jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/2/1 LVwG-VG-16/002-2017

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.02.2018

Entscheidungsdatum

01.02.2018

Norm

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §4 Abs1
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §5 Abs1
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §12 Abs1
BVergG 2006 §123 Abs2 Z5
BVergG 2006 §126 Abs3
BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Die CD GmbH, ***, ***, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, ***, *** (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin) hat mit einem am 12. Dezember 2017 eingelangten Schriftsatz (vom 12. Dezember 2017) betreffend das Vergabeverfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages „NÖLKH Workplace Management (LH-AUS-1/155)", öffentlicher Auftraggeber: NÖ Landeskliniken Holding, ***, *** (im Folgenden kurz: AG für Antragsgegnerin), vergebende Stelle: Bundesbeschaffung GmbH (BBG), ***, ***, u.a. die Anträge nach dem NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200-3 (NÖ Verg-NG) gestellt, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge die Ausscheidensentscheidung vom 13.11.2017 der vergebenden Stelle, Bundesbeschaffung GmbH, das Angebot der Antragstellerin vom Vergabeverfahren „NÖLKH Workplace Management (LH-AUS-1/155)" auszuscheiden, für nichtig erklären sowie der AG auftragen, der AST die Kosten (Pauschalgebühren) für den Nachprüfungsantrag und die einstweilige Verfügung zu ersetzen und eine öffentliche Verhandlung betreffend den Nachprüfungsantrag durchführen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat nach der am 15. Jänner 2018 durchgeführten Nachprüfungsverhandlung über diese Anträge durch den Vergabesenat 4 unter Vorsitz von Richter Mag. Allraun, im Beisein der weiteren Richter HR Dr. Grassinger (Berichterin) und HR Dr. Leisser erkannt:

1. Der Antrag der CD GmbH, ***, ***, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, ***, ***, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der NÖ

Landeskliniken Holding, ***, ***, vergebende Stelle: Bundesbeschaffung GmbH (BBG), ***, ***, vom 13.11.2017, betreffend das Angebot der CD GmbH, ***,

***, im Vergabeverfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages „NÖLKH Workplace Management (LH-AUS-1/155)“, wird abgewiesen.

2. Der Antrag der CD GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, ***, ***, der NÖ Landesklinken Holding, ***, ***, den Ersatz der von der CD GmbH entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (€ 1.600,--) und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (€ 800,--) aufzutragen, wird abgewiesen.

3. Die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis an den Verwaltungsgerichtshof ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2 und Abs. 7; 5 Abs. 1; 7 Abs. 1 und 2; 9; 11 Abs. 1;

12 Abs. 2; 15 Abs. 1; und 17 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz,

LGBl. 7200/3 (NÖ Verg-NG)

§ 19 Abs. 1, 3, 8, 9 und 10 NÖ VNG iVm§ 1 Abs. 1 Z 10 NÖ Vergabe-

Pauschalgebührenverordnung, LGBl. 7200/2-0

§ 25 a Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) iVm

Art. 133 Abs. 4 Bundes- Verfassungsgesetz (B-VG)

Entscheidungsgründe:

Mit einem am 12.12.2017 eingebrachten Schriftsatz hat die AST neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 18. Dezember 2017, LVwG-VG-16/001-2017) die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der AG vom 13.11.2017, auf Ersatz der von der AST entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag sowie auf Abhaltung einer Nachprüfungsverhandlung gestellt.

Der gleichzeitig von der AST gestellte Antrag auf Akteneinsicht wurde von der AST in der Nachprüfungsverhandlung am 15.01.2018 zurückgezogen.

Die AST hat in dem die Ausscheidensentscheidung vom 13.11.2017 betreffenden Nachprüfungsantrag im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

„I. NACHPRÜFUNGSANTRAG

1) Bezeichnung des Vergabeverfahrens

Mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom *** ***, hat die NÖ Landeskliniken Holding (Antragsgegnerin) ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend die „NÖLKH Workplace Management“ nach dem Bestbieterprinzip eingeleitet.

Die Auftraggeberin hat dieses Verfahren in der Folge bezeichnet als:

„NÖLKH Workplace Management (LH-AUS-1/155)“

Dabei wurde ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss eines Rahmenvertrages gewählt. Gegenstand des Lieferauftrages ist die Ausstattung der Standorte der NÖ Landeskliniken mit neuen Windows-basierenden IT-Endgeräten, Druckern, Monitoren und Zubehör. Ziel der Ausschreibung ist ein Rahmenvertrag mit einem Partner über die Erbringung von Liefer-, Miet-, Betriebs-, und dazugehörigen Dienstleistungen für die Niederösterreichische Landeskliniken Holding. Der Auftragswert ohne MwSt. wurde mit: *** EUR angegeben.

Die Antragstellerin hat sich am Verfahren beteiligt und ein Erstangebot gelegt. Mit Schreiben vom 13.11.2017 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot „von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß 5 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 (fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind) ausgeschieden werden muss“. Dies mit der Begründung, dass in der Ausschreibung geforderte Nachweise trotz Nachforderung nicht vorgelegt wurden.

Diese Ausscheidensentscheidung vom 13.11.2017 wird hiermit angefochten.

Beweis: Seitens der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt

Ausscheidensentscheidung vom 13.11.2017 (Beilage ./A)

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (Beilage ./B)

2) Genaue Bezeichnung der Auftraggeberin

Wie den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen, ist Auftraggeberin (AG):

NÖ Landeskliniken Holding

***

***

Vergebende Stelle ist die

Bundesbeschaffung GmbH (BBG)

***

***

E-Mail: ***; ***

Beweis: vorzulegender Vergabeakt

Allgemeine Ausschreibungsbedingungen (Beilage ./B)

3) Bezeichnung des allfälligen Zuschlagsempfängers

Ob bereits eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen ist bzw. welche weiteren Bieter für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Frage kommen, ist der Antragstellerin nicht bekannt.

Infolge § 151 Abs 3 BVergG wird von einem Teil der Judikatur auch vertreten, dass nach dem Ausscheiden des Bieters keine Verpflichtung mehr besteht, die Entscheidung, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abzuschließen ist, auch dem ausgeschiedenen Bieter zu übermitteln. Jedenfalls ist der Antragstellerin ein möglicher „Zuschlagsempfänger" als Bieter, mit dem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nicht bekannt.

