

TE Verg Bescheid 2013/11/26 VKS-810840/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.11.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch APPIANO & KRAMER Rechtsanwälte Gesellschaft m.b.H. in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Lieferauftrages "5810-Leibschüsselspüler", Ausschreibungsnummer 729/10, durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN, Grinzing Allee 3, 1190 Wien, diese vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 21.10.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 30.10.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19, 20 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 28, 29 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 3, 126, 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 28, 29, Absatz 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz 3, 126, 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE PS KHN (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Lieferung von Leibschüsselspülern. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei das Kriterium Preis mit 80 Punkten, das Kriterium Qualität mit maximal 20 Punkten gewichtet ist. Das Kriterium Qualität ist wiederum in Subkriterien geteilt. Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis war von den Bietern anzugeben, ob die Wartung obligatorisch oder optional vorzunehmen ist. Im Falle der obligatorischen Wartung ist deren Auspreisung mit 100 % in die Punkteermittlung, im Falle der empfohlenen Wartung ist deren Auspreisung mit 50 % beim Zuschlagskriterium Preis zu berücksichtigen. Das Ende der Angebotsfrist war der 6.5.2013, 10.00 Uhr, die Öffnung und Verlesung der Angebote fand anschließend statt. Am Vergabeverfahren haben sich drei Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung preislich an zweiter Stelle verlesen wurde.

Mit der der Antragstellerin am 10.9.2013 per E-Mail zugewandene Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen. In der Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die Bestbieterin 99,38 Gesamtpunkte und die Antragstellerin 81,29 Gesamtpunkte erreicht habe. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragsgegnerin nach Anfechtung durch die Antragstellerin zurückgezogen (VKS - 712726/13).

In der Folge hat die Antragsgegnerin ihr Vergabeverfahren fortgesetzt und schließlich mit Schreiben vom 21.10.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage per E-Mail zugewandene, mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden. Als Gründe dafür werden mangelnde finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, Falschangaben zur Wartungsfreiheit sowie Mängel beim Ausfüllen der Bieterlücken angeführt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.10.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe den Verbesserungsaufträgen der Antragsgegnerin fristgerecht entsprochen. Sollten nach wie vor hinsichtlich der Nichtvorlage einer entsprechenden Versicherungsbestätigung Zweifel bestehen, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine weitere diesbezügliche Nachfrage durchzuführen. In diesem Zusammenhang macht die Antragstellerin auch geltend, dass im Angebot der bisherigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin exakt derselbe Mangel gegeben wäre. Der Vorwurf, die Antragstellerin hätte im Zuge des Aufklärungsverfahrens Falschangaben zur Wartungsfreiheit gemacht, sei unberechtigt, weil der Hersteller des von ihr angebotenen Produkts eine Wartung nicht verpflichtend vorschreibe, sondern sie lediglich empfiehlt. Soweit die Antragsgegnerin einen Widerspruch bei den Bieterlücken geltend mache, handle es sich um einen Vorwand bzw. um ein tiefgreifendes Missverständnis. Die Antragstellerin habe gegenüber ihren Angaben im Leistungsverzeichnis nichts verändert, sondern dort nur einen anderen physikalischen Parameter als den abgefragten eingetragen, was sie im Rahmen der Bieteraufklärung korrigiert habe. Da dieser Irrtum aufgeklärt worden sei, weiche ihre Erklärung in keiner Weise von ihrem Angebot ab. Aus all diesen Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden, womit sie die Chance hätte, am weiteren Vergabeverfahren teilzunehmen und letztlich den Zuschlag zu erhalten. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 25.10.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe den Verbesserungsaufträgen der Antragsgegnerin fristgerecht entsprochen. Sollten nach wie vor hinsichtlich der Nichtvorlage einer entsprechenden Versicherungsbestätigung Zweifel bestehen, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine weitere diesbezügliche Nachfrage durchzuführen. In diesem Zusammenhang macht die Antragstellerin auch geltend, dass im Angebot der bisherigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin exakt derselbe Mangel gegeben wäre. Der Vorwurf, die Antragstellerin hätte im Zuge des Aufklärungsverfahrens Falschangaben zur Wartungsfreiheit gemacht, sei unberechtigt, weil der Hersteller des von ihr angebotenen Produkts eine Wartung nicht verpflichtend vorschreibe, sondern sie lediglich empfiehlt. Soweit die Antragsgegnerin einen Widerspruch bei den Bieterlücken geltend mache, handle es sich um einen Vorwand bzw. um ein tiefgreifendes Missverständnis. Die Antragstellerin habe gegenüber ihren Angaben im Leistungsverzeichnis nichts verändert, sondern dort nur einen anderen physikalischen Parameter als den abgefragten eingetragen, was sie im Rahmen der Bieteraufklärung korrigiert habe. Da dieser Irrtum aufgeklärt worden sei, weiche ihre Erklärung in keiner Weise von ihrem Angebot ab. Aus all diesen Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden, womit sie die Chance hätte, am weiteren Vergabeverfahren teilzunehmen und letztlich den Zuschlag zu erhalten.

