

TE Verg Bescheid 2012/5/10 VKS-3551/12, VKS-3718/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.05.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

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 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §105

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7 und Abs2

BVergG 2006 §130 Abs1

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 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***, vertreten durch Dr. Gerhard Podovsovnik, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Lieferauftrages "AKH Krankenhausbetten Wien" durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, AKH Wien, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle VAMED-KMB Krankenhausmanagement und Betriebsführungsges.m.b.H., Spitalgasse 23, 1090 Wien, diese vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

A.Verfahren VKS - 3551/12:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibung "Krankenhausbetten AKH Wien" veröffentlicht im Amtsblatt vom 29.3.2011, wird als verspätet zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag, die Festlegung im Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.3.2012 für nichtig zu erklären, wird nicht stattgegeben.

1. 3.Ziffer 3

Der Antrag, die Festlegungen der Antragsgegnerin im Schreiben vom 15.3.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

B.Verfahren VKS - 3718/12:

1. 4.Ziffer 4

Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 23.3.2012 wird abgewiesen.

1. 5.Ziffer 5

Der Antrag "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise der ausschreibenden Stelle möge dem Bieter auch der entstandene Schaden ausnahmsweise zugesprochen werden", wird zurückgewiesen.

1. 6.Ziffer 6

Die im Verfahren VKS - 3718/12 erlassene, einstweilige Verfügung vom 2.4.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 7.Ziffer 7

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 1, 6, 105, 123, 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2, 130 Abs. 1 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 eins, 6, 105, 123, 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, 130, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle VAMED-KMB Krankenhausmanagement und Betriebsführungsges.m.b.H., (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer 3-jährigen Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7 BVergG 2006 mit einem einzigen Unternehmer. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen, waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. Der erste Abruf beläuft sich auf lediglich 170 Betten,

wobei hinsichtlich der weiteren Abrufe keine Abnahmeverpflichtung besteht. Jedoch soll die Ausschreibung die Abdeckung des gesamten Bedarfes des AKH an Krankenhausbetten (ca. 2500 Stück) bezwecken. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit kundgemacht worden. Das Ende der Teilnahmefrist war der 2.5.2011. Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle VAMED-KMB Krankenhausmanagement und Betriebsführungsges.m.b.H., (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer 3-jährigen Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006 mit einem einzigen Unternehmer. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen, waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. Der erste Abruf beläuft sich auf lediglich 170 Betten, wobei hinsichtlich der weiteren Abrufe keine Abnahmeverpflichtung besteht. Jedoch soll die Ausschreibung die Abdeckung des gesamten Bedarfes des AKH an Krankenhausbetten (ca. 2500 Stück) bezwecken. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit kundgemacht worden. Das Ende der Teilnahmefrist war der 2.5.2011.

Die Antragstellerin hat sich mit Teilnahmeantrag vom 29.4.2011 neben weiteren drei Bewerbern am Verfahren beteiligt. Nachdem die von ihr mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Referenzen unzureichend waren, wurde sie von der Antragsgegnerin am 22.6.2011 vorläufig, vorbehaltlich der Nachlieferung eines leserlichen Referenzblattes, zugelassen. Die Antragstellerin hat die Mängel am 2.8.2011 behoben und in der Folge ein Erstangebot gelegt. Da das Erstangebot der Antragstellerin umfangreiche Widersprüche zu den Erstangebotsunterlagen aufgewiesen hat, wurde sie in der Verhandlungsrunde vom 5.10.2011 diesbezüglich um Aufklärung ersucht.

Am 3.2.2012 hat die Antragsgegnerin die Endfassung der Angebotsunterlagen für das Zweitangebot an die Bieter versendet. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 15.3.2012. Bei Sichtung der Referenzen durch die Antragsgegnerin haben sich erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen ergeben, weshalb sie von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.3.2012 zur Behebung der Mängel bis spätestens 15.3.2012 aufgefordert wurde. Über Ersuchen der Antragstellerin wurde diese Frist auf 22.3.2012, 17.00 Uhr erstreckt. Nachdem der Verbesserungsversuch der Antragstellerin fehlgeschlagen ist, hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.3.2012, der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt, dass sie ausgeschlossen wurde und damit aus dem Verfahren ausgeschieden sei.

Erkennbar gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.3.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung "Krankenhausbetten AKH Wien", veröffentlicht im ABIS vom 29.3.2011, der Ausscheidungsentscheidungen und Entscheidungen über die Nachreichung von Referenzen vom 8.3.2012 und vom 15.3.2012 sowie Kostenersatz. Weiters begehrt die Antragstellerin "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise der ausschreibenden Stelle möge dem Bieter auch der entstandene Schaden ausnahmsweise zugesprochen werden, weil die vergebende Stelle den Bieter nur ausgenutzt und getäuscht hatte, um ihn letztendlich aus dem Rennen zu werfen". Im Wesentlichen begründet sie ihr Begehren damit, die Antragsgegnerin habe ein Verhandlungsverfahren ohne tatsächlichen Verhandlungsspielraum geführt und die Bedingungen für jeden Anbieter so unwirtschaftlich gestaltet, dass diese von niemanden angenommen werden können. "Selbst bei der ersten Angebotslegung wurde von der ausschreibenden Stelle gefordert, dass sämtliche Ausschreibungsunterlagen (vollkommen unverhandelt) vollends inhaltlich akzeptiert werden". Sie hält "die Nachprüfung der ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen wegen der Vorgangsweise der vergebenden Stelle und deren mehrfacher vorsätzlicher Täuschung des Bieters" als nach wie vor bekämpfbar und die Anfechtung diesbezüglich nicht für verfristet. Erkennbar gegen diese Entscheidung richtet sich der am 21.3.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung "Krankenhausbetten AKH Wien", veröffentlicht im ABIS vom 29.3.2011, der Ausscheidungsentscheidungen und Entscheidungen über die Nachreichung von Referenzen vom 8.3.2012 und vom 15.3.2012 sowie Kostenersatz. Weiters begehrt die Antragstellerin "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise der ausschreibenden Stelle möge dem Bieter auch der entstandene Schaden ausnahmsweise zugesprochen werden, weil die vergebende Stelle den Bieter nur ausgenutzt und getäuscht hatte, um ihn letztendlich aus dem Rennen zu werfen". Im Wesentlichen begründet sie ihr Begehren damit, die Antragsgegnerin habe ein Verhandlungsverfahren ohne tatsächlichen Verhandlungsspielraum geführt und die Bedingungen für jeden Anbieter so unwirtschaftlich gestaltet, dass diese von niemanden angenommen werden können. "Selbst bei der ersten Angebotslegung wurde von der ausschreibenden Stelle gefordert, dass sämtliche Ausschreibungsunterlagen

(vollkommen unverhandelt) vollends inhaltlich akzeptiert werden". Sie hält "die Nachprüfung der ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen wegen der Vorgangsweise der vergebenden Stelle und deren mehrfacher vorsätzlicher Täuschung des Bieters" als nach wie vor bekämpfbar und die Anfechtung diesbezüglich nicht für verfristet.

Mit Schreiben vom 22.6.2011 sei die Antragstellerin zur Angebotslegung mit Vorbehalt zugelassen worden, sofern noch eine Referenz im Original nachgereicht werde. Diese Referenz sei nachgereicht, damit der Vorbehalt erledigt worden. Im Vorfeld zu diesem Schreiben seien der Antragstellerin intensive Vorhalte zu den Referenzen gemacht worden, diese Referenzen seien mit Sicherheit schon in dieser Phase bis ins Detail geprüft worden. Jedenfalls wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, die Referenzen wesentlich früher eingehend zu prüfen. Dies habe sie nicht getan, sondern sie erst nach Zulassung zur Angebotslegung um Aufklärung zu den von ihr gelegten Referenzen ersucht. Die dabei eingeräumten Fristen seien wesentlich zu kurz gewesen, zumal Auskünfte erst aus dem Ausland hätten beschafft werden müssen. Durch dieses Verhalten sei der Antragstellerin jedenfalls ein Schaden zugefügt worden, zumal sie einen wesentlichen Aufwand betrieben habe, um eigene, neue Prototypen zu produzieren. Wenn die Antragstellerin erst jetzt aus dem Verfahren ausgeschieden werde, handle es sich dabei um einen verlorenen Aufwand, wobei sich die Vorgangsweise der Antragsgegnerin als "eine absichtliche und vorsätzliche Schädigung des kleinen Bieters" darstelle. Die Antragstellerin beziffert den ihr bisher entstandenen Schaden im einleitenden Schriftsatz näher.

Vor allem fühlt sich die Antragstellerin dadurch beschwert, dass ihr von der Antragsgegnerin, trotz der dieser bekannten "angeblichen Referenzprobleme" nur ein extrem kurzer Zeitraum gewährt worden sei, noch dazu unter der Auflage von so gut wie unerfüllbaren Bedingungen und dieser Zeitraum trotz Ersuchens der Antragstellerin unter Hinweis auf die erheblichen Schwierigkeiten der Beschaffung der genannten Referenzen nur um eine sehr kurze weitere Frist verlängert wurde. Bei diesem Schreiben handle es sich um das Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.3.2011, betreffend die Nachreichung von Referenzen, dessen Nichtigklärung im Hinblick auf die kurze, der Antragstellerin eingeräumte Frist, begehrt werde. Mit Schreiben vom 15.3.2012 habe die Antragsgegnerin die Verbesserungsfrist - über Ersuchen der Antragstellerin - auf 22.3.2012, 17.00 Uhr verlängert, was ebenfalls viel zu kurz sei. Deshalb werde auch die Nichtigklärung dieser "Entscheidungen über die Nachreichungen von Referenzen" begehrt.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine faire und angemessene nichtdiskriminierende Ausschreibung, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter sowie durch die Ablehnung einer Fristerstreckung um weitere Tage verletzt. Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei vollkommen willkürlich gewählt und finde keinerlei Deckung in den Ausschreibungsunterlagen. Es gäbe keine Einschränkung, dass Ersatzreferenzen nicht zugelassen sind, wenn es Probleme mit den vorgelegten Referenzen gäbe. Hätte die Antragsgegnerin bereits wesentlich früher die Referenzen geprüft, wären der Antragstellerin nicht so hohe Kosten entstanden. Im Verhalten der ausschreibenden Stelle sei eine bewusste Schadenszufügung zu erblicken und sei der Schadenersatzausschluss in den Ausschreibungsunterlagen "nicht greifend". Es wäre die Aufgabe der Antragsgegnerin gewesen, schon wesentlich früher, schon vor der Zulassung zur ersten Verhandlungsrunde, die Referenzen in der vorliegenden Art zu prüfen und entsprechende Vorhalte zu machen, sowie allenfalls den Bieter schon vor Zulassung zur ersten Verhandlungsrunde auszuschließen. So habe die Antragstellerin einen erheblichen Schaden (der von ihr im einleitenden Schriftsatz näher definiert wird) erlitten, weil sie erheblichen Aufwand betrieben hat, um einen eigenen neuen Prototyp zu produzieren. Dieser am 21.3.2012 eingelangte Nichtigklärungsantrag wurde zu VKS - 3551/12 protokolliert.

