

TE Verg Bescheid 2013/2/7 VKS-183654/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.02.2013

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 §6

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §229 Abs1 Z7

BVergG 2006 §231

BVergG 2006 §269 Abs1 Z2 und 5

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 § 6 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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 231 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 231 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 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 *** GmbH, ***, vertreten durch Bollmann & Bollmann Rechtsanwaltspartnerschaft in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe des Vertrages zur "Implementierung einer "corporate voice" mittels "text to speech"" durch die Wiener Linien GmbH & Co KG, Engerthstraße 202, 1030 Wien, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 18.12.2012 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 2.1.2013 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. 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, 6, 12 Abs. 3, 163, 165, 169, 229 Abs. 1 Z 7, 231, 269 Abs. 1 Z 2 und 5 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, 6, 12, Absatz 3, 163, 165, 169, 229, Absatz eins, Ziffer 7, 231, 269, Absatz eins, Ziffer 2 und 5 BVergG 2006.

Begründung

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Auftrages "Implementierung einer "corporate voice" mittels "text to speech"". Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 60 Punkten, die Qualität mit 40 Punkten gewichtet ist. Abänderungs- und Alternativangebote waren nicht zulässig. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist im Amtsblatt der EU vom 5.10.2012, Zl. 2012/S 192-316326, ordnungsgemäß erfolgt. Der

Ablauf der Angebotsfrist für die Abgabe der Bieterdaten (2-Kuvert-Verfahren) war der 13.11.2012, 10:45 Uhr. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Am 26.11.2012 fand die Öffnung des zweiten Kuverts mit dem Preisangebot statt. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin preislich als an zweiter Stelle liegend verlesen. Mit Schreiben vom 18.12.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag einer anderen Bieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.12.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die von der Antragsgegnerin für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft auszuscheiden gewesen wäre, da ihr Angebot nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechen würde. So fehle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit, insbesondere an den spezifischen Erfahrungen im TTS-Bereich. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei mangels technischer Leistungsfähigkeit auch nicht in der Lage, die notwendigen Anpassungsarbeiten durchzuführen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auch dann auszuscheiden, sollte sie eine bestimmte Person als Subunternehmer benannt haben, die zuvor in einem aufrechten Dienstverhältnis zur Antragstellerin gestanden wäre. Dieses Dienstverhältnis sei erst kurz vor Angebotsende beendet worden, der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin habe eine Konkurrenz-/Wettbewerbsklausel zu beachten, die es ihm untersage, für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig zu werden. Auch vermutet die Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht nachweisen könne. Schließlich macht sie gelten, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuscheiden gewesen wäre. Letztlich führt die Antragstellerin aus, dass die ihr zugegangene Zuschlagsentscheidung mehrfach gegen die gesetzlichen Vorgaben des § 272 BVergG 2006 verstoße, insbesondere eine verbale Begründung nicht enthalte. Aus den genannten Gründen sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls auszuscheiden, worauf die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müsste. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.12.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die von der Antragsgegnerin für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft auszuscheiden gewesen wäre, da ihr Angebot nicht den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechen würde. So fehle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit, insbesondere an den spezifischen Erfahrungen im TTS-Bereich. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei mangels technischer Leistungsfähigkeit auch nicht in der Lage, die notwendigen Anpassungsarbeiten durchzuführen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auch dann auszuscheiden, sollte sie eine bestimmte Person als Subunternehmer benannt haben, die zuvor in einem aufrechten Dienstverhältnis zur Antragstellerin gestanden wäre. Dieses Dienstverhältnis sei erst kurz vor Angebotsende beendet worden, der frühere Mitarbeiter der Antragstellerin habe eine Konkurrenz-/Wettbewerbsklausel zu beachten, die es ihm untersage, für die präsumtive Zuschlagsempfängerin tätig zu werden. Auch vermutet die Antragstellerin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht nachweisen könne. Schließlich macht sie gelten, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuscheiden gewesen wäre. Letztlich führt die Antragstellerin aus, dass die ihr zugegangene Zuschlagsentscheidung mehrfach gegen die gesetzlichen Vorgaben des Paragraph 272, BVergG 2006 verstoße, insbesondere eine verbale Begründung nicht enthalte. Aus den genannten Gründen sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls auszuscheiden, worauf die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müsste.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sie die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, Recht auf Zuschlagserteilung, Ausscheidung von auszuscheidenden Angeboten von Mitbewerbern, auf verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung sowie auf eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung verletzt. Die Antragstellerin sei an der Erlangung der ausgeschriebenen Leistung interessiert und zu deren Erbringung auch in der Lage. Im Falle der Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung drohe der

Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, Verlust der bisher aufgewendeten Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren sowie letztlich der Kosten für die in Anspruch genommene Rechtsvertretung. Dazu käme noch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 2.1.2013 antragsgemäß erlassen. Dazu kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 8.1.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation fehlen, da deren Angebot aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Die Antragstellerin habe mit ihrem Angebot ein umfangreiches Begleitschreiben abgegeben, in welchem zahlreiche, von der Antragsgegnerin näher bezeichnete, kommerzielle, rechtliche oder technische Bedingungen festgelegt wurden. Dabei handle es sich teilweise um zusätzliche Bedingungen, die in der Ausschreibung gar nicht vorgesehen wären, sodass sich die Antragstellerin damit den Boden für spätere Mehrkostenforderungen bereitet hätte. Mit dem umfangreichen Begleitschreiben habe die Antragstellerin gegen die Allgemeinen Angebotsbestimmungen verstoßen, wonach der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden dürfe. Die von der Antragstellerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen. Zur Bemängelung der Zuschlagsentscheidung bringt die Antragsgegnerin vor, dass in der Ausschreibung eine verbale Begründung der Punkteanzahl bestandfest ausgeschlossen worden sei, die Punkteanzahl mit der Zuschlagsentscheidung jedoch ohnedies mitgeteilt wurde. Die Antragstellerin habe beim Kriterium Qualität die maximal mögliche Punkteanzahl erreicht, nicht jedoch beim Kriterium Preis.

