

TE Lvwg Erkenntnis 2020/5/7 VGW-123/072/2017/2020

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.05.2020

Entscheidungsdatum

07.05.2020

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §13 Abs1

WVRG 2014 §15

WVRG 2014 §16

BVergG 2018 §137

BVergG 2018 §141

1. BVergG 2018 § 137 heute
2. BVergG 2018 § 137 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 3.2.2020 betreffend das Vergabeverfahren Ausschreibung Rahmenvereinbarung "B." (Proj.Nr. ...) der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund Krankenhaus Wien, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I.römisch eins.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 03.02.2020 wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III.römisch drei.

Die ordentliche Revision ist unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund Krankenhaus Wien (in der Folge: Antragsgegnerin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von bis zu 5 Stück B. für das KH Wien. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen (Preis 40%, technische Qualität 20%, diverse Optionen mit Prozentsätzen zwischen 2% und 20%).

Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat am 16.12.2019 ein Angebot abgegeben. Die Angebotsfrist endete am selben Tag. Mit Schreiben vom 20.12.2019 beehrte die Antragsgegnerin Auskunft bezüglich diverser Preispositionen. Die Antragstellerin beantwortete diese Anfrage mit Schreiben vom 7.1.2020. Ein weiteres Auskunftersuchen der Antragsgegnerin vom 21.1.2020 wurde von der Antragstellerin am 23.1.2020 beantwortet.

Mit E-Mail vom 3.2.2020 erfolgte die Ausscheidensentscheidung betreffend dieses Angebot der Antragstellerin. Diese Ausscheidensentscheidung hat die Antragstellerin mit Nachprüfungsantrag vom 13.2.2020 angefochten. Der Antrag ist rechtzeitig.

Sie stellt darin zunächst den o.a. Ablauf dar und macht Ausführungen zu ihrer Antragslegitimation bzw. zu den Rechten, in denen sie sich durch die angefochtene Entscheidung als verletzt erachtet. Sie stellt ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag und den Schaden dar, den sie durch die Entscheidung erlitten hat bzw. der ihr droht.

Zu der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führt die Antragstellerin aus, es gehe um vier Punkte im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung:

1.

Pkt. 1.4 der Ausschreibungsunterlagen: Preis Option 3 – Softwareupdates und Softwareupgrades

2.

Pkt. 3.1: Option 3. Jahr Betriebswartung

3.

Pkt. 3.2: Option 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1

4.

Pkt. 2: Option Technikerschulung

Zu 1. habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.12.2019 Auskunft darüber beehrt, wie der zu diesem Punkt von der Antragstellerin angebotene Preis von

0 Euro zustande komme bzw. inwiefern dieser Preis wirtschaftlich plausibel sei. Zu 1. habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.12.2019 Auskunft darüber beehrt, wie der zu diesem Punkt von der Antragstellerin angebotene Preis von , 0 Euro zustande komme bzw. inwiefern dieser Preis wirtschaftlich plausibel sei.

Die Antragstellerin habe in der Beantwortung vom 7.1.2020 ausgeführt, dass die C.-Plattform (...) über die modernste und flexibelste Hard- und Softwarestruktur am Markt verfüge und damit über den Installationszyklus von 10 Jahren zukunftsicher sei. Änderungen installierter Hard- und Software im Rahmen der angebotenen Funktionen seien im Rahmen des D.-Programmes ab Werk inkludiert. Somit sei garantiert, dass innerhalb der nächsten 5 Jahre immer der aktuelle technische Standard vorhanden sei.

Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin unter Bezugnahme auf die o.a. Aufklärung mit Schreiben vom 21.1.2020 aufgefordert, die in ihrer Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten zu der unter Punkt 1.4 genannten Option nachzureichen.

Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 23.1.2020 ausgeführt, dass diese Kosten im Angebot enthalten seien und in der mitgeschickten Tabelle 2.pdf aufgeschlüsselt würden.

Auch zu 2. und 3. habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.12.2019 Auskunft darüber beehrt, wie der zu diesem Punkt von der Antragstellerin angebotene Preis von 0 Euro zustande komme bzw. inwiefern dieser Preis wirtschaftlich plausibel sei.

Die Antragstellerin habe dazu mit Schreiben vom 7.1.2020 ausgeführt, dass eine Betriebswartung im 3. Jahr im gegenständlichen Angebot ab Werk integrativer Bestandteil des Hauptangebotes der Antragstellerin sei.

In der Folge habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu diesen Punkten ebenfalls aufgefordert, die in ihrer Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten zu der unter Punkt 1.4 genannten Option nachzureichen.

Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 23.1.2020 ausgeführt, dass diese Kosten im Angebot enthalten seien und in der mitgeschickten Tabelle 4.pdf aufgeschlüsselt würden.

Auch hinsichtlich Punkt 4. habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.12.2019 Auskunft darüber begehrt, wie der zu diesem Punkt von der Antragstellerin angebotene Preis von 0 Euro zustande komme bzw. inwiefern dieser Preis wirtschaftlich plausibel sei.

Die Antragstellerin habe dazu mit Schreiben vom 7.1.2020 ausgeführt, dass eine Technikerschulung im gegenständlichen Angebot ab Werk integrativer Bestandteil des Hauptangebotes der Antragstellerin sei.

In der Folge habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu diesen Punkten ebenfalls aufgefordert, die in ihrer Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten zu der unter Punkt 1.4 genannten Option nachzureichen.

Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 23.1.2020 ausgeführt, dass diese Kosten im Angebot enthalten seien und in der mitgeschickten Tabelle 3.pdf aufgeschlüsselt würden.

Das Ausscheiden der Antragstellerin sei vergaberechtswidrig. Ihr Angebot weise zwar in einigen optionalen Punkten in der Rubrik Einheitspreise den Wert „Null“ auf, dafür läge aber eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärung iSd § 137 Abs. 3 BVergG 2018 vor, die die Antragstellerin auch umfassend dargelegt habe. Es handle sich nicht um eine spekulative Preisgestaltung bzw. um eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises. Das Ausscheiden der Antragstellerin sei vergaberechtswidrig. Ihr Angebot weise zwar in einigen optionalen Punkten in der Rubrik Einheitspreise den Wert „Null“ auf, dafür läge aber eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärung iSd Paragraph 137, Absatz 3, BVergG 2018 vor, die die Antragstellerin auch umfassend dargelegt habe. Es handle sich nicht um eine spekulative Preisgestaltung bzw. um eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises.

