parteien nicht in Zweifel gezogen wurde, geht der Vergabekontrollsenat von folgenden weiteren Feststellungen aus:

Das von der Antragsgegnerin geführte zweistufige Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich wurde ordnungsgemäß und EU-weit bekannt gemacht (Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 8.4.2005). Für die Teilnahmeanträge waren die von der Antragsgegnerin aufgelegten Unterlagen zu verwenden. In diesen wird - soweit für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung - Folgendes festgelegt:

Punkt 11.1. „Form der Teilnahmeanträge“

„Die Form der Teilnahmeanträge muss beiliegendem Muster (siehe Punkt 14 ff) entsprechen. Der Teilnahmeantrag muss vollständig ausgefüllt werden und ist rechtsgültig zu zeichnen.

Die rechtsgültige Zeichnung wird anhand des aktuellen Firmenbuchauszuges bzw. Vereinsregisterauszuges, aus dem hervorgeht, welche Personen (Einzel oder Kollektiv) vertretungsberechtigt sind, überprüft. Erfolgt die Zeichnung nicht durch diese befugten Personen, ist die Rechtsgültigkeit der Zeichnung durch entsprechende Unterlagen (Vollmacht) im Original nachzuweisen. Die nicht rechtsgültige Zeichnung als auch die Nichtvorlage von Unterlagen zum Nachweis der Berechtigung zur Unterzeichnung führen zur Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages im weiteren Verfahren."

Punkt 12.2 „Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit"

„12.2.1 Vorlage von Rechnungsabschlüssen der beiden letzten, nach den nationalen gesetzlichen Bestimmungen fälligen, abgeschlossenen Geschäftsjahre. Die Rechnungsabschlüsse müssen nachweisen, dass der Gesamtumsatz des/der BewerberIn (oder bei BewerberInnengemeinschaften jedes Mitglieds einer BewerberInnengemeinschaft) in jedem dieser letzten beiden Geschäftsjahre mindestens 100.000 Euro betragen hat."

Punkt 14 betrifft den Teilnahmeantrag der in seiner Überschrift wie folgt lautet:

„14. Teilnahmeantrag (Der eingebrachte Teilnahmeantrag muss diesem Muster entsprechen und darf nicht verändert werden!)

Teilnahmeantrag für Konzeption und Management des Lokalen Agenda 21 Prozesses im 4. Wiener Gemeindebezirk."

Es folgt ein offener Raster in den die Bewerber einzutragen waren. Vor diesem Raster befindet sich in einer Klammer folgender Text:

„BewerberInnengemeinschaften siehe nächste Seite" Die Seite 14 von 25 der Ausschreibungsunterlagen enthält das Formular für die Mitglieder der BewerberInnengemeinschaft mit dem Beisatz „Tabelle beliebig erweiterbar". In die Tabelle waren einzutragen Name/Firma laut Firmenbuch, Anschrift, Tel., Fax-Nr., E-Mail und die Kontaktpersonen. In der Tabelle „Mitglieder der BewerberInnengemeinschaft ist in den ersten vier Spalten als Mitglied der „ARGE" eingetragen: Mag. *** samt Anschrift und Kontaktnummern sowie als Kontaktperson Mag. ***. Weiters sind in der Tabelle eingetragen ***, *** und *** GmbH.

Nach den Teilnahmeanträgen war weiters von den Bewerbern der auf Seite 13 von 25 vorgesehene Teilnahmeantrag der wie folgt lautet, auszufüllen und zu fertigen:

„Teilnahmeantrag für Konzeption und Management des Lokalen Agenda 21 Prozesses im 4. Wiener Gemeindebezirk

BewerberInnengemeinschaften

Es sind alle Mitglieder bekannt zugeben (siehe Tabelle nächste Seite) sowie der/die

bevollmächtigte VertreterIn

Name der BewerberInnengemeinschaft....

Bevollmächtigte(r) Vertreter(in) der BewerberInnengemeinschaft die Mitglieder der BewerberInnengemeinschaft ermächtigt" Darunter finden sich drei Spalten in die Firma und Name einer natürlichen Person, Zustelladresse, Tel.Nr., Fax-Nr., E-Mail einzutragen waren. Weiter heißt es im Text „sie nach außen hin zu vertreten und alle Verhandlungen im Zuge des Ausschreibungsverfahrens zu führen." Dieses mit „Teilnahmeantrag" bezeichnete Formular war rechts unten zu fertigen. An der dafür vorgesehenen Stelle enthält es den Text „rechtsgültige Zeichnung der zur Vertretung befugten Person(en) jedes Mitgliedes der BewerberInnengemeinschaft unter Angabe ihres Namens in Blockbuchstaben und Stampiglie."

