

TE Lvwg Erkenntnis 2022/8/9 LVwG-2021/S1/1396-15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.08.2022

Entscheidungsdatum

09.08.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §143

Text

Antragstellerin: AA GmbH

Auftraggeber: Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Z

Präsumtive Zuschlagsempfängerin: BB GmbH & Co KG

Ausschreibungsgegenstand: Vergabeverfahren „Lieferung und Montage sowie
Wartung von CT
und MR“

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 27.05.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt per Email am 27.05.2021 um 13.37 Uhr, hat die AA GmbH (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch CC Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Adresse 1, **** Y, die Nachprüfung der durch den Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Z (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch RA DD, Adresse 2, **** Z, vorgenommenen Zuschlagsentscheidung vom 17.05.2021 beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Wurdinger als Vorsitzenden, sowie den Richter Dr. Rosenkranz als Berichterstatter und die Richterin Mag.a Weißgatterer als weiteres Mitglied des Senates 1 gemäß § 3 Abs 2 Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetz 2018 (TVNG 2018), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung,

zu Recht:

1. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 17.05.2021 wird gemäß § 14 Abs 1 TVNG 2018 fürnichtig erklärt.
2. Die Auftraggeberin hat der Antragstellerin die von dieser entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in Höhe von Euro 2.000,00 und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von Euro 1.000,00, sohin insgesamt Euro 3.000,00 binnen 14 zuhänden dem ausgewiesenen Rechtsvertreter der

Antragstellerin zu ersetzen.

3. Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 02.06.2021, LVwG-***, wird aufgehoben.
4. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 27.05.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 27.05.2021, 13.37 Uhr, hat die AA GmbH, vertreten durch CC Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Adresse 1, **** Y, in der vom Auftraggeber vorgenommenen Vergabeverfahren „Lieferung und Montage sowie Wartung von CT und MR“ den Antrag auf Nichtigerklärung und gleichzeitig einen Antrag Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Im Einzelnen wird im Schriftsatz vom 27.05.2021 ausgeführt, wie folgt:

„I

In umseits näher bezeichneter Rechtssache hat die Antragstellerin der CC Rechtsanwälte GmbH & Co KG, **** Y, Adresse 1, Vollmacht erteilt und ersucht um Kenntnisnahme.

II.

Durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter erstattet die Antragstellerin nachstehenden

Antrag auf Nichtigerklärung

1. SACHVERHALT

1.1. Der Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Z als Auftraggeberin hat, vertreten durch die Verwaltungsleitung Bezirkskrankenhaus Z als vergebende Stelle, das Vergabeverfahren „Lieferung und Montage sowie Wartung von CT und MR“ ausgeschrieben.

Die Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 03.11.2020 zu ZI***. Die Ausschreibung erfolgt in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrags. Es wurde das Bestbieterprinzip festgelegt.

Beweis: von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt

1.2. Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt und ein ausschreibungskonformes Erst- sowie Letztangebot gelegt.

Beweis: wie bisher

1.3. Mit Mitteilung vom 06.05.2020, der Antragstellerin zugegangen per E-Mail am 06.05.2020, wurde seitens der Auftraggeberin mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der „Fa. BB“ zu erteilen. Diese lautete auszugsweise wie folgt:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Eine nähere Begründung erfolgte nicht.

1.4. Die Antragstellerin hat die Auftraggeberin daher ersucht, die für eine Zuschlagsentscheidung erforderlichen Informationen nach Maßgabe der in § 143 Abs. 1 BVerGG 2018 geforderten Mindestinhalte bekanntzugeben.

1.5. Die Auftraggeberin hat daraufhin mit E-Mail vom 07.05.2021 eine Entscheidungsmatrix „3 GG Magnetresonanztomograph und NN-CT“ übermittelt. Diese lautete wie folgt:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

1.6. Im Hinblick auf eine Unklarheit in Bezug auf den von der Auftraggeberin der Bestbieterermittlung zugrunde gelegten Gesamtwert hat die Antragstellerin eine weitere Nachfrage an die Auftraggeberin gerichtet.