Am 26.3.2012 ist ein weiterer Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, der zu VKS - 3718/12 protokolliert wurde, eingelangt und der den gleichen Beschaffungsvorgang betrifft. In diesem Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin unter Wiederholung ihrer im vorangehenden Verfahren gestellten Antrag die Nichtigklärung der Ausschreibung, der Ausscheidungsentscheidungen und Entscheidungen über die unzureichenden Referenzen sowie der Entscheidung der Antragsgegnerin vom 26.3.2012 (richtig wohl: 23.3.2012), die Antragstellerin von der Abgabe des Angebotes und der Abgabe der Musterbetten auszuschließen. Abermals begehrt sie "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise der ausschreibenden Stelle (ihr) auch den entstandenen Schaden ausnahmsweise" zuzusprechen. In diesem Antrag wiederholt sie im Wesentlichen ihr Vorbringen zum Verfahren VKS - 3551/12 und ergänzt es dahingehend, die vergebende Stelle habe klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass alle Punkte des Vergabeverfahrens in einem Verhandlungsverfahren verhandelbar seien. Dass dies unrichtig sei, ergebe sich daraus,

dass im angefochtenen Ausscheidungsschreiben "klipp und klar festgestellt (wurde) dass alle Ausschreibungsbedingungen ohne jegliche Verhandlung vollinhaltlich hätten angenommen werden müssen, um zum Verhandlungsverfahren überhaupt zugelassen zu werden". Wenn nunmehr der Antragstellerin zum Vorwurf gemacht werde, dass ihre Referenzen nicht stimmen und mangelhaft seien, ist der vergebenden Stelle entgegenzuhalten, dass sie die Antragstellerin seit Juni 2011 bis März 2012 im Glauben gelassen habe, dass die Referenzen in der vorgelegten Form in Ordnung wären, vor allem dass die Bestätigungen der Distributoren und der eigenen Lieferbestätigungen direkt an die Spitäler unter Angaben der jeweiligen Kontaktpersonen ausreichend wären. Für die letztlich vorgelegten Referenzen habe die Antragsgegnerin zur Prüfung nur einen Tag benötigt.

Was den Vorwurf anlange, dass das von der Antragstellerin zur Verfügung gestellte Bett nicht in die Waschanlage beim ersten Schnelltest gepasst habe, bilde dies keinen tauglichen Grund für eine Ausscheidung. Die Antragsgegnerin habe mit Schreiben vom 29.9.2011 die Antragstellerin auf den Mangel aufmerksam gemacht, "aber nicht wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ausgeschieden, sondern diese dazu aufgefordert, ein passendes Bett zur Verfügung zu stellen". Dies sei auch geschehen. Es könne jetzt wohl nicht als tauglicher Grund herangezogen werden, dass das Bett nicht gepasst hätte, zumal die Antragsgegnerin in Abweichung zu den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen doch eine Änderung des Bettes zugelassen habe, was auch unverzüglich geschehen sei. Die Säumigkeit müsse sich die vergebende Stelle wohl als Verfristung zurechnen lassen, jedenfalls sei dieser Mangel dadurch geheilt, weil die vergebende Stelle eine Verbesserung zugelassen habe und nicht sofort den Ausschluss der Antragstellerin ausgesprochen hat. Durch diese extrem wankelmütige Vorgangsweise der vergebenden Stelle sei die Antragstellerin von berechtigten Nachprüfungsanträgen abgehalten und laufend beschwichtigt und hingehalten worden.

Die Antragstellerin habe mit ursprünglich 39 Referenzen die Lieferung von 2708 Betten nachgewiesen, wobei die Antragstellerin "während der Verbesserungsphasen mehrere Referenzen wegen der mangelnden Zeit für die geforderten zusätzlichen Informationen nicht liefern" konnte und mehr Zeit benötigt hätte. Diese Zeit sei ihr von der Antragsgegnerin - obwohl dieser die Schwierigkeiten bekannt gewesen seien - nicht eingeräumt worden.

Jedenfalls sei klar, dass die Antragstellerin "ein ausschreibungskonformes Angebot zur Information abgegeben habe und sich dabei vor allem an die Angaben der ausschreibenden Stelle gehalten hat, dass sämtliche Vertragsinhalte der Ausschreibung verhandelbar sind". Im Hinblick darauf sei die Behauptung der Antragsgegnerin, es liege ein unkalkulierbares Erstangebot vor, unrichtig. Durch die mehrfache Verletzung "des EU-Rechts als auch der österreichischen Vergabegrundsätze" sei die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin habe versucht "die höchst innovativen und technisch bestausgestatteten Betten am 26.3.2012 im AKH in der Zentraldesinfektion abzugeben. Die ausschreibende Stelle habe jedoch klar gemacht, dass weder die Betten noch das Angebot angenommen werden. Eine Aufnahme dieses Umstandes (erfolgte) in einem eigens angefertigten Protokoll eines Notars". Dieser habe die Fakten aufgenommen und im Protokoll festgehalten, um zu belegen, dass sowohl die Betten als auch das Angebot am Tag vor der Abgabefrist (27.3.2012) in Wien zur Abgabe bereit gewesen seien.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition im Verfahren VKS - 3718/12 beantragte einstweilige Verfügung wurde antragsgemäß mit Bescheid vom 2.4.2012 erlassen; um Wiederholungen zu vermeiden kann auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides, verwiesen werden.

Im Verfahren VKS - 3551/12 hat die Antragsgegnerin nach Darstellung des Ablaufes des Vergabeverfahrens begehrt, die Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abzuweisen. Sie macht zunächst geltend, die Antragstellerin habe trotz zahlreicher Aufforderungen mehrfach falsche Angaben zu den Referenzen erstattet, weshalb ihr Ausschluss nach § 68 Abs. 1 Z 7 erster Fall BVergG 2006 gerechtfertigt sei. Ein Ausscheidungsgrund liege auch darin, dass sie in ihrem Erstangebot in wesentlichen Teilen von den Verfahrensgrundlagen und dem zwingend zu verwendenden Dokument B-Angebotsschreiben, abweiche. Die Antragsgegnerin habe mehrfach im Zuge des Beschaffungsvorganges ausdrücklich festgehalten, dass Verhandlungsvorschläge nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot erstattet werden könnten. Daran habe sich die Antragstellerin nicht gehalten. Das Erstangebot enthalte unplausibel kalkulierte Preise, weil die Antragstellerin bei der Kalkulation nicht den Vorgaben der Ausschreibung sondern ihren eigenen Vorstellungen in der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsvertrages gefolgt sei. Bei einigen Positionen würden überhaupt Preise fehlen, was für sich allein bereits einen unbehebbarer Mangel im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 bedeute. Das von der Antragstellerin mit dem Erstangebot übermittelte Musterbett hätte nicht dem Schnelltest unterzogen werden können, da es nicht in die Waschanlage gepasst habe. Weiters sei der Ausscheidungsgrund des §

129 Abs. 1 Z 11 BVergG 2006 gegeben, da es die Antragstellerin unterlassen habe, eine Dienstleistungsanzeige nach § 373a Abs. 4 GewO zu erstatten. Im Verfahren VKS - 3551/12 hat die Antragsgegnerin nach Darstellung des Ablaufes des Vergabeverfahrens begehrt, die Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abzuweisen. Sie macht zunächst geltend, die Antragstellerin habe trotz zahlreicher Aufforderungen mehrfach falsche Angaben zu den Referenzen erstattet, weshalb ihr Ausschluss nach Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, erster Fall BVergG 2006 gerechtfertigt sei. Ein Ausscheidungsgrund liege auch darin, dass sie in ihrem Erstangebot in wesentlichen Teilen von den Verfahrensgrundlagen und dem zwingend zu verwendenden Dokument B-Angebotsschreiben, abweiche. Die Antragsgegnerin habe mehrfach im Zuge des Beschaffungsvorganges ausdrücklich festgehalten, dass Verhandlungsvorschläge nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot erstattet werden könnten. Daran habe sich die Antragstellerin nicht gehalten. Das Erstangebot enthalte unplausibel kalkulierte Preise, weil die Antragstellerin bei der Kalkulation nicht den Vorgaben der Ausschreibung sondern ihren eigenen Vorstellungen in der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsvertrages gefolgt sei. Bei einigen Positionen würden überhaupt Preise fehlen, was für sich allein bereits einen unbehebbarer Mangel im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 bedeute. Das von der Antragstellerin mit dem Erstangebot übermittelte Musterbett hätte nicht dem Schnelltest unterzogen werden können, da es nicht in die Waschanlage gepasst habe. Weiters sei der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11, BVergG 2006 gegeben, da es die Antragstellerin unterlassen habe, eine Dienstleistungsanzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO zu erstatten.

Zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen macht die Antragsgegnerin geltend, die Erstangebotsfrist habe am 15.9.2011 geendet, die am 3.2.2012 versendeten Ausschreibungsunterlagen zur Zweitangebotsrunde hätten eine Angebotsfrist bis 15.3.2012 vorgesehen. Die am 21.3.2012 erfolgte Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen sei daher verfristet.

Auch die Anfechtung der Verbesserungsaufforderung vom 8.3.2012 sei verfristet, da eine Anfechtung spätestens bis zum 18.3.2012 hätte erfolgen müssen. Die der Antragstellerin mit Schreiben vom 15.3.2012 gewährte Erstreckung der Verbesserungsfrist um eine Woche sei ausreichend gewesen.

Im Verfahren VKS - 3718/12 hat die Antragsgegnerin ergänzend zu ihrer im Verfahren VKS - 3551/12 abgegebenen Stellungnahme vorgebracht, dass beide Nachprüfungsanträge wesentliche Mängel aufweisen würden. Im Verfahren VKS - 3551/12 habe es die Antragstellerin unterlassen, die konkret angefochtene Entscheidung ausreichend zu bezeichnen. Ebenso habe sie nicht angegeben, in welchen subjektiven Rechten sie durch die angefochtenen Entscheidungen verletzt wäre. Schon aus diesen Gründen wären beide Anträge zurück- bzw. abzuweisen.