Die Antragsgegnerin habe weitere mit „Null“ ausgepreiste Bieterlücken im Angebot der Antragstellerin nicht beanstandet (1.3, 1.15, 1.16 und 1.17). Im Übrigen flössen die Kosten aller Optionen in die Zuschlagsentscheidung ein, da nur der Gesamtpreis bewertet werde. Ein allfälliges Verschieben von Preisen einer Option zu einer anderen würde daher auch keinen Vorteil für den Bieter bedeuten.

Festgehalten werde, dass im elektronischen Preisblatt seitens der Antragsgegnerin der Satz angeführt sei: „Ein Wert 0 (NULL) beim Einheitspreis bedeutet, dass diese Position kostenlos angeboten wird“. Dies sei in den Fällen, in denen die Antragstellerin einen Wert von „Null“ als Einheitspreis ausgewiesen habe, der Fall.

Die Antragstellerin habe beide Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin ausführlich beantwortet und die Nachvollziehbarkeit der Anführung des Wertes „Null“ nachgewiesen. Die geforderten Optionen seien bereits im Hauptangebot enthalten, weil der Lieferant der Antragstellerin, die E., diese Zusatzleistungen kostenlos der Antragstellerin angeboten habe. Die Antragstellerin gebe diese kostenlosen Zusatzleistungen lediglich an die Antragsgegnerin weiter. Im Übrigen habe die Antragstellerin dieselbe Vorgangsweise beim Ausfüllen von Bieterlücken auch in einem vorangegangenen Vergabeverfahren gewählt und diese sei von der Antragsgegnerin nicht beanstandet worden.

In allen der vier angeführten Punkte sei überdies der Aufforderung der Antragsgegnerin gefolgt worden und es seien die in der Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten nachgereicht worden. Es handle sich dabei aber um eine fiktive Preiskalkulation, da die Antragstellerin, wie der Antragsgegnerin gleichzeitig mitgeteilt, in diesen Positionen kostenlose Zusatzleistungen an die Antragsgegnerin weitergegeben habe. Da diese Leistungen der Antragstellerin somit ebenfalls kostenlos angeboten worden seien, handle es sich nicht um eine spekulative Preisgestaltung.

Das preisreduzierte Anbieten von Softwarepaketen etc. sei in der Medizintechnik üblich, wenn mehrere Systeme gemeinsam angeboten würden („bundles“). Es seien gegenständlich keine Kosten einer Position in eine andere Position eingerechnet worden, da der Wert der jeweiligen Option 0 betragen habe. Aus diesem Grund sei auch rein mathematisch eine Einrechnung nicht möglich. Die Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit sei gegeben, da es nur einen Gesamtpreis gebe und alle Preislücken ausgefüllt worden seien.

Das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sei daher zu Unrecht erfolgt.

Die Anführung einer Position mit dem Wert 0 müsse nicht immer auf eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises hindeuten. Auch der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis zur Zahl 2006/04/0106 ausgesprochen, dass ein Positionspreis von 0 Euro zulässig ist, wenn dieser wirtschaftlich erklärbar ist. Genau eine solche wirtschaftliche Erklärung habe die Antragstellerin geliefert. Die Antragsgegnerin habe sich aber nicht ausreichend damit auseinandergesetzt, sondern das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden.

Beantragt werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren.

Weiters beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, wonach der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt werde, das Vergabeverfahren fortzuführen oder gesondert anfechtbare Handlungen zu setzen, insbesondere eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und bekanntzugeben bzw. das Vergabeverfahren zu widerrufen. Auch der Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung wurde beantragt.

Mit Beschluss vom 19.2.2020, ..., wurde der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung abgewiesen. Dies wurde zusammengefasst damit begründet, dass der Bieter, dessen Angebot von der Auftraggeberin ausgeschieden wurde, nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs im Vergabeverfahren verbleibt, bis diese Ausscheidensentscheidung rechtskräftig ist, bei Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens somit bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien. Eine allfällige Zuschlagsentscheidung muss dem Bieter daher bis zu diesem Zeitpunkt zugestellt werden und er hat die Möglichkeit, diesbezüglich einen Nachprüfungsantrag einzubringen. Eine unmittelbare Schädigung durch die Ausscheidensentscheidung droht ihm daher nicht.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr die Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

Mit Schriftsatz vom 26.2.2020 legte die Antragsgegnerin den Vergabeakt vor und erstattete eine Stellungnahme, in der sie zunächst auf die Festlegungen in den Allgemeinen Angebotsbestimmungen Punkte 2.6, 2.7, 6.1 und 6.2 sowie auf die Zuschlagskriterien laut Leistungsverzeichnis/Fragenkatalog verweist.

Zum Angebot der Antragstellerin hält die Antragsgegnerin fest, dass diese für mehrere Positionen, u.a. für Positionen, die als Zuschlagskriterien festgelegt wurden, und zwar für

„Preis Option Technikerschulung für bis zu 2 Techniker“

„Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung (Pkt. 3.1 LV)“ sowie für

„Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 (Pkt. 3.2 LV)“

einen Wert von 0 Euro angeboten habe.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin auch für nicht als Zuschlagskriterium definierte, aber bewertungsrelevante Optionen, wie etwa

„Option 2 Einbindung von Fremdsystemen“

„Option 3 für Softwareupdates“ sowie

„Option 14 – Demontage/Abtransport/fachgerechte Entsorgung“

einen Wert von 0 Euro angeboten.

Schließlich habe die Antragstellerin zu den freien Optionen (Pkt. 2.7. ABB)

„Lieferung einer f. B. ...“

einen Pauschalpreis von **,***,00 Euro und zu

„Lieferung einer g. B. ...“

einen Pauschalpreis von ***,***,00 Euro angeboten.

Die Antragsgegnerin habe am 20.12.2019 ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin gerichtet und sie

aufgefordert, zu den mit 0 Euro angebotenen Optionen „Option Technikerschulung für bis zu 2 Techniker“, „Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung (Pkt. 3.1 LV)“, „Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 (Pkt. 3.2 LV)“, „Option 2 Einbindung von Fremdsystemen“, „Option 3 für Softwareupgrades“ sowie „Option 14 – Demontage/Abtransport/fachgerechte Entsorgung“ Stellung zu nehmen, wie dieser Preis zustande komme.