Die Antragstellerin habe ein eminentes Interesse am Vertragsabschluss, da es sich für ihr Unternehmen um einen durchaus bedeutenden Auftrag handle. Durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes mangels Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes, rechtsrichtige Einhaltung der Bestimmungen über das Mängelbehebungsverfahren von Angeboten, Einhaltung der Ausscheidungsbestimmungen gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 sowie auf Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne eines fairen und gleichen Wettbewerbs gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohten der Antragstellerin erhebliche Schäden, die von ihr im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt werden. Dazu käme auch der Verlust eines für sie signifikanten Referenzprojektes. Die Antragstellerin habe ein eminentes Interesse am Vertragsabschluss, da es sich für ihr Unternehmen um einen durchaus bedeutenden Auftrag handle. Durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes mangels Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes, rechtsrichtige Einhaltung der Bestimmungen über das Mängelbehebungsverfahren von Angeboten, Einhaltung der Ausscheidungsbestimmungen gemäß Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 sowie auf Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne eines fairen und gleichen Wettbewerbs gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohten der Antragstellerin erhebliche Schäden, die von ihr im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt werden. Dazu käme auch der Verlust eines für sie signifikanten Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 30.10.2013 antragsgemäß erlassen. Dazu kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 7.11.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, sie habe im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2013 unter detailliertem Vorhalt der Mängel zur Verbesserung dieser Mängel bzw. zur Aufklärung und Nachreichung aufgefordert. Der Antragstellerin sei es jedoch nicht gelungen, die Mängel innerhalb der gesetzten Frist zu verbessern oder die Unklarheiten aufzuklären. Nach den Ausschreibungsbedingungen hatten die Bieter zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine Verpflichtungserklärung oder Deckungszusage eines im europäischen Wirtschaftsraum ansässigen Versicherungsunternehmens mit erstklassiger Bonität, wonach dieses im Auftragsfall binnen zwei Wochen ab Auftragserteilung mit dem Auftragnehmer eine projektspezifische Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von zumindest Euro 1.000.000,-- pro Schadensfall mit mindestens 30-jähriger Nachhaftung abschließt, beizubringen. Die Verpflichtungserklärung bzw. Deckungszusage hätte spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssen. Die Antragstellerin habe mit ihrem Angebot eine Versicherungsbestätigung, datiert mit 20.1.2012, abgegeben, die weder eine Laufzeit noch Informationen über eine Nachhaftung enthalten habe. Im fortgesetzten Vergabeverfahren habe die Antragstellerin über Aufforderung am 16.10.2013 lediglich ein E-Mail einer Versicherung/Haftpflichtversicherung vom 15.10.2013 übermittelt. In diesem Schreiben werde nicht bestätigt, dass die Deckungszusage schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorhanden war, darüber hinaus sei das E-Mail nicht (elektronisch) signiert und weise damit keinerlei verbindlichen Charakter auf. Der Verbesserungsauftrag sei hinlänglich genau gewesen, sodass für die Antragsgegnerin keinerlei Anlass bestanden habe, eine weitere Aufklärung zu verlangen. In der Erklärung, die von der Antragstellerin vorgelegt worden sei, sei auch eine Festlegung zur Übernahme einer 30-jährigen Nachhaftung nicht enthalten. Die Antragstellerin habe somit die Mängel im Angebot nicht fristgerecht behoben, weshalb ein Ausscheidungsgrund gegeben sei.