Mit Schreiben vom 9.1.2013 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren als Partei beigetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge beantragt. In der Sache selbst führt sie aus, dass keiner der von der Antragstellerin angezogenen Ausscheidungsgründe vorliegen würde. Auf diese beiden Schriftsätze hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 4.2.2013 repliziert und ihren bereits bekannten Standpunkt weiter ausgebaut. Zu den von der Antragsgegnerin behaupteten Ausscheidungsgründen führt sie allgemein aus, die in ihrem Begleitschreiben enthaltenen Anmerkungen würden keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen darstellen, im Sinne der Judikatur wären die von ihr im Begleitschreiben angeführten Anmerkungen vergaberechtskonform auszulegen, sie habe lediglich versucht darzulegen, auf welcher Basis sie ihr Angebot kalkuliert habe. Soweit die Antragsgegnerin behaupte, die Antragstellerin habe den geforderten Referenznachweis nicht fristgerecht erbracht, treffe das nicht zu. Das Formular für die Nennung des Subunternehmers sei "irrtümlich" unterblieben, die Antragstellerin habe jedoch in ihrem Angebot mehrfach darauf hingewiesen, dass sie sich der Leistungen des Unternehmens *** bedienen werde.

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 grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der anderen Seite mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 7.2.2013 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber im Sinne der §§ 165, 169 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 60 %, die Qualität mit 40 % gewichtet ist. Abänderungsangebote oder Alternativangebote waren nicht zugelassen. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Am 26.11.2012 fand die Öffnung des zweiten Kuverts mit dem Preisangebot (2-Kuvert-Verfahren) statt. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin preislich als an zweiter Stelle liegend verlesen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber im Sinne der Paragraphen 165, 169, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 60 %, die Qualität mit 40 % gewichtet ist. Abänderungsangebote oder Alternativangebote waren nicht zugelassen. Am Vergabeverfahren

hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Am 26.11.2012 fand die Öffnung des zweiten Kuverts mit dem Preisangebot (2-Kuvert-Verfahren) statt. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin preislich als an zweiter Stelle liegend verlesen.

Im Hinblick auf den von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 8.1.2013 erhobenen Einwand hatte sich der Senat zunächst mit der Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin zu befassen. Dabei hat die Nachprüfungsbehörde zu beurteilen, ob Ausscheidungsgründe im Angebot der Antragstellerin vorliegen, die bereits aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbar sind, weil es sich etwa um nicht behebbare Mängel handelt oder bereits vergaberechtskonforme Verbesserungsversuche vorliegen.

Die Antragstellerin hat mir ihrem Angebot ein mit 12.11.2012 datiertes, sechsseitiges, detailliertes Begleitschreiben abgegeben. Dieses Schreiben betrifft einerseits "Anmerkungen/Erläuterungen zu Ihren Bedingungen", andererseits eine Aufstellung der technischen Anforderungen an das Aufnahmestudio, gegliedert in Raum, Aufnahmekanal, Anforderung an Aufnahme und Allgemeines.

Nachstehend werden die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen und die "Anmerkungen/Erläuterungen" der Antragstellerin dazu wiedergegeben, teilweise ergänzt durch Feststellungen aus den Vergabeakten.

In den Besonderen Angebotsbestimmungen wird auf Seite 3 von 15 unter Punkt

1.4 Folgendes festgelegt:

"1.4 Besondere Kalkulationsbedingungen

Ergänzend zu WSTW 9313, Vollständigkeit des Angebotes

Die Angebote sind unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit der angebotenen Lieferungen und Leistungen zu erstellen. Es dürfen daher im Angebot keinerlei Bestandteile oder sonstige Leistungen fehlen, soweit sie für die Betriebsfähigkeit und Wartung der Anlagen im Sinne der Aufgabenerstellung und Leistungsanforderungen erforderlich sind, auch wenn diese in den Unterlagen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Mit den vereinbarten Preisen sind sämtliche nach dem Vertrag bis zu seiner Erfüllung zu erbringenden Leistungen einschließlich der Nebenleistungen abgegolten.

Ergänzend zu WSTW 9313, zusätzliche Leistungen, optimale Anforderungen / Leistungen

Der Bieter erklärt sich bereit, die Dienstleistungen, die den vereinbarten Leistungsumfang abändern oder überschreiten, über Aufforderung des Auftraggebers zu erbringen (Change Request - CR).

Der Bieter hat in seinem Angebot Stunden- und Tagessätze (umfasst 8 Stunden) für allfällig geänderte oder zusätzliche Leistungen als Festpreise anzubieten, die er für die Dauer von 12 Monaten ab Zuschlagserteilung garantiert.

Der Inhalt von CRs ist zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber (Gesamtprojektleiter) abzustimmen und vom Auftraggeber schriftlich (auch per Fax) zu beauftragen. Erst nach dessen Vorliegen der Beauftragung durch den Gesamtprojektleiter ist mit der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer zu beginnen.

Ergänzend zu WSTW 9313, Preise

Die ausgeschriebene Leistung gem. Punkt 2 ist im Angebot als Festpreis auszuweisen. Mit den vereinbarten Preisen sind sämtliche nach dem Vertrag bis zu seiner Erfüllung zu erbringenden Leistungen einschließlich der Nebenleistungen abgegolten.