Diese Stellungnahme hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.4.2012 beantwortet und ihr bereits bekanntes Vorbringen weiter ausgebaut. Zusammenfassend macht sie geltend, dass die Auftraggeberin im Vergabeverfahren mehrfach ein "wankel-mütiges Verhalten" an den Tag gelegt und die Antragstellerin durch die Beantwortung der Fragen in die Irre geführt hätte, wonach es sich "nicht um ein unverhandelbares Verhandlungsverfahren handelt, sondern der Leistungsinhalt vollkommen verhandelbar ist und zwar seinem gesamten Leistungsinhalt nach". Auch habe die Antragsgegnerin, "obwohl ihr alle angeblich nunmehr behaupteten Unzulänglichkeiten der Referenzen" schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt bekannt waren, diese zunächst voll und ohne Vorbehalt akzeptiert. Es stelle eine Vergaberechtswidrigkeit dar, wenn ein Auftraggeber sich mit der Ausscheidung von Angeboten Zeit lasse, obwohl er die Referenzen, wie sich nachträglich herausgestellt habe, in nur einem Tag prüfen konnte. Die Antragstellerin habe sich mit der erfolgten Zulassung zum Verfahren darauf verlassen, dass diese auch ordnungsgemäß erfolgt sei. Am Ende des Verfahrens sei die Antragstellerin "mit fadenscheiniger Begründung und längst sanierten angeblichen Unzulänglichkeiten, einen Tag nach Ende der Anfechtungsfrist geplanter Weise" ausgeschieden worden. Der dadurch verursachte Schaden für die Bieterin sei besonders krass, weil sie für das gegenständliche Vergabeverfahren drei qualitativ hoch stehende Betten angefertigt und angeliefert hätte.

Mit Schriftsatz vom 4.5.2012 hat die Antragsgegnerin dazu Stellung genommen und beispielhaft zu drei Referenzen ausgeführt, dass sich die Antragstellerin nachgewiesener Maßen falscher Auskünfte bedient habe. So habe etwa die Antragstellerin versucht die Lieferung von 131 Betten, davon 50 waschanlagentauglich, mit Referenzen nachzuweisen. Eine Überprüfung habe ergeben, dass tatsächlich nur 17 Betten, davon keines waschmaschinentauglich, geliefert worden sein dürften.

Vor Eingehen in die mündliche Verhandlung vom 10.5.2012 hat der Senat die beiden Nachprüfungsverfahren gemäß §

39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Akt VKS - 3551/12 wurde dabei als führend erklärt. Vor Eingehen in die mündliche Verhandlung vom 10.5.2012 hat der Senat die beiden Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Der Akt VKS - 3551/12 wurde dabei als führend erklärt.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat zunächst vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs als unstrittige Feststellungen wiedergegeben wurde, ausgegangen. Weiters ist der Senat vom unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten, der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 10.5.2012 ausgegangen. Folgende Feststellungen werden ergänzend getroffen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung nach § 25 Abs. 7 BVergG 2006, mit einem einzigen Unternehmer. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag im Oberschwellerbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen, waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. Der Erstabruf betrifft rund 170 Betten, wobei hinsichtlich der weiteren Abrufe keine Abnahmeverpflichtung besteht, jedoch soll die Ausschreibung die Abdeckung des gesamten Bedarfes des AKH an Krankenhausbetten (ca. 2500 Stück) bezwecken. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht worden. Das Ende zur Abgabe von Teilnahmeanträgen war der 2.5.2011. Die Antragstellerin hat sich neben drei weiteren Bietern mit Teilnahmeantrag vom 29.4.2011 am Verfahren beteiligt. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung nach Paragraph 25, Absatz 7, BVergG 2006, mit einem einzigen Unternehmer. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag im Oberschwellerbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen, waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. Der Erstabruf betrifft rund 170 Betten, wobei hinsichtlich der weiteren Abrufe keine Abnahmeverpflichtung besteht, jedoch soll die Ausschreibung die Abdeckung des gesamten Bedarfes des AKH an Krankenhausbetten (ca. 2500 Stück) bezwecken. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht worden. Das Ende zur Abgabe von Teilnahmeanträgen war der 2.5.2011. Die Antragstellerin hat sich neben drei weiteren Bietern mit Teilnahmeantrag vom 29.4.2011 am Verfahren beteiligt.

Für ihre Teilnahmeanträge hatten die Bieter die Teilnahmeunterlagen in der Version 24.3.2011 zu verwenden. Diese Teilnahmeunterlagen enthalten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Bewerbers nachstehende Festlegungen:

5.2.4 NACHWEIS DER TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT

Der Bewerber muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

Dazu muss der Bewerber als Alleinunternehmer oder als federführendes Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft

*zumindest 2.500 elektrisch bedienbare Krankenhausbetten für den dauerhaften und intensiven Einsatz hinsichtlich sämtlicher Funktionen des Bettes produziert und geliefert haben,

*wobei zumindest 100 dieser elektrisch bedienbaren Krankenhausbetten waschanlagentauglich sein müssen.

Der dauerhafte und intensive Einsatz wird dadurch nachgewiesen, dass diese Krankenhausbetten in Krankenhäuser geliefert wurden, wo täglich mehrfach Patientenmobilisationen - die also über eine Intensivstation und/oder Unfallchirurgie verfügen - stattfinden. Ein Einsatz z.B. in Pflegeheimen, Geriatriezentren oder Sanatorien weist hingegen den geforderten Einsatz jedenfalls nicht nach.

Genannte elektrisch bedienbare Krankenhausbetten müssen in den letzten 3 Jahren ab dem Stichtag: 23.3.2011 zum bestimmungsgemäßen Gebrauch übergeben worden sein.

Dafür hatte ein Bewerber das im Folgenden wiedergegebene Formblatt 7 zu verwenden und entsprechend auszufüllen:

Formblatt 7 -

Eignungskriterium technische Leistungsfähigkeit: Referenzprojekt Bewerber und

Auswahlkriterium:

Anzahl der ausgelieferten waschanlagentauglichen elektrischen Krankenhausbetten

[Für jedes Referenzprojekt ist ein Formblatt 7 auszufüllen und unter Beifügung der Kapitelnummer zu nummerieren]

1. 1.Ziffer eins

Generelle Angaben

1.1 Name des Bewerbers / der Bewerbergemeinschaft:

1.2 Name des Referenzprojektes:

1.3 Name des Auftragnehmers des Referenzprojektes:

1.4 Auftraggeber des Referenzprojektes:

1.6 Auskunftsperson beim Auftraggeber Name/Kontaktadresse/Tel./E-Mail:

2. Referenzprojekt Bewerber

2.1 Name des Krankenhauses, für welches

die elektrisch bedienbaren Krankenhausbetten geliefert wurden:

2.2 Verfügt das Krankenhaus für welches

die elektrisch bedienbaren Krankenhausbetten geliefert wurden über

zumindest eine Intensivstation und/

oder Unfallchirurgie

2.3 Zeitpunkt der Übernahme der elektrisch

bedienbaren Krankenhausbetten

(Lieferung)

2.4 Anzahl der für den dauerhaften und

intensiven Einsatz hinsichtlich sämtlicher

Funktionen produzierten und gelieferten

elektrisch bedienbaren Krankenhausbetten

2.5 Anzahl der übergebenen (gelieferten)

elektrisch bedienbaren Krankenhausbetten die für eine maschinelle Aufbereitung mittels chemothermischer Desinfektionsanlage (Bettgestellwaschanlage)

konzipiert, also waschanlagentauglich sind

1. 3.Ziffer 3

Bestätigung durch den Referenz-Auftraggeber

Bestätigung der Angaben auf diesem Formblatt durch den Referenz-Auftraggeber (Stempel, Unterschrift, Name des Unterzeichners im Klartext):

Vorauszuschicken ist, dass die Antragstellerin bereits die im Amtsblatt der EU vom 29.3.2011, Zl. 2011/S 61-098939 kundgemachte Ausschreibung rechtzeitig angefochten hat und dabei unter anderem auch Punkt 5.2.4 (Technische Leistungsfähigkeit) mit der Begründung bekämpft hat, dass der Nachweis "der technischen Leistungsfähigkeit in unsachlicher und willkürlicher Art und Weise wiederum nur auf Produzenten und Lieferanten von Krankenhausbetten für ausschließlich Krankenhäuser eingeschränkt" wurde. Betten für den Einsatz in Pflegewohnhäusern, Geriatriezentren oder Sanatorien wären damit ausgeschlossen. Dieses Verfahren war zu VKS - 3870/11 anhängig und hat zu einer gütlichen Einigung der Parteien dahingehend geführt, dass das Umsatzerfordernis von Euro 10.000.000,-- auf Euro 5.000.000,-- pro Jahr herabgesetzt und Punkt 5.2.4 zur technischen Leistungsfähigkeit wie oben wiedergegeben, modifiziert wurde. Diese Änderungen wurden mit Berichtigung vom 8.4.2011 kundgemacht.

Obwohl für jedes Referenzprojekt ein Formblatt 7 auszufüllen und unter Beifügung der Kapitelnummern zu

nummerieren war, hat die Antragstellerin mit ihrem Teilnahmeantrag nur ein ausgefülltes Formblatt abgegeben und darin 3 Krankenhäuser ohne nähere Anschriften, an die Betten geliefert wurden, angeführt. Aus dem ausgefüllten Formblatt ist nicht deutlich ersichtlich, wie viel von den von der Antragstellerin angegebenen, ausgelieferten 2708 Krankenhausbetten waschanlagentauglich sind. Nach Öffnung der Teilnahmeanträge und Prüfung derselben hat die Antragsgegnerin unter anderem auch die Antragstellerin wegen Unklarheiten bei den von ihr namhaft gemachten Referenzprojekten zu einer Aufklärung aufgefordert. Dieser Aufklärung ist die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.5.2011 nachgekommen, indem sie unter anderem erklärt, sie vertreibe "ihre Krankenhausbetten an jeweils im Auftragnehmerland ansässige Distributoren (Vertragspartner). Diese beliefern dann je nach Bedarf die einzelnen Spitäler, welche in der beiliegenden englisch-deutschsprachigen Übersetzung bekannt gegeben werden. Die Ausfüllung der Formblätter 7 ist daher nur in der Form möglich, dass nur die jeweiligen Lieferungen an die Distributoren bekannt gegeben werden können und in welcher Menge welche Betten an sie geliefert wurden und an welche Spitäler die Lieferungen durch die Distributoren weiter gegangen sind. Die Kontaktdaten der Distributoren können daher, wie in der Anlage, bekannt gegeben werden. Die weiteren Kontakte und Kontaktdaten von den Spitälern können dann von den Distributoren bekannt gegeben werden". In den Vergabeakten findet sich dazu eine Aufstellung von insgesamt 41 Referenznachweisen über die Lieferung von Krankenhausbetten an "Distributoren" in Tschechien, Weißrussland, Holland, Serbien, Saudi Arabien, Russland und Polen. Dabei ist Lieferort, das Lieferdatum, und die Anzahl der Betten, in Gesamtsumme 2762 Betten, davon waschanlagentauglich 140 angeführt. Am 14.6.2011 wurde die Antragstellerin abermals zur Aufklärung bzw. Verbesserung ihrer Referenzangaben aufgefordert. Schließlich ist die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.6.2011, vorbehaltlich der Nachlieferung des unleserlichen Referenzblattes zur Referenznummer 26 (Tschechien/Stadt Plansko) zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden. Am 2.8.2011 hat die Antragstellerin die Unklarheiten zur Referenznummer 26 beseitigt.