Die „ARGE" hat dieses Formular derart abgeändert, dass der vor der Zeile „Bevollmächtigte(r) VertreterIn der BewerberInnengemeinschaft" enthaltener Text weggelassen wurde, insbesondere die Überschrift des Formulars „Teilnahmeantrag für Konzeption und Management des Lokalen Agenda 21 Prozesses im 4. Wiener Gemeindebezirk". Das von der „ARGE" abgeänderte, selbst als Vollmacht bezeichnete Dokument trägt die Stampiglien des 2., 3. und 4. Mitgliedes der Bietergemeinschaft sowie die Unterschriften der für diese Mitglieder zeichnungsbefugten Personen, wobei die Unterschrift in Blockbuchstaben wiedergegeben ist. Es findet sich aber weder eine Fertigung von Mag. ***

noch ein Firmenstempel der *** KEG. In dem von der „ARGE“ als Vollmacht bezeichneten Schriftstück wird überdies in der Spalte Firma und Name einer natürlichen Person angeführt: „***, darunter Mag. ****“, es trägt ebenfalls keine Fertigung durch Mag. ***.

Mit ihrer Bewerbung hat die „ARGE“ ein Begleitschreiben vom 16.5.2005 abgegeben, das in seinem Briefkopf den Aufdruck „*** KEG“ samt Anschrift trägt. Im Text dieses Schreibens heißt es, dass sich das „Agenda Team ****“ aus dem Atelier ***, der ***, der *** GmbH zusammensetzt. Im drittletzten Absatz dieses Begleitschreibens heißt es „das Team wird koordiniert von ***/Mag. ***, das aus dem interdisziplinären Architekturbüro *** hervorgegangen ist und seit 2003 eigenständig als KEG agiert. Sollte der Auftraggeber aus formalistischen Gründen mit der von uns vorgeschlagenen eigenständigen Teamposition des *** nicht einverstanden sein (da das *** die formale Voraussetzung der Umsätze der letzten Jahre noch nicht erfüllen kann), wird das *** die Federführung übernehmen (entsprechende Bevollmächtigung liegt auf)“. Dieses Schreiben ist ohne Firmenstampiglie offenbar von „****“ unterfertigt.

Die „*** KEG“ wurde am 29.7.2003 unter der Firmenbuchnummer FN 237626a eingetragen. Der Gesellschaftsvertrag stammt vom 22.7.2003, Geschäftszweig ist die Veranstaltung von Organisationen, Werbung. Persönlich haftender Gesellschafter ist Mag.***, die seit 29.7.2003 selbständig vertritt. Als Kommanditist ist DI *** eingetragen.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten und das Vorbringen der Parteien wobei die jeweiligen Beweisstellen im Rahmen der Feststellung zitiert wurden. Die beantragte mündliche Verhandlung war nicht durchzuführen, weil bereits auf Grund der Aktenlage erkennbar war, dass dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben werden kann und im Übrigen eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten ließ (§ 24 Abs. 5 WVRG). Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten und das Vorbringen der Parteien wobei die jeweiligen Beweisstellen im Rahmen der Feststellung zitiert wurden. Die beantragte mündliche Verhandlung war nicht durchzuführen, weil bereits auf Grund der Aktenlage erkennbar war, dass dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben werden kann und im Übrigen eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten ließ (Paragraph 24, Absatz 5, WVRG).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Zunächst war zu prüfen, ob es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen handelt. Der Vorstand des Vereines „Lokale Agenda 21 in Wien zur Förderung von Bürgerbeteiligungsprozessen“ besteht aus sieben Personen. Vorsitzender des Vorstandes ist der amtsführende Stadtrat der Geschäftsgruppe Stadtentwicklung und Verkehr; die weiteren Mitglieder sind Gemeinderäte aller im Gemeinderat vertretenen politischen Parteien. Die Mitglieder des entscheidenden Leitungsorganes der Antragsgegnerin werden durch die Stadt Wien im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 6 lit. c WVRG ernannt. Es handelt sich somit bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Zunächst war zu prüfen, ob es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen handelt. Der Vorstand des Vereines „Lokale Agenda 21 in Wien zur Förderung von Bürgerbeteiligungsprozessen“ besteht aus sieben Personen. Vorsitzender des Vorstandes ist der amtsführende Stadtrat der Geschäftsgruppe Stadtentwicklung und Verkehr; die weiteren Mitglieder sind Gemeinderäte aller im Gemeinderat vertretenen politischen Parteien. Die Mitglieder des entscheidenden Leitungsorganes der Antragsgegnerin werden durch die Stadt Wien im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 6, Litera c, WVRG ernannt. Es handelt sich somit bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002.