Spesen

Spesen der Mitarbeiter des Auftragnehmers und allfälliger Subauftragnehmer wie z. B. Fahrtkosten, Nächtigungskosten, Tagesdiäten, Fahrtkostenpauschalen, Fahrtzeit, etc. trägt der Auftragnehmer.

Abgaben

Alle sich aus diesem Vertrag oder der damit verbundenen Tätigkeit des Auftragnehmers ergebenden Abgabenschuldigkeiten mit Ausnahme der Umsatzsteuer und etwaiger Rechtsgeschäftsgebühren trägt der Auftragnehmer. Wird der Auftraggeber für solche Abgaben in Anspruch genommen, wird der Auftragnehmer den Auftraggeber schad- und klaglos halten. Insbesondere ist der Auftraggeber berechtigt, solche Beträge von Entgelten an den Auftragnehmer einzubehalten.

Skonto

Ohne Bindung an eine Zahlungsfrist angegebene Skonto gelten als Preisnachlass.

Preisänderungen bei Modelländerungen

Geräte, die aufgrund von internen Entwicklungszyklen des Auftragnehmers während der Laufzeit des Projektes vom Auftragnehmer verändert werden (Modelländerungen), müssen den angebotenen Geräten funktionell zumindest gleichwertig sein.

Der Einsatz von diesen Geräten aufgrund von Modelländerungen bedarf der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

Aus diesen Modelländerungen dürfen sich keine Mehrkosten für den Auftraggeber ergeben.

Die Detailpreislisten für diese Geräte aufgrund von Modelländerungen sind vom Auftragnehmer nachzuführen.

Klarstellend zu WSTW 9313, Abrechnung der Regieleistungen Abweichend von Punkt 8.2.4 ist die Bezahlung und Verrechnung von Überstundenzuschlägen ausgeschlossen.

Betreuung vor Ort

Der Auftragnehmer stellt sicher, dass eine kompetente und zeitlich flexible Beratung und Betreuung des Auftraggebers vor Ort während des gesamten Projektes gegeben ist.

Aufstellungsvoraussetzungen

Der Auftragnehmer hat Details für die vom Auftraggeber zu schaffenden Installations- und Aufstellungsvoraussetzungen (Räumlichkeiten, Stromversorgung und ähnliches) sowie sonstige Mitwirkungspflichten schriftlich verbindlich innerhalb der vereinbarten Frist bekannt zu geben."

Dazu hat die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben zu den Absätzen "Vollständigkeit des Angebotes; zusätzliche Leistungen; Abrechnung von Regieleistungen und Betreuung vor Ort" Folgendes ausgeführt:

"1.4 besondere Kalkulationsbedingungen

Vollständigkeit des Angebotes

Diesem Passus kann nur dann zugestimmt werden, wenn die Schnittstellen zu Fremdsystemen ausschließlich durch *** festgelegt werden können. Etwaige später erforderliche Nacharbeiten an diesen Schnittstellen sind kostenpflichtig und - unter Berücksichtigung Ihrer Forderung - daher vom Lieferanten des Fremdsystems zu tragen.

Zusätzliche Leistungen

Tagessatz (= 8Stunden) Softwaretechniker	€ 1.744,--
--	------------

Tagessatz (= 8Stunden) Montagetechniker	€ 990,--
---	----------

Abrechnung von Regieleistungen

Da eine Verrechnung von Überstundenzuschlägen ausgeschlossen ist, können auch keine Arbeiten außerhalb der Normalarbeitszeit durchgeführt werden.

Betreuung vor Ort

Diese ist in der Normalarbeitszeit gewährleistet, wobei *** den first-level-support leistet und *** darüber hinausgehende Tätigkeiten durchführt."

Aus der Ausschreibung ergibt sich nicht, dass die Schnittstellen zu Fremdsystemen ausschließlich durch den Auftragnehmer definiert werden. Nach den Besonderen Bestimmungen (Seite 10) ist festgelegt, dass die Entwicklung der Kommunikationsschnittstelle in die Preise einzurechnen ist, wobei die genaue Schnittstellendefinition mit der Erstellung des Pflichtenheftes erfolgt, welches sodann vom Auftraggeber freizugeben ist. Zutreffend ist, dass die Schnittstelle vorweg vom Auftragnehmer definiert wird, die Festlegung der Schnittstelle jedoch der anschließenden Genehmigung durch den Auftraggeber bedarf. Genehmigt der Auftraggeber die Schnittstelle nicht, hat der Auftragnehmer eine neue Schnittstellendefinition vorzunehmen (Protokoll Seite 6).

Zur Verrechnung von Überstundenzuschlägen ist festzustellen, dass die Antragstellerin als Normalarbeitszeit den

Zeitraum Montag bis Donnerstag, 7:30 Uhr bis 16:30 Uhr und Freitag 7:30 Uhr bis 13:00 Uhr vorsieht. Damit steht die Festlegung der Antragstellerin im Widerspruch zu Punkt 3 der Besonderen Bedingungen (Seite 15 Entstörungsdienst), wonach eine Störungsbehebung "werktags montags bis freitags zwischen 7:00 Uhr und 15:00 Uhr" zu erfolgen hat. Dass es sich bei diesen Bedingungen der Antragstellerin um eine Abweichung von den Festlegungen in der Ausschreibung handelt, wurde von ihr in der mündlichen Verhandlung zugestanden (Protokoll Seite 7).

In den Besonderen Angebotsbestimmungen Seite 9 von 15 ist im Kapitel "Aufnahmen" festgelegt:

"Die Aufnahmen werden in einem von Auftraggeber zur Verfügung gestellten professionellen Aufnahmestudio in Wien erzeugt".