Die Bieter hatten anzugeben, ob für das zu liefernde Gerät Leistungen der Wartung erforderlich seien oder das Gerät wartungsfrei (Wartung nicht erforderlich) sei. Die Bieterangaben zur Wartung wären bewertungsrelevant gewesen. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot angegeben, dass bei dem von ihr angebotenen Produkt eine Wartung nicht erforderlich sei. Die Antragsgegnerin habe jedoch aus anderen Lieferungen der Antragstellerin für andere Spitäler Kenntnis davon, dass dort die Wartung der gelieferten Geräte erforderlich und auch verpflichtend vorgeschrieben sei. Die Antragstellerin sei deshalb mit dem Schreiben vom 9.10.2013 unter detailliertem Vorhalt aufgefordert worden, eine schriftliche Bestätigung des Herstellers des angebotenen Gerätes vorzulegen, die belege, dass die Geräte - wie im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin angegeben - wartungsfrei wären. Dazu habe die Antragstellerin ein Schreiben des Herstellers vorgelegt, wonach die Aufforderung zur Wartung jeweils nach 2000 Spülgängen "quittiert" werden könne. Gemäß diesem Schreiben werde auch "empfohlen", die vorbeugenden Wartungsarbeiten durchzuführen, um die Betriebssicherheit der Maschinen zu gewährleisten. Dazu habe die Antragstellerin eine Wartungsinformation übermittelt, aus der weder ersichtlich sei, auf welches Produkt sie sich beziehe noch für welchen Zeitraum sie gelte oder gegolten habe. Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben des Herstellers sei jedoch erkennbar, dass Wartungsarbeiten erforderlich seien, "um die Betriebssicherheit zu gewährleisten". Durch die Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, Wartungsarbeiten seien nicht erforderlich, habe sie offenbar unrichtige Angaben gemacht und sich dabei beim Kriterium Preisanteil einen unzulässigen Vorteil verschafft. Da die Antragstellerin trotz ausdrücklicher Androhung des Ausscheidens gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 im Aufklärungsschreiben es unterlassen habe, hinreichende Informationen über die Wartungsfreiheit vorzulegen, sei ein weiterer Ausscheidungsgrund gegeben. Die Bieter hatten anzugeben, ob für das zu liefernde Gerät Leistungen der Wartung erforderlich seien oder das Gerät wartungsfrei (Wartung nicht erforderlich) sei. Die Bieterangaben zur Wartung wären bewertungsrelevant gewesen. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot angegeben, dass bei dem von ihr angebotenen Produkt eine Wartung nicht erforderlich sei. Die Antragsgegnerin habe jedoch aus anderen Lieferungen der Antragstellerin für andere Spitäler Kenntnis davon, dass dort die Wartung der gelieferten Geräte erforderlich und auch verpflichtend vorgeschrieben sei. Die Antragstellerin sei deshalb mit dem Schreiben vom 9.10.2013 unter detailliertem Vorhalt aufgefordert worden, eine schriftliche Bestätigung des Herstellers des angebotenen Gerätes vorzulegen, die belege, dass die Geräte - wie im Leistungsverzeichnis der Antragstellerin angegeben - wartungsfrei wären. Dazu habe die Antragstellerin ein Schreiben des Herstellers vorgelegt, wonach die Aufforderung zur Wartung

jeweils nach 2000 Spülgängen "quittiert" werden könne. Gemäß diesem Schreiben werde auch "empfohlen", die vorbeugenden Wartungsarbeiten durchzuführen, um die Betriebssicherheit der Maschinen zu gewährleisten. Dazu habe die Antragstellerin eine Wartungsinformation übermittelt, aus der weder ersichtlich sei, auf welches Produkt sie sich beziehe noch für welchen Zeitraum sie gelte oder gegolten habe. Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben des Herstellers sei jedoch erkennbar, dass Wartungsarbeiten erforderlich seien, "um die Betriebssicherheit zu gewährleisten". Durch die Angaben der Antragstellerin in ihrem Angebot, Wartungsarbeiten seien nicht erforderlich, habe sie offenbar unrichtige Angaben gemacht und sich dabei beim Kriterium Preisanteil einen unzulässigen Vorteil verschafft. Da die Antragstellerin trotz ausdrücklicher Androhung des Ausscheidens gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 im Aufklärungsschreiben es unterlassen habe, hinreichende Informationen über die Wartungsfreiheit vorzulegen, sei ein weiterer Ausscheidungsgrund gegeben.

Das Leistungsverzeichnis habe in zwei Positionen echte Bieterlücken enthalten, Leitprodukte seien in diesen Positionen nicht angegeben gewesen. Dabei sei die "Wärmeabgabe an den Aufstellungsort" in "kJ/Charge bei Normalprogramm" jeweils auf Seite 10 und auf Seite 15 des Leistungsverzeichnisses auszufüllen gewesen. In diesen Positionen habe die Antragstellerin "1833 bei Normalprogramm" eingetragen. Dieser Wert sei der Antragsgegnerin unplausibel (zu hoch) erschienen, weshalb sie die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2013 unter detailliertem Vorhalt dieses Mangels aufgefordert habe, binnen angemessener Frist entsprechende Angaben der kJ/Charge bei Normalprogramm zu machen. In ihrem Aufklärungsschreiben habe die Antragstellerin dazu den Wert 392 kJ angegeben, was eine unzulässige Angebotsänderung darstelle. Auch diese müsse, da die abgefragte Spezifikation bewertungsrelevant sei, zur Ausscheidung des Angebotes führen.