1.7. Mit E-Mail vom 10.05.2021 hat die Auftraggeberin eine Gesamtkostenermittlung übermittelt, wie sie laut Auftraggeberin der Entscheidungsmatrix zugrunde gelegt wurde. Diese lautete wie folgt:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

1.8. Mit Mitteilung vom 12.05.2020, der Antragstellerin zugegangen per E-Mail am 12.05.2020, hat die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 zurückgezogen, dies zum Zweck einer neuerlichen Prüfung.

1.9. Mit Mitteilung vom 17.05.2020, der Antragstellerin zugegangen per E-Mail am 17.05.2020, wurde seitens der Auftraggeberin in einer neuen Zuschlagsentscheidung wiederum mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der „Fa. BB“ zu erteilen. Diese lautete auszugsweise wie folgt:

„Bilder im Original als pdf ersichtlich“

Unter einem wurde auch eine Entscheidungsmatrix übermittelt. Diese lautet wie folgt:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Beweis: wie bisher

Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 (Beilage ./1)

E-Mail der Auftraggeberin vom 07.05.2021 samt Beilage (Beilage ./2)

E-Mail der Auftraggeberin vom 10.05.2021 samt Beilage (Beilage ./3)

Widerruf der Zuschlagsentscheidung vom 12.05.2021 (Beilage ./4)

Zuschlagsentscheidung vom 17.05.2021 samt Beilage (Beilage ./5)

2. ZULÄSSIGKEIT DES NACHPRÜFUNGSANTRAGS

2.1. Der Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Z ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018.

2.2. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung bzw. Widerruf ist das Landesverwaltungsgericht Tirol zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

2.3. Angefochten wird die Zuschlagsentscheidung vom 17.05.2021 sowie sämtliche zeitlich vorhergehenden, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung wird unter Punkt 3. Dieses Schriftsatzes noch im Detail ausgeführt.

Beweis: wie bisher

2.4. Die angefochtene Entscheidung stammt vom 17.05.2021 und ist der Antragstellerin an diesem Tag zugegangen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 10 Abs. 1 TVNG 2018 jedenfalls fristgerecht. Beweis: wie bisher

2.5. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren für die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens in der Höhe von insgesamt € 3.000,- sowie die Eingabegebühr in Höhe von € 30,- entrichtet.

Beweis: Zahlungsbelege vom 27.05.2021 (Beilage 76)

2.6. Aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren sind Kosten angefallen, die zumindest € 10.000,- (exkl. USt) betragen. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben und die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag nicht erhält. Darüber hinaus droht der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Der entgangene Gewinn und die vorgenannten frustrierten Aufwendungen stellen jedenfalls einen Schaden dar (vgl. etwa BVA 23.04.2001, ZI ***).

Bestandteil des Schadens sind auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit rund € 3.000,- (exkl. USt) betragen und von den Vertretern der Antragstellerin mit Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt werden. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Beweis: wie bisher

EE, p.A. Antragstellerin

2.7. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Auch dadurch hat

sie ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Dieses Interesse am Vertragsabschluss wird schließlich auch durch diesen Nachprüfungsantrag bestätigt. Die Rechte der Antragstellerin können nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

Beweis: wie bisher

2.8. Die Antragstellerin wird durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs und der Bietergleichbehandlung, in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Mitbietern, in ihrem Recht auf rechts- und ausschreibungskonforme Bewertung, ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin sowie in ihrem Recht auf Widerruf verletzt.

Beweis: wie bisher

3. VERGABERECHTSWIDRIGKEIT DER ANGEFOCHTENEN ENTSCHEIDUNG

3.1. Ausscheiden des Angebots/der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

3.1.1. In der Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 war zunächst ein Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von € 4.731.200,- (exkl. USt) angeführt. In der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung wird hingegen ein Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von € 4.409.900 (exkl. USt) angeführt.