Dazu hat die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben ausgeführt:

"2 Technische Beschreibung

Aufnahmen

Wir sind bei unserer Kalkulation davon ausgegangen, dass das zur Verfügung gestellte professionelle Aufnahmestudio in der von uns benötigten Zeitspanne für uns kostenlos und uneingeschränkt zur Verfügung steht. Die von unserer Seite an das Aufnahmestudio gestellten technischen Anforderungen erhalten sie in der Beilage."

Bei dieser Beilage handelt es sich um das Blatt überschrieben mit "TECHNISCHE ANFORDERUNGEN an das Aufnahmestudio", gegliedert in die Kapitel Raum, Aufnahmekanal, Anforderungen an Aufnahme und Allgemeines. Insgesamt werden darin 16 Punkte angeführt, die die Antragstellerin für erforderlich erachtet, um die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können.

Auf Seite 9 von 15 der Besonderen Angebotsbestimmungen ist zur Funktion der TTS-Eingabeplätze unter anderem Folgendes festgelegt:

"Eingabe von Texten aus Textvorlagen oder spontan erstellten Texten ... Mindestens

8 Audiodateien können gleichzeitig generiert und wiedergegeben werden"

Dazu hält die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben fest:

"Funktion der TTS-Eingabeplätze

Die Software der Eingabeplätze ist für die gleichzeitige Ausgabe von acht Audiodateien ausgelegt. Bedingt durch die anforderungskonforme Hardware ist jedoch nur die Ausgabe einer Datei möglich".

Auf Seite 12 von 15 der Besonderen Bedingungen wird von der Antragsgegnerin die Schulung ihrer Mitarbeiter festgelegt. Diese Festlegung lautet wie folgt:

"Die Mitarbeiter der Nachrichtentechnischen Werkstätte (Abt. F57n) der Wiener Linien sollen auf der gelieferten Einrichtung vertieft geschult werden, so dass es diesen möglich ist, sowohl Servicearbeiten selbst durchzuführen als auch Texteinträge im zentralen Wörterbuch selbst bearbeiten zu können.

Die Schulung des Wartungspersonal (Abt. F57n) umfasst:

Instandhaltung und Wartung der rechnergesteuerten zentralen Einrichtung (Hardware).

Instandhaltung und Wartung der rechnergesteuerten zentralen Einrichtung (Software).

Erstellung, Bearbeitung und Zuordnung von Texteinträgen im zentralen Wörterbuch.

Die Schulung dieser Personengruppe für die Instandhaltung und Wartung der Komponenten ist die Grundlage für die selbständige Wartung, den Unterhalt der anzubietenden Komponenten sowie und die Bedienung des Systems.

Die Mitarbeiter der beiden Leitstellen der Wiener Linien sollen auf der gelieferten Einrichtung vertieft geschult werden, so dass es diesen möglich ist Texteinträge im zentralen Wörterbuch selbst bearbeiten zu können.

Die Schulung des Bedienpersonals umfasst:

Erstellung, Bearbeitung und Zuordnung von Texteinträgen im zentralen Wörterbuch.

Die mitgelieferte Dokumentation und deren Handhabung sind als Bestandteil der Ausbildungskurse zu verstehen. Im Angebot sind der Bedarf an Manntagen zur Erreichung des Schulungszieles sowie der Ort der Veranstaltungen

anzugeben. Sollten Schulungen außerhalb Wiens notwendig sein sind die Kosten für Reise und Unterbringung der Mitarbeiter der Wiener Linien in das Angebot aufzunehmen. Bis zu einer Entfernung von 400 km ist eine Bahnfahrt heran zu ziehen, darüber ein Flug. Die Unterbringung vor Ort muss einer europäischen 3-Sterne Kategorie entsprechen."

Dazu enthält das Begleitschreiben folgende Ausführungen:

"Schulung

Für beide Personengruppen haben wir jeweils 1 Tag vorgesehen, wobei wir davon ausgehen dass max. 10 Personen geschult werden müssen.

Sollten über diesen Zeitraum bzw. die genannte Personenzahl hinausgehende Schulungen gewünscht werden, sind wir gerne bereit, Ihnen ein entsprechendes Angebot zu legen.

Eine Schulung außerhalb Wiens ist unserer Ansicht nach nicht erforderlich, bei Bedarf jedoch gegen Kostenersatz möglich."

In der Ausschreibung ist eine zahlenmäßige Einschränkung des Personenkreises, der geschult werden soll, nicht vorgesehen. Um wie viele Personen es sich im Fall der Auftragserteilung handeln wird, konnte von der Antragsgegnerin auch nicht in der mündlichen Verhandlung angegeben werden (Protokoll Seite 8). Eine diesbezügliche Anfrage ist auch von der Antragstellerin vor Angebotsöffnung an die Antragsgegnerin nicht gerichtet worden.

Die Besonderen Angebotsbestimmungen enthalten auf Seite 15 von 15 Festlegungen zum Entstörungsdienst. Diese Festlegungen lauten:

"Entstörungsdienst

Die Anlagenkomponenten sollen möglichst wenig Erhaltungsaufwand benötigen und einfach zu warten sein (modulare Bauweise, etc.). Gleichartige Module müssen untereinander austauschbar und voll kompatibel sein. Störungen und Probleme werden vom Auftraggeber schriftlich (per Mail) an eine vom Auftragnehmer definierte E-Mailadresse gemeldet. Die Störungsbehebung erfolgt innerhalb der Gewährleistung werktags Montag bis Freitag zwischen 07:00 und 15:00 Uhr. In dieser Zeit (Wartungsbereitschaftszeit) ist auch eine Hotline bereitzuhalten. Mit der Störungsbehebung bzw. Korrektur oder Fehlerbehebung muss innerhalb von max. 12 Stunden bzw. am nächsten Werktag vor Ort begonnen werden. Der Bieter gewährleistet, dass eine Reparatur innerhalb von max. 4 Stunden durchgeführt werden kann. Die Kosten des Entstörungsdienstes sind für die Dauer der Gewährleistung in den Einheits- bzw. Pauschalpreisen enthalten."