Soweit sich die Antragstellerin in ihrem Antrag auf die Entscheidung des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12, Fastweb, beziehe, liege ein vergleichbarer Sachverhalt nicht vor. Gegenständlich sei ausschließlich zu entscheiden, ob die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vergaberechtskonform sei oder nicht. Nicht aber sei zu prüfen, ob der Antragstellerin in einem Nachprüfungsverfahren zur Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung Antragslegitimation zukomme.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.11.2013 geantwortet und ihre bereits bekannten Standpunkte weiter ausgebaut. Zur Versicherungsbestätigung bringt sie ergänzend vor, die Ausschreibung enthalte diesbezüglich keine bestimmte Laufzeit. Im Übrigen macht sie geltend, dass auch bei der zunächst in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein ähnlicher Mangel vorliege, wie er hinsichtlich der Antragstellerin geltend gemacht werde. Zum Problem der Wartung verweist die Antragstellerin darauf, dass in den Ausschreibungsbedingungen anzukreuzen war, ob die "Wartung erforderlich" oder "Wartung nicht erforderlich bzw. bloß empfohlen" sei. Dazu habe die Antragstellerin - entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin - angekreuzt, dass die Wartung vom Hersteller "empfohlen" werde, nicht aber, dass die Wartung "nicht erforderlich" sei. Gefordert werde laut Ausschreibung lediglich, ob der Hersteller die Wartung zwingend vorsieht oder empfiehlt. Der Hersteller, der von der Antragstellerin angebotenen Geräte empfehle die Wartung lediglich, somit seien "per se die Vorgaben der Ausschreibung erfüllt". Zum Vorwurf, die Bieterlücken unrichtig ausgefüllt zu haben, macht die Antragstellerin geltend, lediglich bei der Wärmeabgabe sei ein falscher Wert angegeben worden, nämlich ein anderer als derjenige, der abgefragt gewesen sei. Bei der Eintragung des richtigen Wertes handle es sich um eine Korrektur, die weder eine Abänderung bedeute noch zu einer Besserstellung führe.

Ergänzend zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, da er sich im Wesentlichen auf das übereinstimmende Vorbringen der Parteien gründet, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Vergabeverfahren beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 26.11.2013 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund - handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Lieferung von Leibschüsselspülern. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei das Kriterium Preis mit 80 Punkten, das Kriterium Qualität mit maximal 20 Punkten gewichtet ist. Das Kriterium Qualität ist wiederum in Subkriterien geteilt. Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums

Preis war von den Bietern anzugeben, ob die Wartung der Geräte als obligatorisch oder optional vorzunehmen ist. Im Falle der obligatorischen Wartung war deren Auspreisung mit 100 % bei der Punkteermittlung, im Falle der empfohlenen Wartung mit 50 % beim Zuschlagskriterium Preis zu berücksichtigen. Das Ende der Angebotsfrist war der 6.5.2013, 10.00 Uhr, die Öffnung und Verlesung der Angebote fand anschließend statt. Im Vergabeverfahren haben sich drei Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung preislich an zweiter Stelle verlesen wurde. Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund - handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Lieferung von Leibschüsselspülern. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei das Kriterium Preis mit 80 Punkten, das Kriterium Qualität mit maximal 20 Punkten gewichtet ist. Das Kriterium Qualität ist wiederum in Subkriterien geteilt. Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis war von den Bietern anzugeben, ob die Wartung der Geräte als obligatorisch oder optional vorzunehmen ist. Im Falle der obligatorischen Wartung war deren Auspreisung mit 100 % bei der Punkteermittlung, im Falle der empfohlenen Wartung mit 50 % beim Zuschlagskriterium Preis zu berücksichtigen. Das Ende der Angebotsfrist war der 6.5.2013, 10.00 Uhr, die Öffnung und Verlesung der Angebote fand anschließend statt. Im Vergabeverfahren haben sich drei Bieter beteiligt, darunter die Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotsöffnung preislich an zweiter Stelle verlesen wurde.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Zuschlagsentscheidung vom 10.9.2013 mitgeteilt hat, zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen. In dieser Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die zunächst als Zuschlagsempfängerin vorgesehene Bieterin 99,38 Gesamtpunkte, die Antragstellerin 81,29 Gesamtpunkte erreicht hat. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin rechtzeitig mit Nichtigerklärungsantrag angefochten, der zu VKS - 712726/13 protokolliert wurde. Daraufhin hat die Antragsgegnerin ihre (erste) Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und das Vergabeverfahren fortgesetzt. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2013 zur Mängelbehebung und Aufklärung gemäß § 126 BVergG 2006 aufgefordert. Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Zuschlagsentscheidung vom 10.9.2013 mitgeteilt hat, zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen. In dieser Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die zunächst als Zuschlagsempfängerin vorgesehene Bieterin 99,38 Gesamtpunkte, die Antragstellerin 81,29 Gesamtpunkte erreicht hat. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin rechtzeitig mit Nichtigerklärungsantrag angefochten, der zu VKS - 712726/13 protokolliert wurde. Daraufhin hat die Antragsgegnerin ihre (erste) Zuschlagsentscheidung zurückgenommen und das Vergabeverfahren fortgesetzt. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.10.2013 zur Mängelbehebung und Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 aufgefordert.