Am 9.6.2011 hat die Antragstellerin zu den 37 Referenzen ein Formblatt 7 vorgelegt und angemerkt, dass bei allen Referenzprojekten Produzent und Lieferant die Antragstellerin sei, es sich jedoch bei den zusätzlich genannten Firmen um ihre Vertriebshändler handle. Ein weiteres Aufklärungsschreiben zu den Referenzen hat die Antragstellerin am 17.6.2011 abgefertigt und dabei 5 Referenzen gestrichen. Unter einem hält die Antragstellerin jedoch fest, dass sie "insgesamt nunmehr Referenzen für 2762 Betten" vorgelegt hat.

Schließlich wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.6.2011 "vorläufig zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Verfahrens" zugelassen. Als Begründung für die se vorläufige Zulassung führt die Antragsgegnerin aus:

"Zwar werden Sie vorläufig zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen, damit Ihr Unternehmen aber für den Zuschlag in Betracht kommt, muss gemäß den §§ 129 Abs. 1 Z 2 iVm 69ff BVergG 2006 Ihre Eignung durch Vorlage der in den Teilnahmeunterlagen und den Verbesserungsschreiben geforderten Unterlagen nachgewiesen werden." "Zwar werden Sie vorläufig zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen, damit Ihr Unternehmen aber für den Zuschlag in Betracht kommt, muss gemäß den Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit 69ff BVergG 2006 Ihre Eignung durch Vorlage der in den Teilnahmeunterlagen und den Verbesserungsschreiben geforderten Unterlagen nachgewiesen werden.

Hinsichtlich Ihrer Eignung besteht jedoch noch folgender Mangel:

"Das nunmehr auf Grund der Verbesserungsaufforderung vorgelegte Formblatt 7 zum angegebenen Referenzprojekt Nr. 26 (es wird jeweils auf die im rechten oberen Eck der Formblätter 7 von Ihnen vorgenommene Nummerierung Bezug genommen) ist nicht leserlich. Es ist daher auch nicht erkennbar, ob die in Punkt 3. geforderte Bestätigung des Auftraggebers vorliegt. Wir ersuchen daher um neuerliche Vorlage dieses Formblattes in gut leserlicher Form."

Die Verbesserung war bis 1.8.2011 vorzunehmen, die Verbesserung wurde von der Antragstellerin am 2.8.2011 vorgenommen.

Gleichzeitig ist die Antragstellerin mit diesem Schreiben aufgefordert worden, eine Ortsbesichtigung und eine Besichtigung der Bettengestellwaschanlage vorzunehmen und diesbezüglich eine Terminvereinbarung zu erzielen.

Am 29.6.2011 haben vier Mitarbeiter der Antragstellerin die Bettengestellwaschanlage des AKH Wien besichtigt.

Die Erstangebotsrunde hat am 15.9.2011 geendet. Die Antragstellerin (ebenso wie die anderen Bieter) hatten zur Erstellung ihrer Angebote die Ausschreibungsunterlagen A-Verfahrensgrundlagen, B-Angebotsschreiben, C-Rahmenvereinbarung und E-Leistungsverzeichnis, jeweils in der Version 22.6.2011, zu verwenden. Diese

Ausschreibungsunterlagen wurden weder von der Antragstellerin noch den anderen Bietern angefochten.

Das Ende der Angebotsfrist war der 1.8.2011, 10.00 Uhr. Für August und September 2011 waren Angebots- und Verhandlungsrunden angekündigt, die Zuschlagsentscheidung sollte am 14.11.2011 erfolgen.

Im Zeitraum vom 22.6.2011 (Zulassung zur zweiten Angebotsrunde) bis zur Öffnung der Erstangebote am 15.9.2011 haben sich die Bieter, vor allem die Antragstellerin mit zahlreichen Anfragen an die Antragsgegnerin gewandt. Die Fragen und deren Beantwortung sind im Ordner 2 der Vergabeakten dokumentiert.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Erstangebot gelegt. In der Folge hat die Antragsgegnerin insgesamt drei Anfragen an die Bieter mit dem Ersuchen um Aufklärung gestellt. Sowohl die Anfragen als auch die Antworten der Bieter sind in den Vergabeakten, Ordner 4, dokumentiert.

Am 21.12.2011 hat die Antragsgegnerin die Entwürfe der Ausschreibungsunterlage für die zweite Angebotsrunde an die Bieter versandt. Ende Jänner 2012 haben Bietergespräche zur Erläuterung der Entwurfsfassung der Zweitangebotsunterlagen stattgefunden.

Die Endfassung wurde am 3.2.2012 an die Bieter versendet, das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 15.3.2012.

Für die Legung der Erstangebote waren die Dokumente A-Verfahrensgrundlagen und E-Leistungsverzeichnis jeweils in der Fassung vom 23.8.2011 zu verwenden. Mit diesem Datum wurden die geänderten Ausschreibungsunterlagen an die Teilnehmer versendet und das Ende der Erstangebotsfrist auf 15.9.2011 erstreckt. Entsprechend adaptiert wurde auch der weitere, im Abschnitt A-Verfahrensgrundlagen unter Punkt A.1.3 festgelegte Zeitplan zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens.

Mit E-Mail vom 18.1.2012 wurden die Bieter auf die Möglichkeit einer weiteren Besichtigung der Bettengestellwaschanlage aufmerksam gemacht.

Nach Durchführung eines Hearings zu den Zweitangebotsunterlagen hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3.2.2012 die geänderten bzw. ergänzten Ausschreibungsunterlagen für die zweite Angebotsrunde versendet. Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus den Dokumenten A-Verfahrensgrundlagen, B-Angebots schreiben, C-Rahmenvereinbarung, D-Leistungsvertrag und E-Leistungsverzeichnis. Als Angebotsfrist war zunächst der 29.2.2012 vorgesehen. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit E-Mail vom 6.2.2012 auf 15.3.2012, 10.00 Uhr (Einlagen) richtig gestellt.

Noch vor Ende der Angebotsfrist 15.3.2012 haben sich für die Antragsgegnerin bei Sichtung der Referenzen der Antragstellerin erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Antragstellerin ergeben. Daraufhin hat die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen vertieft geprüft und dabei mehrere Mängel festgestellt. Mit Schreiben vom 8.3.2012 ist die Antragstellerin zur Behebung dieser Mängel bis spätestens 15.3.2012 aufgefordert worden. Diese Aufforderung zur Mängelbehebung hat nahezu alle Referenzen, die von der Antragstellerin gelegt wurden, betroffen. Überwiegend hat die Antragsgegnerin bemängelt, dass bei den abgegebenen Referenzblättern die Anführung des jeweiligen konkreten Krankenhauses samt Kontaktdaten des Krankenhauses und einer Kontaktperson des Krankenhauses fehlen, Bestätigungen des jeweiligen Krankenhauses über die im Formblatt 7 verlangten Informationen oder sonstige Belege dafür fehlen und dass bei den jeweiligen Referenzen aus Polen, Saudi Arabien, Russland und Weißrussland eine Lieferung nicht durch den jeweiligen Vertriebshändler, sondern direkt durch die Antragstellerin erfolgte. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin um Vorlage einer, durch das jeweilige Krankenhaus unterfertigten Auftraggeberbestätigung Formblatt 7 ersucht. Alle Mängel wurden in dem 4seitigen Schreiben genau unter Bezeichnung der Referenz angeführt. Im vorletzten Absatz dieses Schreibens hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass es im Hinblick auf das fortgeschrittene Verfahren "nicht mehr möglich ist, weitere/andere Referenzprojekte nachzureichen. Nach dem Ablauf der gegenständlichen Aufklärungs- und Verbesserungsfrist werden auch keine weiteren Aufklärungs- und Verbesserungsersuchen erfolgen". Das Ende der Frist zur Aufklärung/Verbesserung war der 15.3.2012.

Über Ersuchen der Antragstellerin vom 14.3.2012 hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.3.2012 die Verbesserungsfrist auf 22.3.2012, 17.00 Uhr erstreckt und dabei auch die Vorlage neuer Referenzen gestattet.

Mit Schreiben vom 22.3.2012 hat die Antragstellerin der Aufforderung zur Verbesserung bzw. Mängelbehebung wie folgt entsprochen:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Hiermit nehme ich im Namen meiner Mandantin in Bezug auf die letzte Fristenstreckung bis heute 17 Uhr Stellung. Innerhalb offener Frist darf ich Ihnen daher wie folgt antworten:

Meine Mandantin war sehr bemüht, alle geforderten Daten nochmals zu überprüfen. Es werden nochmals alle bisher vorgelegten Referenzen 1-40 sowie eine weitere Referenz Nr 41 vorgelegt. Diese enthalten die geforderten weiteren näheren Detailinformationen.

Die Angaben meiner Mandantin waren bisher richtig und sind es nach wie vor. Es liegen 140 waschanlagentaugliche Referenzen sowie Referenzen für 3.107 elektrisch bedienbare Krankenhausbetten vor. Die Irak Referenz dient nur zusätzlich zur Information, dass meine Mandantin in der Lage ist 1.000 Krankenhausbetten an ein Spital zu liefern.

Aufgrund der weitfortgeschrittenen Zeit und der Notwendigkeit nunmehr sich endlich dem extrem zeitintensiven Anbieten und der Finalisierung der drei Sonder Spezialmusterbetten, welche mit höchster Qualität bereits hergestellt sind, wird meine Mandantin entsprechend das Angebot legen und die drei Musterbetten zur Verfügung stellen samt dem geforderten Sonderzubehör.

Die Basis der Kooperation mit den Distributoren meiner Mandantin ist wie folgt:

Wie schon berichtet arbeitet meine Mandantin auf der Basis exklusiver Distributionsverträge in Russland - RusLin. Ltd (Referenzen 10, 11, 12). Meine Mandantin kann den entsprechenden Vertrag gerne zur Verfügung stellen, wobei dieser aber übersetzt werden müsste in die deutsche Sprache und hierfür noch etwas Zeit benötigt würde, wenn es angefordert wird. Nach den Regeln (Gesetz in Russland) haben die Spitäler nicht die Erlaubnis Dokumente zu stempeln, die sie selbst nicht benötigen.

*** (Referenzen 5, 6, 7, 40)

Diese Gesellschaft arbeitet mit meiner Mandantin ebenfalls als exklusiver Partner in seinem Land, *** macht Geschäfte mit ihm für bestimmte Projekte.

*** (Referenz 3)

Diese Gesellschaft arbeitet mit meiner Mandantin ebenfalls als exklusiver Partner in seinem Land, *** macht Geschäfte mit ihm für bestimmte Projekte.

