

TE Verg Bescheid 2011/12/13 VKS-12011/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.12.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 WVRG 2007 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §128

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

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ***, vertreten durch Bartlmä Madl Köck Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Beratungs- und Managementdienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 plus Erweiterung (Bezirke 3 und 8)", Los 2: 8. Bezirk, Ausschreibungsnummer MA18-73/11/L, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 18, Rathausstraße 14-16, 1082 Wien, vertreten durch die Magistratsdirektion der Stadt Wien, Geschäftsbereich Recht, Zivil- und Strafrecht, Rathaus 1082 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.)eins,
Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 7.11.2011 wird für nichtig erklärt.
1. 2.)2,
Die einstweilige Verfügung vom 21.11.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.)3,
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.272,40 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 122, 126, 128 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d., 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 122, 126, 128, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Magistratsabteilung 18 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich von Beratungs- und Managementdienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 Plus - Erweiterung Bezirke 3 und 8". Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen im Wesentlichen die Gestaltung von partizipativen bzw. kooperativen Arbeitsprozessen zwischen BürgerInnen, Verwaltung, Politik und anderen AkteurInnen zur Umsetzung von nachhaltigen Projekten der Bezirksentwicklung. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß am 12.7.2011 erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 20 % und die Qualität mit 80 % gewichtet wurden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft, die bisher die ausgeschriebenen Leistungen im 8. Wiener Gemeindebezirk aufgrund eines früheren Vergabeverfahrens erbracht hat, durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin hat ihr Letztangebot für das Los 2 (8. Bezirk) fristgerecht vor dem Ende der Angebotsfrist am 19.9.2011, 10.00 Uhr, abgegeben.

Vorweg ist festzustellen, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Antragsgegnerin bereits am 30.9.2011 eine (erste) Zuschlagsentscheidung zugunsten einer anderen Bieterin mitgeteilt hat. Diese Zuschlagsentscheidung wurde rechtzeitig von der Antragstellerin angefochten und zu VKS - 10442/11 ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Nach

Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 12.10.2011 hat die Antragsgegnerin ihre erste Zuschlagsentscheidung zurückgezogen, worauf die Antragstellerin ihren Nichtigerklärungsantrag ebenfalls zurückgenommen hat. Gleichzeitig mit der Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung hat die Nachprüfungsbehörde die Zurückziehung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin mit Bescheid vom 25.10.2011 zur Kenntnis genommen. Dazu kann auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen Bescheides, verwiesen werden.

Mit Schreiben vom 7.11.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre nunmehrige Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach abermals beabsichtigt ist, den Zuschlag der in der vorangegangenen Zuschlagsentscheidung vom 30.9.2011 genannten Bieterin erteilen zu wollen. Als Begründung dafür wurde im Wesentlichen abermals angeführt, die Antragstellerin habe 65,14 Punkte von maximal 100 Punkten erzielt, während die präsumtive Zuschlagsempfängerin 66,33 Punkte erreicht habe. Dazu hat die Antragsgegnerin eine ausführliche Begründung zur Bewertung sowohl des Angebotes der Antragstellerin als auch des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.11.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht darin zunächst geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auszuschneiden, weil es unbehebbarer Rechenfehler aufweise. Weiters macht sie geltend, die Antragsgegnerin habe die Zusammensetzung der zur Beurteilung der eingereichten Konzepte eingesetzten Jury unzulässiger Weise geändert. So seien anstelle von die fachlichen Voraussetzungen des § 122 BVergG 2006 erfüllenden Mitgliedern zwei andere Mitglieder ohne besondere Sachkunde eingesetzt worden. Letztlich macht die Antragstellerin mit näherer Begründung geltend, dass die Antragsgegnerin die Überarbeitung ihres Erstkonzeptes, die nach den Vorgaben der Antragsgegnerin erfolgt sei und die entsprechende Verbesserungen enthielte, im Rahmen der Letztangebotsrunde nicht berücksichtigt habe. Schließlich vermutet die Antragstellerin, dass unzulässiger Weise eine nachträgliche Änderung der Bewertung ihres Angebotes stattgefunden habe. Bei korrekter, vergaberechtskonformer Bewertung hätte die Antragstellerin wesentlich mehr Punkte erhalten müssen, als die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Dazu komme eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Transparenz durch die Auftraggeberin im Rahmen der Anleitungen zur Verbesserung der Konzepte. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien mehr Aufgaben zur Überarbeitung des Konzeptes übertragen worden. Jedenfalls hätte das Letztangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.11.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin macht darin zunächst geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auszuschneiden, weil es unbehebbarer Rechenfehler aufweise. Weiters macht sie geltend, die Antragsgegnerin habe die Zusammensetzung der zur Beurteilung der eingereichten Konzepte eingesetzten Jury unzulässiger Weise geändert. So seien anstelle von die fachlichen Voraussetzungen des Paragraph 122, BVergG 2006 erfüllenden Mitgliedern zwei andere Mitglieder ohne besondere Sachkunde eingesetzt worden. Letztlich macht die Antragstellerin mit näherer Begründung geltend, dass die Antragsgegnerin die Überarbeitung ihres Erstkonzeptes, die nach den Vorgaben der Antragsgegnerin erfolgt sei und die entsprechende Verbesserungen enthielte, im Rahmen der Letztangebotsrunde nicht berücksichtigt habe. Schließlich vermutet die Antragstellerin, dass unzulässiger Weise eine nachträgliche Änderung der Bewertung ihres Angebotes stattgefunden habe. Bei korrekter, vergaberechtskonformer Bewertung hätte die Antragstellerin wesentlich mehr Punkte erhalten müssen, als die präsumtive Zuschlagsempfängerin. Dazu komme eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Transparenz durch die Auftraggeberin im Rahmen der Anleitungen zur Verbesserung der Konzepte. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien mehr Aufgaben zur Überarbeitung des Konzeptes übertragen worden. Jedenfalls hätte das Letztangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden werden müssen.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin grundsätzlich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen und fairen, lauterer sowie wettbewerbsneutralen Vergabeverfahrens verletzt, weiters in ihren Rechten auf Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, insbesondere auch in ihrem Recht auf Durchführung einer BVergGkonformen, transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote und Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Berücksichtigung ihres Angebotes für

die Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil die Antragstellerin tatsächlich Bestbieterin wäre und daher die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten ausfallen müsste.

Die Antragstellerin, die bereits bisher Auftragnehmerin für die Agenda 21 im 8. Bezirk sei, habe schon deshalb ein grundsätzliches Interesse an einem neuerlichen Vertragsabschluss. Sollte sie den Auftrag nicht erhalten, würde ihr zumindest eine Abdeckung ihrer Gemeinkosten entgehen, wozu die Kosten der Angebotslegung sowie der rechtsfreundlichen Vertretung, "welche insgesamt auf einige tausend Euro geschätzt werden", käme. Schließlich würde sie ein für sie wichtiges Referenzprojekt verlieren.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 21.11.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugänglichen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 25.11.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Teilnahmeberechtigte dem Verfahren beigetreten, hat sich gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und vorgebracht, eine ihr nicht bekannte, allfällige Berichtigung eines Rechenfehlers im Angebot liege jedenfalls mehr als 2 % unter dem Nettogesamtpreis und hätte auch keinerlei Einfluss auf die Reihung gehabt. Die Bewertungsjury sei zumindest mit einem fachkundigen Kommissionsmitglied besetzt gewesen, was jedenfalls genüge. Eine unrichtige Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei nicht ersichtlich, ebenso wenig eine Verletzung der Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz.