Mit diesem in den Vergabeakten erliegenden Schreiben, dass der Antragstellerin auch zugekommen ist, wird sie unter anderem aufgefordert, zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie zur technischen Leistungsfähigkeit Nachreichungen vorzunehmen bzw. Eintragungen in zwei Bieterlücken aufzuklären. Nach Ansicht der Antragsgegnerin ist es der Antragstellerin nicht gelungen in diesen drei Punkten eine entsprechende Mängelbehebung vorzunehmen bzw. Aufklärung zu erteilen.

Zu den von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründen:

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit war laut Angebotsformular SR 75 (Beilage 13.08.01 - Seite 2) ein "Nachweis einer Verpflichtungserklärung der Deckungszusage eines im EWR ansässigen Versicherungsunternehmens mit erstklassiger Bonität, dass dieses im Auftragsfall binnen 2 Wochen ab Auftragserteilung mit dem AN eine projektspezifische Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von zumindest Euro 1,0 Mio. pro Schadensfall mit mindestens 30-jähriger Nachhaftung abschließt", beizubringen. Dazu hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot eine Versicherungsbestätigung der *** vom 20.1.2012 vorgelegt, aus der eine Laufzeit nicht ersichtlich ist und auch eine Nachhaftung nicht angegeben ist.

Im Aufforderungsschreiben vom 9.10.2013 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin dazu aufgefordert, eine entsprechende Aufklärung zu geben bzw. einen den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Nachweis zu bringen, widrigenfalls das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 bzw. Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden werden müsste. Im Aufforderungsschreiben vom 9.10.2013 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin dazu aufgefordert, eine

entsprechende Aufklärung zu geben bzw. einen den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Nachweis zu bringen, widrigenfalls das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, bzw. Ziffer 7, BVergG 2006 ausgeschieden werden müsste.

In Entsprechung dieser Aufforderung hat die Antragstellerin am 16.10.2013 ein ihr im E-Mail Weg am 15.10.2013 zugekommenes Schreiben der *** mit folgendem Wortlaut vorgelegt:

"Wir bestätigen der Fa. *** im Rahmen der bestehenden Betriebshaftpflichtversicherung im Auftragsfall eine projektbezogene Haftpflichtversicherung mit einer Projektversicherungssumme von € 1,0 Mio und einer Nachhaftungsdauer von 30 Jahren für das Bauvorhaben KH Wien Nord Steckbeckenspüler, für das Sie am 6.5.2013 ein Angebot abgegeben haben, zur Verfügung zu stellen.

Die dafür notwendige Prämie kann derzeit noch nicht genannt werden".

Die Bieter hatten in der Position 039203 des Leistungsverzeichnisses anzugeben, ob eine Wartung bei dem angebotenen Produkt erforderlich oder das Gerät wartungsfrei (Wartung nicht erforderlich) ist. Im Leistungsverzeichnis selbst war eine jährliche Wartungspauschale für die Betriebsjahre 3 bis 7 auszureisen. Die Frage der Wartungsfreiheit ist für die Bestbieterermittlung wesentlich, weil die Preissumme der Wartungsleistungen für die Betriebsjahre 3 bis 7 entweder mit 100 % (Wartung erforderlich) oder 50 % (Geräte wartungsfrei), in den Gesamtpreis einbezogen und entsprechend beim Kriterium Preis bewertet werden. Die Antragstellerin hat zur Frage der Wartung angegeben, dass bei dem von ihr angebotenen Produkt eine Wartung nicht erforderlich sei. Aus dem mit dem Angebot abgegebenen Eingangsprotokoll ergibt sich jedoch, dass der Hersteller eine Wartung des Gerätes vorsieht und hierfür ein empfohlenes Wartungsintervall von 12 Monaten annimmt. Die Antragsgegnerin hat daher mit Schreiben vom 9.10.2013 der Antragstellerin vorgehalten, dass aus den Wartungsvorgaben des Herstellers des angebotenen Gerätes hervorgehe, dass eine Wartung des Gerätes verpflichtend vorgeschrieben werde. Zum Nachweis, dass für das angebotene Gerät eine Wartung nicht erforderlich sei, wurde die Antragstellerin aufgefordert, diesbezügliche Muster, Beschreibungen, Begleitpapiere, insbesondere eine Gebrauchsanweisung im Sinne des § 9 MPG in deutscher Sprache sowie eine schriftliche Bestätigung des Herstellers des angebotenen Gerätes, dass für das angebotene Gerät die Wartung (wie im Angebot angegeben) nicht erforderlich ist, vorzulegen. Gleichzeitig wurde die Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht, dass das Angebot auszuschneiden wäre, sollten sich ihre Angaben zur Wartungsfreiheit der angebotenen Geräte als falsch erweisen. Die Bieter hatten in der Position 039203 des Leistungsverzeichnisses anzugeben, ob eine Wartung bei dem angebotenen Produkt erforderlich oder das Gerät wartungsfrei (Wartung nicht erforderlich) ist. Im Leistungsverzeichnis selbst war eine jährliche Wartungspauschale für die Betriebsjahre 3 bis 7 auszureisen. Die Frage der Wartungsfreiheit ist für die Bestbieterermittlung wesentlich, weil die Preissumme der Wartungsleistungen für die Betriebsjahre 3 bis 7 entweder mit 100 % (Wartung erforderlich) oder 50 % (Geräte wartungsfrei), in den Gesamtpreis einbezogen und entsprechend beim Kriterium Preis bewertet werden. Die Antragstellerin hat zur Frage der Wartung angegeben, dass bei dem von ihr angebotenen Produkt eine Wartung nicht erforderlich sei. Aus dem mit dem Angebot abgegebenen Eingangsprotokoll ergibt sich jedoch, dass der Hersteller eine Wartung des Gerätes vorsieht und hierfür ein empfohlenes Wartungsintervall von 12 Monaten annimmt. Die Antragsgegnerin hat daher mit Schreiben vom 9.10.2013 der Antragstellerin vorgehalten, dass aus den Wartungsvorgaben des Herstellers des angebotenen Gerätes hervorgehe, dass eine Wartung des Gerätes verpflichtend vorgeschrieben werde. Zum Nachweis, dass für das angebotene Gerät eine Wartung nicht erforderlich sei, wurde die Antragstellerin aufgefordert, diesbezügliche Muster, Beschreibungen, Begleitpapiere, insbesondere eine Gebrauchsanweisung im Sinne des Paragraph 9, MPG in deutscher Sprache sowie eine schriftliche Bestätigung des Herstellers des angebotenen Gerätes, dass für das angebotene Gerät die Wartung (wie im Angebot angegeben) nicht erforderlich ist, vorzulegen. Gleichzeitig wurde die Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht, dass das Angebot auszuschneiden wäre, sollten sich ihre Angaben zur Wartungsfreiheit der angebotenen Geräte als falsch erweisen.