3.1.2. Soweit hier nach Ablauf der Letztangebotsfrist noch Verhandlungen mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geführt worden sein sollten, wäre dies jedenfalls klar vergaberechtswidrig und die angefochtene Entscheidung schon aus diesem Grund nichtig zu erklären.

3.1.3. In erster Linie geht die Antragstellerin aber davon aus, dass seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in unzulässiger Weise mehrere Angebote gelegt wurden.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass in der von der Auftraggeberin am 10.05.2021 übermittelten Gesamtkostenermittlung in der Kopfzeile Folgendes angeführt war:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Es wird daher davon ausgegangen, dass seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenständlich parallele Angebote für diese Produkte gelegt wurden, wobei die Auftraggeberin in der ursprünglichen Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 offenbar zunächst den Zuschlag dem einen Angebot zu einem Gesamtpreis von €4.731.200,- (exkl. USt) erteilen wollte und in der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung dem anderen Angebot zu einem Gesamtpreis von € 4.409.900 (exkl. USt).

Eine derartige Vorgehensweise ist jedenfalls als vergaberechtswidrig anzusehen und widerspricht insbesondere den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs sowie der Bietergleichbehandlung.

Aus der nach der Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 übermittelten Entscheidungsmatrix sowie der mit der nunmehr angefochtenen Entscheidung übermittelten Entscheidungsmatrix ist zudem zu ersehen, dass beide Angebote in den Qualitätskriterien ident bewertet wurden. Soweit es die im gegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin zugrunde gelegten Kriterien betrifft, ergeben sich demnach in der Bewertung der Angebote offenkundig lediglich im Preis Unterschiede.

3.1.4. Eine derartige Vorgehensweise widerspricht nach der Rechtsprechung dem Wettbewerbsgrundsatz. Die betreffenden Angebote sind als unzulässig auszuschneiden. Dies vor allem deshalb, da der dem Vergabewesen zu Grunde liegende Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs nur von miteinander konkurrierenden Unternehmen gewährleistet werden kann, die sich als selbständige wirtschaftliche Einheiten unabhängig voneinander um den Auftrag bemühen. Dazu hat jeder Bieter „sein“ (einziges) Hauptangebot zu unterbreiten. Gibt ein Bieter mehrere parallele Angebote ab, muss vermutet werden, dass er sich dadurch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen will (vgl. VK Nordbayern 23.8.1999, ***).

Dementsprechend ist es nach der Rechtsprechung auch als unzulässige Mehrfachbeteiligung anzusehen, wenn ein Bieter sowohl als Einzelbieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren teilnimmt, sofern ihm auf beide Angebote ein bestimmender Einfluss zukommt. Das gleiche muss auch dann gelten, wenn ein

Bieter von vornherein als Einzelbieter mehrere Angebote legt. Die durch ein Legen mehrerer Angebote eröffneten Steuerungsmöglichkeiten widersprechen jedenfalls dem Wettbewerbsgrundsatz.

3.1.5. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise wären das bzw. die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher auszuschneiden und der Antragstellerin (als laut Zuschlagsentscheidung zweitgereihtem Bieter) der Zuschlag zu erteilen.

Beweis: wie bisher

3.2. Unzureichende Begründung der angefochtenen Entscheidung

3.2.1. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist auch insofern rechtswidrig, als diese unzureichend begründet ist und nicht die gemäß § 143 Abs. 1 BVerfG 2018 geforderten Mindestinhalte aufweist.

3.2.2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da widrigenfalls von der Vergabebehörde nicht überprüft werden kann, ob dieser eingehalten wurde (EuGH 18.10.2001, RS ***). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Ein Ausschluss der Nachvollziehbarkeit der Prüfung der Angebote auf ihre Übereinstimmung mit den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien ist mit den einschlägigen Bestimmungen des BVerfG 2018 nicht vereinbar und macht die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung unmöglich (BVA 11.4.2006, ZI ***).