Mit Schreiben vom 7.1.2020 habe die Antragstellerin zu den Optionen „Option Technikerschulung für bis zu 2 Techniker“, „Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung (Pkt. 3.1 LV)“, „Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 (Pkt. 3.2 LV)“ mitgeteilt, dass eine Technikerschulung sowie eine Betriebswartung im 3. Jahr „im gegenständlichen Angebot ab Werk integrativer Bestandteil des Hauptangebotes“ der Antragstellerin sei.

Die Antragsgegnerin habe in ihrem Aufklärungsersuchen vom 20.12.2019 weiters darauf hingewiesen, dass die Lieferung der freien Optionen „Lieferung einer f. B. ...“ und „Lieferung einer g. B. ...“ zu einem ungewöhnlich niederen Preis angeboten worden sei.

Dazu habe die Antragstellerin mit ihrem Schreiben vom 7.1.2020 angegeben, dass es sich dabei um eine fehlerhafte Preisangabe handle. Sie habe diese Preise für die Option „Lieferung einer f. B. ...“ mit ***.***,00 Euro (exkl. MwSt) und für die Option „Lieferung einer g. B. ...“ mit ***.***,00 Euro (exkl. MwSt) richtiggestellt. Die Antragstellerin habe damit ihr Angebot nachträglich abgeändert.

In einem zweiten Aufklärungsersuchen vom 21.1.2020 habe die Antragsgegnerin u.a. eine vertiefte Prüfung der zuschlagsrelevanten Optionen Technikerschulung, Wartungsplan für das 3. Jahr und Wartungsplan für das 3. Jahr Aufpreis Option 1 vorgenommen und die Antragstellerin aufgefordert, die in der Kalkulation direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten nachzureichen.

Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 23.1.2020 zur Option Technikerschulung die Kosten aufgeschlüsselt und mit **.*,00 Euro offengelegt. Sie habe weiters ausgeführt, dass diese Kosten im Angebot enthalten seien. Zur Option Wartungsplan für das 3. Jahr Betriebswartung habe die Antragstellerin mit demselben Schreiben mit **.*,00 Euro und für die Option Wartungsplan für das 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 mit *.*.*,00 Euro offengelegt. Zu beiden Optionen habe sie ebenfalls ausgeführt, dass die Kosten im Angebot enthalten seien.

Die Antragstellerin habe nicht erklärt, wie diese Kosten von insgesamt **.*,00 Euro sich zum Angebotspreis der B. verhielten; die Zusammensetzung dieses Preises sei daher unklar.

Die Antragsgegnerin müsse aufgrund der Aufklärung der Antragstellerin davon ausgehen, dass die Antragstellerin die (u.a. als Zuschlagskriterien definierten) Optionen um 0 Euro anbiete, die Kosten für diese Optionen aber in den angebotenen Preis für die B. einpreise. Das Hauptangebot enthalte damit auch Kosten für Leistungen, die die Antragsgegnerin möglicherweise gar nicht abrufen werde. Diese optionalen Leistungen seien damit entgegen den Behauptungen der Antragstellerin nicht kostenlos. Die Antragstellerin würde sich mit dieser Behauptung im Nachprüfungsantrag selbst widersprechen, wenn man ihre Aufklärungsschreiben betrachte, wonach diese Kosten im Hauptangebot enthalten seien und sich der Preis für die Lieferung der B. nicht um die von der Antragstellerin nachträglich tabellarisch aufgelisteten Beträge reduziere.

Da das Angebot der Antragstellerin daher an nicht behebbaren Mängeln leide, sei es auszuschneiden gewesen.

Zu den vom Angebot der Antragstellerin verwirklichten Rechtswidrigkeiten sei zunächst darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin ausdrücklich darauf verwiesen habe, dass die in ihrem Aufklärungsersuchen tabellarisch aufgeführten Kosten im Hauptangebot enthalten seien. Damit habe die Antragstellerin Kosten für bestimmte optionale Leistungen in andere Positionen verlagert.

Dieses Vorgehen widerspreche den Ausschreibungsbedingungen, da die Kosten für die Optionen an den dafür vorgesehenen Stellen auszuweisen gewesen wären.

Die Antragstellerin verschaffe sich durch die Vorgangsweise einen Vorteil gegenüber anderen Bietern, da sie durch die Umlagerung der Preise für die o.a. Optionen in das Angebot für die Lieferung der B. die Optionen mit einem Preis von 0 Euro anbieten könne, obwohl diese in Wirklichkeit nicht kostenlos seien. Damit seien die Angebote nicht mehr vergleichbar.

Aus dieser Vorgangsweise ergebe sich auch dadurch ein Problem, dass die vermeintlich kostenlosen Positionen im Gegensatz zur Hauptleistung, der Lieferung von B., optional seien. Welche Optionen aufgerufen würden, stehe noch

nicht fest, weshalb die Antragsgegnerin bewusst unterschiedliche Positionen für Hauptangebot und Optionen vorgesehen habe. Beim Angebot der Antragstellerin müsse die Antragsgegnerin die Kosten für die Optionen jedoch jedenfalls tragen, da sie im Preis für die Hauptleistung enthalten seien.

In der Folge zitiert die Antragsgegnerin Judikatur zur Frage, ob bzw. wann eine Verlagerung von Kosten in andere Positionen (Mischkalkulation) zulässig ist. Sie leitet daraus und aus der herrschenden Lehre ab, dass Mischkalkulationen unzulässig seien. Es könne schließlich auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verlagerung der den Optionen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärung iSd § 137 Abs. 3 BVergG 2018 zu Grunde liege, da die Antragstellerin zugestanden habe, dass diese Kosten nicht in den jeweiligen Optionspreis eingeflossen seien. Dies sei vergaberechtlich unzulässig. In der Folge zitiert die Antragsgegnerin Judikatur zur Frage, ob bzw. wann eine Verlagerung von Kosten in andere Positionen (Mischkalkulation) zulässig ist. Sie leitet daraus und aus der herrschenden Lehre ab, dass Mischkalkulationen unzulässig seien. Es könne schließlich auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verlagerung der den Optionen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Erklärung iSd Paragraph 137, Absatz 3, BVergG 2018 zu Grunde liege, da die Antragstellerin zugestanden habe, dass diese Kosten nicht in den jeweiligen Optionspreis eingeflossen seien. Dies sei vergaberechtlich unzulässig.