Dazu hat die Antragstellerin eine schriftliche Bestätigung des Herstellers sowie eine Gebrauchsanweisung übermittelt. Die Bestätigung des Herstellers, ausgestellt am 25.4.2013, hat folgenden Wortlaut:

"Vorbeugende Wartung

Auf dem Display erscheint jeweils nach 2000 Spülgängen der Maschine die Aufforderung zur Wartung. Diese Aufforderung kann quittiert werden. Je nach Anzahl der durchgeführten Spülgänge wird empfohlen die vorbeugenden Wartungsarbeiten durchzuführen, um die Betriebssicherheit der Maschinen zu gewährleisten.

Der Anwender kann auch einen Wartungsvertrag mit dem Vertreter der *** abschließen, da ein Wartungsvertrag eine lange Lebensdauer der Geräte garantiert".

Der von der Antragstellerin mit dieser Bestätigung vorgelegten Gebrauchsanweisung ist nicht zu entnehmen, dass diese für das angebotene Gerät gilt.

In mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses war zum Thema "Wärmeabgabe und Geräuschpegel", die "Wärmeabgabe an den Aufstellungsort" in "kJ/Charge bei Normalprogramm" anzugeben. Dazu war im Leistungsverzeichnis unter Position 032202 und 032203 die Wärmeabgabe und der Geräuschpegel sowie die Wärmeabgabe an den Aufstellungsort in "kJ/Charge bei Normalprogramm" einzusetzen. In diesen beiden Positionen hat die Antragstellerin eingetragen "3055,45 kJ/10 Min = 1833 bei Normalprogramm". Diese Angaben sind der Antragsgegnerin nicht plausibel erschienen, weshalb die Antragstellerin um Aufklärung und Angabe der kJ/Charge bei Normalprogramm aufgefordert wurde, andernfalls das Angebot ausgeschrieben werden müsste.

In ihrem Aufklärungsschreiben vom 16.10.2013 hat unter Punkt 4 (Bieterlücken: Beschreibung der Aufnahmemöglichkeiten) die Antragstellerin angeführt:

"Wärmeabgabe und Geräuschpegel:

Wärmeabgabe/Charge Normalprogramm: 392 kJ, Geräuschpegel in dB: 54". Beschreibungen oder Datenblätter, denen der Wärmewert zu entnehmen gewesen wäre, sind dem Angebot nicht angeschlossen.

In der umfangreichen Niederschrift über die fortgesetzte Angebotsprüfung vom 21.10.2013 hat die Antragsgegnerin zum Angebot der Antragstellerin im Detail dargestellt, in welchen Punkten diese mit ihrem Angebot bzw. mit ihren Nachreichungen die Angebotsbedingungen nicht erfüllt hat. Als Ergebnis dieser Prüfung hat sie die hier angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2013 getroffen, in der sie der Antragstellerin mangelnde finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Versicherungsbestätigung, Falschangaben zur Wartungsfreiheit sowie Fehler beim Ausfüllen der Bieterlücken vorwirft.

