

TE Verg Bescheid 2013/3/12 VKS-72946/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.03.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §131

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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 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 Bietergemeinschaft 1. *** GmbH, ***; 2. *** AG, ***, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Sachkostenoptimierung im Rahmen der Umsetzung des Wiener Spitalskonzepts 2030", durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund - Generaldirektion, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Doralt, Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, nach mündlicher Verhandlung, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.1.2013 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 29.1.2013 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. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 122, 131 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 122, 131, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, vertreten durch den Wiener Krankenanstaltenverbund - Generaldirektion (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 14.4.2012 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union Zl. 2012/S73- 121217. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei 600 Punkte für den Preis und 400 Punkte für die Qualität vergeben wurden. Das Kriterium "Qualität" ist wiederum in mehrere Subkriterien unterteilt.

Am zweistufigen Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin beteiligt und am 21.5.2012 fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.8.2012 wurde sie zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und zur Angebotslegung eingeladen. Am 16.10.2012 hat die Antragstellerin fristgerecht ein Erstangebot gelegt. Nach einem Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin und einem am 6.12.2012 abgehaltenen Hearing wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin am 14.12.2012 zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes aufgefordert. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ihr Letztangebot gelegt.

Mit E-Mail vom 15.1.2013, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen. In der Begründung der Zuschlagsentscheidung wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin 888 von 1000 möglichen Gesamtpunkten erreicht habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hingegen 992 Punkte.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 24.1.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht eine Reihe von Vergabeverstößen geltend, die einerseits zur Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätten führen müssen, andererseits zu einer Vorreihung ihres Angebotes. Im Einzelnen macht sie geltend, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis sei nicht plausibel. So habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin, ohne dass gravierende Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zwischen Erst- und Letztangebot vorgenommen worden wären, im Erstangebot rund Euro 16.000.000,--, im Letztangebot Euro 11.550.000,-- und damit günstiger als die Antragstellerin angeboten. Diese Differenz in den Gesamtangebotspreisen sei nicht erklärlich. Bei der Bewertung der

Angebote habe sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr selbst in der Ausschreibungsunterlage definierte Vorgangsweise gehalten, zudem auch nicht vergaberechtskonform gehandelt. Der von der Antragsgegnerin eingesetzten Bewertungskommission mangle es an der erforderlichen Fachkenntnis, der Bewertungszeitpunkt der Angebote stehe in einem Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben. Nach den Unterlagen hätte die Qualitätsbewertung der Angebote unmittelbar im Anschluss an das Hearing erfolgen sollen. Das Hearing habe am 6.12.2012 stattgefunden, die Bewertung durch die Jury sei jedoch erst am 7.1.2013 erfolgt. Überdies sei ein Mitglied der fünf-köpfigen Bewertungskommission nicht während des gesamten, mit der Antragstellerin durchgeführten Hearings, anwesend gewesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 24.1.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht eine Reihe von Vergabeverstößen geltend, die einerseits zur Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätten führen müssen, andererseits zu einer Vorreihung ihres Angebotes. Im Einzelnen macht sie geltend, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis sei nicht plausibel. So habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin, ohne dass gravierende Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zwischen Erst- und Letztangebot vorgenommen worden wären, im Erstangebot rund Euro 16.000.000,--, im Letztangebot Euro 11.550.000,-- und damit günstiger als die Antragstellerin angeboten. Diese Differenz in den Gesamtangebotspreisen sei nicht erklärlich. Bei der Bewertung der Angebote habe sich die Antragsgegnerin nicht an die von ihr selbst in der Ausschreibungsunterlage definierte Vorgangsweise gehalten, zudem auch nicht vergaberechtskonform gehandelt. Der von der Antragsgegnerin eingesetzten Bewertungskommission mangle es an der erforderlichen Fachkenntnis, der Bewertungszeitpunkt der Angebote stehe in einem Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben. Nach den Unterlagen hätte die Qualitätsbewertung der Angebote unmittelbar im Anschluss an das Hearing erfolgen sollen. Das Hearing habe am 6.12.2012 stattgefunden, die Bewertung durch die Jury sei jedoch erst am 7.1.2013 erfolgt. Überdies sei ein Mitglied der fünf-köpfigen Bewertungskommission nicht während des gesamten, mit der Antragstellerin durchgeführten Hearings, anwesend gewesen.

Die Bewertung der Qualität des Schlüsselpersonals der Antragstellerin sei ausschreibungswidrig erfolgt. Die Jury habe bei diesem Punkt die einzelnen Bewerber miteinander verglichen und sei so zu ihrem Ergebnis gelangt. Tatsächlich hätte nach den Zuschlagskriterien jedes Angebot eigenständig bewertet werden müssen. Die Antragstellerin macht auch geltend, dass die Bewertung der Qualität des Vorgehensmodells ausschreibungswidrig erfolgt wäre, sie hätte tatsächlich mehr Zusatzpunkte erhalten müssen als die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Bei richtiger Bewertung hätte die Antragstellerin beim Subkriterium "Qualität Vorgehensmodell - Maßnahmenkatalog" 80 zusätzliche Punkte, beim Subkriterium

"Motivation, Kommunikationsfähigkeit ... des Projektteams des AN" 10 zusätzliche

Punkte erhalten müssen, hingegen wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Subkriterium "Qualität Vorgehensmodell - Maßnahmenkatalog" mit 0 Punkten zu bewerten gewesen. Bei richtiger Angebotsbewertung hätte daher die Antragstellerin 978 Punkte, die präsumtive Zuschlagsempfängerin 792 Punkte erhalten müssen. Damit wäre das Angebot der Antragstellerin das Beste gewesen.

Die Antragstellerin hat im einleitenden Schriftsatz auch geltend gemacht, es würde dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin namhaft gemachten Subunternehmer die erforderliche Befugnis fehlen. Nachdem die präsumtive Zuschlagsempfängerin diesen Subunternehmer nicht genannt hat, hat die Antragstellerin diesen Anfechtungspunkt in der mündlichen Verhandlung vom 12.3.2013 zurückgenommen.