Dazu hält die Antragstellerin in ihrem Begleitschreiben fest:

"3 Besondere Vertragsbestimmungen

Entstörungsdienst

Um die seitens des Auftraggebers geforderten Entstördienstleistungen erfüllen zu können, müssen die gelieferten Komponenten zwei Mal jährlich durch den Auftragnehmer gewartet werden. Diese Wartung ist seitens des Auftraggebers nach der Inbetriebnahme der Gesamtanlage gesondert zu beauftragen. Sollte keine Beauftragung der Wartung erfolgen, kann die Anforderung des Entstördienstes während der Normalarbeitszeit (Mo-Do 7.30 bis 16.30 Uhr und Fr 7.30 bis 13.00 Uhr) unter den bei den Wiener Linien bekannten Kontaktdaten der Fa. *** erfolgen."

Nach den Ausschreibungsbestimmungen sind die Entstörungsdienstleistungen in die Preise einzurechnen. Im Gegensatz dazu macht die Antragstellerin die Erbringung der Entstörungsdienstleistungen davon abhängig, dass ihr gesondert auch die Wartung der Komponenten übertragen wird. Die Vergabe eines derartigen Wartungsauftrages ist in den Ausschreibungsbestimmungen nicht vorgesehen.

Im Angebotsformblatt WSTW 9281 Teil 2 ist auf Seite 2 von 5 die Leistungsfrist wie folgt geregelt:

"LEISTUNGSFRIST

Die Leistung(en) sind zu den angegebenen Terminen und innerhalb der angegebenen Fristen durchzuführen. Mit der Ausführung der Leistung(en) darf erst nach schriftlicher Beauftragung begonnen werden.

Voraussichtlicher Leistungsbeginn: ... Dezember 2012 ... und

Leistungsfrist ab Vertragsabschluss ... sechs Monate ... "

Anschließend daran finden sich Bestimmungen über die Vertragsstrafe bei Nichteinhaltung der Leistungsfrist. Danach soll für jeden Kalendertag der Überschreitung eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,5 Promille des Gesamtpreises des Angebotes (ohne Umsatzsteuer) vom Gesamtpreis einbehalten werden. Die Vertragsstrafe ist nicht begrenzt.

Dazu enthält das Begleitschreiben der Antragstellerin folgende Ausführungen:

"Angebot

1. 1.Ziffer eins

Punkt Leistungsfrist

Die geforderte Leistungsfrist ist nur dann einhaltbar, wenn die für die Erstellung der CV erforderlichen Aufnahmen in einem Zug ohne Unterbrechungen im erforderlichen Ausmaß durchgeführt werden können und die Sprecherin uneingeschränkt für diese Tätigkeiten zur Verfügung steht. Die Arbeiten mit Fremdgewerken an der Kommunikationsschnittstelle ist - da die Verfügbarkeit der beiden Fremdfirmen von uns nicht beeinflussbar ist - in diesem Zeitraum, nicht inbegriffen. Weiters weisen wir darauf hin, dass bei einem Leistungsbeginn nach dem Dezember 2012 die Lieferfrist vereinbart werden muss.

1. 2.Ziffer 2

Vertragsstrafe

Unter Berücksichtigung des oben genannten können wir die von Ihnen geforderte Pönalisierung der Lieferungen akzeptieren".

In den Ausschreibungsunterlagen ist nicht festgelegt, dass in die Leistungsfrist bestimmte Zeiträume nicht eingerechnet werden, noch, dass die Sprecherin der Auftragnehmerin uneingeschränkt zur Verfügung steht. Auch findet sich keine Regelung in den Ausschreibungsunterlagen, dass die Leistungsfrist bei einem späteren Leistungsbeginn neu zu vereinbaren ist (was aber nach der Natur der Sache notwendig sein wird).

Gemäß Punkt 1.2.3 "technische Leistungsfähigkeit" der allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310 Teil 1, Ausgabe 1.5.2012, die gleichfalls Grundlage für die Angebotserstellung waren, hatten die Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entsprechende Referenzen nachzuweisen. Diese Festlegung hat folgenden Wortlaut:

1. "a)Litera a

Der Bewerber / Bieter hat folgendes Eignungskriterium "Referenzen" nachzuweisen:

Mindestens 1 Referenz/en über die Realisierung einer Custom Voice mittels "text to speech (TTS)" im Bereich eines Verkehrsunternehmens. Das in diesem Verfahren angebotene Produkt (TTS-Engine) muss der in der Referenz angeführten TTS-Engine (oder in einer höheren Release Version) entsprechen. Im Zeitraum der letzten 5 Jahre (gültig ab Fertigstellung)"

Sodann folgt eine Definition, welche Angaben der Nachweis zu enthalten hat.

Abschließend wird in diesem Punkt festgehalten:

"Nur solche Referenzen werden gewertet, die selbst, als Konsortialführer oder im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft als technisch Verantwortlicher und Ausführender bzw. als Subunternehmer erworben wurden. Für den Nachweis ist das Formblatt "Referenz Nachweis" zu verwenden."

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot das von ihr ausgefüllte Referenzformblatt vorgelegt, das jedoch vom Leistungsempfänger nicht unterfertigt ist. Darin wird als Auftraggeber/Leistungsempfänger die Deutsche Bahn "DB Regio", Frankfurt, angeführt. Einen Subunternehmer hat die Antragstellerin in ihrem Angebot nicht genannt. Sie hat jedoch in ihrem Begleitschreiben vom 12.12.2012 ausgeführt,

dass "die Software für den TTS - Teil ... vom technologischen Weltmarktführer ***

(stammt), die Implementierung dieser Software in das Anlagenumfeld erfolgt durch die Firma ***."