Nach der Judikatur (VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081; VwGH 12.09.2013 2010/04/0066) normiert § 143 BVerfG 2018, dass den verbliebenen Bietern in der Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung näher bezeichnete Informationen (insbesondere die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind.

Bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote bedarf es grundsätzlich einer verbalen Darstellung der Gründe dieser Bewertung, um die Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Eine rein auf Zahlen beruhende Angebotsbewertung und Zuschlagsentscheidung ist vergaberechtswidrig (BVA 2.6.2006, ZI ***; BVA 15.3.2010, ZI ***; BVA 19.12.2006, ZI ***).

Eine den Bietern entgegen den genannten Vorgaben übermittelte Zuschlagsentscheidung ist objektiv rechtswidrig und verletzt die Bieter in ihrem nach § 143 BVerfG 2018 zustehenden Recht auf Bekanntgabe der dort angeführten Informationen. Dies umso mehr, als diese Bestimmung nach den Materialien gewährleisten soll, „dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt“.

Die Unterlassung einer hinreichenden Begründung einer Zuschlagsentscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert wird, was in der Regel anzunehmen ist.

§ 143 BVerfG 2018 verfolgt das Ziel, dass nicht zum Zug kommende Bieter bereits mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, also am Beginn der Stillhaltefrist, über jene Informationen verfügen sollen, die es ihnen ermöglichen, die Entscheidung des Auftraggebers im Hinblick auf deren Korrektheit nachzuvollziehen.

3.2.3. Die angefochtene Entscheidung bzw. die aus dieser ersichtliche Bewertung und Begründung entspricht diesen Vorgaben nicht.

3.2.4. Zunächst ist festzuhalten, dass schon die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht den Vorgaben des § 143 Abs. 1 BVerfG 2018 entsprechend bekannt gegeben wird. Angeführt wird in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung lediglich, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der „Fa. BB“ zu erteilen.

Die Antragstellerin geht zwar vorderhand davon aus, dass es sich dabei wohl um die BB GmbH & Co KG Austria GmbH & Co OG handeln wird. Klar und unmissverständlich zu erkennen ist dies aus der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht, wobei festzuhalten ist, dass es sich bei GE um einen weltweit tätigen Konzern mit zahlreichen Konzerngesellschaften handelt.

3.2.5. Vor allem sind aber die Merkmale des erfolgreichen Angebots gemäß § 143 BVerfG 2018 zwingender Mindestinhalt einer Zuschlagsentscheidung. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf es einer

verbalen Darstellung der Gründe der Bewertung, um die Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Eine rein auf Zahlen beruhende Angebotsbewertung und Zuschlagsentscheidung ist vergaberechtswidrig.

Gegenständlich waren folgende Zuschlagskriterien festgelegt (dies jeweils in Bezug auf CT und MR):

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Zu den Qualitätskriterien waren entsprechend der den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Entscheidungsmatrix jeweils noch eine Reihe von Subkriterien festgelegt.

In der angefochtenen Zuschlagsentscheidung wurden aber lediglich die in den Qualitätskriterien vergebenen Punkte bekannt gegeben. Diese enthält weder die Bewertung in den einzelnen Subkriterien dieser Qualitätskriterien, noch ist eine verbale Begründung vorhanden, anhand derer nachvollzogen werden könnte, ob bzw. inwieweit die Bewertung korrekt erfolgt ist. Dies betrifft sowohl das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch das Angebot der Antragstellerin selbst.

Festzuhalten ist zudem, dass vor allem im Zuschlagskriterium Anwenderfreundlichkeit/Funktionalität eine qualitative Beurteilung und Bewertung durch die Auftraggeberin im Zuge einer Hospitation vorgesehen war. Hier wäre jedenfalls eine verbale Begründung erforderlich gewesen, um beurteilen zu können, ob die Bewertung nachvollziehbar erfolgt ist /siehe dazu auch noch weiter unten).