Mit Schriftsatz vom 24.11.2011, eingelangt in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates am 28.11.2011, hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, es sei richtig, dass bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (aber auch beim überarbeiteten Angebot der Antragstellerin) Rechenfehler berichtigt worden seien. Der Rechenfehler bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei jedoch bei rund 0,3 % im Vergleich zum ursprünglichen Gesamtpreis (netto) des überarbeiteten Angebotes gelegen, ein Ausscheidungsgrund sei damit nicht gegeben gewesen. Durch die Berichtigung des Rechenfehlers, die sich durchaus im Rahmen des § 126 Abs. 4 BVergG 2006 gehalten habe, sei jedenfalls keine Änderung in der Gesamtbewertung erfolgt. Die von der Antragstellerin behauptete rechtswidrige Auswechslung der Jury sei nicht gegeben, die Jurymitglieder hätten über ausreichende Fachkunde verfügt. Die im einleitenden Schriftsatz der Antragstellerin erwähnte Person sei zwar als Vertreter der Bezirksvertretung für den 8. Bezirk in den Jury-Sitzungen anwesend, jedoch nicht stimmberechtigt gewesen. Einen Austausch von Jury-Mitgliedern habe es nicht gegeben, beim Wechsel eines Jurymitgliedes auf ein anderes habe es sich um eine Stellvertretungssituation gehandelt, die von Beginn an vorgesehen gewesen sei. Unrichtig sei, dass von der Antragsgegnerin die Verbesserungen im Rahmen der Letztangebotsrunde nicht berücksichtigt worden wären. Dazu verweist die Antragsgegnerin darauf, dass das ursprünglich abgegebene Angebot mit 37,334 Punkten bewertet worden sei, das Letztangebot, nach Durchführung von Verbesserungen mit 45,168 Punkten. Im Einzelnen stellt die Antragsgegnerin sodann die Bewertung bei den einzelnen Kriterien dar. Zum Vorwurf der mangelnden und widersprüchlichen Begründung der Zuschlagsentscheidung führt die Antragsgegnerin aus, dass ihrer Ansicht nach dieser Vorwurf nicht gerechtfertigt sei, da die angefochtene Zuschlagsentscheidung eine umfassendere Ausformung enthalte, nicht aber von der Bewertungsmatrix abweiche. Eine nachträgliche Änderung der Bewertung im Rahmen der Erstangebotsrunde habe nicht stattgefunden, die Überarbeitung des Angebotes der Antragstellerin sei vom Vergabegremium (VG) entsprechend gewürdigt worden. Zusammenfassend führt die Antragsgegnerin aus, dass eine Bevorzugung des Bestbieters nicht erfolgt sei. Mit Schriftsatz vom 24.11.2011, eingelangt in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates am 28.11.2011, hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Einzelnen ausgeführt, es sei richtig, dass bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (aber auch beim überarbeiteten Angebot der Antragstellerin) Rechenfehler berichtigt worden seien. Der Rechenfehler bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei jedoch bei rund 0,3 % im Vergleich zum ursprünglichen Gesamtpreis (netto) des überarbeiteten Angebotes gelegen, ein Ausscheidungsgrund sei damit nicht gegeben gewesen. Durch die Berichtigung des Rechenfehlers, die sich durchaus im Rahmen des Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 gehalten habe, sei jedenfalls keine Änderung in der Gesamtbewertung erfolgt. Die von der Antragstellerin behauptete rechtswidrige Auswechslung der Jury sei nicht gegeben, die Jurymitglieder hätten über ausreichende Fachkunde verfügt. Die im einleitenden Schriftsatz der Antragstellerin erwähnte Person sei zwar als Vertreter der Bezirksvertretung für den 8.

Bezirk in den Jury-Sitzungen anwesend, jedoch nicht stimmberechtigt gewesen. Einen Austausch von Jury-Mitgliedern habe es nicht gegeben, beim Wechsel eines Jurymitgliedes auf ein anderes habe es sich um eine Stellvertretungssituation gehandelt, die von Beginn an vorgesehen gewesen sei. Unrichtig sei, dass von der Antragsgegnerin die Verbesserungen im Rahmen der Letztangebotsrunde nicht berücksichtigt worden wären. Dazu verweist die Antragsgegnerin darauf, dass das ursprünglich abgegebene Angebot mit 37,334 Punkten bewertet worden sei, das Letztangebot, nach Durchführung von Verbesserungen mit 45,168 Punkten. Im Einzelnen stellt die Antragsgegnerin sodann die Bewertung bei den einzelnen Kriterien dar. Zum Vorwurf der mangelnden und widersprüchlichen Begründung der Zuschlagsentscheidung führt die Antragsgegnerin aus, dass ihrer Ansicht nach dieser Vorwurf nicht gerechtfertigt sei, da die angefochtene Zuschlagsentscheidung eine umfassendere Ausformung enthalte, nicht aber von der Bewertungsmatrix abweiche. Eine nachträgliche Änderung der Bewertung im Rahmen der Erstangebotsrunde habe nicht stattgefunden, die Überarbeitung des Angebotes der Antragstellerin sei vom Vergabegremium (VG) entsprechend gewürdigt worden. Zusammenfassend führt die Antragsgegnerin aus, dass eine Bevorzugung des Bestbieters nicht erfolgt sei.