Schließlich macht die Antragstellerin geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte wegen Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen ausgeschieden werden müssen. Jedenfalls habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin über einen Informationsvorsprung verfügt. Abschließend führt sie aus, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 131 BVergG 2006 entsprechen würde, weil es die Antragsgegnerin unterlassen habe, die Bewertung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin detailliert aufzuschlüsseln. Damit sei der Antragstellerin eine Nachprüfbarkeit der Entscheidung erschwert. Aus all diesen Gründen wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, worauf die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müsste. Schließlich macht die Antragstellerin geltend, das Angebot der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin hätte wegen Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen ausgeschieden werden müssen. Jedenfalls habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin über einen Informationsvorsprung verfügt. Abschließend führt sie aus, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht den gesetzlichen Anforderungen des Paragraph 131, BVergG 2006 entsprechen würde, weil es die Antragsgegnerin unterlassen habe, die Bewertung des Angebotes der präsumtiven Zuschlags-empfängerin detailliert aufzuschlüsseln. Damit sei der Antragstellerin eine Nachprüfbarkeit der Entscheidung erschwert. Aus all diesen Gründen wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, worauf die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müsste.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und habe daran auch ein eminentes Interesse. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Prüfung und Bewertung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen, auf Vergabe zu angemessenen Preisen, auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren, insbesondere durch Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres eigenen Angebotes und der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung sowie auf Gleichbehandlung der Bieter unter Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, verletzt. Durch dieses Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargelegt wird. Dazu käme auch der Verlust eines wichtigen Referenzauftrages für künftige Vergabeverfahren.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 29.1.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 1.2.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, sie habe die Leistungen zu einem durchaus plausiblen Preis angeboten. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei sehr wohl zwischen dem ersten Angebot und dem LAFO eine wesentliche Änderung des Leistungsbildes vorgenommen worden, die bei der Teilnahmeberechtigten zu einer entsprechenden Reduktion des Gesamtangebotspreises geführt habe. So sei insbesondere durch den Wegfall vertraglich übertragener Risiken es der Teilnahmeberechtigten möglich gewesen, den Preis des letztgültigen Angebotes entsprechend deutlich zu senken. Für die Antragsgegnerin habe berechtigterweise keinerlei "begründeter Zweifel" an der Angemessenheit des Angebotspreises der Teilnahmeberechtigten bestanden, weshalb ein Anlass zur Durchführung einer vertieften Prüfung des Letztangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben war. Die von der Antragsgegnerin eingesetzte Bewertungskommission habe über die notwendigen fachlichen Kenntnisse verfügt, die Bewertungskommission sei bei den bewertungsrelevanten Aspekten des Hearings vollständig zusammengesetzt gewesen. Eine ausschreibungswidrige Bewertung der Qualität des Vorgehensmodells/Maßnahmenkatalogs hält die Teilnahmeberechtigte für nicht gegeben. Die Teilnahmeberechtigte habe auch über allfällige Informationsvorsprünge nicht verfügt, weder sie noch der von ihr namhaft gemachte Subunternehmer hätten Vorarbeiten zur Ausschreibung erbracht.

Mit Schriftsatz gleichfalls vom 1.2.2013 hat die Antragsgegnerin eine Stellungnahme in der Sache abgegeben, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten wären nicht gegeben gewesen. Begründete Zweifel an der Angemessenheit vom Preis bestanden jedenfalls nicht, "zumal die evaluierte Bestbieterin die vorgenommene Preisreduktion vom Erstangebot zum Letztangebot plausibel erklären konnte". Im Übrigen seien die im Preisangebot ausgewiesenen Preise im Detail geprüft und diese plausibel und nachvollziehbar befunden worden.

Die Bewertung der Jury sei bereits am 7.12.2012 erfolgt, die schriftliche Zusammenfassung dieser Bewertung sei jedoch erst nach den Weihnachtsfeiertagen von den Jurymitgliedern gefertigt worden. Bei sämtlichen Hearings sei bei den bewertungsrelevanten Teilen die Kommission vollständig gewesen, nicht jedoch bei den daran anschließenden Vertragsverhandlungen. Unrichtig sei, dass die Jury die Bewertung der Angebote anhand eines Vergleiches der Bewerber vorgenommen hätte. Jedes Angebot sei für sich bewertet worden. Dabei habe sich die Jury an die in der Ausschreibung festgelegten Kriterien gehalten. Insbesondere sei die Qualitätsbewertung in Unkenntnis des bewertungsrelevanten Preises (des Letztangebotes) erfolgt. Im Einzelnen nimmt die Antragsgegnerin sodann zur vermeintlich ausschreibungswidrigen Bewertung der Qualität des Vorgehensmodells - Maßnahmenkataloges der

Antragstellerin im Detail Stellung und begründet, warum hier die Antragstellerin eine geringere Zusatzpunktzahl als die Teilnahmeberechtigte erhalten hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe über keinen Informationsvorsprung verfügt, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch die Antragsgegnerin sei nicht gegeben. Auch liege eine Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht vor, diese habe alle Informationen erhalten, um der Antragstellerin eine Beurteilung der Zuschlagsentscheidung zu ermöglichen. Unter einem hat die Antragsgegnerin einen Aktenvermerk der Bewertungskommission vom 28.1.2013 vorgelegt, in dem diese, "im Hinblick auf das nunmehr eingeleitete Nachprüfungsverfahren" die Angebote der Antragstellerin sowie der Teilnahmeberechtigten nochmals überprüft hat. Die zusätzliche Begründung für die Juryentscheidung wird sodann auf drei Seiten dargestellt.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 6.3.2013 geantwortet und insbesondere darauf hingewiesen, dass der Aktenvermerk vom 28.1.2013 eine "nachgeschobene Begründung" darstelle, was unzulässig wäre. Zudem stehe die nachgeschobene Begründung in einem Widerspruch zum Juryprotokoll vom 7.1.2013. Soweit die Jury die Einbindung der EKK als entscheidende Komponente bei der Bewertung beurteilt hat, weist die Antragstellerin darauf hin, dass sich diesbezüglich in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegungen finden würden. Sie hält die Zuschlagsentscheidung weiterhin für mangelhaft begründet, was ihrer Ansicht nach jedenfalls zu deren Nichtigerklärung führen müsste. Sie rügt weiters, dass der Vergabeakt unvollständig sei, als "keinerlei Unterlagen betreffend die Erstellung der Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen vorgelegt" worden seien. Aus diesen würde sich ergeben, dass das von der Teilnahmeberechtigten genannte Subunternehmen für die Antragsgegnerin tätig gewesen sei und damit über einen vergabewidrigen Informationsvorsprung verfüge.