Der Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 4 Abs. 1 BVergG 2002 wurde von der Antragsgegnerin im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Mitteilung von der Bewerberauswahl (Nichtzulassung zur Teilnahme) stellt gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit dd BVergG 2002 eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Gemäß § 20 Abs. 1 Z 3 lit. b WVRG beträgt die Frist für einen Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung über die Bewerberauswahl 14 Tage ab Zugang der Mitteilung durch die Auftraggeberin. Die Mitteilung von der Bewerberauswahl erfolgte am 24.5.2005, der am 7.6.2005 eingelangte Antrag ist daher rechtzeitig. Die Arbeitsgemeinschaft hat auch den ihr drohenden Schaden ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die „ARGE“ bei Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung keinerlei Chancen hätte den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag zu erhalten. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG ist rechtzeitig und

umfassend erfolgt, der Nachprüfungsantrag entspricht auch sonst den Anforderungen des § 17 Abs. 1 Der Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 wurde von der Antragsgegnerin im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Mitteilung von der Bewerberauswahl (Nichtzulassung zur Teilnahme) stellt gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 3, Litera b, WVRG beträgt die Frist für einen Antrag auf Nichtigklärung dieser Entscheidung über die Bewerberauswahl 14 Tage ab Zugang der Mitteilung durch die Auftraggeberin. Die Mitteilung von der Bewerberauswahl erfolgte am 24.5.2005, der am 7.6.2005 eingelangte Antrag ist daher rechtzeitig. Die Arbeitsgemeinschaft hat auch den ihr drohenden Schaden ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die „ARGE“ bei Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung keinerlei Chancen hätte den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag zu erhalten. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und umfassend erfolgt, der Nachprüfungsantrag entspricht auch sonst den Anforderungen des Paragraph 17, Absatz eins

WVRG.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigklärungsverfahrens zuständig.

Der Antrag auf Nichtigklärung erweist sich jedoch im Ergebnis als nicht berechtigt.

Im Punkt 11.1 der Aufforderung zur Einreichung von Teilnahmeanträgen ist die Form der Teilnahmeanträge geregelt, sie müssen dem beiliegenden Muster (Verweis auf Punkt 14 ff) entsprechen, vollständig ausgefüllt und rechtsgültig gezeichnet sein. Für eine Bietergemeinschaft ist vorgesehen, dass alle Bieter (welche in einer Tabelle auf der nächstfolgenden Seite anzuführen sind) sowie deren bevollmächtigte Vertreter bekannt zu geben sind.

Im Punkt 12.2. ist weiters vorgesehen, dass als Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unter anderem die Vorlage von Rechnungsabschlüssen der beiden letzten Jahre vorzulegen sind. Überdies ist nachzuweisen, dass der Gesamtumsatz der Bewerber (BewerberInnengemeinschaften: jedes Mitglied der BewerberInnengemeinschaft) in jedem dieser beiden letzten Geschäftsjahre mindestens Euro 100.000,-- betrug.

Unstrittig ist, dass die Bestimmungen in den Unterlagen, die für Teilnahmeanträge zu verwenden waren, nicht angefochten wurden. Es ist daher grundsätzlich von den Bestimmungen in den Unterlagen zu den Teilnahmeanträgen auszugehen (vgl. Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², S 583ff). Unstrittig ist, dass die Bestimmungen in den Unterlagen, die für Teilnahmeanträge zu verwenden waren, nicht angefochten wurden. Es ist daher grundsätzlich von den Bestimmungen in den Unterlagen zu den Teilnahmeanträgen auszugehen vergleiche Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht², S 583ff).