3.2.6. Da seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenkundig mehrere Angebote gelegt wurden, erscheint auch völlig intransparent und unklar, welches Angebot hier der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt wurde bzw. zugeschlagen werden soll.

3.2.7. Die Zuschlagsentscheidung ist daher auch mangels hinreichender Begründung rechtswidrig.

Dies ist schon insofern wesentlich, als das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Qualitätskriterien tatsächlich zu hoch bewertet wurde, ohne dass - mangels einer hinreichenden Begründung - transparent nachvollzogen werden kann, wie die Auftraggeberin zu diesem Bewertungsergebnis gelangt ist. Im Einzelnen wird dazu auf die folgenden Ausführungen verwiesen.

Beweis: wie bisher

3.3. Unrichtige Bewertung

3.3.1. Vorweg ist festzuhalten, dass einerseits das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu hoch bewertet, umgekehrt aber auch das Angebot der Antragstellerin unterbewertet wurde.

Im Einzelnen ist dazu auszuführen wie folgt:

3.3.2. Zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (vorderhand wird davon ausgegangen, dass seitens der Auftraggeberin der FF der Bewertung zugrunde gelegt wurde, wobei auch das aus der angefochtenen Entscheidung nicht zu ersehen ist)

- Gradientsystem

Im Zuschlagskriterium „Technische Ausführung MR“ war folgendes Subkriterium

vorgesehen:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Der FF weist hier keinen Wert von ≥ 50 mT/m auf, sondern erreicht lediglich eine maximale Amplitude von 44 mT/m. Bei einer korrekten Bewertung hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin hier keine Punkte erhalten dürfen.

- Anwenderfreundlichkeit / Funktionalität

Die BB-Wechsellege ist über sieben (!) Pedale zu bedienen. Die Lösung der Antragstellerin funktioniert demgegenüber vollautomatisch ohne Pedale und verfügt zusätzlich über eDrive.

Weiters verfügt der FF über keine beidseitigen Touch Paneele zu automatischen Patientenpositionierung.

Diese beiden Punkte betreffen den Hauptarbeitsaufwand des Bedienpersonals. Das hat die Auftraggeberin auch unter dem Punkt Anwenderfreundlichkeit/Funktionalität MR, Unterpunkte Benutzerunterstützende Automatismen im

Workflow, Beschleunigungstechniken sowie Patientenkomfort/Gerätebedienung und Handhabung in ihrer Entscheidungsmatrix explizit angeführt.

Dennoch wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin hier offenbar mit der maximalen Punkteanzahl und auch deutlich besser als die Antragstellerin bewertet. Das erscheint jedenfalls vollkommen willkürlich und nicht nachvollziehbar, wobei auch weder aus der angefochtenen Entscheidung noch aus den Ausschreibungsunterlagen zu ersehen ist, wie hier bei der Bewertung vorgegangen wurde bzw. vorzugehen war (insbesondere ob oder welche Bewertungskommission hier eine qualitative Bewertung vorgenommen hat) noch welche Gründe für diese Bewertung ausschlaggebend gewesen sein sollen.

Ganz generell ist es für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar, wie die Bewertung der Anwenderfreundlichkeit, sowohl für das MR als auch das CT zustande gekommen ist. Die doch erheblich unterschiedliche Bewertung zwischen der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deckt sich nicht mit den Erfahrungen, die die Antragstellerin in vergleichbaren Ausschreibungen gemacht hat. In der Regel wurde die Anwenderfreundlichkeit zwischen den Geräten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin zumindest in etwa gleich bewertet.

Bei einer nachvollziehbaren Bewertung wäre das Angebot der Antragstellerin in diesem Punkt jedenfalls deutlich höher zu bewerten gewesen bzw. das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deutlich niedriger.