Auf diese Stellungnahme haben sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnahmeberechtigte jeweils mit Schriftsätzen vom 11.3.2013 repliziert und darin ihre bereits bekannten Standpunkte weiter ausgebaut.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom teilweise übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 12.3.2013 ausgegangen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Erstellung eines Konzepts zur Sachkostenoptimierung im Rahmen der Umsetzung des Wiener Spitalskonzepts 2030. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei 600 Punkt für den Preis und 400 Punkte für die Qualität vergeben wurden. Das Kriterium "Qualität" ist in mehrere Subkriterien unterteilt. Zur Bewertung des Kriteriums "Qualität" hat die Antragsgegnerin eine fünfköpfige Bewertungskommission eingesetzt. Es handelt sich um ein zweistufiges Verfahren. Nachdem die Antragstellerin am 21.5.2012 fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, wurde sie mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.8.2012 zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und zur Angebotslegung eingeladen. Am 16.10.2012 hat die Antragstellerin fristgerecht ein Erstangebot gelegt. Nach einem Aufklärungersuchen der Antragsgegnerin und einem am 6.12.2012 abgehaltenen Hearing wurde die Antragstellerin am 14.12.2012 zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes aufgefordert. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Erstellung eines Konzepts zur Sachkostenoptimierung im Rahmen der Umsetzung des Wiener Spitalskonzepts 2030. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei 600 Punkt für den Preis und 400 Punkte für die Qualität vergeben wurden. Das Kriterium "Qualität" ist in mehrere Subkriterien unterteilt. Zur Bewertung des Kriteriums "Qualität" hat die Antragsgegnerin eine fünfköpfige Bewertungskommission eingesetzt. Es handelt sich um ein zweistufiges Verfahren. Nachdem die Antragstellerin am 21.5.2012 fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben hat, wurde sie mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.8.2012 zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und zur

Angebotslegung eingeladen. Am 16.10.2012 hat die Antragstellerin fristgerecht ein Erstangebot gelegt. Nach einem Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin und einem am 6.12.2012 abgehaltenen Hearing wurde die Antragstellerin am 14.12.2012 zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes aufgefordert.

Folgende Festlegungen aus der Ausschreibungsunterlage für die zweite Stufe sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung. In Teil A Verfahrensordnung wird unter Punkt 23 der Ablauf des weiteren Verhandlungsverfahrens im Detail dargestellt. Im Punkt 29 wird festgelegt, dass der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden soll, wobei als

Zuschlagskriterium vorgesehen sind der "Preis" gewichtet mit 60 % (= 600 Punkte)

und die "Qualität" gewichtet mit 40 % (= 400 Punkte). Im Punkt 29.2 wird die

Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" dargestellt, im Punkt 29.3 jener des Zuschlagskriteriums "Qualität". Dieses Zuschlagskriterium ist auf weitere Subkriterien wie folgt aufgeteilt:

In den Punkten 29.3.1 bis 29.3.2.2 wird näher geregelt, wie die für die einzelnen Subkriterien vorgesehenen Punkte erzielt werden können. Dabei ist bei den einzelnen Subkriterien angeführt, dass Bieter zu den Basispunkten Zusatzpunkte in den jeweiligen Subkriterien erhalten können. Die Punktevergabe hat sich jedoch jedenfalls im Rahmen der maximal möglichen Punkte je Kriterium zu halten.

Im Punkt 29.4 wird festgelegt, dass die Bewertung gemeinschaftlich durch eine Bewertungskommission erfolgt und diese "eine gemeinschaftliche verbale Begründung auszuarbeiten" hat. In diesem Zusammenhang wird festgehalten, "dass somit nicht jedes einzelne Mitglied eine separate Punktebewertung und eine separate verbale Begründung jedes Kriteriums durchführen wird".

Im Teil D der Ausschreibungsunterlage für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens wird festgelegt, dass die Bieter ihr Preisangebot (Bewertungspreis) in zwei Teile zu gliedern haben, nämlich in einem Pauschalpreis für die Phase 1 (Konzepterstellung = P 1) und in einem Bewertungspreis für die Phase 2 (Umsetzungsbegleitung = P 2). Der Bewertungspreis für die Umsetzungsbegleitung ist je nach Funktion des eingesetzten Personals (Projektleiter bis Consultant) in Spalten aufgegliedert, die mit "Tagessatz (ausgehend von acht Stunden pro Tag)" und "Personentage (umgelegt auf die angenommene Projektlaufzeit von fünf Jahren)" benannt sind. Die Personentage sind von der Antragsgegnerin vorgegeben, die Tagessätze für die einzelnen Mitarbeiter waren von den Bietern ebenso einzusetzen wie die in der dritten Spalte anzuführenden Positionspreise.

Im Teil G der Ausschreibungsunterlage für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens werden die Vorgaben für das dem Angebot anzuschließende Vorgehensmodell festgelegt.

Für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden drei Unternehmen zugelassen, darunter die Antragstellerin. Die Antragstellerin hat rechtzeitig zum 16.10.2012 ihr Erstangebot abgegeben. Im Zuge der Prüfung der Angebote wurde die Antragstellerin am 15.11.2012 von der mit dem Vergabeverfahren betrauten Rechtsanwalts-Partnerschaft um Aufklärung ersucht, welche Personen in der Phase 1 (Schlüsselpersonal) in welchem Ausmaß, mit welchen Aufgabenstellungen tätig sein werden. Gleichzeitig wurde um Information gebeten "an welchen Ressourceneinsatz in Bezug auf Führungskräfte und Mitarbeiter des KAV gedacht ist und zwar aufgeschlüsselt pro Monat der Phase 1". Unter Einem wurde die Antragstellerin für den 6.12.2012 zum Hearing und zu unmittelbar daran anschließenden Verhandlungen eingeladen.