Zu diesem Schriftsatz hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 7.12.2011 Stellung genommen und im Einzelnen ausgeführt, aus den Festlegungen insbesondere zu Punkt 7 der Ausschreibungsunterlagen (Zuschlagsverfahren) sei abzuleiten, dass sowohl bei der Angebotspräsentation und dem daran anschließenden Verhandlungsgespräch als auch bei der Angebotsbewertung jeweils ein und dasselbe "Vergabegremium" tätig wurde. Eine Stellvertretung von Jurymitgliedern sei mangels Vorkehrungen im Text der Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig gewesen, eine entsprechende Dokumentation dafür sei den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Auch das Vorgehen bei der Angebotsbewertung habe nicht vergaberechtlichen Vorschriften entsprochen. Den Vergabeakten könne nicht entnommen werden, welche Punkte die Jurymitglieder jeweils vergeben hätten und welche Umstände für ihre (Einzel-)bewertung jeweils maßgeblich waren. Im Vergabeakt sei auch keine umfassende Dokumentation über die gesamthafte Bewertung der Jury am 22.9.2011 enthalten. Das Gedächtnisprotokoll vom 23.9.2011 sei nicht am 22.9.2011 sondern nachträglich verfasst worden und nur von zwei Jurymitgliedern, die sich darin als "das engere Vergabegremium" bezeichneten, unterzeichnet worden. Es lasse sich daher nicht mehr überprüfen, ob die einzelnen Jurymitglieder bei der gesamthaften Bewertung nachträglich anders stimmten, als noch bei ihren Einzelbewertungen und ob unsachliche Gründe dafür maßgeblich waren. Ein willkürliches Vorgehen bei der Angebotsbewertung lasse sich daher nicht ausschließen. Schließlich stellt die Antragstellerin im Einzelnen dar, wieso ihrer Ansicht nach die Jury die von ihr vorgenommenen Verbesserungen im Letztangebot unrichtig bzw. zu niedrig bewertet hätte.

In der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2011 hat die Antragsgegnerin schließlich vorgebracht, das Vergabegremium sei mit acht Personen festgelegt worden. Tatsächlich seien es jedoch nur sieben Personen gewesen, wobei das Gremium zur Bewertung der Angebote in beiden Losen eingesetzt worden sei. Die Vertreter des 3. Bezirkes sollten bei der Bewertung des Angebotes für den 8. Bezirk nicht mitwirken und umgekehrt. Damit habe sich das Gremium für die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin (8. Bezirk) auf sechs Personen reduziert. Die namhaft gemachten Mitglieder des Gremiums sollten teilweise auch StellvertreterInnen nennen, wobei jedoch nicht alle Mitglieder StellvertreterInnen namhaft gemacht haben. Bis zur ersten Sitzung des Gremiums am 12.9.2011 seien die Mitglieder des Vergabegremiums noch nicht festgestanden. Diese Gruppe sei ein Mal als "Vergabegremium und ein Mal als Jury bezeichnet" worden. Es seien in diesen Gremien auch Personen angeführt worden, die andere Funktionen hatten als die Bewertungsmitglieder (Protokoll Seite 3).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit der Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Magistratsabteilung 18 handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich von Beratungs- und Managementdienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 plus Erweiterung Bezirke 3 und 8". Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen im Wesentlichen die Gestaltung von partizipativen bzw. kooperativen Arbeitsprozessen zwischen BürgerInnen, Verwaltung, Politik und anderen AkteurInnen zur Umsetzung von nachhaltigen Projekten der Bezirksentwicklung. Die nähere Beschreibung der Leistung nach Aufgaben und

Leistungsstellen ist im Punkt 3 (Seiten 6-14) der Unterlagen zur Angebotserstellung enthalten. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 20 % und die Qualität mit 80 % gewichtet wurden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin, die zur zweiten Runde des Verhandlungsverfahrens zugelassen wurde, hat ihr Letztangebot für das Los 2 fristgerecht vor dem Ende der Angebotsfrist am 19.9.2011 abgegeben. Die für das Vergabeverfahren bedeutsamen Bestimmungen der Unterlagen zur Angebotserstellung, insbesondere die Festlegungen zum Zuschlagsverfahren werden als Feststellungen übernommen und lauten wie folgt: Bei der Antragsgegnerin Stadt Wien - Magistratsabteilung 18 handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich von Beratungs- und Managementdienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 plus Erweiterung Bezirke 3 und 8". Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen im Wesentlichen die Gestaltung von partizipativen bzw. kooperativen Arbeitsprozessen zwischen BürgerInnen, Verwaltung, Politik und anderen AkteurInnen zur Umsetzung von nachhaltigen Projekten der Bezirksentwicklung. Die nähere Beschreibung der Leistung nach Aufgaben und Leistungsstellen ist im Punkt 3 (Seiten 6-14) der Unterlagen zur Angebotserstellung enthalten. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 20 % und die Qualität mit 80 % gewichtet wurden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin, die zur zweiten Runde des Verhandlungsverfahrens zugelassen wurde, hat ihr Letztangebot für das Los 2 fristgerecht vor dem Ende der Angebotsfrist am 19.9.2011 abgegeben. Die für das Vergabeverfahren bedeutsamen Bestimmungen der Unterlagen zur Angebotserstellung, insbesondere die Festlegungen zum Zuschlagsverfahren werden als Feststellungen übernommen und lauten wie folgt:

1. "7.Ziffer 7

ZUSCHLAGSVERFAHREN

Nach formaler Prüfung der Angebote erfolgt die Führung von Verhandlungsgesprächen mit den BieterInnen bzw. BieterInnengemeinschaften über den gesamten Angebotsinhalt und Preis. Zu diesem Zweck ist das Angebot einem Gremium in einer rund zwanzigminütigen Präsentation vorzustellen. Die Präsentation muss durch die/den Projektverantwortliche/n und ein weiteres Teammitglied erfolgen. Weitere Teammitglieder können in die Präsentation eingebunden werden. Die für die Präsentation benötigten technischen Hilfsmitteln (wie beispielsweise, Beamer, Notebook, Flipschart, etc.) müssen von dem/der BieterIn bzw. BieterInnengemeinschaft mitgebracht werden.

Im Anschluss an die Präsentation erfolgt die erste Verhandlungsrunde. Innerhalb einer bestimmten Frist besteht für die BieterInnen bzw. BieterInnengemeinschaften die Möglichkeit zur Nachbesserung der Angebote. Die abschließende Beurteilung der Angebote erfolgt anhand der Zuschlagskriterien.

Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird im Rahmen des Vergabegremiums gemäß den Zuschlagskriterien

dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt (BestbieterIn). Beurteilt werden die fachliche Qualität und der Bruttogesamtpreis.

Fachliche Qualität (80 %)

Die fachliche Qualität wird anhand folgender Haupt- und Subkriterien bewertet. Die Bewertung erfolgt durch eine Punktevergabe für die Erfüllung der Haupt- und Subkriterien (5 = sehr gut, 4 = gut, 3 = befriedigend, 2 = genügend, 0 = nicht genügend).

Hauptkriterium 1: Konzept (Gewicht 10 %)

Subkriterien: Nachvollziehbarkeit, Gründliche Ausführung der Inhalte

Hauptkriterium 2: Maßnahmen d. Aktivierung (Gewicht 10 %)

Subkriterien: Zweckmäßigkeit, Kreativität

Hauptkriterium 3: Begleitung d. Agendagruppen, Management v. Kooperationsprozessen (Gewicht 25 %)

Subkriterien: Schlüssige Beschreibung, Zweckmäßigkeit der Unterstützungsleistungen, Instrumente, Methoden, Art der

Umsetzungsdokumentation, Kreativität

Hauptkriterium 4: Digitale Info-Beteiligungsmöglichkeiten (Gewicht 15 %)

Subkriterien: Zweckmäßigkeit, Kreativität, Innovative, Instrumente

Hauptkriterium 5: Öffentlichkeitsarbeit (Gewicht 20 %)

Subkriterien: Zweckmäßigkeit der Strategie(n) und Maßnahmen, Medienarbeit und -kooperation, Kreativität

Gesamtpreis (20 %)

Die Erstellung der Preise hat alle in Punkt 3 verlangten Leistungsteile zu umfassen und nach den im Punkt 6 beschriebenen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu erfolgen. Die Erstellung sämtlicher Preise hat in nachvollziehbarer Art und Weise zu erfolgen.

Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt nach dem linearen Preisvergleichsverfahren. Der/die BestbieterIn erhält die Höchstpunktzahl, die Punkte für die nachfolgenden BieterInnen werden linear nach der Formel $x = p \cdot b / a$ errechnet. X = Zahl der erreichten Punkte, p = Gewicht = 20, b = billigster Preis, a = angebotener Preis"Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt nach dem linearen Preisvergleichsverfahren. Der/die BestbieterIn erhält die Höchstpunktzahl, die Punkte für die nachfolgenden BieterInnen werden linear nach der Formel $x = p \cdot b / a$ errechnet. römisch zehn = Zahl der erreichten Punkte, p = Gewicht = 20, b = billigster Preis, a = angebotener Preis"