*** (Referenz 13-22)

Diese Gesellschaft arbeitet mit meiner Mandantin ebenfalls als exklusiver Partner in seinem Land, *** macht mit ihm für bestimmte Projekte.

*** (Referenzen 1,2)

Arbeitet mit meiner Mandantin als ihr Geschäftspartner für bestimmte Projekte und verkauft dann die Produkte in der Tschechischen Republik direkt zu den Kunden (Spitäler oder Pflegeheimen)

*** (Referenz 9)

Arbeitet mit meiner Mandantin als ihr Geschäftspartner für bestimmte Projekte und verkauft dann die Projekte in der Tschechischen Republik direkt zu den Kunden (Spitäler oder Pflegeheimen)

Dies bedeutet nach den letzten Informationen meiner Mandantin, dass die Kunden meiner Mandantin (die Distributoren) die Aufträge bearbeitet und nicht die Spitäler.

Basis der Zusammenarbeit mit Spitälern:

In der Tschechischen Republik verkauft *** direkt an Spitäler. Einige der Spitäler in gewissen Regionen haben "Holdings" (Referenz 24) für ein paar Spitäler.

Dies bedeutet der direkte Partner der *** ist das Spital.

Einige der Spitäler wollten meine Mandantin in der gesetzten Frist keinen Stempel oder eine Unterschrift auf die Dokumente geben, aber auf allen Dokumenten sind die kompletten Kontaktdetails genannt und die Spitäler sind offen mit jemandem vom AKH zu sprechen.

Hinsichtlich der Lieferscheine, hier sind auf den meisten die Unterschriften durch die Fahrer enthalten.

Meine Mandantin würde bevorzugen, dass die Spitäler kontaktiert oder die Spitäler auf den angegebenen Webseiten zu kontrollieren. Die Spitäler können unter den angegebenen Kontaktdaten jedenfalls die Anlieferung der Betten der *** bestätigen und bekanntgeben, dass sich die Betten von *** im jeweiligen Spital befinden.

In der Anlage werden die aktualisierten Dokumente übermittelt:"

Diesem Schreiben waren 41 Kopien von ausgefüllten Formblättern 7 sowie eine dreiseitige Tabelle angeschlossen. In der Tabelle, Seite 3 hat die Antragstellerin die Anzahl der von ihr gelieferten Betten mit 3071, davon 140 waschanlagentauglich, angegeben.

Auch in diesem letzten Schreiben ist es der Antragstellerin nicht gelungen, die von der Antragsgegnerin behaupteten zahlreichen Mängel zu beheben. Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.3.2012 die Antragstellerin gemäß § 68 BVergG 2006 vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, bzw. deren Angebot nach § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Auch in diesem letzten Schreiben ist es der Antragstellerin nicht gelungen, die von der Antragsgegnerin behaupteten zahlreichen Mängel zu beheben. Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.3.2012 die Antragstellerin gemäß Paragraph 68, BVergG 2006 vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, bzw. deren Angebot nach Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden.

Die Antragstellerin ist in ihrem Erstangebot in wesentlichen Teilen von dem gemäß Punkt A.3.2.2 des Dokuments A-Verfahrensgrundlagen zu verwendenden

Dokument B-Angebotsschreiben wie folgt abgewichen:

Folgende Passagen des Formulars B-Angebotsschreiben fehlen:

*"Unserem Angebot liegen die Ausschreibungsunterlagen in der zum heutigen Tage letzten Fassung zu Grunde. Diese Ausschreibungsunterlagen und die darin enthaltenen Bedingungen akzeptieren wir vorbehaltlos."

*"Wir werden folgende Personen für die Funktionen "Ansprechpartner" und "Ansprechpartner Stellvertreter " einsetzen; [vollständiger Name; Anschrift und Angabe der Funktion innerhalb des Unternehmens des Bieters]"

*"2. Preise: Wir bieten die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen zu den in den Ausschreibungsunterlagen genannten Bedingungen und den im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Preisen verbindlich an."

*"Wir sind während der Zuschlagsfrist an dieses Angebot gebunden. Die Zuschlagsfrist beträgt fünf Monate und beginnt mit Ablauf der Angebotsfrist zu laufen. Für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens wird der Fortlauf der Zuschlagfrist gehemmt."

*"Rücksprachen und Korrespondenz sind mit unserem im Teilnahmeantrag benannten "bevollmächtigten Vertreter" zu führen.1"

*"Es ist uns bewusst, dass Angebote, die von den Ausschreibungsbestimmungen abgehen, ausgeschieden werden."

Weiters fehlen die Erklärungen Nr 1.), 5.), 6.), und 7.) des Formblattes B-Angebotsschreiben:

"Wir erklären, dass

1. 1.Ziffer eins

wir (gemeinsam mit unseren Subunternehmern) alle Voraussetzungen für die Übernahme der Vertragspflichten erfüllen und über die für die Erbringung der Leistung notwendigen Berechtigungen verfügen [..]

1. 5.Ziffer 5

wir die zu erbringenden Leistungen sowie die damit verbundenen Aufwände und Kosten mit der für die Erstellung eines Angebotes erforderlichen Genauigkeit beurteilen können, und dass die Ausschreibungsunterlagen sohin alle für die Erstellung und Kalkulation eines verbindlichen Angebots erforderlichen Angaben bzw. Unterlagen enthalten haben;

2. 6.Ziffer 6

wir alle weiteren Umstände und Voraussetzungen zur Legung eines angemessenen und verbindlichen Angebotes geklärt haben;

1. 7.Ziffer 7

wir sohin ab Beginn der Zuschlagsfrist ausdrücklich auf die Anfechtung unseres Angebotes und der angebotenen Verträge wegen Irrtums sowie Wegfall oder Nichteintritt der Geschäftsgrundlage im gesetzlich größtmöglichen Umfang verzichten.

Darüber hinaus wurden im Angebotsschreiben nachstehende Hinzufügungen (im Folgenden fett markiert) im Vergleich zur Vorlage B-Angebotsschreiben durchgeführt:

*"ein verbindliches Angebot zum Abschluss einer laut Fragenbeantwortung noch aus zu verhandelnden Rahmenvereinbarung."

*"Nach Durchführung entsprechender Verhandlungsrunden und entsprechender Festlegung der konkreten Bedingungen der noch auszuverhandelnden Verträge werden wir "Partner" der noch auszuverhandelnden Rahmenvereinbarung samt den noch auszuverhandelnden Beilagen und Bedingungen."

*".. Ausschreibungsunterlagen geprüft haben und diese noch nach den Fragebeantwortungen auszuverhandeln sind."

*"..mitgeteilt haben und die Antwort erhalten haben, dass alles verhandelbar ist."

*"Wir halten fest, dass unser Angebot nicht von den Ausschreibungsunterlagen abweichen kann, weil uns In der Fragenbeantwortung ausdrücklich mitgeteilt wurde, dass alle Punkte im Verhandlungsverfahren In den einzelnen Runden verhandelbar sind."

*"Weiters halten wir fest, dass Nirosta eine wesentlich härtere Oberfläche als andere Produkte hat und widerstandsfähiger gegen andere mechanische Beschädigungen ist. Nirosta ist stärker und hat größere Ladekapazitäten wie andere Produkte. Nirosta hat auch eine längere Lebensdauer. Aluminium hat hingegen den erheblichen Nachteil einer Oxidation und erheblicher Korrosion im Inneren."

Im Begleitschreiben vom 2.9.2011 wird entgegen der Bestimmung zu Punkt 4.3. des E-Leistungsverzeichnisses, wonach die Ersatzteilkosten auch die Lieferung, Disposition, Verwaltung, Inventur etc. umfassen, ausgeführt, dass der Preis für die durchschnittlichen Kosten für Ersatzteile ohne die Verpackung, die Transportkosten und Servicearbeiten angegeben wird.

Durch diese Abweichungen, Änderungen und Ergänzungen der Ausschreibungsunterlagen verletzt die Antragstellerin Punkt A.3.2.2 der Verfahrensgrundlage, wonach innerhalb der Erstangebotsfrist ein ausschreibungskonformes Erstangebot abzugeben war.

Nach den Ausschreibungsunterlagen konnten Verhandlungsvorschläge nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot erstattet werden. Dies hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Zuge des Verhandlungsverfahrens mehrfach erklärt, wozu auf die Fragebeantwortungen 27a, 27b, 49a, 49b, 50g, 52b und 78 durch die Antragsgegnerin hingewiesen wurde (Fragebeantwortungen erliegend im Ordner 5). Dass die Antragstellerin ihrem Erstangebot nicht die Ausschreibungsunterlagen zugrunde gelegt hat, ergibt sich auch aus der Verhandlungsschrift vom 1.2.2012 (Ordner 5), wo sie in Punkt 41 dargelegt hat, dass das Angebot mit "Standardlieferbedingungen von Montag 15.00 Uhr Nachmittag bis Freitag, 8.00 Uhr Vormittag kalkuliert ist und dass für den Fall der Auslieferung während des Wochenendes (wie es in der Ausschreibung gefordert ist) der Preis je Krankenhaus erhöht werden muss". Auch der im Punkt 67 der Niederschrift wiedergegebene Standpunkt der Antragstellerin, wonach die Preise

des Angebotes "bezeichnet sind DAP Wien, AKH Hospitals ... die Betten würden

zum Spital (Umladezone) geliefert werden. Die Umladung würde vom Personal des Spitals vorgenommen werden", widerspricht den Ausschreibungsunterlagen.

In den Positionen 4.3.07 (Ersatzteil: Seitengittergelenk) und 4.3.08 (Steuerungsplatine bzw. Steuerung) hat die Antragstellerin im Erstangebot keine Preise eingesetzt.

Das von der Antragstellerin abgegebene Musterbett konnte einem Schnelltest, wie er in den Ausschreibungsunterlagen verlangt wird, nicht unterzogen werden, weil es nicht in die Waschanlage gepasst hat. Nach nochmaliger Abnahme von Naturmaßen hat die Antragstellerin ein neues, waschanlagenkonformes Angebotsmuster hergestellt und versucht, dieses bei der Antragsgegnerin abzugeben.

Unstrittig ist, dass die Antragstellerin eine Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO nicht erstattet hat. Unstrittig ist, dass die Antragstellerin eine Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO nicht erstattet hat.