Das Aufklärungsersuchen hat die Antragstellerin fristgerecht mit Schreiben vom 21.11.2012 beantwortet und die gewünschten Auskünfte erteilt.

Am 6.12.2012 hat das Hearing mit der Antragstellerin stattgefunden. Hierüber liegt in den Vergabeakten ein ausführliches Protokoll, in dem unter Punkt 1.2 festgehalten wird, dass nur eine Verhandlungsrunde vorgesehen ist und die Verhandlung der Präzisierung und Qualifizierung der identifizierten Kostentreiber aus Sicht des Bieters dienen soll, das Hearing jedoch der Bewertung des Schlüsselpersonals. Nach dem Inhalt des Protokolls wurde zunächst das Vorgehensmodell präsentiert und dazu verschiedene Fragen erörtert. Unter Anderem hat unter Punkt 1.4 die Antragsgegnerin die Antragstellerin befragt, wie sie sich die Einbindung der Einkaufsgenossenschaft der kommunalen Krankenhäuser (EKK) in das Projekt

vorstellt. Darauf hat die Antragstellerin geantwortet, dass "zunächst ... die

vertraglichen Beziehungen des W-KAV mit der EKK zu prüfen (sind). Gemeinsam mit der EKK und dem AG werden die Sachkosten optimiert unter Berücksichtigung des BVergG. Nach Kenntnis des Bieters hat die EKK noch keine Ausschreibung nach BVergG durchgeführt". Aus dem Protokoll über die Verhandlung/Hearing ist nicht ersichtlich, ob unmittelbar im Anschluss an das Hearing eine Bewertung zum Kriterium "Qualität" durch die Jurymitglieder erfolgt ist. Aus der Anwesenheitsliste ist ersichtlich, dass am Hearing, das der Bewertung des Schlüsselpersonals gedient hat, die Mitglieder der Jury vollzählig teilgenommen haben. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin war das Mitglied der Jury Dr. G. Friedrich an der nach der Mittagspause durchgeführten Verhandlungsrunde nicht mehr beteiligt.

In den Vergabeakten findet sich sodann ein Protokoll über die Jurysitzung vom 7.1.2013, das von allen Mitgliedern der Jury gefertigt ist. Das Protokoll hat einen Umfang von 52 Seiten und gibt zunächst im ersten Teil im Kapitel Allgemeines die Zusammensetzung der Jury und jene Teile aus der Verfahrensordnung A wieder, die die Bewertung der Qualitätskriterien betreffen. Auf Seite 24 wird sodann das Vorgehen der Bewertungskommission wie folgt festgehalten:

"Die Bewertung der Erfahrung des Schlüsselpersonals wird anhand der Referenzprojekte, die von den Bietern angeführt werden, vorgenommen und ist nur in Zweifelsfällen eine Befassung der Bewertungskommission vorgesehen.

Die Bewertung der übrigen Subkriterien erfolgt gemeinschaftlich durch die Bewertungskommission und wird diese eine gemeinschaftliche, verbale Begründung ausarbeiten; in dem Zusammenhang wird festgehalten, dass somit nicht jedes einzelne Mitglied eine separate Punktebewertung und eine separate verbale Beurteilung jedes Kriteriums durchführen wird".

Der zweite Absatz des Zitates findet sich wortwörtlich in den Ausschreibungsunterlagen, im Teil A Verfahrensordnung unter Punkt 29.4 wieder.

Auf den Seiten 34 bis 42 wird das Ergebnis der Beurteilung des Angebotes der Antragstellerin festgehalten. Darin hat die Jury im Detail begründet, warum und wie viele Zusatzpunkte sie bei den einzelnen Subkriterien dem Angebot der Antragstellerin gibt. Zusammenfassend hält sie fest, dass die Antragstellerin im Rahmen der Bewertung der Jury/Bewertungskommission (inklusive der Bewertung der Referenzprojekte des Schlüsselpersonals) für die dargestellten Subkriterien in Summe 301 Punkte erhält.

Für das Kriterium "Qualität" hat die Teilnehmerechte in Summe 392 Punkte erhalten, wobei auch hier zu jedem einzelnen Subkriterium ausführlich dargestellt wird, wie die Kommission zu den von ihr ermittelten Punkten gekommen ist. Ein Hinweis darauf, dass im Zuge der Bewertung des Kriteriums "Qualität" von der Kommission vergleichend vorgegangen worden wäre, findet sich weder im Protokoll noch sonst in den Vergabeakten. Ob dieses Protokoll, wie seiner Überschrift zu entnehmen wäre, in einer Jurysitzung am 7.1.2013 erstellt wurde oder wie von der Antragsgegnerin behauptet die Bewertung der Angebote jeweils im Anschluss an das Hearing stattgefunden hat und das Protokoll erst am 7.1.2013 von allen Mitgliedern gefertigt wurde, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Im Protokoll finden sich keine Hinweise darauf, dass (sollte dessen Errichtung tatsächlich erst am 7.1.2013 erfolgt sein) die Mitglieder bei ihrer Beurteilung den Inhalt der Letztangebote (die bis 21.12.2012 abzugeben waren), vor allem den Preis, kannten.