Beweis: wie bisher

3.3.3. Zum Angebot der Antragstellerin

- Technische Ausführung CT

Im Zuschlagskriterium „Technische Ausführung CT“ waren folgende Subkriterien vorgesehen:

„Bild im Original als pdf ersichtlich“

Welche Bewertung die Auftraggeberin in diesen Subkriterien im Detail vorgenommen hat ist - wie erörtert - aus der angefochtenen Entscheidung nicht unmittelbar zu ersehen. Aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums „Technische Ausführung CT“ insgesamt ist aber zu ersehen, dass die Auftraggeberin in diesen Subkriterien offenkundig von den tatsächlichen und ihr auch bekannt gegebenen Werten abgewichen sein muss und dadurch in nicht nachvollziehbarer Weise zu einer geringeren Bewertung gelangt sein muss. Es ist in diesem Zusammenhang anzunehmen, dass die Auftraggeberin, die mittels Nachforderung vom 26.01.2021 geforderte Klarstellung der Daten, die am 27.01.2021 durch die Antragstellerin beantwortet wurde, nicht in die Bewertung einkalkuliert hat.

Hätte die Auftraggeberin hier die tatsächlichen und ihr auch bekannt gegebenen Werte der Bewertung zugrunde gelegt, hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass das Angebot der Antragstellerin hier deutlich höher zu bewerten ist.

Beweis: wie bisher

Vergabeakt (insbesondere E-Mailkommunikation von 26.01.2021 bis 27.01.2021 samt Anhängen)

3.3.4. Zusammengefasst ist die Bewertung (über die mangelnde Begründung hinaus) jedenfalls auch inhaltlich in einigen Punkten unzutreffend und die angefochtene Entscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass mangels Bekanntgabe der einzelnen Bewertungen in den Subkriterien und aufgrund der mangelnden Begründung derzeit nicht abschließend beurteilt werden kann, ob bzw. inwieweit die Bewertung gegebenenfalls auch noch in weiteren Suchkriterien als unzutreffend anzusehen ist. Diesbezüglich bleiben ergänzende Ausführungen jedenfalls vorbehalten.

Beweis: wie bisher

3.4. Mangelhafte Angebotsprüfung

Hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hinreichend und entsprechend den Vorgaben des BVerG 2018 geprüft, hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass dieses auszuschneiden bzw. auch niedriger zu bewerten ist.

Dies ist offenkundig nicht erfolgt. Es ist daher auch die Angebotsprüfung mangelhaft geblieben und die angefochtene Entscheidung auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Beweis: wie bisher

4. ANTRÄGE

Die Antragstellerin stellt daher die

Anträge

- a. auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 17.05.2021;
- b. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung;
- c. auf Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorgelegten Bestandteile des Vergabeaktes, sowie den Nachprüfungsakt;
- d. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von € 3.000,-- zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen;
- e. auf Rückerstattung allenfalls zu viel entrichteter Pauschalgebühren.

III.

Darüber hinaus stellt die Antragstellerin nachfolgenden

Antrag auf Erlassung

einer einstweiligen Verfügung:

mit welcher

- der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „Lieferung und Montage sowie Wartung von CT und MR“ den Zuschlag zu erteilen.

Festzuhalten ist, dass für die Begründung der einstweiligen Verfügung der gesamte unter Punkt II. angeführte Sachverhalt zur Bescheinigung vorgebracht wird. Darüber hinaus werden auch die oben angeführten rechtlichen Ausführungen zum Inhalt des gegenständlichen Provisorialbegehrens erhoben.

Die einstweilige Verfügung ist zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch eine Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2018 nicht mehr beseitigt werden könnten.

Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist nur abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folgt, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des BVergG 2018 in der Regel zu erlassen ist (BVA 22.4.2003, ZI ***; BVA 1.10.2002, ZI ***).

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründet sich insbesondere darauf, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung getroffen hat und dementsprechend beabsichtigt, der Antragstellerin rechtswidrig den Zuschlag nicht zu erteilen. Dies, obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren aufgrund der in Punkt II.3. geschilderten Vergabeverstößen mit gravierenden Mängeln behaftet ist, die im Ergebnis den Anspruch der Antragstellerin auf ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren und letztlich den Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung umgehen. Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreitet dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreites.