In der Folge führt die Antragsgegnerin aus, aus welchen Gründen es sich bei der „Korrektur“ des angebotenen Preises für die Optionen „Lieferung einer f. B. ...“ und „Lieferung einer g. B. ...“ um eine unzulässige Angebotsänderung handle. Es handle sich dabei um Eingabefehler und nicht um Rechenfehler. Damit seien diese Fehler einer Korrektur nicht zugänglich. Das Vorliegen eines Erklärungsirrtums sei für die Antragsgegnerin aus dem Angebot nicht erkennbar gewesen.

Auch darin liege daher ein Ausscheidensgrund.

Diese Stellungnahme wurde der Antragstellerin im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 7.5.2020 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Auf Frage aus dem Senat teilt der AGV mit, dass im vorliegenden Vergabeverfahren einerseits ein Hauptauftragsgegenstand, nämlich die Lieferung von bis zu 5 B., und andererseits diverse Optionen gegenständlich sind. Diese Optionen sind zum Teil Zuschlagskriterien (z.B. Optionen betreffend Betriebswartung), zum Teil sind sie keine Zuschlagskriterien, aber bewertungsrelevant. Dies bedeutet, dass die Art des Angebotes dieser Option in dem jeweiligen Preis einfließt und der Gesamtpreis ein Zuschlagskriterium ist. Auf Nachfrage wird mitgeteilt, dass der Preis, der als Zuschlagskriterium festgelegt ist, der Preis für die Lieferung der B. ist.

Der AGV führt weiters aus, dass die oben angeführten Optionen laut Ausschreibungsunterlagen anzubieten sind. Zu den freien Optionen gibt er an, dass diese angeboten werden können, jedoch nicht angeboten werden müssen. Nach seinen Informationen fließt der Preis für die freien Optionen nicht in den Gesamtpreis ein. Über Vorhalt des Punktes 4 des Kurzleistungsverzeichnisses, wo zunächst die „Summe freie Option“ und darunter „Gesamtpreis netto“ angeführt ist, teilt er mit, dass er dies nicht erklären kann.

Der AGV führt aus, dass die AST die freien Optionen zunächst zu einem zu niedrigen Preis angeboten hat und dies über Nachfrage der Auftraggeberin korrigiert hat. Dieser Punkt sei jedoch schon deshalb nicht in die Ausscheidensentscheidung aufgenommen worden, weil die anderen dort angeführten Ausscheidensgründe als ausreichend erachtet wurden.

Der ASTV hält zum oben Besprochenen fest, dass im Preisblatt festgelegt sei, dass bei Eventualpositionen der Wert nicht beim Gesamtpreis berücksichtigt werde.

Der ASTV teilt auf die Frage, ob der Preis für die verfahrensgegenständlichen Optionen Null (0) sei, weil diese der AST gratis zur Verfügung stehen und gratis an die Auftraggeberin weiter gegeben wurden oder weil dieser Preis im Hauptangebot enthalten ist, mit: Es habe sich hier offenbar um ein Missverständnis bei der Erklärung der AST im Rahmen der Angebotsprüfung gehandelt. Die AST habe geglaubt, dass sie aufgefordert sei, darzulegen, wieviel diese

Optionen wert seien, wenn man sie am Markt kaufen müsste. Im vorliegenden Fall seien diese Optionen jedoch nie ein Kostenbestandteil gewesen. Die vorgelegte Tabelle stelle daher dar, welchen Wert diese Optionen hätten, aber nicht zu welchem Preis sie angeboten würden.

Die AST führt zur Vorgangsweise im gegenständlichen Vergabeverfahren aus, dass A. mit A. „DACH“ (diese umfasst das Unternehmen in Österreich, Deutschland und der Schweiz) verbunden ist. Darüber hinaus gibt es noch eine Organisationseinheit, die für die gesamte Welt zuständig ist. Im vorliegenden Fall hat es sich auf Grund des Auftragsumfanges und der Bedeutung des KHS um einen Auftrag gehandelt, über den A. nicht alleine entscheiden konnte. Es erfolgte daher eine Abstimmung mit den Organisationseinheiten „DACH“ und der weltweiten Organisationseinheit. Von dort wurde mitgeteilt, welcher Preis angeboten werden könne. Darin war auch eine Werksunterstützung der weltweiten Organisationseinheit dahingehend enthalten, dass mehrere Optionen A. gratis zur Verfügung gestellt wurden und daher auch gratis an die AG weitergegeben werden konnten. Dies bedeutet das Angebot mit dem Preis 0.

Nach Ansicht der AST kommt dies bereits in der Aufklärung vom 07.01.2020 eindeutig zum Ausdruck, wenn festgehalten wird, dass Optionen ab Werk inkludiert sind. Die nochmalige Nachfrage der AG hat daher zur Verwirrung geführt, weil davon ausgegangen wurde, dass hier Kosten nachgewiesen werden sollen, von denen bereits mitgeteilt wurde, dass diese im Hauptangebot nicht enthalten sind. Es wurde daher die in der Beantwortung vom 23.01.2020 enthaltene Tabelle übermittelt, weil man davon ausging, dass die AG einen Vergleichswert hinsichtlich anderer Angebote benötige.

Auf Nachfrage aus dem Senat teilt die AST mit, dass in dieser Fragebeantwortung bzw. in der Tabelle nicht festgehalten wurde, dass es sich dabei um fiktive Kosten handelt.

Aus Frage aus dem Senat legt der AGV dar, dass es für die Angebotsbewertung von Relevanz ist, ob die in Rede stehenden 0-Positionen bzw. zumindest die Position Technikerschulung mit 0 oder mit einem höheren Wert angegeben werden, da es sich dabei um ein Zuschlagskriterium handelt.

Der ASTV legt ein Schreiben von A. vom 06.05.2020 in Kopie vor. Dieses wird als Beilage ./1 zum Verhandlungsprotokoll genommen und auch dem AGV übergeben.