Mit Schreiben vom 14.12.2012 wurden die Bieter aufgefordert, bis 21.12.2012, 10.00 Uhr, ihre letztgültigen Angebote (LAFO) abzugeben und dabei das Preisblatt (Teil D, Angebot des Bieters) neu einzureichen. Die Antragstellerin hat ihr LAFO am 21.12.2012 rechtzeitig abgegeben. Von der Antragsgegnerin wurden in der Folge die LAFO geprüft. Dabei hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass die Teilnehmerechte "eine deutliche Reduktion des Angebotes vorgenommen hat", weshalb durch die Vergabekommission eine vertiefte Preisangebotsprüfung für dieses Angebot erfolgt ist. Im Zuge dieser "vertieften Preisangebotsprüfung" wurde das Letztangebot der Teilnehmerechten ihrem Erstangebot gegenübergestellt. Aus der in den Vergabeakten erliegenden Gegenüberstellung der beiden Angebote ergibt sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor allem ihren Pauschalpreis in der Phase 1 wesentlich gegenüber dem Pauschalpreis im Erstangebot gesenkt hat. Dies wurde von der Antragsgegnerin zum Anlass genommen, zu prüfen, ob die Preisreduktion der Teilnehmerechten "nachvollziehbar und plausibel erscheint". In der Folge hat die Antragsgegnerin die Teilnehmerechte um Aufklärung ersucht, die ihr mit einem dreiseitigen Schreiben vom 9.1.2013 erteilt wurde. In diesem Aufklärungsschreiben hat die Teilnehmerechte ihre Kalkulation der Phase 1 ausführlich aufgeschlüsselt und erklärt, aus welchen Überlegungen sie aufgrund der Ergebnisse des Hearings ihre zunächst angesetzten Preise herabsetzen konnte.

Die Teilnahmeberechtigte hat bei der Verhandlung Vorschläge zur Änderung von Festlegungen der Ausschreibung gemacht, die von der Antragsgegnerin übernommen wurden. Diese Vorschläge haben insbesondere Änderungen der Festlegungen zur Haftung, Vertraulichkeit und Schlüsselpersonal betroffen, die es der Teilnahmeberechtigten ermöglicht haben den Aufwand für die Konzeptphase (Phase 1) neu und mit wesentlich geringeren Ansätzen zu kalkulieren.

Das Letztangebot der Antragstellerin beläuft sich auf einen Gesamtpreis von Euro 11.810.165, jenes der Teilnahmeberechtigten auf Euro 11.550.000,--. Eine Gegenüberstellung der Bewertungspreise für die Phase 1 zeigt, dass die Antragstellerin ihren im Erstangebot angeführten Pauschalpreis im Letztangebot nicht herabgesetzt hat.

Der Vergleich der Bewertungspreise für die Phase 2 zeigt, dass die für den Einsatz von Personal vorgesehenen Tagessätze in den Letztangeboten nur beim Projektleiter deutlich voneinander abweichen, bei allen anderen Mitarbeitern jedoch nur geringfügig, wobei zwei Tagesätze im Angebot der Teilnahmeberechtigten sogar höher sind als im Angebot der Antragstellerin. Das Ergebnis der Prüfung der Letztangebote ist schließlich im Prüfbericht vom 15.1.2013 festgehalten. Zusammenfassend wird dazu festgestellt, dass die Teilnahmeberechtigte 600 Preispunkte und 392 Qualitätspunkte zusammen sohin 992 Punkte, die Antragstellerin 587 Preispunkte und 301 Qualitätspunkte, zusammen sohin 888 Punkte erreicht hat.

Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeberechtigten ist am 15.1.2012 den Bietern zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 24.1.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten. Wenn Zitate daraus erfolgt sind, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Soweit die Antragstellerin vorgebracht hat, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte bei Erstellung ihres Angebotes über Vorinformation verfügt und Subunternehmer seien an der Verfassung der Ausschreibungsunterlagen beteiligt gewesen, haben sich dafür in den Vergabeakten keinerlei Anhaltspunkte gefunden. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass derartige unzulässige Vorinformationen der Teilnahmeberechtigten nicht zur Verfügung gestanden wären, konnte weder aus den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens noch aus den Vergabeakten widerlegt werden. Spätestens ab dem mit ihr durchgeführten Hearing hätte die Antragstellerin wissen müssen, dass von der Antragsgegnerin die Einbindung der EKK in die zukünftige Sachkostenoptimierung ein Anliegen war. Dazu ist auf Punkt 1.4.9 des Verhandlungsprotokolls vom 6.12.2012 zu verweisen. Dass die diesbezügliche Stellungnahme der Antragstellerin im Zuge der Qualitätsbeurteilung negativ bewertet worden wäre, kann aus den Vergabeakten nicht abgeleitet werden. Aus den Vergabeakten, insbesondere aus dem Protokoll über das mit der Teilnahmeberechtigten geführte Hearing ist klar ersichtlich, dass die Antragsgegnerin verschiedene Anregungen der Teilnahmeberechtigten aufgenommen hat und infolge dessen die Ausschreibungsunterlagen für die Legung des letztgültigen Angebotes, vor allem in den Vertragsbedingungen in wesentlichen Punkten geändert hat. Die Vertragsbedingungen wurden dabei zugunsten aller Bieter geändert, sodass das Vorbringen der Antragstellerin, die Ausschreibungsunterlagen für die Legung des letztgültigen Angebotes keine "substantiell, kalkulationsrelevanten Änderungen" enthalten unrichtig ist. Das Verfahren hat auch ergeben, dass trotz der ausführlichen und nachvollziehbaren Erklärung der Teilnahmeberechtigten zu ihrer Preiskalkulation die Antragsgegnerin dennoch die einzelnen Preisansätze geprüft hat. Bei dieser Prüfung konnte sie zweifellos auch den Inhalt des Letztangebotes der Antragstellerin berücksichtigen. Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere für die zweite Stufe, ist nicht ableitbar, ob die Kommission das Qualitätskriterium jeweils unmittelbar im Anschluss an das Hearing zu beurteilen hatte oder nicht. Aus den Ausschreibungsunterlagen ist auch nicht ableitbar, dass die Kommission bei Bewertung dieses Kriteriums keine Kenntnis des letztangebotenen Preises haben sollte. Insoweit erweist sich daher der - zweifellos aus dem Inhalt der Vergabeakten verständliche - Vorwurf der Antragstellerin, die Bewertung der Angebote wäre erst am 7.1.2013 erfolgt, von geringer Bedeutung, da selbst bei einer derartigen Vorgangsweise ein klarer Verstoß gegen die Ausschreibungsbedingungen nicht gesehen werden könnte. Der Senat ist sohin der Darstellung der Antragsgegnerin gefolgt, dass die verbale Bewertung der Angebote jeweils im Anschluss an das Hearing im Dezember 2012 erfolgt ist, die Niederschrift über das Hearing jedoch erst am 7.1.2013 von den Mitgliedern der Kommission gefertigt wurde. Dass ein Mitglied der Kommission nur während des Hearings anwesend gewesen ist, nicht aber bei den Vertragsverhandlungen, ergibt sich aus dem Vorbringen der Parteien. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, die Anwesenheit dieses Mitglieds sei nur für die Qualitätsbewertung erforderlich gewesen, steht durchaus im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen.