4) Zuständigkeit des Niederösterreichischen Landesverwaltungsgerichts, Nachweis

über die Befassung der Schlichtungsstelle. Interesse. Rechtzeitigkeit des Antrages,

Entrichtung der Pauschalgebühr

4.1. Zur Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich

Die Auftraggeberin, Niederösterreichische Landeskliniken Holding, ist eine Einrichtung gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und öffentliche Auftraggeberin im Zuständigkeitsbereich des Landes Niederösterreich.

In der Bekanntmachung und der Ausschreibungsunterlage ist als Auftraggeberin die NÖ Landeskliniken-Holding genannt. Diese ist ein durch NÖ LGBI 9452/00 eingerichteter Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit, dessen Organe (Holdingversammlung und Geschäftsführer) den Anweisungen der niederösterreichischen Landesregierung Folge leisten müssen. Ihr

Unternehmensgegenstand liegt in der Errichtung, der Führung und dem Betrieb aller Landeskrankenanstalten. Die NO Landeskliniken-Holding ist daher ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs I Z 2 BVergG 2006 und fällt gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 lit b B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes Niederösterreich.

Gemäß § 2 Abs 3 Gesetz über die Errichtung der NÖ Landeskliniken-Holding wird die NÖ Landeskliniken-Holding zwar auf Rechnung des Landes Niederösterreich, jedoch im eigenen Namen tätig. Die N0 Landeskliniken-Holding wird daher selbst Vertragspartner der Rahmenvereinbarung und ist somit Auftraggeberin des vorliegenden Vergabeverfahrens.

In den AU ist überdies festgelegt:

1.3 Zuständige Vergabekontrollbehörde

Die zuständige Vergabekontrollbehörde ist Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

Damit ist die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich gegeben.

Beweis: vorzulegender Vergabeakt, insbesondere Ausschreibungsunterlagen, offenes Firmenbuch

4.2. Nachweis über die Befassung der Schlichtungsstelle

Die NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge bei Amt der NÖ Landesregierung wurde am 22.11 2017 mit dem gegenständlichen Fall befasst. Dazu fand am Montag den 11.12.2017 eine Schlichtungsverhandlung statt, wobei keine gütliche Einigung zustande gekommen ist. Die Schlichtungsstelle vertritt v.a. die Ansicht, dass der Antragsteller nach § 106 Abs 6 BVergG verpflichtet gewesen wäre, die in der Ausschreibung enthaltenen erheblichen Mängel umgehend beim Auftraggeber zu rügen, um diesem die Berichtigung der Ausschreibung zu ermöglichen. Überdies wird vertreten, dass – trotz einer Vielzahl unklarer und unbestimmter Festlegung in der Ausschreibung nicht 5 915 ABGB heranzuziehen wäre, sondern sich nach „§§ 914 ff ABGB und Rz 70 und 88" (der Ausschreibung) eine Verpflichtung ergäbe, die geforderten Nachweise bereits mit dem Erstangebot nachzureichen. Genau der Gegenteil ist der Fall, da eine Gesamtsicht aller Ausschreibungsbestimmungen notwendig ist. Bei einer solchen Gesamtsicht der Ausschreibungsunterlagen ergibt sich vielmehr, dass bereits nach dem Willen des Auftraggebers erst das LAFO als verbindliches Hauptangebot zu legen ist und davor Verhandlungsgegenstände aufgezeigt werden können, die Teil des Erstangebotes sind und als solche nicht zum Ausscheiden führen können, da sie gerade der Ausschreibung entsprechen.

Beweis: Schlichtungsprotokoll (Beilage ./F)

wie bisher

4.3. Interesse

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss schon durch die Beteiligung am Vergabeverfahren und Legung eines verbindlichen Angebotes zum Ausdruck gebracht.

Aus der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt hat und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat. ist ihr Interesse am Vertragsabschluss evident.

Die Antragstellerin hat weiterhin großes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Auftrag und erachtet sich auch weiter an ihr abgegebenes Angebot gebunden.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsschluss wird überdies durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag bekundet.

Beweis: Herr GF PS, p.A. der Antragstellerin, als Partei

wie bisher

4.4. Rechtzeitigkeit

Die Ausscheidensentscheidung vom 13.11.201? wurde der Antragstellerin am selben Tag, 13.11.2017, im elektronischen Weg über das Vergabeportal übermittelt. Am 22.11.2017 wurde der Schlichtungsantrag gestellt. Das Schlichtungsverfahren war vom 22.11. bis 11.12.2017 anhängig.

Gemäß 5 11 NÖ-Vergabenachprüfungsgesetz beträgt die Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages hinsichtlich der auf elektronischem Weg übermittelten gesondert anfechtbaren Ausscheidensentscheidung im vorliegenden Verfahren 10 Tage und wird durch die Zeit eines anhängigen Schlichtungsverfahrens gehemmt
(§ 11 Abs 4 NÖ-VergNPG). Die 10 tägige Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages wurde daher infolge des Schlichtungsverfahrens von 23.11.2017 um die Zeit des Schlichtungsverfahrens, sohin bis 13.12.2017 verlängert.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig.

Beweis: Ausscheidensentscheidung vom 13.11.2017 (Beilage ./A)

Schlichtungsprotokoll (Beilage ./F)

4.5. Entrichtung der Pauschalgebühr

Gegenständlich ist ein Lieferauftrag im Oberschwellenbereich.

Die Pauschalgebühr für Nachprüfungsanträge betreffend das vorliegend gewählte Verhandlungsverfahren mit

vorheriger Bekanntmachung beträgt gemäß § 19 NÖ-VergNPG iVm der NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung EUR 1.600,00 für den Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung. Dazu kommen weitere EUR 800,00 für die einstweilige Verfügung. Gesamt sind daher EUR 2.400,00 an Pauschalgebühr zu entrichten.

Diese Pauschalgebühr wurde von der Antragstellerin bezahlt und wird die Überweisungsbestätigung vorgelegt.

Unter einem wurde auch die Gebühr gemäß § 14 TP 6 Abs 5 Z 1 lit b Gebührengesetz 1957 iVm der BuLVwG-Eingabengebührenverordnung (Pauschalgebühr für Beschwerden) Höhe von Euro 30,00 (zusätzlich zur Pauschalgebühr nach dem NÖ-VergNPG iVm der NÖ Vergabe Pauschalgebührenverordnung) überwiesen.

Beweis: Überweisungsbestätigung gemäß § 19 TirVergNPG (Beilage ./D)

Überweisungsbestätigung gemäß § 14 TP6 Abs 5 Z 1 lit b Gebührengesetz 1957 (Beilage /E)

wie bisher.