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 15.11.2012 die Antragstellerin aufgefordert, ihr den "vom damaligen Auftraggeber/Leistungsempfänger unterfertigen Referenznachweis" zu übermitteln. Diesem

Ersuchen ist die Antragstellerin insoweit nachgekommen, als sie der Antragsgegnerin am 19.11.2012 im E-Mail Weg ein Schreiben der Deutschen Bahn übermittelte und

darauf hinwies, dass "eine Unterschrift des Kunden auf ihrem Excel-Blatt ... diesem

leider nicht möglich" ist. Gleichzeitig wurde angekündigt, das Original des Schreibens der Deutschen Bahn zu übersenden.

Dieses Schreiben der Deutschen Bahn vom 19.11.2012 erliegt in den Vergabeakten. Das Schreiben der Deutschen Bahn ist nicht an die Antragstellerin sondern an ein Unternehmen in Belgien, offenbar eine Niederlassung des Unternehmens ***, gerichtet. Aus dem Inhalt des Schreibens ist klar ersichtlich, dass die Leistungen, die darin erwähnt werden, nicht von der Antragstellerin sondern von der Adressatin des Schreibens als Auftragnehmerin des Referenzprojektes erbracht wurden. Dazu hat die Antragstellerin über Vorhalt des Senates in der mündlichen Verhandlung vom 7.2.2013 (Seite 3) vorgebracht, dass der Referenznachweis auf jenes Unternehmen lautet, das die Software herstellt. Dabei handelt es sich um das Unternehmen ***, ein international tätiger Konzern, der sich mit der Herstellung der Speech-Software beschäftigt. Der Konzern hat mehrere Niederlassungen in Europa, darunter in Belgien. Die Software von Nuance wird von der Antragstellerin verwendet und soll auch beim gegenständlichen Auftrag eingesetzt werden. Die Aufteilung zwischen Software und den sonstigen ausgeschriebenen Leistungen beträgt etwa 70:30. 70% des wertmäßigen Anteils macht die Software aus. Letztlich hat die Antragstellerin zugestanden, dass mit der von ihr vorgelegten Referenzbestätigung bestätigt wird, dass die für den Einsatz vorgesehene Software an sich geeignet ist, es sich aber nicht um eine Bestätigung darüber handelt, dass die Antragstellerin diese Leistungen erbracht hätte. Einen weiteren Referenznachweis hat die Antragstellerin nicht vorgelegt. Nach ihrem Vorbringen hat sie auch vor Angebotslegung keinerlei Aufklärungsersuchen oder Fragen hinsichtlich einzelner Festlegungen in der Ausschreibungsunterlagen an die Antragsgegnerin gerichtet. Die Ausschreibungsunterlagen wurden auch sonst von keinem Interessenten angefochten, sie sind daher bestandfest geworden.

Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 18.12.2012 als Fax zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 28.12.2012, und damit rechtzeitig in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Zu diesen Feststellungen betreffend den Einwand der Antragsgegnerin, der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, gelangte der Senat aufgrund des unbedenklichen Inhaltes der Vergabeakten und, was die Frage des Referenznachweises betrifft, auch aufgrund der Erklärungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die von ihr namhaft gemachte Referenz keine Leistungen bestätigt, die von ihr erbracht worden wären. Aufgrund der Erklärungen des Vertreters der Antragstellerin hält der Senat jedoch dafür, dass von der Antragstellerin dieser Referenznachweis der Deutschen Bahn nur deshalb vorgelegt wurde, um die Tauglichkeit des darin beschriebenen Systems nachzuweisen, nicht aber die Erbringung einer eigenen Leistung vorzutäuschen. Soweit der Senat aus den Ausschreibungsunterlagen bzw. aus dem Begleitschreiben der Antragstellerin Zitate in seine Feststellungen übernommen hat, sind die jeweiligen Fundstellen angegeben.

Aufgrund dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die eine Sektorentätigkeit ausübt (§ 164 BVergG 2006) und zwar als Sektorenauftraggeberin nach § 169 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich des Auftrages zur Implementierung einer "corporate voice" mittels "text to speech". Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei die Qualität mit 40 % und der Preis mit 60 % gewichtet ist. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend 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, die eine Sektorentätigkeit ausübt (Paragraph 164, BVergG 2006) und zwar als Sektorenauftraggeberin nach Paragraph 169, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich des Auftrages zur Implementierung einer "corporate voice" mittels "text to speech". Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei die Qualität mit 40 % und der Preis mit 60 % gewichtet ist. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes

beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend 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 Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 18.12.2012 zugegangen. Der am 28.12.2012 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. a BVergG 2006. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 18.12.2012 zugegangen. Der am 28.12.2012 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, sublit. a 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 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.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war jedoch nicht stattzugeben, da es der Antragstellerin an der dafür erforderlichen Antragslegitimation mangelt.