Die der Antragstellerin zugewandene Zuschlagsentscheidung vom 15.1.2013 enthält eine ausführliche Begründung für die Punktevergabe, vor allem beim Kriterium "Qualität". Hier wird der Antragstellerin zu jedem Subkriterium mitgeteilt, wie viele Punkte sie erhalten hat. Die von der Teilnahmeberechtigten und die von der Antragstellerin erreichten Qualitäts- und Preispunkte werden bekannt gegeben.

Dass die wesentliche Reduzierung des Gesamtpreises im Erstangebot der Teilnahmeberechtigten auf deren Neukalkulation des Pauschalpreises für die Phase 1 zurückzuführen ist, ergibt sich nachvollziehbar aus ihrem Aufklärungsschreiben vom 9.1.2013 sowie aus dem dokumentierten Ergebnis der von der Antragsgegnerin durchgeführten, vertieften Angebotsprüfung. Dass die Antragstellerin selbst den Pauschalpreis für die Phase 1 nicht geändert hat, ergibt sich aus der Gegenüberstellung ihrer beiden Angebote.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei 600 Punkte für den Preis und 400 Punkte für die Qualität vergeben wurden. 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 im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei 600 Punkte für den Preis und 400 Punkte für die Qualität vergeben wurden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig ein Letztangebot gelegt. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig ein Letztangebot gelegt.

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.1.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugewandene. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 24.1.2013 und damit gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 15.1.2013 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugewandene. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am

24.1.2013 und damit gemäß Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als nicht berechtigt.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei nicht plausibel. Dies leitet sie aus dem Umstand ab, dass die Teilnahmeberechtigten in ihrem Erstangebot angeblich einen Gesamtpreis von rund Euro 16.000.000,--, im Letztangebot von Euro 11.500.000,-- angeboten habe. Dieser Preisnachlass sei unerklärlich und hätte durch eine vertiefte Angebotsprüfung aufgeklärt werden müssen.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, die Preisreduktion habe von der Teilnahmeberechtigten in Aufklärungsgesprächen plausibel erklärt werden können.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist ersichtlich, dass im Zuge des Hearings die Teilnahmeberechtigten Vorschläge zur Änderung von Festlegungen der Ausschreibung gemacht hat, die von der Antragsgegnerin übernommen worden sind. Hier ist vor allem auf das Aufklärungsschreiben der Teilnahmeberechtigten vom 9.1.2013 zu verweisen, in dem ausführlich und nachvollziehbar dargestellt wird, aufgrund welcher Änderungen ("deutlich verbesserte vertragliche Gestaltung bei den Themen Haftung, Vertraulichkeit, Schlüsselpersonal) es der Teilnahmeberechtigten möglich gewesen ist, einen signifikant geringeren Preis anzubieten. Mit diesen Erklärungen hat sich die Antragsgegnerin eingehend auseinandergesetzt und festgehalten, aus welchen Überlegungen sie zum Ergebnis gekommen ist, dass der von der Teilnahmeberechtigten zuletzt angebotene Gesamtpreis plausibel ist. Diese Überlegungen sind schlüssig und decken sich mit dem Inhalt der Vergabeakten. Damit konnte die Antragsgegnerin, wie von ihr auch im Zuge des Verfahrens erklärt, davon ausgehen, dass der von der Teilnahmeberechtigten gebotene Gesamtpreis plausibel erklärt wurde, sodass ein Anlass zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung nicht bestand. Dennoch ist aus den Vergabeakten ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerin auch mit den unter den einzelnen Positionen angesetzten Preisen, insbesondere den Personalkosten, auseinandergesetzt hat. Dass die Teilnahmeberechtigten mit ihrem Letztangebot einen plausiblen Gesamtpreis angeboten hat, erscheint auch deshalb als verständlich, da ein wesentlicher Teil der Preisreduktion in ihrem Angebot auf den Preis für die Phase 1 zurückzuführen ist. Auch bei den für die Phase 2 angebotenen Sätzen für das eingesetzte Personal sind teilweise zu den von der Antragstellerin angebotenen Sätzen deutliche Unterschiede gegeben. Im Hinblick auf die gravierenden Änderungen im Leistungsgegenstand - die von der Antragstellerin nicht so gesehen werden - ist die Aufklärung der Teilnahmeberechtigten schlüssig und nachvollziehbar, weshalb von einer nichtplausiblen Preisgestaltung in ihrem Letztangebot nicht gesprochen werden kann.