5) Drohender bzw. eingetretener Schaden

Sollte im gegenständlichen Verfahren mit der Antragstellerin nicht die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, droht ihr zumindest der nachstehend aufgeschlüsselte Schaden:

Ein Teil des Schadens besteht in der Höhe des mit diesem Auftrag verbundenen marktüblichen entgangenen Gewinns von zumindest 7% der Netto-Auftragssumme sohin zumindest von EUR 2.000.000,00.

Ferner droht der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe der frustrierten internen und externen Kosten für die Angebotserstellung von zumindest € 4.000,00 (Kalkulation: 50 Mannstunden [einschließlich Besprechungen. Erstellung des gesamten Angebots] x € 80,00 Mischstundensatz pro Stunde) sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung von € 3.500,00.

Weiters handelt es sich bei dem gegenständlichen Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt.

Die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz der Antragstellerin ist, dass sie Aufträge, bei denen sie Bestbieter ist, auch erhält.

Beweis: Herr GF PS, p.A. der Antragstellerin, als Partei

wie bisher

6) Rechtsverletzungen

Durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung erachtet sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt:

- lm Recht auf klare und nachvollziehbare Durchführung des Vergabeverfahrens und Transparenz.
- lm Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG.
- lm Recht auf rechtzeitige und auf ausreichend nachvollziehbare Begründung der für den Antragsteiler als Bieter letzten Entscheidung im Vergabeverfahren (Ausscheidensentscheidung).
- Im Recht auf Nichtausscheiden.
- lm Recht auf Bietergleichbehandlung auf Grundlage der Vorgaben in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen.
- Recht auf Zulassung der Antragstellerin zu den Bieterverhandlungen und auf Legung eines Letztangebots.
- Im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung an (mit ihr als) die richtige Bestbieterin.
- Im Recht auf Nichtigerklärung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung und auf nachprüfende Beurteilung der Angebote anhand der Ausschreibungsunterlagen.
- Grundsatz des fairen, freien und lauteren Wettbewerbs.
- Im Recht auf Nichtigerklärung vergabewidriger Entscheidungen des Auftraggebers.
- Im Recht auf Nichtigerklärung und / oder Widerruf in Folge Festlegung unverbindlicher Erstangebote, nicht kalkulierbarer Risiken, unklarer technischer Vorgaben für das Erstangebot und nicht vergleichbar abgegebener Angebote.
- Im Recht auf Vergabe ausschließlich auf Basis vergleichbarer Angebote.

7) Sachverhalt und GrQMe der Rechtswidrigkeit

7.1. Grobe Mängel in der Ausschreibung machen Widerruf erforderlich

Eingangs ist festzuhalten, dass die vorliegende Ausschreibung NÖLKH Worplace Management (LH-AUS-1/155) in vielen Bereichen äußerst mangelhaft geblieben ist und das Verfahren tatsächlich zu widerrufen wäre.

Dies betrifft bereits bspw die Bewertung des abzugebenden Konzeptes (AU Pkt 9.3) und viele andere Bestimmungen, die im Folgenden noch genannt sind.

Die Antragstellerin hat die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen dennoch — in der Hoffnung, dass diese nach der ersten Fragerunde ausreichend berichtigt werden - nicht angefochten sodass diese insoweit bestandfest geworden sind. Doch ist festzuhalten, dass die Ausschreibung derart mangelhaft, unschlüssig und widersprüchlich ist, dass auf dieser Grundlage vergabegemäß kein Bestbieter ermittelt werden kann. So wird bspw. zu den Zuschlagskriterien, Punkt 9.1, der Preis mit 800 Gesamtpunkten (ist gleich 80%) sowie die Qualität mit 200 Gesamtpunkten (gemeint wohl 20%) und diese wiederum unterteilt inSoll-Kriterien, Excel-Leistungsverzeichnisse 20 Punkte (ist gleich 2%) und Konzeptbewertung 180 Punkte (ist gleich 18%) unterteilt. In dem bezüglichen subjektiven Kriterium unter 2b (gemeint wohl die Konzeptbewertung unter Pkt 9.3) ist die Bewertung der bewertungsrelevanten Konzepte mit 60, 30 bzw. 10 Punkten (gesamt 100 Punkte) bewertet und ist nicht sofort nachvollziehbar, inwieweit hier die Werte 60, 30 oder 10 Punkte in gesamt 180 Punkte münden sollen, da nicht einmal festgelegt wird, wie viele Konzepte (wohl nur eines) bewertet werden. Ausreichend nachvollziehbare Bewertungsregeln enthalten die Festlegungen nicht. Überdies ist nicht einmal angeführt, aus weichen konkreten Vertretern die Expertenkommission besteht, sodass ganz grundlegend und entgegen der ständigen Judikatur zur Jurybewertung unklar ist, ob die Expertenkommission zumindest aus entsprechenden Fachvertretern, die die entsprechenden Konzepte auch bewerten können, besteht, wobei nach der Judikatur zwar keine Namen zu nennen sind, aber die Aufgaben bzw. Berufserfahrung der einzelnen Vertreter so, dass überprüft werden kann, ob eine ausreichende Kommission vorliegt.

Im vorliegenden Fall ist mit Blick auf die Judikatur die Bekanntmachung der Bewertungsmethode vor Abgabe der Angebote notwendig, um überhaupt eine vergabegemäße Bestbieterermittlung zu ermöglichen. So weist bspw Salamun, ZVB 2016, 448, zutreffend darauf hin, dass Art 2 RL 2004/18 den Gleichbehandlungsgrundsatz normiert und die Transparenzpflicht, wonach der Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt. zu dem er die Angebote vorbereitet, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen (vgl. EuGH 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, Rz 22 ua). Daher haben Zuschlagskriterien vom Beginn des Vergabeverfahrens an klar und bestimmt zu sein (EuGH 10.05.2012, C-368/12, Kommission/Niederlande, Rz 56). Insbesondere darf der Auftraggeber keine Unterkriterien (EuGH 21.07.2011, C—252i10, Rz 31) oder Gewichtungsregeln (EuGH 24.01.2008, (3-532106, Lianakis, Rz 38 u 42) anwenden, die er den Bietern nicht im Vorfeld zur Kenntnis gebracht hat. Die Entscheidung EuGH Dimarso sagt zwar aus, dass Unterkriterien eines zuvor festgelegten Zuschlagskriteriums nachträglich gewichtet werden dürfen (nur in den Punkten, die innerhalb eines Kriteriums verteilt werden), wenn die Zuschlagskriterien damit nicht verändert werden, die Angebotslegung nicht beeinflusst wird und keine Bieterdiskriminierung stattfindet (in diesem Sinne bereits EuGH 24.11.2005, C-

331/04, ATI AEC, Rz 22; EuGH 24.01.2008, C-532/06 Lianakis, Rz 42 ff). Die Nichtbekanntgabe der Bewertungsmethode ist daher nur zulässig, wenn diese keinen Einfluss auf die Vorbereitung der Angebote haben kann. Genau das war vorliegend aber um der Fall; würden die Bieter wissen, wie das Qualitätskriterium im jurybewertete Konzept konkret bewertet wird, und dass theoretisch eine Vielzahl von Maßnahmen eine höhere Bewertung bedingt, als die angeführten Maßnahmen, hätte sie das Angebot bereits anders eingereicht, um die maximale Punktezahl zu erreichen.