Der AGV führt dazu aus, dass der Inhalt dieses Schreibens im Widerspruch zu den Angaben der AST im Vergabeverfahren stünde, wonach z.B. unter Punkt 3.3. festgehalten werde, dass die tabellarisch angeführten Kosten im Angebot enthalten seien. Im vorgelegten Schreiben werde hingegen ausgesagt, dass die Kosten nicht separat ausgepreist werden könnten.

Der AST entgegnet, dass die Formulierung, wonach die tabellarisch angeführten Kosten im Angebot enthalten seien, bedeutet habe, dass diese mit dem angeführten Preis 0 enthalten seien. Es sei nicht möglich in jeder Fragebeantwortung neuerlich darzustellen, was unter dieser Preisgestaltung zu verstehen sei.

Aus dem Senat wird vorgehalten, dass die in Rede stehenden Leistungen in betriebswirtschaftlicher Hinsicht offenbar Aufwand (z.B. Personaleinsatz und Materialeinsatz) verursachen und dieser Aufwand kostenmäßig offenbar irgendwo abgedeckt sein muss. Die Frage richtet sich an die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit, warum der Aufwand nicht in die in Rede stehenden Positionen eingerechnet wurde und diese mit 0 ausgewiesen wurden.

Die AST legt dazu dar, dass hinter dieser Preisgestaltung mit 0-Positionen ein Dienstleistungskonzept stünde. Demnach sollen die sonst separat abgeschlossenen Wartungsverträge eingespart und stattdessen Technikerschulungen, Softwareupgrades und die Betriebswartung kostenfrei angeboten werden. Es würde sich daraus eine Win-Win-Situation für Auftraggeber und Auftragnehmer ergeben.

Im vorliegenden Fall werden die in den verfahrensgegenständlichen Optionen enthaltenen Leistungen nicht, wie sonst häufig als „Servicepaket“ der Auftragnehmerin angeboten, sondern auf Wunsch der Auftraggeberin entsprechende Schulungsmaßnahmen für Techniker der Auftraggeberin angeboten, so dass diese die oben angeführten Leistungen unabhängig vom Support der Auftragnehmerin selbst erbringen kann. Diese Vorgangsweise bietet für die Auftraggeberin einen Vorteil, da sie kostengünstig und rasch die oben angeführten Leistungen selbst durchführen kann, zumal es sich bei den gegenständlichen Geräten um solche handelt, die durchgehend und verlässlich zur Verfügung stehen müssen. Für die Auftragnehmerin bedeutet diese Vorgangsweise einen Vorteil, da die Zufriedenheit der Auftraggeberin mit den gelieferten Produkten durch die gute Ausbildung der eigenen Techniker steigt.

Der AGV bestreitet, dass es sich bei den in der Tabelle zum Schreiben vom 23.01.2020 bekanntgegebenen Kosten um fiktive Kosten handelt.

Die AST ergänzt, dass die in den Optionen enthaltenen Leistungen von Technikern durchgeführt werden, die bei der H. fix angestellt sind. Die Ausbildung erhalten sie von Technikern, die bei der AST fix angestellt sind.“

Aufgrund des Vergabeaktes, der Schriftsätze, die jeweils der anderen Partei zur Kenntnis gebracht wurden, und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht über die bereits oben dargestellten Tatsachen hinaus folgender Sachverhalts als erwiesen fest:

Ausschreibungsgegenstand ist gegenständlich die Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von bis zu fünf B.. Daneben sind diverse Optionen anzubieten, zu denen auch die in der Ausscheidensentscheidung angeführten Optionen zählen. Die „Hauptleistung“ bzw. die Optionen sind laut Leistungsverzeichnis in eigenen Positionen anzubieten. Die Antragstellerin hat die Positionen Punkt 1.4. Preis Option 3 – Softwareupdates und Softwareupgrades, Punkt 3.1. – Option 3. Jahr Betriebswartung, Punkt 3.2. – Option 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 (bei diesen Optionen handelt es sich um Zuschlagskriterien) sowie Punkt 2. – Option Technikerschulung mit einem Preis von 0 Euro angeboten.

In den Allgemeinen Angebotsbestimmungen (AAB) der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung sind u.a. folgende Festlegungen enthalten:

„2.6. Optionen zum definitiven Leistungsgegenstand

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, die im Leistungsverzeichnis/Fragenkatalog der K.-Plattform angeführten Optionen nach Bedarf abzurufen. Abgefragte Optionen müssen angeboten werden. Es besteht keine Abrufverpflichtung seitens des Auftraggebers der Optionen.

2.7. Freie Optionen zum definitiven Leistungsgegenstand

Folgende freie (nicht bewertungsrelevante) Optionen sollen, sofern möglich, separat angeboten werden. Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, die freien angeführten Optionen nach Bedarf abzurufen. Es besteht keine Abrufverpflichtung seitens des Auftraggebers der Optionen.

- ° Lieferung einer f. B. ...

- ° Lieferung einer g. B. ...

- ° L.

- ° M.

- ° Hochrüstung der aktuellen N.-Installation auf die neueste Technologie

- ° Digitale Schulungsunterlagen: Auftragnehmer haben, sofern möglich, dem Auftraggeber digitale Schulungsunterlagen wie zum Beispiel eine Schulungssoftware oder E-Learning Module über den Lebenszyklus des definitiven Leistungsgegenstandes, jedenfalls 10 Jahre ab Übergabe, zur Verfügung zu stellen. Diesbezüglich ist ein Angebot zu übermitteln, in welchem der Inhalt der Schulungsunterlagen und der Zugang zu diesen erläutert wird.“

„6. VERFAHRENSABLAUF

6.1. Vorprüfung

Die Bewertung erfolgt durch eine eigens eingerichtete Bewertungskommission, die aus Personen mit medizintechnischem und medizinischem Sachverstand besteht. Nach Ablauf der Angebotsfrist werden die eingelangten Angebote im Hinblick auf die Ausschreibungserfordernisse geprüft. Angebote, die von nicht geeigneten Bietern stammen, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen oder die nicht ausschreibungskonform sind, werden ausgeschieden.