Die Antragstellerin hat auch eine mangelhafte Zusammensetzung der Bewertungskommission bzw. mangelnde Fachkenntnis ihrer Mitglieder geltend gemacht. Gemäß § 122 BVergG 2006 ist ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen dafür erfüllen. Hier ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass ihr zu Beginn des Hearings die Namen der Mitglieder der Bewertungskommission mitgeteilt worden sind. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin bezüglich dieses Personenkreises oder einzelner Mitglieder Einwände erhoben hat. In ihrem Schriftsatz führt sie allgemein aus, dass keines der Mitglieder der Bewertungskommission über die "entsprechenden Sachkenntnisse verfügt" hätte. Welche speziellen Sachkenntnisse dies gewesen sein sollen, wurde von ihr weder im einleitenden Schriftsatz noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens dargestellt. Mangels eines konkreten Vorbringens sowie mangels entsprechender Anhaltspunkte in den Vergabeakten konnte daher auf diese Vorbringen nicht näher eingegangen werden. Die Antragstellerin hat auch eine mangelhafte Zusammensetzung der Bewertungskommission bzw. mangelnde Fachkenntnis ihrer Mitglieder geltend gemacht. Gemäß Paragraph 122, BVergG 2006 ist ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, die Angebotsbewertung nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen dafür erfüllen. Hier ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass ihr zu Beginn des Hearings die Namen der Mitglieder der Bewertungskommission mitgeteilt worden sind. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin bezüglich dieses Personenkreises oder einzelner Mitglieder Einwände erhoben hat. In ihrem Schriftsatz führt sie allgemein aus, dass keines der Mitglieder der Bewertungskommission über die "entsprechenden Sachkenntnisse verfügt" hätte. Welche speziellen Sachkenntnisse dies gewesen sein sollen, wurde von ihr weder im einleitenden Schriftsatz noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens dargestellt. Mangels eines konkreten Vorbringens sowie mangels entsprechender Anhaltspunkte in den Vergabeakten

konnte daher auf diese Vorbringen nicht näher eingegangen werden.

Die Antragstellerin macht auch geltend, der Bewertungszeitpunkt der Angebote wäre im Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben erfolgt. Sie verweist dazu auf Punkt 23 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Qualitätsbewertung unmittelbar im Anschluss an das Hearing erfolgen sollte (Seite 20, letzter Absatz). Die Präsentation der Antragstellerin habe am 6.12.2012 stattgefunden, das Protokoll der Jurysitzung datiere mit 7.1.2013. Dies sei ein klarer Verstoß gegen die von der Auftraggeberin definierten Vorgaben und habe letztlich auch wesentlichen Einfluss auf das Ergebnis der Bewertung gehabt.

Zutreffend ist, dass sich in den Vergabeakten ein Protokoll über die Ergebnisse der Jurysitzung bzw. des Hearings vom 6.12.2012 befindet, das mit "7.1.2013" datiert ist. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, tatsächlich sei die Bewertung der Präsentation unmittelbar im Anschluss an das Hearing am 6.12.2012 erfolgt, das darüber errichtete Protokoll von den Mitgliedern der Kommission jedoch erst am 7.1.2013 gefertigt worden. Der Senat ist bezüglich der Frage, wann die Bewertung durch die Jury erfolgt ist, der Darstellung der Antragsgegnerin gefolgt, wonach dies unmittelbar im Anschluss an das Hearing vom 6.12.2012 geschehen ist und das Protokoll erst am 7.1.2013 von den Mitgliedern gefertigt wurde. Anhaltspunkte dafür, dass dieses Vorbringen unrichtig sein sollte, finden sich in den Vergabeakten nicht.

Soweit im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Jury die Antragstellerin rügt, ein Mitglied der fünfköpfigen Bewertungskommission (Dr. Gerhard Friedrich) sei nicht während des gesamten mit der Antragstellerin durchgeführten Hearings anwesend gewesen, ist sie auf Punkt 23 des Teils A Verfahrensordnung der Ausschreibungsunterlagen zum Ablauf des weiteren Verhandlungsverfahrens zu verweisen. Daraus ergibt sich, dass die Kommission die Aufgabe hatte den Projektleiter sowie die beiden Teilprojektleiter aufgrund der Präsentation und der Beantwortung fachlicher Fragen im Zusammenhang mit der Präsentation zu bewerten. Anschließend an die Beurteilung des zum Einsatz vorgesehenen Personals durch die Kommission war jedoch nicht vorgesehen, dass auch die weiteren Vertragsverhandlungen durch die gesamte Kommission, die die Bewertung des Personals vorgenommen hat, geführt werden. Aus dem Vergabeakt ergibt sich, dass die Kommission bei allen Hearings jeweils vormittags und damit bei den bewertungsrelevanten Teilen vollständig anwesend gewesen ist, nicht jedoch an den nach der Mittagspause einsetzenden Vertragsverhandlungen.

Schließlich macht die Antragstellerin eine ausschreibungswidrige Bewertung der Qualität des Schlüsselpersonals sowie des Vorgehensmodells (Maßnahmenkatalog der Antragstellerin) geltend. Im Wesentlichen führt sie dazu aus, die Jury habe die einzelnen Bewerber miteinander verglichen und nicht jedes Angebot eigenständig bewertet. Weiters seien die Punkte fehlerhaft vergeben worden, die Antragstellerin müsste die volle Punkteanzahl bekommen, wo hingegen das Angebot der Teilnahmeberechtigten im Kriterium Qualität Vorgehensmodell - Maßnahmenkatalog mit null Punkten zu bewerten gewesen wäre. Damit müsste die Antragstellerin im Kriterium Qualität Vorgehensmodell - Maßnahmenkatalog 80 zusätzliche Punkte, im

Kriterium Motivation, Kommunikationsfähigkeit ... 10 zusätzliche Punkte erhalten. Als

Ergebnis dieser von der Antragstellerin vorgenommenen Berechnung müsste sie 978 Punkte, die Teilnahmeberechtigte 792 Punkte erhalten.

Die Antragsgegnerin hat entschieden bestritten, dass die Jury bei der Bewertung einen Vergleich der Bewerber vorgenommen hätte. Die Kommission habe sich an die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gehalten und nach diesen Vorgaben die Bewertung vorgenommen.

Wie die Bewertung beim Zuschlagskriterium Qualität zu erfolgen hatte, wurde von der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen Teil A - Verfahrensordnung unter Punkt 29.3 bis Punkt 29.3.3.2 (über 12 Seiten) eingehend und bis ins Detail beschrieben. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, insbesondere dem Juryprotokoll, hat die Jury die Vorgaben in der Ausschreibung genauestens eingehalten, entsprechend diesen Vorgaben ihre Bewertung vorgenommen und auch jeweils begründet, wie sie zu den einzelnen Punkten, vor allem Zusatzpunkten gekommen ist. Dabei hat nicht jedes einzelne Mitglied eine separate Punktebewertung und eine separate verbale Beurteilung jedes Kriteriums vorgenommen, sondern entsprechend Punkt 29.4 der bestandfest gewordenen

Ausschreibungsbedingungen ist die Bewertung "gemeinschaftlich durch die Bewertungskommission" erfolgt und hat diese "eine gemeinschaftliche verbale Begründung" ausgearbeitet. Diesen Vorgaben hat die Kommission vollkommen entsprochen. Insbesondere hat sie die Vergabe der Zusatzpunkte, wenn auch knapp, nachvollziehbar begründet.