In den Schlussanträgen weist GA Mengozzi, 10.03.2016, C-6/15, Rz 85, daher ausdrücklich darauf hin, dass die Bewertungsmethode nichts enthalten darf, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können und nicht unter Berücksichtigung von Umständen erlassen wurde, die einen der Bieter diskriminieren können.

Auch wenn im BVergG 2006 grundsätzlich keine Regelungen zu Bewertungsschemata enthalten sind, sind dennoch die Vergabegrundsätze einzuhalten und damit das Verbot der Bieterdiskriminierung, gleich dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Transparenz. In diesem Sinne sieht § 79 Abs 3a BVergG vor, dass der Auftraggeber bei einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip bereits in der Bekanntmachung und in den Ausschreibungsunterlagen alle

Zuschlagskriterien deren Verwendung er vorsieht. im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben hat. lm gleichen Sinne sieht § 105 Abs 5 BVergG für das Verhandlungsverfahren vor, dass an den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien. sofern in der Ausschreibungsunterlage nichts anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden darf. (dem Widerspricht die AG bereist in ihrer Festlegung AU Pkt 9.1 Rz 102).

Lehre und Rechtsprechung hat sich intensiv mit der Frage beschäftigt, ob eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Festlegung des Bewertungsschemas in der "Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen besteht. So führen Hackl/Schramm/Öhler, Inhalt der AU, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006² § 79, Rz 107 aus, dass die Idealbeschreibung der Zuschlagskriterien auch das Bewertungsschema beinhaltet. Schiefer/Mensdorff-Pouilly, Rechtliche Anforderungen an die Bestbieterermittlung in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht4 (2015), R2 1473, betonen, dass die Auftraggeber durch die sich entwickelnde Spruchpraxis der europäischen und österreichischen Vergabebehörden generell verpflichtet sind, auch das Bewertungsschema zur Ermittlung des Bestbieters zu objektivieren und den Bietern vorab offenzulegen,

insbesondere dann, wenn der Auftraggeber Aspekte berücksichtigt, die für die Ermittlung des Bestbieters relevant sind und die der Bieter durch sein Angebot beeinflussen konnte (vgl. VKS Wien, 28.11.2003, VKS-7992/03, UVS Tirol, 18.08.2003 uvs-2003/K11/011-4 RPA 2004, 363 (Pock).BVA 23.04.2004, 17N-22/04-34 sprach aus, dass dann, wenn dem Bieter interne Regelungen über das Bewertungsschema im Vorhinein nicht bekannt sind und von ihm bei der Erstellung des Angebots daher nicht berücksichtigt werden können, infolge fehlender Bekanntgabe des Bewertungsschemas, gegen die dem Vergabeverfahren immanenten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen wird.

Schließlich wurde durch den VwGH 22.04.2009, 2007/04/0065, ZVB 2009, 318 (Gruber/Eisner) klargelegt, dass sich die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander eindeutig aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben muss und sich der Auftraggeber einer aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Bewertungsmethode (hier des Konzeptes gemäß Pkt 9.1. der AU) zu bedienen hat, die eine nachträgliche Verschiebung der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander im Rahmen der Bewertung der Angebote ausschließt. Die Festlegungen im Verfahren VwGH 2007/04/0065 waren mit den vorliegenden praktisch ident. So waren die Subkriterien des Zuschlagskriteriums Qualität

dort auch nur mit einem Faktor gewichtet und nicht im Detail definiert, unter welchen Voraussetzungen die maximale Anzahl von Punkten vergeben wird. Insb wird nicht definiert, wenn ein Konzeot „vollständig" ist (dann volle Punktezahl) und warum die Vollständigkeit eines Konzeptes überhaupt einer Jurybewertung unterworfen wird, wenn es sich dabei doch um ein objektives und nicht subjektives Kriterium handelt. Laut VwGH eröffnet dies dem Auftraggeber die Möglichkeit. die Gewichtung der zueinander, nachträglich (nach Angebotsöffnung) zu verändern. was zu einer Verschiebung der Gewichtung führen kann und einen Bietersturz zur Folge haben kann {wie vorliegend gerade der Fall ist). In Ähnlicher Weise schein die AG übrigens auch nun bei der Ausscheidenentscheidung vorgegangen zu sein, indem willkürlich

Mussanforderungen kreiert wurden, die sich aus den bestandfesten AU gerade nicht ergeben.

Eine sachliche Bewertung von Qualitätskriterien darf überdies nur von Personen vorgenommen werden, die über das entsprechende Fachwissen verfügen. Entsprechend bestimmt § 122 BVergG 2006, die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen, was insbesondere für Bewertungskommissionen gilt (UVS Ktn 15.04.2009, KUVS-K2-284/24/2009). Vorliegende wurde die Bewertungskommission bisher noch nicht bekannt gegeben. Die gemäß § 122 Ieg cit gebotenen fachlichen Voraussetzungen, über die die vom

Auftraggeber bei der Angebotsprüfung eingesetzten Personen zu verfügen haben, richtet sich nach der ausgeschriebenen und somit anzubietenden Leistung. Mangels Bekanntgabe der eingesetzten Kommission ist aber nicht nachvollziehbar, ob diese überhaupt ausreichend sachkundig ist, sodass davon auszugehen ist, dass die Zusammensetzung der Bewertungskommission nicht den Vorgaben des BVergG entspricht (UVS Ktn 15.04.2009, KUVS-K2-284/24/2009).

Dem nicht genug wird unter Pkt 9.1, Rz 102 der AU festgelegt, dass der Auftraggeber das Recht hat, die Zuschlagskriterien nach dem Abschluss der Verhandlungen zu ändern bzw. zu ergänzen und den Bietern, die allenfalls abgeänderten und/oder ergänzten Zuschlagskriterien per Aufforderung zur Letztangebotslegung in den letztgültigen Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.