Die Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Ihr Nachprüfungsantrag ist am 25.10.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und bis ins Detail geführten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot eine den Vorgaben der Ausschreibung nicht entsprechende Versicherungsbestätigung vorgelegt hat, die sie in der Folge durch die ihr zugekommene Erklärung der *** vom 15.10.2013 richtigstellen wollte. Die Feststellungen hinsichtlich der unrichtig ausgefüllten Bieterlücken gründen sich ebenso auf den diesbezüglich unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten wie die Feststellungen zur Erklärung der Antragstellerin hinsichtlich der Wartungsfreiheit. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass aus den von der Antragstellerin mit ihrem Angebot abgegebenen Beilagen oder Leistungsbeschreibungen des angebotenen Gerätes hinsichtlich der Wärmeabgabe keine Werte entnommen werden können.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Lieferung von Leibschüsselspülern. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei das Kriterium Preis mit 80 Punkten, das Kriterium Qualität mit 20 Punkten gewichtet ist. Das Kriterium Qualität ist wiederum in Subkriterien geteilt. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt drei Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung (6.5.2013) wurde das Angebot der Antragstellerin preislich an zweiter Stelle verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, im Zuge der Neuerrichtung des Krankenhauses Nord, nämlich zur Lieferung von Leibschüsselspülern. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei das Kriterium Preis mit 80 Punkten, das Kriterium Qualität mit 20 Punkten gewichtet ist. Das

Kriterium Qualität ist wiederum in Subkriterien geteilt. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt drei Bieter durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung (6.5.2013) wurde das Angebot der Antragstellerin preislich an zweiter Stelle verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Der am 25.10.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung vom 21.10.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage als E-Mail zugegangen. Der am 25.10.2013 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen formal den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung konnte jedoch nicht stattgegeben werden, da zumindest der von der Antragsgegnerin geltend gemachte Ausscheidungsgrund der mangelhaft ausgefüllten Bieterlücken vorliegt.

In den Positionen des Leistungsverzeichnisses 032202 und 032203 hatten die Bieter den Wert für die Wärmeabgabe am Aufstellungsort in kJ/Charge bei Normalprogramm anzugeben. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Antragstellerin bei diesen Positionen zunächst den Wert 1833 bei Normalprogramm eingesetzt hat. Über Vorhalt im Aufforderungsschreiben vom 9.10.2013 hat die Antragstellerin in der Folge diesen Wert auf 392 kJ ohne weitere Erklärung reduziert.

Unstrittig handelt es sich bei diesen Positionen um echte Bieterlücken. Darunter sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis zu verstehen, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotenen Produkte, Verfahrens- oder Leistungsmerkmale einträgt (S/A/F/T § 98 Rz 54). Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt (wie vorliegend) bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter sind dann gehalten, eine dieser Beschreibung entsprechende Leistung anzubieten (vgl. RPA 2008, 312). Vorliegend hat die Antragstellerin in die Bieterlücken einen Wert eingesetzt, der nach ihrer Darstellung nicht den tatsächlichen Wert für die Wärmeabgabe darstellt. Unstrittig handelt es sich bei diesen Positionen um echte Bieterlücken. Darunter sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis zu verstehen, in die ein Bieter das (die) von ihm angebotenen Produkte, Verfahrens- oder Leistungsmerkmale einträgt (S/A/F/T Paragraph 98, Rz 54). Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt (wie vorliegend) bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter sind dann gehalten, eine dieser Beschreibung entsprechende Leistung anzubieten vergleiche RPA 2008, 312). Vorliegend hat die Antragstellerin in die Bieterlücken einen Wert eingesetzt, der nach ihrer Darstellung nicht den tatsächlichen Wert für die Wärmeabgabe darstellt.

Nachdem der Antragsgegnerin dieser Wert als zu hoch erschien, hat sie die Antragstellerin um Klarstellung ersucht. Dazu hat die Antragstellerin lediglich in ihrem Aufklärungsschreiben angeführt, dass die Wärmeabgabe/Charge Normalprogramm 392 kJ beträgt. Damit hat sie aber in die Bieterlücken einen anderen Wert eingesetzt, als ursprünglich angegeben. Worauf dieser Unterschied zurückzuführen ist, wurde von der Antragstellerin nicht näher erklärt, aus den von ihr vorgelegten Beilagen betreffend das angebotene Gerät konnte auch nicht abgeleitet werden, dass es sich dabei - wie von ihr im Nachprüfungsverfahren argumentiert - um einen Übertragungsfehler handelt. Wäre es der Antragstellerin gelungen, plausibel darzustellen, dass es sich bei dem ursprünglich im Angebot eingetragenen Wärmewert um einen Abschreibfehler handelt, was durch entsprechende Unterlagen, die bereits mit dem Angebot