6.2. Bestbieterermittlung

Der Zuschlag wird dem besten Angebot erteilt (Bestbieterprinzip). Bestbieter ist, wer bei einer Gesamtbetrachtung der in diesen AU beschriebenen Zuschlagskriterien das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt hat.

Insgesamt werden maximal 100 (einhundert) Punkte vergeben, wobei auf die einzelnen Zuschlagskriterien höchstens

die der jeweiligen Gewichtung entsprechende Punkteanzahl entfällt. Die Punkte werden kaufmännisch auf zwei Kommastellen genau gerundet. Die Addition der Punkte aus der Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien ergibt die Gesamtpunkteanzahl eines Angebots. Das Angebot mit der insgesamt höchsten Gesamtpunkteanzahl wird als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot („bestes Angebot“) bewertet.

Bei Punktegleichstand entscheidet die höhere Punkteanzahl beim Zuschlagskriterium „technische Qualität“. Bei Punktegleichstand auch beim Zuschlagskriterium „technische Qualität“ entscheidet das Los.“

Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. ImLeistungsverzeichnis/Fragenkatalog sind folgende Zuschlagskriterien festgelegt:

„Zuschlagskriterien: %

Preis 40,00

Preis Option Technikerschulung für bis zu 2 Techniker 5,00

Technische Qualität 20,00

Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung (Pkt. 3.1 LV) 9,00

Option Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1

(Pkt. 3.2 LV) 2,00

Option Wartungsplan 4. – 10. Jahr Vollwartung (Summe Pkt. 3.3, 3.9, 3.15, 3.21, 3.27, 3.33, 3.39 LV) 20,00

Option Wartungsplan 4. – 10. Jahr Vollwartung Aufpreis Option 1 (Summe Pkt. 3.4, 3.10, 3.16, 3.22, 3.28, 3.34, 3.40) 4,00

(...)“

Die Antragsgegnerin hat von der Antragstellerin mit Schreiben vom 20.12.2019 Aufklärung u.a. zu den o.a. Punkten verlangt, wie der Preis von 0 Euro zustande kommt.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 7.1.2020 zu Punkt 1.4. Preis Option 3 – Softwareupdates und Softwareupgrades auf die C.-Plattform verwiesen und mitgeteilt, dass Änderungen installierter Hard- und Software im Rahmen der angebotenen Funktionen in Rahmen ihres D.-Programmes ab Werk inkludiert seien. Zu den Punkten 3.1. – Option 3. Jahr Betriebswartung, 3.2. – Option 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 sowie 2. – Option Technikerschulung teilte die Antragstellerin mit, dass diese Leistungen im gegenständlichen Angebot ab Werk integrativer Bestandteil ihres Hauptangebotes seien.

Mit Aufklärungsersuchen vom 21.1.2020 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin unter Bezugnahme auf das o.a. Schreiben vom 7.1.2020 auf, die in ihrer Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten nachzureichen.

Die Antragstellerin legte mit Schreiben vom 23.1.2020 eine Tabelle vor, in der zu den o.a. Optionen eine Aufgliederung in Lohn (Personalkosten) und Sonstiges (Sachkosten, sonstige Kosten) vorgenommen wird. Weder im Schreiben vom 23.1.2020 noch in der Tabelle wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den in der Tabelle angeführten Kosten um „fiktive Kosten“ bzw. um den Wert der Leistungen handeln soll, den sie bei Beschaffung am freien Markt hätten. Im Schreiben vom 23.1.2020 wird jedoch zu den o.a. Optionen festgehalten, dass die „tabellarisch angeführten Kosten im Angebot enthalten sind“.

Mit Schreiben vom 3.2.2020 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Dies wurde zusammengefasst damit begründet, dass die Antragstellerin die Positionen Punkt 1.4. Preis Option 3 – Softwareupdates und Softwareupgrades, Punkt 3.1. – Option 3. Jahr Betriebswartung, Punkt 3.2. – Option 3. Jahr Betriebswartung Aufpreis Option 1 sowie Punkt 2. – Option Technikerschulung mit 0 Euro angeboten habe. Über Nachfrage der Antragsgegnerin habe sie in der vorgelegten Tabelle Kosten ausgewiesen und festgehalten, dass diese Kosten im Angebot enthalten seien. Es sei jedoch nicht aufgeklärt worden, wie sich diese Kosten zum Angebot (Preis der B.) verhalten. Die Zusammensetzung des Preises der Anlagen sei weiterhin unklar. Eine spekulative Preisgestaltung hinsichtlich der mit 0 angebotenen Positionen liege nahe. Unklar bleibe auch, ob eine Umlagerung der Kosten dieser Optionen in andere Positionen erfolgt sei. Eine solche Verschiebung sei grundsätzlich unzulässig. Die Vergleichbarkeit und Nachvollziehbarkeit der (angebotenen Preise für) die Leistungen sei nicht gegeben.

Diese Feststellungen erfolgen aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes und blieben im Wesentlichen unbestritten.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien hat die Antragstellerin ein Schreiben von A. P. vom 6.5.2020 vorgelegt, in dem unter Bezugnahme auf das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren als ergänzende Erläuterungen des Optionsumfanges und der Angebotsdarstellung ausgeführt wird, dass

„1. D.

Im Rahmen der kontinuierlichen Qualitätssicherung werden im Laufe der Nutzungsdauer sog. D. auf die C. Anlage aufgespielt. Dabei handelt es sich um Softwareupdates, die die Qualität und Sicherheit des Systems verbessern. Die Risikobewertung und Definition solcher Updates erfolgen durch den Hersteller (E.). Diese Leistung ist werkseitig immer enthalten und hat daher auch keinen physischen Preis.

2. Technische Schulungen

Im Rahmen der Übergabe des Systems erfolgt ein umfassendes Applikationstraining aller Anwender um eine sichere und effiziente Nutzung der Anlage gewährleisten zu können. Teil dieser Schulung ist u.a. die nutzerspezifische Einstellung bestimmter Parameter (z.B. Procedure Cards). Diese Schulung ist verpflichtend durch den Inverkehrbringer (A.) zu leisten und immer im Leistungsumfang enthalten und hat daher keinen physischen Preis.