Dazu kommt, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre (siehe dazu insbesondere OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01 t und 7 Ob 200/00 p; BVA 22.4.2003, 05N-36/03-17). Im gegenständlichen Fall überwiegt darüber hinaus das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Das

Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründet sich auch darauf, dass der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn, Frustration der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Vergabeverfahren drohen. Zur Höhe und Bescheinigung wird auf die Ausführungen in Punkt II.2. verwiesen. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin ein Referenzprojekt, das weitere Folgeaufträge für den (österreichischen und europäischen) Markt sichergestellt hätte.

Es sind keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen. Die Auftraggeberin behält sich im Übrigen eine Zuschlagsfrist von 5 Monaten ab dem Ende der Angebotsfrist vor.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Zeitplanes, Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einplanen muss (BVA 15.9.2003, ZI ***; BVA 19.5.2003, ZI ***; BVA 10.7.2003, ZI ***; BVA 11.8.2003, ZI ***; BVA 29.5.1998, ZI ***).

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Damit handelt es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Bescheinigungsmittel: von der Auftraggeberin vorzulegender Vergabeakt;

die oben angeführten Beweismittel;

EE, p.A. Antragstellerin.“

Unter einem hat die Antragstellerin folgende Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

? Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

vom 06.05.2021

Beilage./A

• E-Mail vom 07.05.2021 Beilage./B

? E-Mail vom 10.05.2021 Beilage./C

? Widerruf der Zuschlagsentscheidung vom 12.05.2021 Beilage./D

? Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung

vom 17.05.2021

Beilage./E

? Zahlungsbestätigung Pauschalgebühr und

Zahlungsbestätigung Gebühr gemäß BuLVwG-EGebV

Beilage./F

Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 27.05.2021 wurde die Auftraggeberin vom Eingang des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung informiert und auf die Bestimmung des § 15 Abs 6 TVNG 2018 ausdrücklich hingewiesen.

Am 27.05.2021 wurde darüber hinaus die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auf der Homepage des Landesverwaltungsgerichtes Tirol kundgemacht.

Mit Schriftsatz vom 01.06.2021, beim Landesverwaltungsgericht Tirol per E-Mail eingelangt am 01.06.2021 um 09:56 Uhr, hat daraufhin die Auftraggeberin, zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und hiezu im Einzelnen ausgeführt, wie folgt:

„Bezug nehmend auf den im Betreff angeführten Nachprüfungsantrag übermitteln wir Ihnen n.a. Stellungnahme:

ad 3.1.1.

Die Zuschlagsentscheidung vom 06.05.2021 wurde mit Schreiben vom 12.05.2021 zum

Zwecke einer neuerlichen Prüfung zurückgezogen.

Mit Schreiben vom 17.05.2021 wurde die Zuschlagsentscheidung mit dem Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Firma BB GmbH & Co KG BB GmbH und Co OG in Höhe von € 4.409.900,00 (exkl. USt.) übermittelt.

ad 3.1.2.

Nach Ablauf der Letztangebotsfrist wurden keine Verhandlungen mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geführt.

ad 3.1.3.

Seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde nur ein „Last and best Offer“ gelegt.

Im Teil A „3 GG Magnetresonanztomograph“ wurde im Leistungsverzeichnis unter LV Position 3.2.2 der Mehrpreis für das optionale Angebot JJ mit € 280.000,00 exkl. USt. und die Erhöhung des jährlichen Wartungsvertragspreises für den MR um € 5.900,00 p.a. angeboten. Dies ergibt Mehrkosten in Höhe von insgesamt

$€ 280.000,00 + 7 \times € 5.900,00 = € 321.300,00$.

Daraus erklärt sich die ursprüngliche Gesamtsumme

$€ 4.409.900,00 + € 321.300,00 = € 4.731.200,00$.