Eine derartige Festlegung ist grob vergabewidrig und impliziert, da bereits bestandfest, dass bei einer Änderung der Zuschlagskriterien mit dem Letztangebot tatsächlich jeder Bieter, der am Letztangebot zwar nicht mehr beteiligt war, dennoch einen feststellungantrag einbringen kann mit dem Argument, dass er im Rahmen der konkreten und letztendlich festgelegten Zuschlagskriterien sehr wohl Bestbieter geworden wäre.

Bereits aus diesen Gründen ist die vorlegende Ausschreibung zu widerrufen.

Unabhängig davon zeigt die genannte Bestimmung, dass vorliegend ausschließlich die Letztangebote verbindlich sein sollen und ansonsten ähnlich wie bei einem wettbewerblichen Dialog der Leistungsgegenstand im Zuge der Erstangebotslegung „gemeinsam entwickelt" werden soll. Wie sonst ist zu erklären, dass erst mit dem Letztangebot die konkreten Zuschlagskriterien erst festgelegt werden sollen.

Dass tatsächlich der Leistungsgegenstand erst „zum LAFO hin" entwickelt werden soll, zeigt auch Pkt 4.2, Rz 20 der strukturierten Fragerunde, in welchem in Einzelterminen eine strukturierte Fragerunde durch den Auftraggeber/ die vergebende Stelle mit jedem Bieter stattgefunden hat. Hier wurde auch seitens der Antragstellerin alles gefragt, was nach ihrem Wissensstand möglich war. Dennoch ist festzuhalten, dass der gesamte Leistungsgegenstand, wie er ursprünglich festgelegt wurde, tatsächlich nur von den bisherigen Anbieter umgesetzt werden kann, da nur der Details des Leistungsgegenstandes wie etwa hinsichtlich der Rückkaufmodalitäten der Computer, wissen konnte. Seitens der Auftraggeberin wurden dazu keine Spezifikationen, die für eine ausreichende Kalkulation notwendig gewesen wären, mitgeteilt.

Dass der Leistungsgegenstand letztendlich nicht ausgereift ist, zeigt bereits die dritte Fragebeantwortung-Berichtigung, welche über 271 Fragen und Fragebeantwortungen ausweist. Bereits mit einer derartigen Vielzahl von Unklarheiten hätte dem Auftraggeber klar sein müssen, dass die Ausschreibung entweder zu widerrufen ist, oder im Sinne einer geltungshaltenden Interpretation ausschließlich dahingehend zu verstehen sind, dass eine Art wettbewerblicher Dialog geführt werden soll, in dem die Bieter mit dem Erstangebot Verhandlungsgegenstände aufzeigen können und ein verbindliches Hauptangebot erst mit dem Letztangebot abzugeben ist. Entsprechend ist auch Punkt 6.2., Rz 55. der Ausschreibungsunterlagen zu verstehen. wonach der Bieter das Letztangebot als Hauptangebot nach den Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen abzugeben hat. Das Hauptangebot ist ein Angebot, das alle Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Dazu wurde ausdrücklich festgelegt, dass der Bieter im Erstangebot in allen einzelnen Punkten von den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen abweichen kann und ein solches Abweichen dann als Verhandlungsvorschlag des Bieters (nicht: Abänderungsangebot) gewertet wird. Damit berechtigt ein Abweichen von den Bestimmungen im Erstangebot nicht zum Ausscheiden, sondern ist jedenfalls gemäß den bestandfesten Festlegungen als Verhandlungsvorschlag zu werten und in die Verhandlung zu geben. Auch aus diesem Grund ist das Ausscheiden der Antragstellerin nicht gerechtfertigt.

Ebenso vergabewidrig ist die Festlegung der AU unter Punkt 7 Rz 84. Seite 16, oben, wonach sich die Auftraggeberin vorbehält, exklusive Verhandlungen mit dem Bestbieter alleine zu führen. was vergabegemäß nur im Unterschwellenbereich zulässig wäre (§ 105 Abs 4 BVergG). Tatsächlich wurde aber gemäß Punkt 7, Rz 83 der AU festgelegt, dass die Angebote formal und inhaltlich geprüft werden und danach erst die Verhandlungen auch in technischer, finanzieller und rechtlicher Hinsicht geführt würden. Schon aufgrund dieser bestandfesten Festlegung hätten jedenfalls vor dem Ausscheiden aus technischen Gründen Verhandlungen mit der Antragstellerin geführt werden müssen. In diesem Sinne hat sich die Auftraggeberin unter Pkt 8, Rz 86 auch lediglich vorbehalten, dass ein Bieter, der unrichtige oder ungenügende Angaben gemacht hat, ausgeschieden werden „kann". Unter welchen

Umständen die Auftraggeberin aber von diesem so eingeräumten Ermessen Gebrauch machen kann, ist unklar und wird mit einer solchen Bestimmung, die ebenfalls vergabewidrig ist, Willkür Tür und Tor geöffnet. Damit kann aufgrund dieser bestandfesten Entscheidung tatsächlich vergabekonform und gerade unter den Vorgaben der Bietergleichbehandlung keinesfalls ein einzelner Bieter, wie die Antragstellerin, ausgeschieden werden und andere Bieter nicht, wie bereits aus den Fragebeantwortungen (vgl. Pkt 1.2 der dritten Fragebeantwortung, wo von einer Toleranzgrenze von der Verletzung der Muss-Kriterien die Rede ist, ohne

eine pauschale, prozentuale einheitlich vorzugeben) hervorgeht.

Festzuhalten ist auch, dass der Bieter gemäß Punkt 8.1 nach Legung des Erstangebots seine angebotsgegenständlichen Konzepte vor Vertretern des Auftraggebers zu präsentieren hat. Da keine klaren Vorgaben für das Konzept gegeben worden sind (bspw. Rückkauf bestehender Hardware) waren die Ausschreibungsunterlagen geltungshaltend nur so zu verstehen, dass für die endgültigen Konzepte notwendige Informationen im Zuge dieser Präsentationen gegeben werden.

Beweis: wie bisher

Insbesondere PV GF PS, p.A. der Antragstellerin

Vorzulegender Vergabeakt beinhaltend Ausschreibungsunterlagen

Und 3. Fragebeantwortung (Beilage ./C)

Festzuhalten ist auch, dass, soweit die Ausscheidensentscheidung auf die Nichtvorlage eines Konzeptes fußt, ein entsprechendes Konzept zwar angeboten wurde, allerdings nur als „Rahmen", insoweit aufgrund der seitens der AG rudimentär zur Verfügung gestellten Informationen für einen bisher nicht involvierten Bieter ein Konzept überhaupt erstellt werden konnte. Überdies stellt das zu bewertende Konzept kein Muss-Kriterium dar, das zum Ausscheiden berechtigt, sondern wird im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet. sodass dann, sollte die Auftraggeberin tatsächlich der Ansicht sein. dass hier kein ausreichendes Konzept vorliegen würde, das Konzept entsprechend mit Null zu bewerten wäre aber kein Ausscheidengrund gegeben ist.