Gemäß § 20 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 zu Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet, dass ein Unternehmer zur Stellung eines Nichtigerklärungsantrages nur dann berechtigt ist, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen hätte können. Nach ständiger Judikatur des Höchstgerichtes, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn sein Angebot bereits im Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; VKS 21.7.2011, VKS - 6346/11 ua). Ein auszuscheidendes Angebot kommt für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Das bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot rechtskonform ausgeschieden hätte werden müssen, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in seinem Rechten verletzt sein kann. Auch dann, wenn der Auftraggeber selbst diese formellen Ausscheidungsgründe nicht wahrgenommen hat, bleibt es der Nachprüfungsbehörde in einem nachfolgenden Kontrollverfahren unbenommen, diesen Ausscheidungsgrund - sofern er sich aus der Aktenlage klar ergibt - aufzugreifen. Letztlich ist sie zur Prüfung eines Ausscheidungsgrundes immer dann verpflichtet, wenn er von einer Partei ausdrücklich erhoben wird. Wäre das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen (wie vorliegend), fehlt es ihr im Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation (vgl. VwGH Zl. 2007/04/0095 ua). Gemäß Paragraph 20, 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 zu Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet, dass ein Unternehmer zur Stellung eines Nichtigerklärungsantrages nur dann berechtigt ist, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstehen hätte können. Nach ständiger Judikatur des Höchstgerichtes, aber auch der Nachprüfungsbehörden fehlt einem Antragsteller dann die Antragslegitimation, wenn sein Angebot bereits im Vergabeverfahren auszuscheiden gewesen wäre (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; VKS 21.7.2011, VKS - 6346/11 ua). Ein auszuscheidendes Angebot kommt für die Zuschlagsentscheidung von vornherein nicht in Betracht. Das bedeutet, dass ein Bieter, dessen Angebot rechtskonform ausgeschieden hätte werden müssen, durch Rechtswidrigkeiten, die das weitere Verfahren betreffen, nicht in seinem Rechten verletzt sein kann. Auch dann, wenn der Auftraggeber selbst diese formellen Ausscheidungsgründe nicht wahrgenommen hat, bleibt es der Nachprüfungsbehörde in einem nachfolgenden Kontrollverfahren unbenommen, diesen Ausscheidungsgrund - sofern er sich aus der Aktenlage klar ergibt - aufzugreifen. Letztlich ist sie zur Prüfung eines Ausscheidungsgrundes immer dann verpflichtet, wenn er von

einer Partei ausdrücklich erhoben wird. Wäre das Angebot der Antragstellerin im Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen (wie vorliegend), fehlt es ihr im Nachprüfungsverfahren an der Antragslegitimation (vergleiche VwGH Zl. 2007/04/0095 ua).

Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen hat die Antragsgegnerin in Punkt 1.2.3 der Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310 Teil 1, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bestimmte, inhaltlich näher definierte Referenzen verlangt. Damit hat sich die Antragsgegnerin durchaus im Rahmen der Bestimmungen des § 231 BVergG 2006 gehalten. Mit ihrem Angebot hat die Antragstellerin auch eine Referenz namhaft gemacht, jedoch nicht den Vergabeakten beigelegt. Im Rahmen eines vergaberechtlich durchaus zulässigen Verbesserungsverfahrens hat die Antragsgegnerin daraufhin die Antragstellerin zur Vorlage der Referenzbestätigung aufgefordert. Das Verfahren hat dazu eindeutig ergeben - was letztlich auch von der Antragstellerin zugestanden wurde - dass der von ihr vorgelegte Referenznachweis nicht auf die Antragstellerin sondern auf jenes Unternehmen lautet, welches die Software herstellt. Da die Antragstellerin sonst keine weitere Referenz geltend oder einen geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht hat, hat sie damit den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprochen. Damit liegt jedenfalls der Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 vor. Ob der von der Antragsgegnerin genannte Ausschlussgrund des § 229 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, zumal die Antragstellerin durchaus glaubwürdig erklärte, dass sie mit der vorgelegten Bestätigung lediglich die Tauglichkeit des von ihr für den Einsatz vorgesehenen Systems nachweisen wollte. Nach den bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen hat die Antragsgegnerin in Punkt 1.2.3 der Allgemeinen Eignungsanforderungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310 Teil 1, zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bestimmte, inhaltlich näher definierte Referenzen verlangt. Damit hat sich die Antragsgegnerin durchaus im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 231, BVergG 2006 gehalten. Mit ihrem Angebot hat die Antragstellerin auch eine Referenz namhaft gemacht, jedoch nicht den Vergabeakten beigelegt. Im Rahmen eines vergaberechtlich durchaus zulässigen Verbesserungsverfahrens hat die Antragsgegnerin daraufhin die Antragstellerin zur Vorlage der Referenzbestätigung aufgefordert. Das Verfahren hat dazu eindeutig ergeben - was letztlich auch von der Antragstellerin zugestanden wurde - dass der von ihr vorgelegte Referenznachweis nicht auf die Antragstellerin sondern auf jenes Unternehmen lautet, welches die Software herstellt. Da die Antragstellerin sonst keine weitere Referenz geltend oder einen geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht hat, hat sie damit den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprochen. Damit liegt jedenfalls der Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vor. Ob der von der Antragsgegnerin genannte Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, zumal die Antragstellerin durchaus glaubwürdig erklärte, dass sie mit der vorgelegten Bestätigung lediglich die Tauglichkeit des von ihr für den Einsatz vorgesehenen Systems nachweisen wollte.

Ungeachtet dessen, dass bereits der mangelnde Referenznachweis zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin hätte führen müssen, sind auch die weiteren von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe gegeben.

Nach den Ausschreibungsbedingungen war weder die Legung eines Änderungs- noch Alternativangebotes gestattet. Die Bieter hatten sich daher grundsätzlich an die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zu halten. Darauf hat die Antragsgegnerin auch in den Ausschreibungsunterlagen, nämlich den Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Wiener Stadtwerke, WSTW 9310 Teil 2, Punkt 11,1 hingewiesen, wonach "der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen ... weder geändert noch ergänzt werden" darf.