Darüber hinaus wird eine Schulung angeboten, die den Aufbau der Systemsteuerung erläutert und die Auswirkungen systemseitiger Einstellungen erläutert. Hierbei handelt es sich um eine tiefergehende Schulung, die bedarfsweise erfolgt und ist ebenfalls im Leistungsumfang enthalten und kann jederzeit vom Kunden abgerufen werden.

3. 3. Jahr Betriebswartung

Vergaben an ... Krankenhäuser beinhalten in der Regel die Erfüllung besonderer Anforderungen. Das umfasst beispielsweise technische Anforderungen an die Geräte, mögliche Forschungs Kooperationen aber auch vertragliche Bedingungen in der Angebotsgestaltung. In diesem Rahmen ermöglicht die Angebotsgestaltung Service Sonderkonditionen für Großkunden. Das 3. Jahr Betriebswartung ist in diesem Fall ab Werk Teil des Hauptangebotes und kann daher nicht separat ausgepreist werden.“

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen

Gemäß § 20 Abs. 1 BVerG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVerG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 137 BVerG 2018 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Gemäß Paragraph 137, BVerG 2018 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(2) Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn (2) Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 3, vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder

3. nach der Prüfung gemäß Abs. 1 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen³. nach der Prüfung gemäß Absatz eins, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(3) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, und

3. die gemäß § 105 Abs. 2 geforderte oder vom Bieter gemäß § 128 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. 3. die gemäß Paragraph 105, Absatz 2, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 128, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Gemäß § 141 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. Angebote auszuschneiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren. Gemäß Paragraph 141, BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung u.a. Angebote auszuschneiden, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Gemäß Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren.

Für die Hauptleistung und die Optionen waren in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung gesonderte Positionen vorgesehen. Der Grund dafür war nach den Angaben der Antragsgegnerin in der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht feststeht, welche Optionen abgerufen werden. Im Interesse der Transparenz der Kalkulation der Angebote und deren Vergleichbarkeit hat die Antragsgegnerin daher gesonderte Positionen vorgesehen. Die Antragstellerin hat die o.a. Optionen mit einem Preis von 0 Euro angeboten. Dies ist nach der Ausschreibung grundsätzlich zulässig. Für die Antragsgegnerin war jedoch aus dem Angebot nicht ersichtlich, wo die Antragstellerin die Kosten für diese Optionen kalkuliert hat.

Die Optionen „Technikerschulung“ und „Wartungsplan 3. Jahr Betriebswartung (Punkte 3.1. und 3.2. des LV)“ stellen Zuschlagskriterien dar, weshalb die Angabe eines Preises von 0 Euro zur Vergabe der für diese Option vorgesehenen Höchstpunktzahl 5 führen musste und dem entsprechend mit 0 Euro anbietenden Bieter einen Vorteil gegenüber anderen Bietern verschaffen konnte, die diese Position nicht mit 0 Euro angeboten haben.

Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin daher auf, diese Nullpositionen aufzuklären und bekannt zu geben, wie der Preis von 0 Euro zustande komme. Die Antwort der Antragstellerin, wonach Änderungen der Hard- und Software im Rahmen des D.-Programmes ab Werk inkludiert seien bzw. eine Technikerschulung und eine Betriebswartung im 3. Jahr integrativer Bestandteil ihres Hauptangebotes sei, lässt lediglich erkennen, dass die in den Optionen geforderten Leistungen von der Antragstellerin angeboten werden, sagt aber nichts dazu aus, ob und in welcher Höhe diese Leistungen im Hauptangebot mitkalkuliert wurden oder nicht.

Die Antragsgegnerin ersuchte daher im Hinblick auf ihre Verpflichtung zur Überprüfung der Plausibilität des angebotenen Gesamtpreises neuerlich um Aufklärung und forderte die Antragstellerin unter Hinweis auf die Formulierung ihres o.a. Antwortschreibens auf, die in ihrer Kalkulation enthaltenen direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten nachzureichen. Aus dieser Formulierung geht unmissverständlich hervor, dass die Antragsgegnerin wissen wollte, wo und in welcher Höhe die Kosten für die in den

dafür vorgesehenen Positionen mit einem Preis von 0 Euro angegebenen Optionen kalkuliert wurden. Die von der Antragsgegnerin gewählte Formulierung gibt keinen Anlass für das von der Antragstellerin behauptete Missverständnis, wonach die Antragsgegnerin nach Ansicht der Antragstellerin aus Vergleichszwecken den Wert dieser Leistungen und nicht die konkret kalkulierten Kosten erfragen wollte.

Träfe die von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vertretene Position zu, wonach ihr die o.a. Leistungen von einer anderen Organisationseinheit des Konzerns gratis zur Verfügung gestellt worden seien und ebenso gratis an die Antragsgegnerin weitergegeben werden sollten, weshalb in den jeweiligen Positionen zulässigerweise ein Preis von 0 Euro ausgewiesen worden sei, so hätte die Antragstellerin der Antragsgegnerin wohl mitteilen müssen, dass diese Optionen gratis angeboten würden. Das Herausrechnen von Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten aus dem Preis für das Hauptangebot, wie dies in der vorgelegten Tabelle erfolgt ist, wäre in diesem Fall sinnwidrig, da diese Kosten nach den Ausführungen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren gar nicht im Hauptangebot enthalten waren. Die Antragstellerin hat zum Zeitpunkt der Aufklärung auch in keiner Weise darauf hingewiesen, dass es sich um eine „fiktive Preiskalkulation“, „fiktive Kosten“ bzw. den Wert der Leistungen auf dem freien Markt und nicht um tatsächlich auflaufende und im Hauptangebot mitkalkulierte Kosten handle.

Die Antragsgegnerin musste daher davon ausgehen, dass die Antragstellerin die Kosten für die o.a. Optionen im Hauptangebot mitkalkuliert und ausschreibungswidrig nicht in den dafür vorgesehenen Positionen ausgewiesen hat. Einen nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Grund für diese Umlagerung lieferte die Antragstellerin nicht. Die Antragsgegnerin schied das Angebot daher aus, weil sie von einer unzulässigen Umlagerung der Kosten bzw. von einer spekulativen Preisgestaltung ausgehen musste. Eine weitere Nachfrage der Antragsgegnerin unterblieb im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zu Recht.