Nach der Tabelle, in der die Namen der Mitglieder der BewerberInnengemeinschaft „***“ angeführt sind wird an erster Stelle in der Spalte „Name/Firma laut Firmenbuch“ Mag. ***, ***angeführt. Als Kontaktperson ist Mag. *** genannt. Auf der vorhergehenden Seite, wobei dieses Formular durch Weglassung der ersten acht Zeilen abgeändert wurde, wird als bevollmächtigte(r) VertreterIn der BewerberInnengemeinschaft „*** Mag. ***“ angeführt. Entgegen der Darstellung im Nachprüfungsantrag (Seite 9 oben) wird in der von der „ARGE“ als „Vollmacht“ bezeichneten Urkunde nicht als federführendes Mitglied die „*** KEG“ angeführt sondern nur die natürliche Person Mag. ***. Diese Vollmacht ist jedoch nur von den übrigen drei Mitgliedern der BewerberInnengemeinschaft, nicht aber von Frau Mag. *** (für die KEG) unterfertigt.

Ein Teilnahmeantrag, der die gesamte Bietergemeinschaft, wie sie im Nachprüfungsverfahren auftritt, wiedergeben würde, liegt nicht vor. Zunächst hat die „ARGE“ das Muster des Teilnahmeantrages eigenmächtig verändert, indem sie die Überschrift sowie den nachfolgenden Text bis zur Subüberschrift „Bevollmächtigte(r) VertreterIn der BewerberInnengemeinschaft“ entfernt hat. Damit liegt eine bloße Vollmacht - wie von der „ARGE“ selbst so bezeichnet - vor und kein Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft unter Nennung einer natürlichen Person, die für die Bietergemeinschaft als vertretungsbefugt auftreten kann.

Wollte man davon ausgehen, dass Mitglied der Bietergemeinschaft auch die „*** KEG“ ist, was freilich aus den ausgefüllten „Teilnahmeanträgen“ nicht hervorgeht, so wäre für die KEG als juristische Person die Fertigung eines für

sie handelnden vertretungsbefugten Organs notwendig gewesen. Eine derartige Fertigung, die zweifellos von der Geschäftsführerin der KEG Mag. *** stammen müsste, findet sich unter Hinweis auf diese ihr nach dem Inhalt des Firmenbuches zukommende Stellung als allein vertretungsbefugte Geschäftsführerin nicht.

Entgegen der Ansicht der „ARGE“ ist das Begleitschreiben vom 16.5.2005, das mit dem Teilnahmeantrag abgegeben wurde, nicht geeignet, diesen Mangel zu beheben.

Auf dem Muster des Teilnahmeantrages wird ausdrücklich gefordert, dass jedes Mitglied der BewerberInnengemeinschaft unter Angabe seines Namens in Blockbuchstaben und seiner Stampiglie zu unterzeichnen hat. Dies ist nicht erfolgt. Die „ARGE“ versucht zwar darzustellen, dass eine rechtsgültige Unterfertigung deshalb vorliege, weil Frau Mag. *** das „Vorlageschreiben“ vom 16.5.2005 – welches nach ihrer Argumentation einen integrierenden Bestandteil des Teilnahmeantrages darstellen soll – unterfertigt hat. Wenn auch dieses Begleitschreiben auf einem Briefpapier der „*** KEG“ verfasst ist und von D. *** unterfertigt wurde (freilich ohne jeglichen Hinweis in welcher organschaftlichen Funktion sie aufgetreten ist) mag dies nicht das nicht vollständig ausgefüllte, für den Teilnahmeantrag zwingend zu verwendende Formular zu ersetzen. Punkt 14, der diesen Teilnahmeantrag betrifft, enthält den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass der eingebrachte Teilnahmeantrag „diesem Muster entsprechen“ muss und „nicht geändert“ werden darf. Da die Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten wurden, sind sie der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren als zwingend zu Grunde zu legen.

Letztlich ergibt sich bei der Vorgangsweise der „ARGE“ die Frage, wer konkret Mitglied der BewerberInnengemeinschaft ist. Die korrekte Bezeichnung des ersten Mitgliedes der „ARGE“ lautet „*** KEG“. Diese genaue Firmenbezeichnung findet sich weder auf den Teilnahmeantrag (bzw. der Bevollmächtigung) noch sonst in der von der „ARGE“ eingereichten Bewerbung. Auch aus Seite 1 des „Vorlageschreibens“ vom 16.5.2005 ergibt sich lediglich, dass sich das „Agenda-Team ***“ aus dem Atelier ***, *** und der *** GmbH zusammensetzt. Auch hieraus ist nicht erkennbar, ob Frau Mag. *** oder die *** KEG Mitglied der BewerberInnengemeinschaft sein sollen.