Die Frist zur Abgabe der Erstangebote hat am 15.9.2011 geendet. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 29.3.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Aufforderung zur Verbesserung bzw. Mängelbehebung bezüglich der von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen vom 8.3.2012 ist ihr am gleichen Tage zugekommen. Die Verbesserungsaufforderung vom 15.3.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der gegen diese beiden Schreiben gerichtete Antrag auf Nichtigerklärung ist am 21.3.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Ausscheidungsentscheidung, die von der Antragstellerin zu VKS - 3718/12 angefochten worden ist, ist ihr am 23.3.2012 zugekommen. Der Nichtigerklärungsantrag ist am 26.3.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den unbedenklichen Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie, was den chronologischen Ablauf der einzelnen Schritte im Vergabeverfahren anlangt, auf das Vorbringen der Parteien. Danach war vor allem als erwiesen anzunehmen, dass die Antragstellerin weder die Teilnahmebedingungen noch Festlegungen der Antragsgegnerin im zweiten Abschnitt des Vergabeverfahrens bis zum Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.3.2012 angefochten hat (Vergabeakten und Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 10.5.2012, Seite 3). Aus den Vergabeakten, insbesondere aus den mehrfachen Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin geht eindeutig hervor, welche Probleme die Antragstellerin mit den von ihr vorgelegten Referenzen hatte. Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung

vom 10.5.2012 ergänzend vorgebracht, sie habe "als Referenzen ... ausschließlich

Bestätigungen von Distributoren, die Betten von uns bezogen haben und dann an die einzelnen Spitäler verteilt haben, abgegeben. Diese Distributoren haben uns bestätigt, dass sie selbst oder Unterhändler diese Betten an die jeweiligen Spitäler geliefert haben. Aufgrund unseres Vertriebssystems erklärt sich auch, dass die Antragsgegnerin auf ihre Anfragen bei den einzelnen Spitälern keine entsprechenden Antworten erhalten hat, weil gefragt wurde, ob meine Mandantschaft (Antragstellerin) diese Betten direkt an die Spitäler geliefert hat. Tatsächlich ist aber die Lieferung über Distributoren erfolgt" (Protokoll Seite 4). Damit bestätigt die Antragstellerin jedoch, dass sie das für die Referenzen zu verwendende Formblatt 7 nicht entsprechend ausgefüllt hat, weil dort ausdrücklich verlangt war anzugeben, an welche Krankenanstalt die Lieferung der Krankenhausbetten erfolgt ist. Dass die Antragstellerin ein Erstangebot mit deutlichen Abänderungen zu den Ausschreibungsunterlagen abgegeben hat, ergibt sich aus der in den Feststellungen wiedergegebenen Gegenüberstellung der Ausschreibungsunterlagen zum Angebot. Die Fundstellen dazu wurden in den Feststellungen angegeben. Vor allem ist aus dem Erstangebot der Antragstellerin eindeutig zu ersehen, dass sie nicht das in der Ausschreibungsunterlage Teil E vorgegebene Angebotsformular sondern ein vollkommen eigenständiges Angebotsformular verwendet hat, das in zahlreichen wesentlichen Punkten von den vorgegebenen Ausschreibungsunterlagen abweicht. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich eindeutig, dass Alternativangebote oder Teilangebote nicht abgegeben werden konnten.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 2 BVergG 2006, mit einem einzigen Unternehmer. Die Rahmenvereinbarung soll eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren haben, mit einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre. Es handelt sich dabei um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen und waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. 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 eins, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006, mit einem einzigen Unternehmer. Die Rahmenvereinbarung soll eine Gültigkeitsdauer von drei Jahren haben, mit einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre. Es handelt sich dabei

um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich zur Beschaffung von elektrisch betriebenen und waschanlagentauglichen Krankenhausbetten samt Zubehör. 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 Entscheidungen als auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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. Die Anträge entsprechen auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. 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 Entscheidungen als auch den ihr drohenden Schaden gerade noch ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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. Die Anträge entsprechen auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die zu VKS - 3551/12 und VKS - 3718/12 protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung näher bezeichneter Entscheidungen der Antragsgegnerin sind jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

Zu den im Verfahren VKS - 3551/12 gestellten Anträgen:

Die Antragstellerin hat zunächst begehrt, die Ausschreibung "Krankenhausbetten AKH Wien", europaweit kundgemacht am 29.3.2011, für nichtig zu erklären. Erkennbar bekämpft die Antragstellerin damit die Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen sowie die Aufforderung zur Angebotslegung für das Erstangebot vom 22.6.2011. Dies ergibt sich aus der Argumentation der Antragstellerin, bei Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes hätte sie auf die Möglichkeit zu verhandeln verzichten müssen.

Gegenständlich handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. In einem derartigen Vergabeverfahren sind gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nichtzulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. Gegenständlich handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. In einem derartigen Vergabeverfahren sind gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nichtzulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw.

während der Angebotsfrist ... gesondert anfechtbar. Nach § 24 Abs. 4 WVRG 2007 während der Angebotsfrist ... gesondert anfechtbar. Nach Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007

müssen Anträge auf Nachprüfung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahmefrist angefochten werden. Die Teilnahmefrist hat am 2.5.2011 geendet.

Soweit in dieser Anfechtung auch das Begehren erblickt werden kann, dass die der Aufforderung zur Angebotslegung für das Erstangebot zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen als nichtig angefochten werden, hat die Frist zur Abgabe der Erstangebote am 15.9.2011 geendet. Auch die dieser Aufforderung zur Angebotslegung zugrunde

liegenden Ausschreibungsbedingungen hätten gemäß § 24 Abs. 4 WVRG 2007 spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angefochten werden müssen. Soweit in dieser Anfechtung auch das Begehren erblickt werden kann, dass die der Aufforderung zur Angebotslegung für das Erstangebot zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen als nichtig angefochten werden, hat die Frist zur Abgabe der Erstangebote am 15.9.2011 geendet. Auch die dieser Aufforderung zur Angebotslegung zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen hätten gemäß Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007 spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angefochten werden müssen.

In beiden Fällen ist die Anfechtung dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung erst mit Nachprüfungsantrag vom 21.3.2012 und damit eindeutig verspätet, erfolgt. Für die Argumentation der Antragstellerin, die Ausschreibung sei so mangelhaft, dass eine Verfristung ausgeschlossen sei, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Es war daher der diesbezügliche gestellte Antrag auf Nichtigerklärung als verspätet zurückzuweisen (Spruch Punkt 1).

Die Antragstellerin begehrt weiters die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin über die Nachreichung von Referenzen vom 8.3.2012, welche ihr am gleichen Tage im Faxwege zugekommen ist. In diesem Schreiben wird die Antragstellerin von der Antragsgegnerin aufgefordert Referenzen nachzureichen bzw. Aufklärungen zu von ihr gelegten Referenzen zu geben. Soweit man in diesem Schreiben eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne einer "sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist" erblicken will, erweist sich die mit dem einleitenden Schriftsatz vom 21.3.2012 erfolgte Anfechtung als gleichfalls verspätet. Nach § 24 Abs. 1 WVRG 2007 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung der Entscheidung im Faxwege, binnen 10 Tagen einzubringen. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 8.3.2012 war daher gleichfalls als verspätet nicht stattzugeben (Spruch Punkt 2). Die Antragstellerin begehrt weiters die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin über die Nachreichung von Referenzen vom 8.3.2012, welche ihr am gleichen Tage im Faxwege zugekommen ist. In diesem Schreiben wird die Antragstellerin von der Antragsgegnerin aufgefordert Referenzen nachzureichen bzw. Aufklärungen zu von ihr gelegten Referenzen zu geben. Soweit man in diesem Schreiben eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne einer "sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist" erblicken will, erweist sich die mit dem einleitenden Schriftsatz vom 21.3.2012 erfolgte Anfechtung als gleichfalls verspätet. Nach Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung der Entscheidung im Faxwege, binnen 10 Tagen einzubringen. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 8.3.2012 war daher gleichfalls als verspätet nicht stattzugeben (Spruch Punkt 2).

Die Antragstellerin hat auch begehrt, die Festlegung der Antragsgegnerin im Schreiben vom 15.3.2012 für nichtig zu erklären. Dieses Schreiben, das als vierte Aufforderung zur Aufklärung/Verbesserung des Teilnahmeantrages bezeichnet ist, ist auf ein Schreiben der Antragstellerin vom 14.3.2012, in dem sie um Fristerstreckung ersucht hat, ergangen. Es hat abermals die von der Antragstellerin gelegten Referenzen betroffen. Die Antragstellerin wurde darin unter Hinweis darauf, dass bereits die ursprüngliche Frist von einer Woche angemessen war, die Frist zur Aufklärung/Verbesserung letztmalig bis Donnerstag, dem 22. März 2012, 17.00 Uhr, verlängert. Ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die Einreichung neuer Referenzen bis zu diesem Zeitpunkt zulässig sei, soweit für diese neuen Referenzen zugleich die geforderten Bestätigungen Formblatt 7 im Sinne des Schreibens vom 8.3.2012 beigebracht werden. Dieses Schreiben stellt eine Ergänzung des Schreibens vom 8.3.2012 dar, es enthält jedoch keine Punkte, die die Antragstellerin beschweren (nochmaliger Hinweis, dass Referenzen eigentlich schon längst vorliegen müssten, Fristverlängerung bis 22.3.2012, Zulassung neuer Referenzen, nochmals Hinweis, was noch fehlt), weshalb es diesbezüglich an den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 WVRG 2007 fehlt. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegungen im Schreiben vom 15.3.2012 war daher abzuweisen (Spruch Punkt 3). Die Antragstellerin hat auch begehrt, die Festlegung der Antragsgegnerin im Schreiben vom 15.3.2012 für nichtig zu erklären. Dieses Schreiben, das als vierte Aufforderung zur Aufklärung/Verbesserung des Teilnahmeantrages bezeichnet ist, ist auf ein Schreiben der Antragstellerin vom 14.3.2012, in dem sie um Fristerstreckung ersucht hat, ergangen. Es hat abermals die von der Antragstellerin gelegten Referenzen betroffen. Die Antragstellerin wurde darin unter Hinweis darauf, dass bereits die ursprüngliche Frist von einer Woche angemessen war, die Frist zur Aufklärung/Verbesserung letztmalig bis Donnerstag, dem 22. März 2012, 17.00 Uhr, verlängert. Ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass die Einreichung neuer Referenzen bis zu diesem Zeitpunkt zulässig sei, soweit für diese neuen Referenzen zugleich die geforderten Bestätigungen Formblatt 7 im Sinne des Schreibens vom 8.3.2012 beigebracht werden. Dieses Schreiben stellt eine Ergänzung des Schreibens vom 8.3.2012 dar, es enthält jedoch keine Punkte, die die Antragstellerin beschweren

(nochmaliger Hinweis, dass Referenzen eigentlich schon längst vorliegen müssten, Fristverlängerung bis 22.3.2012, Zulassung neuer Referenzen, nochmals Hinweis, was noch fehlt), weshalb es diesbezüglich an den Voraussetzungen des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 fehlt. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Festlegungen im Schreiben vom 15.3.2012 war daher abzuweisen (Spruch Punkt 3).

Im Verfahren VKS - 3551-12 hat die Antragstellerin "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise" der Antragsgegnerin begehrt, ihr "ausnahmsweise" den entstandenen Schaden zuzusprechen. Dieses Begehren hat die Antragstellerin im Antrag zu VKS - 3718/12 wiederholt, weshalb dazu bei Behandlung dieses Antrages Stellung genommen werden wird.