Erst im Nachprüfungsverfahren brachte die Antragstellerin vor, dass die o.a. Optionen gratis angeboten würde, da sie der Antragstellerin im Rahmen des Konzerns ebenfalls gratis zur Verfügung stünden. Dies widerspricht ihrem bisherigen Vorbringen und lässt sich aus den Aufklärungen im Vergabeverfahren nicht herauslesen.

Nach dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, wonach die in den Optionen enthaltenen Leistungen auf Wunsch der Antragsgegnerin nicht von der Antragstellerin als Servicepaket angeboten würden, sondern u.a. eine diesbezügliche Ausbildung der Techniker der Antragsgegnerin bzw. der H. durch Mitarbeiter der Antragstellerin erfolge, ist vielmehr zu schließen, dass diesbezüglich direkt zuordenbare Kosten (z.B. Personalkosten für die Mitarbeiter der Antragstellerin, die die Schulungen der Techniker der H. durchführen) bei Leistungserbringung auftreten werden, jedoch in der Kalkulation offenbar nicht aufscheinen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese Mitarbeiter nach dem Vorbringen der Antragstellerin eine fixe Anstellung haben.

Eine Kostenverlagerung in andere Positionen und die Angabe von Nullpreisen in den eigentlich dafür vorgesehenen Positionen ist zwar im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Kalkulation grundsätzlich dann zulässig, wenn dies betriebswirtschaftlich gerechtfertigt werden kann. Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin eine solche Rechtfertigung ansatzweise in der mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren versucht.

Es ist jedoch weiterhin nicht nachvollziehbar, ob und in welcher Höhe die Kosten für die o.a. Positionen im Hauptangebot enthalten sind (wie dies die vorgelegte Tabelle nahe legt) oder die Antragstellerin vom Konzern „gratis“ zur Verfügung gestellte Leistungen an die Antragsgegnerin weitergegeben hat (dem widerspricht das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Leistungen zur Ausbildung der Techniker der Antragsgegnerin bzw. der H. von ihren eigenen Mitarbeitern erbracht werden). Auch das von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Schreiben vom 6.5.2020 führt nicht zu einer ausreichenden Klärung, zumal dort ausgeführt wird, dass die Leistungen „D.“, Technikerschulung und 3. Jahr Betriebswartung keinen physischen Preis haben bzw. nicht separat ausgepreist werden können, was wiederum den Angaben in der von der Antragstellerin vorgelegten Tabelle widerspricht. Weiters findet sich in diesem Schreiben nicht die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung dargestellte Vorgangsweise wieder, wonach im vorliegenden Fall auf Wunsch der H. eine Sonderregelung vorgesehen wurde, dass die Leistungen (Technikerschulungen, Softwareupgrades und die Betriebswartung) nicht von der Antragstellerin als „Servicepaket“ angeboten werden sollten, sondern eine diesbezügliche Ausbildung der Mitarbeiter der Antragsgegnerin erfolgen solle.

Vielmehr enthält das Schreiben lediglich Hinweise auf besonders günstige Konditionen für Großkunden bzw. Ausbildungsmaßnahmen („Techniker-Schulung“) zur Nutzung der angebotenen Geräte, nicht aber Ausführungen zur von der Antragstellerin angesprochenen umfassenden Ausbildung der Mitarbeiter der Antragsgegnerin.

Ein Auspreisen der Optionen in eigens dafür vorgesehenen Positionen wurde von der Antragsgegnerin nach ihren Angaben aus Transparenzgründen deswegen vorgesehen, weil zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht feststeht, ob die Optionen abgerufen werden. Weiters sind diese Optionen nach der Ausschreibung bewertungsrelevant bzw. als Zuschlagskriterium festgelegt. Verschiebungen von Kosten aus diesen Positionen in andere Positionen (z.B. zur Hauptleistung) beeinträchtigen daher die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Vergleichbarkeit der Angebote bzw. können sie für den Bieter, der diesbezüglich einen Nullpreis anbietet, einen Wettbewerbsvorteil erzeugen.

Dem Argument der Antragstellerin, es flössen ohnedies alle Positionen in den Gesamtpreis ein, der dann vergleichbar sei, kann aus den o.a. Gründen nicht gefolgt werden. Auch ändert der Umstand, dass in der Ausschreibung Nullpositionen zugelassen sind, nichts an dieser Einschätzung, zumal den Grundsätzen der Transparenz und Plausibilität der Kalkulation trotzdem Rechnung getragen werden muss.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter die Anzahl der Versuche der Auftraggeberin, eine für sie nicht nachvollziehbare Kalkulation aufzuklären, nicht unbeschränkt sein kann. Ebenso erscheint es problematisch, wenn ein Bieter erst im Nachprüfungsverfahren eine betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Begründung für eine im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung trotz mehrfacher Aufklärungsversuche der Auftraggeberin unplausible Preisgestaltung nachzureichen versucht. Eine solche nachvollziehbare Begründung ist jedoch im vorliegenden Fall, wie oben dargelegt, mangels schlüssiger Argumente der Antragstellerin ohnedies nicht gelungen.

Aus den oben dargestellten Erwägungen erfolgte die angefochtene Ausscheidensentscheidung somit zu Recht. Nachdem bereits die von der Antragsgegnerin herangezogenen Ausscheidensgründe zugetroffen haben, konnte eine nähere Auseinandersetzung mit den Preiskorrekturen für die freien Optionen im gegenständlichen Fall unterbleiben.

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag in Punkt 2.3. dargelegt, wie sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 9.364,50 Euro für die Anträge auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung und auf Nichtigserklärung berechnet hat. Diese Berechnung ist zutreffend. Da die Antragstellerin auch nicht teilweise obsiegt hat, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 16 VWRG 2014 selbst zu tragen. Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag in Punkt 2.3. dargelegt, wie sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 9.364,50 Euro für die Anträge auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung und auf Nichtigserklärung berechnet hat. Diese Berechnung ist zutreffend. Da die Antragstellerin auch nicht teilweise obsiegt hat, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 16, VWRG 2014 selbst zu tragen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren; Zuschlagsentscheidung; Antrag auf Nichtigserklärung; Angebot; Angemessenheit; Plausibilitätsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2020:VGW.123.072.2017.2020

Zuletzt aktualisiert am

06.11.2020

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at