Festzuhalten ist auch, dass das Angebot der Antragstellerin auf Grundlage der im Zweifel zu Lasten der Auftraggeberin gehenden Ausschreibungsunterlagen (§ 915 ABGB) als Hauptangebot und nicht als Abänderungsangebot anzusehen ist. Da im Angebot der Antragstellerin alle Muss-Kriterien erfüllt werden und gemäß Pkt 6.2. Rz 55 der AU ausdrücklich festgelegt wurde, dass im Erstangebot auch Abweichungen von den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen zulässig sind und dies als Verhandlungsvorschlag des Bieters gewertet werden.

Soweit Abweichungen aber als Verhandlungsvorschlag des Bieters gewertet werden, liegt tatsächlich kein Abänderungsangebot vor, da ein Hauptangebot im Kalkül der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen eben als Verhandlungsgegenstand und damit Teil des Hauptangebots festgelegt wurde. Damit wird bestandfest und aus dem Gesamtkontext der Ausschreibung für das Erstangebot ein großzügiger Maßstab an angelegt, der von weitgehenden Verhandlungsmöglichkeiten getragen ist, die gerade nicht, wie vorliegend zum Ausscheiden des Erstangebotes berechtigen. Die Judikatur hinsichtlich der restriktiven Anforderungen an das Erstangebot sind im vorliegenden konkreten Fall daher nicht anzuwenden, da die Auftraggeberin ganz offensichtlich selbst den Leistungsgegenstand erst im Zusammenspiel mit den Bietern durch eine Vielzahl von Fragerunden und Präsentationen entwickeln möchte, wie den bestandfesten AU zu entnehmen ist.

Beweis: wie bisher

7.2. Weiteres zum konkreten Sachverhalt und der Ausscheidensentscheidung

Die Antragstellerin hat sich am Verfahren beteiligt und als ein Erstangebot gelegt.

Mit Schreiben vom 13.11.2017 wurde der Antragstellerin mitgeteilt:

Ausscheiden Ihres Angebotes

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu dem Vergabeverfahren betreffend die Beschaffung WPM NÖLKH ein Abänderungsangebot gelegt.

Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicherweise ergeben, dass

? Ihr Angebot von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 129 Abs 1 Z 7

BVergG 2006 (fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel

nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind) ausgeschieden werden muss, weil...

...sämtliche der in der Ausschreibung geforderten folgenden Nachweise trotz Nachforderung nicht vorgelegt wurden:

? 1. Alle Nachweise zur Erfüllung der Energy-Star Kriterien.

? 2. Alle geforderten Zertifikate und Nachweise gem. TL Vs.

? 3. Alle Datenblätter und Benchmarkprotokolle (Sysmark und Mobilemark) zur Prüfung der angebotenen Geräte gern. Leistungsverzeichnis:

a. 3491 02854_ TLV_PC Berichtigung 1

b. 3491.02854_ TLV_Drucker Berichtigung 1

c. 3491.02854_ TLV_Mac Berichtigung 3

d. 3491.02854_ TLV_Monitore Berichtigung 1

e. 3491. 02854_ TLV_Notebook Berichtigung 3

f. 3491.02854_ TLV_P?ichtenheft_Drucker Berichtigung 1

g. 3491.02854_ TLV_ TabletPhab/et Berichtigung 1

? Dies betrifft vor allem folgende Produkte im Leistungsverzeichnis
TLV_Notebook:

a. Notebook Mobil vom Hersteller *** Bezeichnung ***

b. Notebook VIP vom Hersteller *** Bezeichnung ***

c. Notebook Administration vom Hersteller *** Bezeichnung

***

d. Notebook Klinik vom Hersteller *** Bezeichnung

***

e. Notebook Klinik 17" vom Hersteller *** Bezeichnung

? Sowie Produkte im Leistungsverzeichnis TLV_PC:

a. PC vom Hersteller *** und die Gehäuse Modelle ***, ***, ***

? Sowie Produkte im Leistungsverzeichnis TL V_ TabletPhab/et:

a. Windows Tablet vom Hersteller *** Bezeichnung ***

b. Windows Phablet vom Hersteller *** Bezeichnung ***

c. Tablet Zubehör mit der Produktbezeichnung ***

Ihr Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht (§ 129 Abs. 1 Z 7

BVergG 2006).

Gemäß RZ 57 der AABs GZ 3491.02854 sind Abänderungsangebote beim Erstangebot zulässig.

Im Erstangebot kann der Bieter daher in einzelnen Punkten von den Anforderungen

der Ausschreibungsunterlagen abweichen. Dies wird als Verhandlungsvorschlag des

Bieters gewertet.

Abänderungsangebot bedeutet im Sinne der Legaldefinition des § 2 Z 1 BVergG ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht.

Gemäß § 106 Abs 5 BVergG 2006 haben Abänderungsangebote die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat

der Bieter zu führen. Abänderungsangebote können sich nur auf technische Aspekte

von Teilen der Leistung beziehen.

Dies betrifft insbesondere:

? Das Angebot weicht von den Anforderungen der Ausschreibung ab, weit im abgegebenen Konzept keinerlei konzeptive Inhalte enthalten sind, welche eine Präsentation desselben in der Verhandlungsrunde ermöglichen oder welche als Verhandlungsvor-schlag gewertet werden können.

? In den folgenden Produktgruppen keine existierenden Produkte angeboten wurden, bei welchen Abänderungen in den Kriterien als Verhandlungsvorschlag gewertet werden können:

o Notebooks

o PCS

o Tablet/Phablet

Diese Mängel sind nicht behebbar, da sie eine nachträgliche Änderung des Angebotes darstellen würden.

Ihr Angebot kann aus den oben genannten Gründen nicht weiter berücksichtigt werden, und ist dieses daher auszuscheiden.