Zu den im Verfahren VKS - 3718/12 gestellten weiteren Anträgen:

Soweit in diesem Verfahren Anträge, die bereits zu VKS - 3551/12 gestellt wurden, wiederholt werden, ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen.

Im Wesentlichen bekämpft die Antragstellerin die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 23.3.2012, wonach die Antragstellerin vom Vergabeverfahren gemäß § 68 BVergG 2006 ausgeschlossen und das Angebot der Antragstellerin vom 12.9.2011 gemäß 129 BVergG 2006 vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden soll. Im Wesentlichen bekämpft die Antragstellerin die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 23.3.2012, wonach die Antragstellerin vom Vergabeverfahren gemäß Paragraph 68, BVergG 2006 ausgeschlossen und das Angebot der Antragstellerin vom 12.9.2011 gemäß 129 BVergG 2006 vom Vergabeverfahren ausgeschieden werden soll.

In der Ausscheidungsentscheidung macht die Antragsgegnerin die Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 Z 7 erster und zweiter Fall BVergG 2006 geltend. Den Ausschlussgrund des ersten Falles leg. cit. erblickt sie darin, dass sie die Antragstellerin mehrfach zur Verbesserung ihrer mangelhaften Referenznachweise auffordern musste, ohne dass die Ergebnisse der Verbesserungen bzw. Mängelbehebungen eindeutige Referenznachweise, wie sie in den Teilnahmeunterlagen verlangt waren, ergeben hätten. Zur Frage der mehrfach verbesserten Referenznachweise hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass in den von der Antragstellerin im Zuge der Prüfung der Referenzen abgegebenen Erklärungen eindeutige Widersprüche gegeben sind, vor allem die von der Antragstellerin jeweils angegebenen Bettenzahlen sich bei Überprüfungen als unrichtig herausgestellt haben. Eine nähere Prüfung der von der Antragsgegnerin hinsichtlich der Referenzen geltend gemachten Ausschlussgründe hat der Senat aus verfahrensökonomischen Überlegungen nicht vorgenommen, da die geltend gemachten Ausschlussgründe jedenfalls ein Verschulden der Antragstellerin voraussetzen (vgl. VwGH 29.3.2006, 2005/04/0038). Dies vor allem aus der Überlegung, dass das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass jedenfalls Ausscheidungsgründe (die verlangten Aufklärungen hinsichtlich der Referenzen wurden nicht gegeben, das Erstangebot entsprach nicht den Angebotsunterlagen), festgestellt werden konnten, für die ein Verschulden der Antragstellerin nicht nachgewiesen werden muss. In der Ausscheidungsentscheidung macht die Antragsgegnerin die Ausschlussgründe des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, erster und zweiter Fall BVergG 2006 geltend. Den Ausschlussgrund des ersten Falles leg. cit. erblickt sie darin, dass sie die Antragstellerin mehrfach zur Verbesserung ihrer mangelhaften Referenznachweise auffordern musste, ohne dass die Ergebnisse der Verbesserungen bzw. Mängelbehebungen eindeutige Referenznachweise, wie sie in den Teilnahmeunterlagen verlangt waren, ergeben hätten. Zur Frage der mehrfach verbesserten Referenznachweise hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass in den von der Antragstellerin im Zuge der Prüfung der Referenzen abgegebenen Erklärungen eindeutige Widersprüche gegeben sind, vor allem die von der Antragstellerin jeweils angegebenen Bettenzahlen sich bei Überprüfungen als unrichtig herausgestellt haben. Eine nähere Prüfung der von der Antragsgegnerin hinsichtlich der Referenzen geltend gemachten Ausschlussgründe hat der Senat aus verfahrensökonomischen Überlegungen nicht vorgenommen, da die geltend gemachten Ausschlussgründe jedenfalls ein Verschulden der Antragstellerin voraussetzen vergleiche VwGH 29.3.2006, 2005/04/0038). Dies vor allem aus der Überlegung, dass das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass jedenfalls Ausscheidungsgründe (die verlangten Aufklärungen hinsichtlich der Referenzen wurden nicht gegeben, das Erstangebot entsprach nicht den Angebotsunterlagen), festgestellt werden konnten, für die ein Verschulden der Antragstellerin nicht nachgewiesen werden muss.

Zu diesen Ausscheidungsgründen hat die Antragsgegnerin in der angefochtenen Entscheidung geltend gemacht, dass das Erstangebot der Antragstellerin vom 12.9.2011 Widersprüche aufweist, unplausibel kalkulierte oder überhaupt fehlende Preise enthält und dass das mit dem Erstangebot übermittelte Musterbett einem Schnelltest nicht

unterzogen werden konnte, da es nicht in die Waschanlage gepasst hat. Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin habe es im Zusammenhang mit den Referenznachweisen unterlassen, nachvollziehbar begründete Aufklärung zu den Aufklärungsersuchen zu geben, weshalb der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vorliege. Zu diesen Ausscheidungsgründen hat die Antragsgegnerin in der angefochtenen Entscheidung geltend gemacht, dass das Erstangebot der Antragstellerin vom 12.9.2011 Widersprüche aufweist, unplausibel kalkulierte oder überhaupt fehlende Preise enthält und dass das mit dem Erstangebot übermittelte Musterbett einem Schnelltest nicht unterzogen werden konnte, da es nicht in die Waschanlage gepasst hat. Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin habe es im Zusammenhang mit den Referenznachweisen unterlassen, nachvollziehbar begründete Aufklärung zu den Aufklärungsersuchen zu geben, weshalb der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vorliege.

Gemäß Punkt A.3.2.2 des Dokuments A-Verfahrensgrundlagen hatten die Bieter für ihren Teilnahmeantrag das Dokument B-Angebotsschreiben, bindend zu verwenden. Tatsächlich hat - wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat und aus den Vergabeakten eindeutig ersichtlich - die Antragstellerin mehrere Passagen in dem von ihr unterfertigten Formblatt B-Angebotsschreiben weggelassen, hingegen mehrfach Ergänzungen im Text des Angebotsschreibens vorgenommen. Im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag hat die Antragstellerin etwa im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis Punkt 4.3. ausgeführt, dass "der Preis für die

durchschnittlichen Kosten ... für Ersatzteile ohne die Verpackung und die

Transportkosten und Servicearbeiten" ist. Damit steht sie im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis, wonach die Ersatzteilekosten, auch die Lieferung, Disposition, Verwaltung, Inventur etc. umfassen müssen. Nach Punkt A.3.2.2 der Verfahrensgrundlage hatten die Bieter innerhalb der Erstangebotsfrist ein ausschreibungskonformes Erstangebot abzugeben. Wenn in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin vorgebracht wird, ihr sei von Vertretern der Antragsgegnerin mitgeteilt worden, "dass alles verhandelbar sei bzw. dass kein ausschreibungskonformes Erstangebot abgegeben werden müsse", ist dies durch den Inhalt der Vergabeakten nicht gedeckt. Voraussetzung dafür, dass über den gesamten Leistungsinhalt im Sinne des § 105 BVergG 2006 verhandelt werden kann, ist die rechtzeitige Abgabe eines Erstangebotes. Dieses Erstangebot muss spätestens im Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist verbindlich sein. Unverbindliche Angebote begründen den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006. Angebote, die Vorbehalte und Erklärungen enthalten, über die Ausschreibungsbedingungen noch reden zu wollen, stellen ein unverbindliches Angebot dar. Auch im Verhandlungsverfahren sind der Ausschreibung widersprechende Erstangebote, zumal gegenständlich abweichende Angebote nicht zugelassen waren, auszuschneiden (vgl. Heid/Preslmayr³, Rz 751ff und die dort zahlreich zitierte Rechtsprechung). Die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung geltend gemachten Widersprüche des Erstangebotes zu den Angebotsunterlagen liegen, wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, vor. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot enthält mehrere vorgegebene Passagen nicht, die laut Aufforderung zur Angebotsabgabe im Angebot aufzunehmen gewesen wären, hingegen enthält es diverse Hinzufügungen, in denen mehrfach darauf hingewiesen wird, dass der gesamte Angebotsinhalt verhandelbar sei und jene Passagen nicht aufgenommen wurden, die auf die Verbindlichkeit des Angebotes hinweisen. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot ist somit - ihrer eigenen Darstellung nach - auch nicht als verbindliches Angebot anzusehen. Letztlich hat die Antragstellerin auch gar nicht bestritten, dass ihr Erstangebot nicht den Angebotsunterlagen entsprach und Preise fehlten. Damit hat die Antragstellerin ebenso gegen zahlreiche Erklärungen der Antragsgegnerin in den Fragebeantwortungen wie gegen Punkt A.3.2.2 der Verfahrensgrundlage verstoßen, wonach Verhandlungsvorschläge nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot erstattet werden können. Bereits aufgrund dieses Sachverhaltes erweist sich die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin als gerechtfertigt. Transportkosten und Servicearbeiten" ist. Damit steht sie im Widerspruch zum Leistungsverzeichnis, wonach die Ersatzteilekosten, auch die Lieferung, Disposition, Verwaltung, Inventur etc. umfassen müssen. Nach Punkt A.3.2.2 der Verfahrensgrundlage hatten die Bieter innerhalb der Erstangebotsfrist ein ausschreibungskonformes Erstangebot abzugeben. Wenn in diesem Zusammenhang von der Antragstellerin vorgebracht wird, ihr sei von Vertretern der Antragsgegnerin mitgeteilt worden, "dass alles verhandelbar sei bzw. dass kein ausschreibungskonformes Erstangebot abgegeben werden müsse", ist dies durch den Inhalt der Vergabeakten nicht gedeckt. Voraussetzung dafür, dass über den gesamten Leistungsinhalt im Sinne des Paragraph 105, BVergG 2006 verhandelt werden kann, ist die rechtzeitige Abgabe eines Erstangebotes. Dieses Erstangebot muss spätestens im Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist verbindlich sein. Unverbindliche Angebote begründen den

Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006. Angebote, die Vorbehalte und Erklärungen enthalten, über die Ausschreibungsbedingungen noch reden zu wollen, stellen ein unverbindliches Angebot dar. Auch im Verhandlungsverfahren sind der Ausschreibung widersprechende Erstangebote, zumal gegenständlich abweichende Angebote nicht zugelassen waren, auszuschneiden vergleiche Heid/Preslmayr³, Rz 751ff und die dort zahlreich zitierte Rechtsprechung). Die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung geltend gemachten Widersprüche des Erstangebotes zu den Angebotsunterlagen liegen, wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, vor. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot enthält mehrere vorgegebene Passagen nicht, die laut Aufforderung zur Angebotsabgabe im Angebot aufzunehmen gewesen wären, hingegen enthält es diverse Hinzufügungen, in denen mehrfach darauf hingewiesen wird, dass der gesamte Angebotsinhalt verhandelbar sei und jene Passagen nicht aufgenommen wurden, die auf die Verbindlichkeit des Angebotes hinweisen. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot ist somit - ihrer eigenen Darstellung nach - auch nicht als verbindliches Angebot anzusehen. Letztlich hat die Antragstellerin auch gar nicht bestritten, dass ihr Erstangebot nicht den Angebotsunterlagen entsprach und Preise fehlten. Damit hat die Antragstellerin ebenso gegen zahlreiche Erklärungen der Antragsgegnerin in den Fragebeantwortungen wie gegen Punkt A.3.2.2 der Verfahrensgrundlage verstoßen, wonach Verhandlungsvorschläge nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot erstattet werden können. Bereits aufgrund dieses Sachverhaltes erweist sich die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin als gerechtfertigt.