Bei der neuerlichen Prüfung wurde festgestellt, dass der auf Wunsch des leitenden Radiologen KK angebotene Mehrpreis für JJ vergaberechtlich nicht herangezogen werden darf, im „Last and best Offer“ wurden auch nur die Daten des FF angegeben und dafür die ausschreibungsrelevante Entscheidungsmatrix erstellt.

ad 3.1.4.

Von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde nur ein „Last and best Offer“ gelegt.

ad 3.2.1.

Die Begründung der Zuschlagsentscheidung wurde in dem Umfang durchgeführt, als sie den berechtigten Geschäftsinteressen des für die Zuschlagserteilung ermittelten Bestbieters nicht widerspricht (siehe BVerfG 2018, § 143 Abs. (1)).

ad 3.2.2.

Die Transparenz im Vergabeverfahren ist von Beginn an sichergestellt, da die Bestbieterkriterien auf der Ausschreibungsplattform www.ausschreibung.at am 04.12.2020 mit der Datei „IN-MR und CT Entscheidungsmatrix_Leerexemplar“ upgeloaded wurden.

Herr LL, Vertriebsleiter AA GmbH, Bereich MM, hat mit E-Mail vom 22.11.2020 an KK mitgeteilt, dass die Firma AA aufgrund der festgelegten Entscheidungsmatrix nicht Bestbieter werden könne und somit kein Angebot legen wolle.

ad 3.2.4.

Die Antragstellerin geht richtigerweise davon aus, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der Firma BB GmbH & Co KG Austria GmbH und Co OG zu erteilen.

ad 3.2.5.

Die Qualitätskriterien (Anwenderfreundlichkeit/Funktionalität MR und CT) waren ebenfalls von Beginn an in der Entscheidungsmatrix festgelegt und von der Firma AA GmbH nicht beeinträchtigt, somit bestandsfest. Die qualitative Beurteilung und Bewertung durch den Anwender erfolgte im Zuge der durchgeführten Hospitationen.

Mit Schreiben vom 17.05.2021 wurde auch die „Entscheidungsmatrix 3 GGMagnetresonanztomograph und NN-CT aktuelle Version vom 12.05.2021 11:30 Uhr“ an die Firma AA GmbH übermittelt, von dieser wurde um keine weiterführende Aufklärung bzw. Begründung bei der Auftraggeberin ersucht. Das Zuschlagskriterium Anwenderfreundlichkeit/Funktionalität wurde im Zuge der durchgeführten Hospitationen durch die Anwender beurteilt und bewertet.

ad 3.2.6.

Seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde nur ein Angebot gelegt.

ad 3.3.1.-3.3.4.

Die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin wurden entsprechend der in der Entscheidungsmatrix MR und CT festgelegten Maßstäbe aufgrund der Angaben in den abgegebenen Leistungsverzeichnissen und der durchgeführten Hospitationen bewertet.“

Mit Schriftsatz vom 04.06.2021 hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die BB GmbH & Co KG Austria GmbH & Co OG (im weiteren kurz Antragsgegnerin genannt), vertreten durch OO Rechtsanwälte GmbH, Adresse 3, **** Y, fristgerecht begründete Einwendungen erhoben und darin ausgeführt wie folgt:

„Mit Note vom 27.05.2021, bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingelangt am 28.05.2021, informierte das Landesverwaltungsgericht Tirol die präsumtive Zuschlagsempfängerin davon, dass AA GmbH (im Folgenden "Antragstellerin" oder "AA") beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 27.05.2021 einen Nachprüfungsantrag betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage sowie Wartung von CT und MR" sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht habe. Das Landesverwaltungsgericht informierte die präsumtive Bestbieterin unter Hinweis auf § 12 Abs 4 iVm § 13 Abs 3 TVMG 2018, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Parteistellung verlieren würde, wenn sie nicht binnen 10 Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung begründete Einwendungen erheben würde. Dies vorausgeschickt erhebt die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachstehende

Einwendungen

und führt diese -wie folgt - aus:

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at