Damit zeigt sich nach den Unterlagen der Vergabeakten, dass seitens der „ARGE“ das Formular des Teilnahmeantrages unzulässigerweise abgeändert wurde, eine Unterfertigung durch Frau Mag. ***, weder als natürliche Person noch für die KEG erfolgt ist, sodass nicht eindeutig feststeht, wer tatsächlich Mitglied der BewerberInnengemeinschaft sein sollte (Mag. *** oder die KEG). Bereits dieser Umstand hat die Antragsgegnerin berechtigt, die „ARGE“ nicht zur Teilnahme an der zweiten Verhandlungsrunde einzuladen.

Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens darauf hingewiesen hat, dass überdies, sollte man davon ausgehen, dass Mag. *** oder die *** KEG Mitglied der BewerberInnengemeinschaft sind, ein Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erbracht wurde. Der Vergabekontrollsenat hält die Geltendmachung dieses weiteren, gegen eine Teilnahme am Vergabeverfahren sprechenden Grundes im Zuge des Nachprüfungsverfahrens für durchaus zulässig, weil es dem Auftraggeber überlassen sein muss, seine Entscheidung in Übereinstimmung mit seinen Bedingungen und den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes zu treffen. Wollte man ein „Nachschieben“ von weiteren Ausscheidungsgründen nicht zulassen, würde dies in letzter Konsequenz zu den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes widersprechenden Vergabeentscheidungen führen.

Nach Punkt 12.2.1 war die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage von Rechnungsabschlüssen für die letzten beiden abgeschlossenen Geschäftsjahre zu erbringen. Dieser Nachweis war von jedem Mitglied der BewerberInnengemeinschaft in jedem dieser letzten beiden Geschäftsjahre zu erbringen, wobei ein Gesamtumsatz von mindestens 100.000,-- Euro nachzuweisen war. Nun ergibt sich aus dem Firmenbuch, dass die *** KEG mit Wirksamkeit vom 29.7.2003 in das Firmenbuch eingetragen wurde. Naturgemäß kann die KEG wie von der „ARGE“ bereits in ihrem Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag vom 16.5.2005 ausgeführt, diesen Nachweis der Wirtschaftlichkeit noch nicht erbringen. Es wird deshalb in diesem Schreiben vorgeschlagen „sollte der Auftraggeber aus formalistischen Gründen mit der von uns vorgeschlagenen eigenständigen Teamposition der *** (!) nicht einverstanden sein (da das *** die Voraussetzung der Umsätze der letzten beiden Jahre noch nicht erfüllen kann), wird das Architekturbüro *** die Federführung übernehmen (entsprechende Bevollmächtigung liegt auf)“. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zu dieser Formulierung darauf, dass es damit letztlich dem Auftraggeber überlassen wäre, sich die Zusammensetzung der Bewerbergemeinschaft auszusuchen. Würde die Antragsgegnerin den Vorschlag der „ARGE“ aufgreifen, würde dies in letzter Konsequenz einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern bedeuten, womit ein eindeutiger Verstoß gegen § 21 BVergG 2002 vorläge. Zurecht hat die Antragsgegnerin auch von

einer Mängelbehebung abgesehen, da nach dem Inhalt des Begleitschreibens eindeutig davon auszugehen war, dass es sich bei dem mangelnden Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit um einen unbehebbarer Mangel handelt. Ein Mängelbehebungsverfahren wäre daher von vornherein aussichtslos gewesen. Nach Punkt 12.2.1 war die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage von Rechnungsabschlüssen für die letzten beiden abgeschlossenen Geschäftsjahre zu erbringen. Dieser Nachweis war von jedem Mitglied der BewerberInnengemeinschaft in jedem dieser letzten beiden Geschäftsjahre zu erbringen, wobei ein Gesamtumsatz von mindestens 100.000,- Euro nachzuweisen war. Nun ergibt sich aus dem Firmenbuch, dass die *** KEG mit Wirksamkeit vom 29.7.2003 in das Firmenbuch eingetragen wurde. Naturgemäß kann die KEG wie von der „ARGE“ bereits in ihrem Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag vom 16.5.2005 ausgeführt, diesen Nachweis der Wirtschaftlichkeit noch nicht erbringen. Es wird deshalb in diesem Schreiben vorgeschlagen „sollte der Auftraggeber aus formalistischen Gründen mit der von uns vorgeschlagenen eigenständigen Teamposition der *** (!) nicht einverstanden sein (da das *** die Voraussetzung der Umsätze der letzten beiden Jahre noch nicht erfüllen kann), wird das Architekturbüro *** die Federführung übernehmen (entsprechende Bevollmächtigung liegt auf)“. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zu dieser Formulierung darauf, dass es damit letztlich dem Auftraggeber überlassen wäre, sich die Zusammensetzung der Bewerbergemeinschaft auszusuchen. Würde die Antragsgegnerin den Vorschlag der „ARGE“ aufgreifen, würde dies in letzter Konsequenz einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern bedeuten, womit ein eindeutiger Verstoß gegen Paragraph 21, BVergG 2002 vorläge. Zurecht hat die Antragsgegnerin auch von einer Mängelbehebung abgesehen, da nach dem Inhalt des Begleitschreibens eindeutig davon auszugehen war, dass es sich bei dem mangelnden Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit um einen unbehebbarer Mangel handelt. Ein Mängelbehebungsverfahren wäre daher von vornherein aussichtslos gewesen.