Weiters ergibt sich die Berechtigung zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin auch aus dem Umstand, dass die Aufklärung zu den Referenzen trotz mehrfacher Ersuchen und Fristerstreckungen bis zuletzt nicht vollständig erfolgt ist. Die Angaben der Antragstellerin sind trotz mehrfacher Nachfragen bis zum Schluss widersprüchlich und lückenhaft. Sie hat ihre Angaben mehrfach ergänzt, die Ergänzungen passen teilweise nicht zu den ursprünglichen Angaben und sind selbst unvollständig. Die fehlenden Angaben werden in der Ausscheidungsentscheidung zutreffend und im Einklang mit der Aktenlage dargestellt. Die Frist für die Nachreichung der fehlenden Nachweise zu den Referenzen war stets angemessen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin schon aufgrund ihrer ersten Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen im Verfahren VKS - 3870/11 die Problematik ihrer Referenzen bekannt sein musste, hat die zuletzt an sie gerichtete Aufforderung vom 8.3.2012 eine Frist von 2 Wochen vorgesehen, die durchaus als ausreichend angesehen werden muss, zumal beim gegenständlichen Vergabeverfahren der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen gemäß § 69 Z 3 BVergG 2006 grundsätzlich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte erbracht werden müssen. Wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin über diesen Zeitpunkt hinaus die Möglichkeit zur Vorlage weiterer Referenzen eingeräumt hat, kann sich die Antragstellerin dadurch nicht für beschwert erachten. Weiters ergibt sich die Berechtigung zur Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin auch aus dem Umstand, dass die Aufklärung zu den Referenzen trotz mehrfacher Ersuchen und Fristerstreckungen bis zuletzt nicht vollständig erfolgt ist. Die Angaben der Antragstellerin sind trotz mehrfacher Nachfragen bis zum Schluss widersprüchlich und lückenhaft. Sie hat ihre Angaben mehrfach ergänzt, die Ergänzungen passen teilweise nicht zu den ursprünglichen Angaben und sind selbst unvollständig. Die fehlenden Angaben werden in der Ausscheidungsentscheidung zutreffend und im Einklang mit der Aktenlage dargestellt. Die Frist für die Nachreichung der fehlenden Nachweise zu den Referenzen war stets angemessen. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin schon aufgrund ihrer ersten Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen im Verfahren VKS - 3870/11 die Problematik ihrer Referenzen bekannt sein musste, hat die zuletzt an sie gerichtete Aufforderung vom 8.3.2012 eine Frist von 2 Wochen vorgesehen, die durchaus als ausreichend angesehen werden muss, zumal beim gegenständlichen Vergabeverfahren der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Referenzen gemäß Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG 2006 grundsätzlich zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe hätte erbracht werden müssen. Wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin über diesen Zeitpunkt hinaus die Möglichkeit zur Vorlage weiterer Referenzen eingeräumt hat, kann sich die Antragstellerin dadurch nicht für beschwert erachten.

Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin mehrfach vorbringt, die Antragsgegnerin habe ihr dadurch Schaden zugefügt, dass sie die Referenzen inhaltlich erst zu einem sehr späten Zeitpunkt eingehend geprüft habe, die Prüfung schon vor Aufforderung zur Abgabe des Erstangebotes hätte durchgeführt sein müssen und im Hinblick auf deren Ergebnis die Antragstellerin längst hätte ausgeschieden werden müssen, ist ihr entgegen zu halten, dass im § 105 Abs. 2 lediglich bestimmt ist, dass ein Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens "jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen" hat. Wie von der Antragstellerin richtig angenommen, hat die Antragsgegnerin erst nach erfolglosem, letzten Versuch mit dem

Schreiben vom 8.3.2012, in dem sie letztmalig um eine Aufklärung zu den Referenzen ersucht hat, ihre Entscheidung am 23.3.2012 getroffen, dass Erstangebot der Antragstellerin als vergaberechtswidrig auszuschneiden. Unmittelbar danach wurde die Antragstellerin von dieser Entscheidung verständigt. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin mehrfach vorbringt, die Antragsgegnerin habe ihr dadurch Schaden zugefügt, dass sie die Referenzen inhaltlich erst zu einem sehr späten Zeitpunkt eingehend geprüft habe, die Prüfung schon vor Aufforderung zur Abgabe des Erstangebotes hätte durchgeführt sein müssen und im Hinblick auf deren Ergebnis die Antragstellerin längst hätte ausgeschieden werden müssen, ist ihr entgegen zu halten, dass im Paragraph 105, Absatz 2, lediglich bestimmt ist, dass ein Auftraggeber im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens "jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen" hat. Wie von der Antragstellerin richtig angenommen, hat die Antragsgegnerin erst nach erfolglosem, letzten Versuch mit dem Schreiben vom 8.3.2012, in dem sie letztmalig um eine Aufklärung zu den Referenzen ersucht hat, ihre Entscheidung am 23.3.2012 getroffen, dass Erstangebot der Antragstellerin als vergaberechtswidrig auszuschneiden. Unmittelbar danach wurde die Antragstellerin von dieser Entscheidung verständigt.

Da diese beiden, von der Antragsgegnerin angezogenen Gründe eine Ausscheidung der Erstangebotes der Antragstellerin rechtfertigen, erübrigt es sich auf die Bekämpfung der weiteren, von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgründe wie des Vorliegens eines unplausibel kalkulierten Erstangebotes, der fehlenden Preise, der Abgabe eines der Ausschreibung widersprechenden Musterbittes, der fehlenden Dienstleistungsanzeige (welcher Mangel in der Ausscheidungsentscheidung nicht angeführt wird), einzugehen. Aufgrund dieses Sachverhaltes war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen (Spruch Punkt 4).

Sowohl im Antrag zu VKS - 3551/12 als auch im Antrag zu VKS - 3718/12 hat die Antragstellerin begehrt, ihr "wegen der extrem verwerflichen Vorgangsweise der ausschreibenden Stelle" auch den entstandenen Schaden ausnahmsweise zuzusprechen.

Gemäß § 338 Abs. 1 BVergG 2006 steht bei schuldhafter Verletzung der vergaberechtlichen Bestimmungen einem zu Unrecht übergangenen Bieter ein gerichtlich geltend zu machender Anspruch auf Ersatz der Kosten des Angebots sowie der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren zu. Im Lichte der Judikatur des EuGH (vgl. Rs C-46/93 und C-48/93) ist in Abs. 1 leg. cit. letzter Satz klargestellt, dass weitergehende (d.h. über die Ansprüche des ersten Satzes hinausgehende) Ansprüche des Bestbieters alternativ gemäß den Allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können (vgl. EuGH 7 Ob 200/00p). Um derartige Schadenersatzansprüche - wie sie die Antragstellerin unter Hinweis auf das Verhalten der Antragsgegnerin vorliegend begehrt - vor den ordentlichen Gerichten geltend machen zu können, hat der Bieter zuerst ein Nachprüfungsverfahren gemäß dem BVergG inklusive abschließender Feststellung durchzuführen. Eine positive Feststellung im Anschluss an das Nachprüfungsverfahren ist gemäß § 341 BVergG 2006 eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der ordentlichen Gerichte zur Erlangung von Schadenersatz (vgl. Elsner3 Rz 900). Daraus ergibt sich, dass die von der Antragstellerin gewünschten Schadenersatzansprüche im Anschluss für ein für sie positiv verlaufenes Nachprüfungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind. In diesem Zusammenhang ist die Antragstellerin auch auf die Bestimmung des § 11 WVRG 2007 zu verweisen, in dem die Zuständigkeit des Senates abschließend geregelt ist. Danach steht ihm keine Kompetenz dafür zu, über Schadenersatzansprüche zu befinden. Gemäß Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006 steht bei schuldhafter Verletzung der vergaberechtlichen Bestimmungen einem zu Unrecht übergangenen Bieter ein gerichtlich geltend zu machender Anspruch auf Ersatz der Kosten des Angebots sowie der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren zu. Im Lichte der Judikatur des EuGH vergleiche Rs C-46/93 und C-48/93) ist in Absatz eins, leg. cit. letzter Satz klargestellt, dass weitergehende (d.h. über die Ansprüche des ersten Satzes hinausgehende) Ansprüche des Bestbieters alternativ gemäß den Allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können vergleiche EuGH 7 Ob 200/00p). Um derartige Schadenersatzansprüche - wie sie die Antragstellerin unter Hinweis auf das Verhalten der Antragsgegnerin vorliegend begehrt - vor den ordentlichen Gerichten geltend machen zu können, hat der Bieter zuerst ein Nachprüfungsverfahren gemäß dem BVergG inklusive abschließender Feststellung durchzuführen. Eine positive Feststellung im Anschluss an das Nachprüfungsverfahren ist gemäß Paragraph 341, BVergG 2006 eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der ordentlichen Gerichte zur Erlangung von Schadenersatz vergleiche Elsner3 Rz 900). Daraus ergibt sich, dass die von der Antragstellerin gewünschten Schadenersatzansprüche im Anschluss für ein für sie positiv verlaufenes Nachprüfungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend zu

machen sind. In diesem Zusammenhang ist die Antragstellerin auch auf die Bestimmung des Paragraph 11, WVRG 2007 zu verweisen, in dem die Zuständigkeit des Senates abschließend geregelt ist. Danach steht ihm keine Kompetenz dafür zu, über Schadenersatzansprüche zu befinden.

Es war daher der diesbezügliche Antrag auf "ausnahmsweisen Zuspruch des entstandenen Schadens" mangels Kompetenz der angerufenen Nachprüfungsbehörde zurückzuweisen (Spruch Punkt 5).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.4.2012 zu VKS - 3718/12 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Punkt 6). Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 2.4.2012 zu VKS - 3718/12 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Abs. WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war (Spruch Punkt 6).

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 7). 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 (Spruch Punkt 7).

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

Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen sowie einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist verspätet; Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; Unzulässiges, der Ausschreibung widersprechendes Erstangebot

Zuletzt aktualisiert am

12.09.2012

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