Mit freundlichen Grüßen

Diese Ausscheidensentscheidung widerspricht den bestandfesten Festlegungen der AU in Verbindung mit den Festlegungen (Berichtigung) der 3. Fragebeantwortung, die im Ergebnis das Erstangebot hinsichtlich der Herstellerwahl und der Muss-Anforderungen in weiten Teilen unverbindlich bzw „mit Toleranzgrenzen“ sehen. Insbesondere auf Grundlage der Festlegungen der 3. Fragebeantwortung hätte die Antragstellerin nicht ausgeschieden werden dürfen, da es

1. hinsichtlich Muss-Anforderungen Toleranzgrenzen gibt. die für alle Bieter gleich großzügig oder streng gehandhabt werden müssen. Offenbar wurden nur bei der Antragstellerin diese „Toleranzgrenzen" nicht angewandt, gegenüber anderen Bietern schon, wie sich aus der Fragebeantwortung zu 1.2. schließen lässt.

2. der Hersteller der zu liefernden Komponenten mit LAFO noch gewechselt werden darf und damit im Erstangebot nicht verbindlich anzugeben ist. Daher können Herstellerangaben oder Nachweise im Erstangebot nicht zum Ausscheiden führen (Fragebeantwortung zu 2.2.)

3. bei einem Produktwechsel (der ja auch mit LAFO noch zulässig ist) nach den Festlegungen grundsätzlich keine Zertifizierungen vorgesehen sind und für Drucker ohnehin ein eigenes Abnahmeprocedere nach Abruf vorgesehen ist wie in der Fragenbeantwortung zu 3.22. festgelegt wurde und

4. die abgegebenen Konzepte schließlich erst mit LAFO bewertet werden, daher ein Konzept nicht bereits mit dem Erstangebot ausgeschieden werden darf (Fragebeantwortung zu 4.12.)

5. Überhaupt die Nachforderung technisch keinen Sinn macht bzw unmöglich ist.

Die Auftraggeberin hat als Ausscheidensgrund bezeichnender Weise ausschließlich jenen des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG (Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen), nicht aber etwa den nach § 129 Abs 2 BVergG geltend gemacht. Zu den Ausschreibungsbedingungen ist aber auch die Berichtigung auf Grund der drei Anfragebeantwortung zu zählen, sodass bei vergaberechtlich richtiger Beurteilung das Erstangebot der Antragstellerin den AU nicht widersprochen hat.

7.2.1. Zu den genannten Produkten

Mit der 3. Fragebeantwortung und Berichtigung im Vergabeverfahren Workplacemangement NÖ-LKH vom 21.9.2017 wurde dazu festgelegt:

Zu Frage 1.2. Summe Muss Kriterien

[. . .]

Antwort: Abänderungsangebote sind zulässig. Eine pauschale prozentuale
Toleranzgrenze für die Verletzung von MUSS-Kriterien kann nicht gewährt werden.

Zu Frage 2.2. Rechtliche Frage

Frage: Kann beim LAFO ggü. dem Erstangebot der Hersteller gewechselt werden?

Antwort: Ja.

Zu Frage 3.22. Produktwechsel

[...]

Frage: Ist mir einem etwaigen Produktwechsel auch eine Zertifizierung der Nachfolgeprodukte verbunden. Falls ja, wer führt diese durch und ist diese mit etwaigen Kosten verbunden?

Antwort: Es sind für die Kategorien Windows PC, Windows Notebook, Windows Tablet u. Phablet, Monitore, Apple und etwaigen Zubehör keine Zertifizierungen vorgesehen.

Bei der Kategorie Drucker gibt es ein definiertes Abnahmeprozedere mit dem KIS Lieferanten CGM. Das Abnahmeprozedere ist pro Produktwechsel durchzuführen, und die Kosten sind vom AN zu übernehmen. Pro Produktwechsel fallen Kosten von ca.1.300 € an.

Damit geht die Auftraggeberin einerseits von einer Toleranzgrenze bei der Abgabe der Erstangebote und deren Unverbindlichkeit aus (Frage 1.2.), andererseits wurden die Angaben zum Hersteller im Erstangebot nicht verbindlich festgelegt (Frage 2.2.).

Darüber hinaus wurde festgelegt, dass für die genannten Produkte bei zulässigem Herstellerwechsel gar keine Zertifizierungen erforderlich sind.

Festzuhalten ist, dass der Bieter im Leistungsverzeichnis alle Muss-Kriterien mit „erfüllt" beantwortet hat und hier kein Formalfehler vorliegt.

Die Behauptung der AG, dass im Angebot angegebene Produkte nicht existieren ist unrichtig, da diese aus Eigenproduktion des Antragstellers stammen.

Überdies ist für die Produkte eine Bemusterung vorgesehen (AU, Pkt 8.3 Rz 93 ff), die über Aufforderung 14 Tage nach Angebotsöffnung zu erfolgen hat. Wie bestandfest festgelegt ist daher der Nachweis zur Erfüllung der geforderten Musskriterien (welche das Angebot der Antragstellerin alle vollständig erfüllt) mittels Bemusterung durchzuführen. Eine Ausscheidenssanktion ist bestandfest nur für den Fall vorgesehen, dass die Bemusterung trotz Aufforderung und Nachfristsetzung nicht erfolgt. Die Antragstellerin ist aber niemals zur Bemusterung aufgefordert worden, sodass bereits deshalb ihr Ausscheiden zu Unrecht erfolgt ist.

Weiter wird in der 3. Fragebeantwortung ausgeführt:

Zu Frage 4. 12. Konzepterstellung - BBG

Werden im LAFO auch noch einmal die Konzepte bewertet oder geht es im LAFO nur noch um den Preis? Je nachdem, wann die Fragebeantwortung veröffentlicht wird, kann es sein, dass die Konzepte nicht den optimalen Standard erreichen.

Antwort: In der LAFO—Runde wird es eine Konzeptbewertung geben.

Damit wurde klargestellt, dass die Konzepte erst mit LAFO bewertet werden.

7.2.2. Zur Konzeptbewertung

Überdies wurde in den AU Pkt 8.1. bestandfest festgelegt, dass die Konzepte des Bieters erst nach Legung des Erstangebots vor Vertretern der AG zu präsentieren sind. Bereits aufgrund dieser Festlegung ist klar, dass vor Präsentation des Konzeptes und Bewertung für LAFO ein Ausscheiden mangels Konzept nicht möglich ist; dabei handelt es sich im äußersten Fall um ein Zuschlagskriterium, kein Musskriterium, das zum Ausscheiden führt. Tatsächlich war es auch für einen Bieter, der bisher nicht mit der auftragsgegenständlichen Lieferung betraut war, unmöglich ein inhaltliches Konzept bereits mit dem Erstangebot abzugeben, da die Auftraggeberin dafür notwendige Parameter auch über Nachfrage nicht preisgegeben hat. So wurde zB zum geforderten Rückkauf von Altgeräten nicht angegeben, wo sich welche und wie viele Altgeräte mit welchem Alter und welches Leistungswerten (Leistungsparameter), was Voraussetzung einer Kalkulation der Rückkaufswerte ist. Diese bezüglichen Informationen kann ausschließlich der bisherige Anbieter haben, was grob vergabewidrig ist und eine den Vergabegrundsätzen entsprechende Vergabe an den Bestbieter verhindert.