abgegeben wurden, nachzuweisen gewesen wäre, hätte man allenfalls noch von einem behebbaren Mangel sprechen können. Nun handelt es sich bei den Angaben zum Wärmewert um bewertungsrelevante Angaben (Zuschlagskriterium "Qualität", Subkriterium 9), deren Berücksichtigung bei der Ermittlung des Bestbieters ihren Niederschlag gefunden hat. Bei der nachträglichen Herabsetzung des für die Wärmeabgabe angegebenen Wertes handelt es sich um eine vergaberechtlich unzulässige Änderung des Angebotes, zumal die Billigung einer Änderung der eingesetzten Werte zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin geführt hätte (vgl. VwGH 26.2.2033, Zl. 2001/04/0037; ZVB 2010/68 und die dort zitierte Judikatur). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass ihr Aufforderungsschreiben sowie auch die Ausscheidungsentscheidung hinreichend konkret gewesen sind, sodass für sie kein Anlass bestand, die Antragstellerin zu weiterer Aufklärung aufzufordern. Nachdem der Antragsgegnerin dieser Wert als zu hoch erschien, hat sie die Antragstellerin um Klarstellung ersucht. Dazu hat die Antragstellerin lediglich in ihrem Aufklärungsschreiben angeführt, dass die Wärmeabgabe/Charge Normalprogramm 392 kJ beträgt. Damit hat sie aber in die Bieterlücken einen anderen Wert eingesetzt, als ursprünglich angegeben. Worauf dieser Unterschied zurückzuführen ist, wurde von der Antragstellerin nicht näher erklärt, aus den von ihr vorgelegten Beilagen betreffend das angebotene Gerät konnte auch nicht abgeleitet werden, dass es sich dabei - wie von ihr im Nachprüfungsverfahren argumentiert - um einen Übertragungsfehler handelt. Wäre es der Antragstellerin gelungen, plausibel darzustellen, dass es sich bei dem ursprünglich im Angebot eingetragenen Wärmewert um einen Abschreibfehler handelt, was durch entsprechende Unterlagen, die bereits mit dem Angebot abgegeben wurden, nachzuweisen gewesen wäre, hätte man allenfalls noch von einem behebbaren Mangel sprechen können. Nun handelt es sich bei den Angaben zum Wärmewert um bewertungsrelevante Angaben (Zuschlagskriterium "Qualität", Subkriterium 9), deren Berücksichtigung bei der Ermittlung des Bestbieters ihren Niederschlag gefunden hat. Bei der nachträglichen Herabsetzung des für die Wärmeabgabe angegebenen Wertes handelt es sich um eine vergaberechtlich unzulässige Änderung des Angebotes, zumal die Billigung einer Änderung der eingesetzten Werte zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin geführt hätte (vergleiche VwGH 26.2.2033, Zl. 2001/04/0037; ZVB 2010/68 und die dort zitierte Judikatur). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass ihr Aufforderungsschreiben sowie auch die Ausscheidungsentscheidung hinreichend konkret gewesen sind, sodass für sie kein Anlass bestand, die Antragstellerin zu weiterer Aufklärung aufzufordern.

Die nachträgliche Änderung des Wärmeabgabewertes in den echten Bieterlücken stellt eine vergaberechtlich unzulässige Änderung des Angebotes dar, dies umso mehr, als es sich bei den abgefragten Spezifikationen um bewertungsrelevante Angaben handelt. Damit liegt der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vor, weshalb bereits aus diesem Grunde der Nachprüfungsantrag abzuweisen war. Die nachträgliche Änderung des Wärmeabgabewertes in den echten Bieterlücken stellt eine vergaberechtlich unzulässige Änderung des Angebotes dar, dies umso mehr, als es sich bei den abgefragten Spezifikationen um bewertungsrelevante Angaben handelt. Damit liegt der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 vor, weshalb bereits aus diesem Grunde der Nachprüfungsantrag abzuweisen war.

Im Hinblick darauf, dass der Ausscheidungsgrund bezüglich der Bieterlücken offenkündig ist, war auf die beiden weiteren, in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Ausscheidungsgründe (mangelnde finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Falschangabe zur Wartungsfreiheit) nicht weiter einzugehen.

Soweit sich die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag auf die Entscheidung des EuGH vom 4.7.2013, C-100/12, Fastweb bezieht, ist sie zunächst darauf zu verweisen, dass der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar ist. Gegenständlich hatte der Senat darüber zu entscheiden, ob die Ausscheidungsentscheidung als selbständig gesondert anfechtbare Entscheidung vergaberechtskonform erfolgt ist oder nicht. Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters liegt nicht vor, bei deren Bekämpfung allenfalls die Antragslegitimation der Antragstellerin zu prüfen wäre. Im Übrigen kann dazu auf die zutreffende Argumentation der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 7.11.2013 verwiesen werden.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 30.10.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 30.10.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen

liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Mangelhaft ausgefüllte Bieterlücke; Nachträgliche Änderung in der echten Bieterlücke stellt unzulässige Angebotsänderung dar;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2014

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at