Zusammenfassend zeigt sich, dass Bestimmungen in den Unterlagen zum Teilnahmeantrag von der „ARGE“ nicht rechtzeitig angefochten wurden, die „ARGE“ das Formular des Teilnahmeantrages, das zwingend in dieser Form für die Bewerbung zu verwenden war, einseitig verändert hat und eine Unterfertigung durch Frau Mag. *** auf dem Teilnahmeantrag weder als natürliche Person noch als Organ der KEG erfolgte. Weiters ist nicht klar ersichtlich wer überhaupt Mitglied der BewerberInnengemeinschaft sein sollte, nämlich Mag. *** oder die *** KEG. Damit eine BewerberInnengemeinschaft zur Teilnahme am weiteren Verfahren eingeladen werden kann, muss für den Auftraggeber klar ersichtlich sein, aus welchen juristischen oder natürlichen Personen sich diese Gemeinschaft konkret zusammensetzt. Nur so kann geprüft werden, ob von allen Mitgliedern einer BewerberInnengemeinschaft die Teilnahmebedingungen auch erfüllt werden. Diese Mängel bzw. Unklarheiten im Teilnahmeantrag muss sich die „ARGE“ zurechnen lassen. Bei einer Gesamtbetrachtung sind die Angaben der „ARGE“ so unklar bzw. widersprüchlich, dass von behebbaren Mängeln nicht gesprochen werden kann. Das Vorgehen der Auftraggeberin, welche auf dem Teilnahmeantrag einerseits von „Bevollmächtigung“ spricht (eine solche betrifft das Außenverhältnis), andererseits von „Ermächtigung“ (eine solche betrifft das Innenverhältnis) schadet nach Ansicht des VKS nicht. Eine derartige Unterscheidung ist im normalen, nicht juristischen Sprachgebrauch auch nicht üblich. Sollten der „ARGE“ diese Angaben im Teilnahmeantrag tatsächlich unklar gewesen sein, wäre sie verpflichtet gewesen rechtzeitig Aufklärung zu verlangen bzw. die betreffenden Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen anzufechten. Dies ist nicht geschehen. Die im Nachprüfungsantrag aufgestellte Behauptung, die „ARGE“ hätte durch die Nichtunterfertigung des Teilnahmeantrages durch Mag. *** im eigenen Namen oder als Organ der *** KEG ein „Zivilrechtlich nicht unproblematisches Selbstkontrahieren vermeiden“ wollen, erscheint nicht nachvollziehbar. Da einerseits ein durch alle Mitglieder der Bewerbergemeinschaft nach den Vorgaben der Antragsgegnerin gefertigter Teilnahmeantrag nicht vorliegt, andererseits auch das Mitglied der Bewerbergemeinschaft, sei es die *** KEG bzw. Mag. *** den geforderten Nachweis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht erbringen konnte, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die „ARGE“ zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens nicht zuzulassen, abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, sodass damit auch die Grundlage zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 23 Abs. 1 WVRG weggefallen ist. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, sodass damit auch die Grundlage zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG weggefallen ist.

Da die antragstellende Bietergemeinschaft mit ihrem Antrag unterlegen ist, steht ihr ein Kostenersatz gemäß § 30 Abs. 5 WVRG nicht zu. Da die antragstellende Bietergemeinschaft mit ihrem Antrag unterlegen ist, steht ihr ein Kostenersatz gemäß Paragraph 30, Absatz 5, WVRG nicht zu.

Schlagworte

Unvollständiges Angebot; Abweichen von Ausschreibungsbestimmungen; Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; unklare Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft.

Dokumentnummer

VERGT_20050617_1888_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