Soweit die Antragstellerin rügt, die Einbringung der EKK in das Projekt im Lichte des internen Projekts der Auftraggeberin "Strategischer Einkauf" sei nicht Bedingung gewesen, dennoch aber von der Kommission bewertet worden, ist sie auf den Inhalt des Protokolls über das mit ihr abgeführte Hearing vom 6.12.2012 zu verweisen, wo unter Punkt 1.4.9. protokolliert wurde, wie sich die Antragstellerin die Einbindung der Einkaufsgenossenschaft der kommunalen Krankenhäuser (EKK) in das Projekt vorstellt. Dazu hat die Antragstellerin lediglich erklärt "zunächst sind die vertraglichen Beziehungen des W-KAV mit der EKK zu prüfen. Gemeinsam mit der EKK und dem AG werden die Sachkosten optimiert, unter Berücksichtigung des BVergG ...".

Damit steht ihr Vorbringen, dass die Frage der Einbindung der EKK nicht Gegenstand der Verhandlungen gewesen wäre, im Widerspruch zum Akteninhalt.

Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, dass zwei von der Teilnahmereberechtigten genannte Subunternehmer an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätten. Die Antragsgegnerin hat dies entschieden bestritten. Anhaltspunkte dafür, dass die beiden genannten Subunternehmer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hätten, konnten im Vergabeakt nicht gefunden werden. Damit ist der von der Antragstellerin bezüglich des Angebotes der Teilnahmereberechtigten behauptete Ausscheidungsgrund auch nicht erwiesen. Dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch deshalb über einen Informationsvorsprung gegenüber der Antragstellerin verfügt hätte, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Worin dieser konkret gelegen sein sollte und wie sich dieser auf die Kalkulation ihres Angebotes ausgewirkt haben sollte, wird auch von der Antragstellerin nicht näher ausgeführt. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass für die Darstellung der Ist-Analyse die Antragstellerin ohnehin die Höchstpunktezahl von 100 Punkten erhalten hat.

Die Antragstellerin macht letztlich geltend, dass die angefochtene Entscheidung nicht den Vorgaben des § 131 BVergG entspricht. Sie erblickt im Text der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung keine konkreten Aussagen, sondern eine Scheinbegründung. Die Antragstellerin macht letztlich geltend, dass die angefochtene Entscheidung nicht den Vorgaben des Paragraph 131, BVergG entspricht. Sie erblickt im Text der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung keine konkreten Aussagen, sondern eine Scheinbegründung.

Die Zuschlagsentscheidung soll einen am Verfahren beteiligten Mitbewerber die Möglichkeit geben, zu beurteilen, ob diese gegen Bestimmungen des Vergaberechts verstößt bzw. ob eine Anfechtung derselben aussichtsreich sein kann. Nach Ansicht des Senates entspricht die der Antragstellerin zugekommene Zuschlagsentscheidung gerade noch den Anforderungen des § 131 BVergG 2006. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf, dass es sich bei einem Teil der Kriterien um subjektive Kriterien handelt, deren Darstellung im Zuge einer Zuschlagsentscheidung nur schwer, wenn überhaupt möglich ist. Die Antragsgegnerin hat die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin bis ins Detail dargestellt und die Überlegungen der Jury zu den Subkriterien beim Kriterium Qualität wiedergegeben. Im Zusammenhang mit den Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen über die Art und Weise der Bewertung war damit die Antragstellerin durchaus in der Lage zu beurteilen, ob die Bewertung ihres Angebotes entsprechend den Ausschreibungsbedingungen erfolgt ist. Die Anführung der Punkte, die die Teilnahmereberechtigte bei den einzelnen Subkriterien erhalten hat, wäre auch ohne Auswirkung auf das Ergebnis des Verfahrens geblieben, weil dadurch keine Änderung in der Reihung der Angebote eingetreten wäre (§ 26 Abs. 2 WVRG 2007). Die Zuschlagsentscheidung soll einen am Verfahren beteiligten Mitbewerber die Möglichkeit geben, zu beurteilen, ob diese gegen Bestimmungen des Vergaberechts verstößt bzw. ob eine Anfechtung derselben aussichtsreich sein kann. Nach Ansicht des Senates entspricht die der Antragstellerin zugekommene Zuschlagsentscheidung gerade noch den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG 2006. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf, dass es sich bei einem Teil der Kriterien um subjektive Kriterien handelt, deren Darstellung im Zuge einer Zuschlagsentscheidung nur schwer, wenn überhaupt möglich ist. Die Antragsgegnerin hat die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin bis ins Detail dargestellt und die Überlegungen der Jury zu den Subkriterien beim Kriterium Qualität wiedergegeben. Im Zusammenhang mit den Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen über die Art und Weise der Bewertung war damit die Antragstellerin durchaus in der Lage zu beurteilen, ob die Bewertung ihres Angebotes entsprechend den Ausschreibungsbedingungen erfolgt ist. Die Anführung der Punkte, die die Teilnahmereberechtigte bei den einzelnen Subkriterien erhalten hat, wäre auch ohne

Auswirkung auf das Ergebnis des Verfahrens geblieben, weil dadurch keine Änderung in der Reihung der Angebote eingetreten wäre (Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007).

Da die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht erwiesen sind, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 29.1.2013 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 29.1.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die Voraussetzungen des Abs. 1 liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die Voraussetzungen des Absatz eins, 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

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; ordnungsgemäße Angebotsprüfung; Zusammensetzung der Bewertungskommission; keine mangelhafte Bewertung; Einhaltung des § 131 BVergG;

Zuletzt aktualisiert am

12.06.2013

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