Ungeachtet dessen enthält das Begleitschreiben der Antragstellerin mehrfache Festlegungen und Bedingungen, die eine inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen bedeuten. So hat die Antragstellerin zu Punkt 1.4 der Besonderen Bedingungen erklärt, diesen Festlegungen nur dann zuzustimmen, wenn die von ihr genannte Bedingung zur Schnittstellenfestlegung erfüllt wird. Hinsichtlich der Normalarbeitszeit weicht die Antragstellerin von dem in den Ausschreibungsunterlagen aus den Feststellungen ersichtlichen Umfang ab, was auch von ihr selbst als "eine Abweichung von den Festlegungen in der Ausschreibung" zugestanden wird (Protokoll Seite 7). Wenn die Antragstellerin darlegt, dass sie die Arbeitszeiten abweichend von den Festlegungen in der Ausschreibung anders bemisst und dementsprechend in ihrem Angebot kalkuliert hat, ist damit klar nachgewiesen, dass ein im Verhältnis zu anderen Bietern vergleichbares Angebot nicht gegeben sein kann, da alle anderen Bieter sich offenbar bei der Kalkulation ihres Angebotes an die Arbeitszeitvorgaben in der Ausschreibung gehalten haben. Gleiches trifft für die Forderung der Antragstellerin hinsichtlich des Aufnahmestudios zu. Hingegen vermag der Senat in den Ausführungen

der Antragstellerin zu Punkt 2 der Besonderen Bedingungen "Schulung" keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen zu erblicken. In der Erklärung der Antragstellerin kann vielmehr eine aufgrund der unklaren Fassung der Ausschreibungsunterlagen zu diesem Punkt notwendige Erläuterung erblickt werden, wobei jedoch angemerkt werden muss, dass diese Frage bereits im Vorfeld der Angebotslegung zweckmäßigerweise geklärt hätte werden können. Wenn jedoch die Antragstellerin auch bei diesem Punkt klarstellt, unter welchen Annahmen sie ihr Angebot diesbezüglich kalkuliert hat und angenommen werden muss, dass auch die anderen Bieter keine Kenntnis von der Anzahl der zu schulenden Mitarbeiter der Antragsgegnerin hatten, ist darin zweifellos die Gefahr einer unterschiedlichen Kalkulation und damit im Ergebnis nicht vergleichbarer Angebote gelegen. Durch diese in dem Begleitschreiben enthaltenen Bedingungen und Annahmen liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, das gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Ungeachtet dessen enthält das Begleitschreiben der Antragstellerin mehrfache Festlegungen und Bedingungen, die eine inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen bedeuten. So hat die Antragstellerin zu Punkt 1.4 der Besonderen Bedingungen erklärt, diesen Festlegungen nur dann zuzustimmen, wenn die von ihr genannte Bedingung zur Schnittstellenfestlegung erfüllt wird. Hinsichtlich der Normalarbeitszeit weicht die Antragstellerin von dem in den Ausschreibungsunterlagen aus den Feststellungen ersichtlichen Umfang ab, was auch von ihr selbst als "eine Abweichung von den Festlegungen in der Ausschreibung" zugestanden wird (Protokoll Seite 7). Wenn die Antragstellerin darlegt, dass sie die Arbeitszeiten abweichend von den Festlegungen in der Ausschreibung anders bemisst und dementsprechend in ihrem Angebot kalkuliert hat, ist damit klar nachgewiesen, dass ein im Verhältnis zu anderen Bietern vergleichbares Angebot nicht gegeben sein kann, da alle anderen Bieter sich offenbar bei der Kalkulation ihres Angebotes an die Arbeitszeitvorgaben in der Ausschreibung gehalten haben. Gleiches trifft für die Forderung der Antragstellerin hinsichtlich des Aufnahmestudios zu. Hingegen vermag der Senat in den Ausführungen der Antragstellerin zu Punkt 2 der Besonderen Bedingungen "Schulung" keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen zu erblicken. In der Erklärung der Antragstellerin kann vielmehr eine aufgrund der unklaren Fassung der Ausschreibungsunterlagen zu diesem Punkt notwendige Erläuterung erblickt werden, wobei jedoch angemerkt werden muss, dass diese Frage bereits im Vorfeld der Angebotslegung zweckmäßigerweise geklärt hätte werden können. Wenn jedoch die Antragstellerin auch bei diesem Punkt klarstellt, unter welchen Annahmen sie ihr Angebot diesbezüglich kalkuliert hat und angenommen werden muss, dass auch die anderen Bieter keine Kenntnis von der Anzahl der zu schulenden Mitarbeiter der Antragsgegnerin hatten, ist darin zweifellos die Gefahr einer unterschiedlichen Kalkulation und damit im Ergebnis nicht vergleichbarer Angebote gelegen. Durch diese in dem Begleitschreiben enthaltenen Bedingungen und Annahmen liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor, das gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre.

Nach den dargestellten Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin im Zuge des Vergabeverfahrens nach § 269 Abs. 1 Z 2 und 5 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Damit ist aber auch die Antragslegitimation für das gegenständliche Nichtigerklärungsverfahren nicht gegeben, weshalb der Antrag - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden konnte - zurückzuweisen war. Nach den dargestellten Gründen wäre das Angebot der Antragstellerin von der Antragsgegnerin im Zuge des Vergabeverfahrens nach Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2 und 5 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen. Damit ist aber auch die Antragslegitimation für das gegenständliche Nichtigerklärungsverfahren nicht gegeben, weshalb der Antrag - ohne dass auf die sonst geltend gemachten Rechtswidrigkeiten eingegangen werden konnte - zurückzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.1.2013 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 2.1.2013 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 in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren 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 zu 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 zu Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Zurückweisung mangels Antragslegitimation; mangelnder Referenznachweis; ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot durch Bedingungen im Begleitschreiben;

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2013

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