Weiters wurde bspw ausdrücklich Subunternehmer von den persönlichen Fragerunden im Vorfeld der Angebotslegung ausgeschlossen, die ganz wesentlich für die Angebotsstellung gewesen wären. Dies ist im Fall der Antragstellerin bspw

die Firma I gewesen. Aus all dem hat die Antragstellerin geschlossen, dass die Beteiligung der für alle Bieter notwendigen Subunternehmer und die für die Konzepterstellung notwendigen Informationen erst in der Präsentation möglich ist und damit das verbindliche Hauptangebot erst mit LAO gelegt werden soll (so ausdrücklich auch die AU Pkt 6.2. Rz 55).

Aufgrund der bestandfesten AU stellt die zur verbindlichen Angebotsstellung notwendige Präsentation (AU, Pkt 8.1.) eine solche m dem Erstangebot und vor dem Last and Final Offer (LAFO) dar. Diese wird mit den Verhandlungen verbunden. Für diese Präsentation gibt es keine Punkte und ist diese nach den Festlegungen auch für die erst mit LAFO erfolgte Bewertung nicht relevant. Sie wird im Bewertungsschema konsequenterweise nicht einmal erwähnt. Daher dient die Präsentation offensichtlich der wechselseitigen Informationsaufnahme um ein verbindliches Angebot stellen zu können und im Anschluss auch in die ersten

Verhandlungen eintreten zu können (die zur gleichen Zeit stattfinden sollen, vgl AU Pkt 8.1. Rz 89).

Bewertet werden ausschließlich die schriftlich im Last and Final Offer vorgelegten Konzepte. Die Präsentation hat keinerlei Verbindlichkeit. Nirgendwo ist angeführt, dass sich daraus irgendeine Konsequenz für die Konzepte, die im Last and Final Offer beschrieben werden, ergibt. Selbstverständlich hätte die Antragstellerin auf Basis ihrer Darlegungen im Erstangebot präsentiert.

Die AG hat auch nirgendwo die Sanktion festgelegt, dass ein Bieter auszuscheiden ist, weil die AG mit seinen Konzepten nicht zufrieden ist. Als maximale Konsequenz hat die AG festgelegt, dass Konzepte, die der Bieter im Last and Final Offer vorlegt und die die AG für unbrauchbar hält, nicht gewertet werden und der Bieter damit 30 von 100 Punkten nicht lukrieren kann. Nirgendwo ist festgelegt, dass dann das Angebot ausgeschieden wird.

Damit wurde die Antragstellerin willkürlich und ohne Grundlage in den AU ausgeschieden.

Zu bemerken ist überdies, dass die Antragstellerin auch fristgerecht über die genannten Umstände Aufklärung gegeben hat und auf die Ausschreibungsgemäßheit ihres Angebots hingewiesen hat. So wurde darüber aufgeklärt, dass sie im Sinne der Fragebeantwortung Pkt 2.2. von Ihrem Recht auf Herstellerwechsel Gebrauch machen wird, eine Konzeptbewertung erst mit LAFO erfolgt, die Konzeptabgabe mit dem Erstangebot nach den AU mit keiner Ausscheidenssanktion verknüpft ist und die Detailplanung aufgrund der AU ohnehin erst nach Auftragserteilung erfolgen soll.

Beweis: Herr GF PS, p.A. der Antragstellerin, als Partei

Vorzulegender Vergabeakt, wie bisher

Das Erstangebot war daher ausschreibungskonform und ist das Ausscheiden zu Unrecht erfolgt.

7.2.3. Zur technischen Unrichtigkeit! Unmöglichkeit der Nachforderung:

Gemäß dem Nachforderungsschreiben war gefordert:

? Alle Nachweise zur Erfüllung der Energy-Star Kriterien.

? Alle geforderten Zertifikate und Nachweise gern. TLVs.

? Alle Datenblätter und Benchmarkprotokolle (Sysmark und Mobilemark) zur Prüfung der angebotenen Geräte gem. Leistungsverzeichnis:

o 3491 02854_TLV_PC Berichtigung 1

o 3491.02854_TLV_Drucker Berichtigung 1

o 3491.02854_TLV_Mac Berichtigung 3

o 3491.02854_TLV_Monitore Berichtigung 1

o 3491.02854_TLV_Notebook Berichtigung 3

o 3491.02854_TLV_Pflichtenheft_Drucker Berichtigung 1

o 3491 .02854_TLV_TabletPhablet Berichtigung 1

Festzuhalten ist nochmals, dass das Angebot der Antragstellerin den Vorgaben der AU und der Leistungsbeschreibung entsprochen hat. Der Nachweis hätte durch die festgelegte Bemusterung erfolgen müssen, dennoch wurde die Antragstellerin niemals zur Bemusterung aufgefordert.

Inhaltlich ergeben sich alle sonstige notwendigen Angeben technisch ausreichend nachvollziehbar bereits aus dem Angebot und dem mit dem Angebot mit abgegebenen TLVs (insbesondere TLV Drucker, TLV PC, TLV Mac, TLV Pflichtenheft Drucker, TLV Monitore, TLV TabletPhablet, TLV Notebook, in den jeweils aktuellen Berichtigungen).

Dazu im Detail, wobei die näheren technischen Details gerne im Zuge der Einvernahme weiter erklärt werden können:

1) TLV_PC_Berichtigung1

a. Nachweis Energy Star ist beim PC ein Informationsfeld enthalten, damit hier zu Unrecht nachgefordert. Es handelt sich dabei um kein Muss Kriterium

Die Antragstellerin hat der Form halber in diesem Informationsfeld „Eigen" ang

geben, (entsprechend einer „Eigenerklärung", da es ein Eigenprodukt ist. Weitere Anforderungen und Nachweise waren nach den AU nicht erforderlich und können daher nicht Grundlage eines Ausscheidens sein.

b. Zertifikate und Nachweise gemäß TLVs

Sind nach den AU mit Erstangebot keine gefordert

c. Datenblätter und Benchmarkprotokolle

i. Datenblatt

1. Da es ein Eigenprodukt ist, das für den AG maßgefertigt wird, ist das Datenblatt 1:1 durch das Teilleistungsverzeichnis festgelegt

Quelle: Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreic, http://www.lvwg.noe.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at