In den in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens anzuwendenden Unterlagen zur Angebotserstellung wird im Punkt 7 "Zuschlagsverfahren" zwar erwähnt, dass die Angebote einem Gremium vorzustellen sind und der Zuschlag "im Rahmen des Vergabegremiums gemäß den Zuschlagskriterien dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt" werden wird. Aus wie vielen Personen und aus welchem Berufsumfeld diese stammen, ist den Unterlagen zur Angebotserstellung nicht zu entnehmen, aber auch nicht einer sonstigen Festlegung in den Vergabeakten. Aus den Vergabeakten ist immerhin ersichtlich, dass von der Projektverantwortlichen im August 2011 mit der Zusammenstellung der Mitglieder für das Vergabegremium begonnen wurde (vgl. Aktennotiz vom 22.8.2011). Mit E-Mail vom 22.8.2011 wurden elf Personen bzw. Institutionen für 12. September 2011 zur Durchführung von Verhandlungsgesprächen in die MA 18 eingeladen. In diesem E-Mail wird angekündigt, dass "das engere VergabegremiumIn den in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens anzuwendenden Unterlagen zur Angebotserstellung wird im Punkt 7 "Zuschlagsverfahren" zwar erwähnt, dass die Angebote einem Gremium vorzustellen sind und der Zuschlag "im Rahmen des Vergabegremiums gemäß den Zuschlagskriterien dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt" werden wird. Aus wie vielen Personen und aus welchem Berufsumfeld diese stammen, ist den Unterlagen zur Angebotserstellung nicht zu entnehmen, aber auch nicht einer sonstigen Festlegung in den Vergabeakten. Aus den Vergabeakten ist immerhin ersichtlich, dass von der Projektverantwortlichen im August 2011 mit der Zusammenstellung der Mitglieder für das Vergabegremium begonnen wurde vergleiche Aktennotiz vom 22.8.2011). Mit E-Mail vom 22.8.2011 wurden elf Personen bzw. Institutionen für 12. September 2011 zur Durchführung von Verhandlungsgesprächen in die MA 18 eingeladen. In diesem E-Mail wird angekündigt, dass "das engere Vergabegremium

(Fr. ***und Fr. ***) ... im Vorfeld offene Fragen zusammen stellen" werde. Die

weiteren TeilnehmerInnen des Vergabegremiums wurden gleichzeitig gebeten, die ihrerseits vorhandenen Fragen bereits vor dem Verhandlungsgespräch Fr. *** zukommen zu lassen oder direkt im Verhandlungsgespräch einzubringen. Die eingelangten Angebote wurden am 5.9.2011 geöffnet (ON 33 der Vergabeakten).

Nach einer E-Mail (ON 33) sind am 6.9.2011 die Angebote "mit dem freundlichen Ersuchen diese in Hinblick auf die Verhandlungsgespräche entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Zuschlagskriterien zu überprüfen", an insgesamt zwölf Personen bzw. Stellen übermittelt worden. Gleichfalls übermittelt wurden die Ausschreibungsunterlagen sowie das Protokoll der Öffnung und Prüfung der Angebote. Wer von den in der E-Mail angeführten Personen Mitglied des Vergabegremiums sein sollte, ist dieser Sendung nicht zu entnehmen. So waren die persönlich genannten Empfänger der E-Mail vom 6.9.2011 *** und *** nicht Mitglieder der im Protokoll über das Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin angeführten Jury.

Am 12.9.2011 fanden die Verhandlungsgespräche mit der Antragstellerin statt.

Dazu findet sich in den Vergabeakten unter ON 37 einer E-Mail an die Antragstellerin, mit dem ihr "zusammenfassend

die vom Vergabegremium im Verhandlungsgespräch eingebrachten Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche zum vorliegenden Angebot" übermittelt wurden. Gleichzeitig wurde die Frist für die Abgabe eines überarbeiteten Angebotes mit 19. September 2011, 10.00 Uhr festgelegt.

Im Protokoll über das Verhandlungsgespräch mit der Antragsstellerin werden insgesamt acht Jurymitglieder angeführt, darunter "*** (Bezirksrat Josefstadt, Vorsitzender Agenda Kommission)". Darin werden auf neun Seiten das Ergebnis der Fragen/Verhandlung angeführt und jeweils (im Text grau unterlegt) die Aufgaben zur Überarbeitung des Angebotes angeführt. Dazu ist auf das unter ON 37 in den Vergabeakten erliegende Konvolut zu verweisen. In der Anwesenheitsliste sind insgesamt 10 Personen angeführt, darunter für "BV-8" ***. Ob es sich bei all diesen in der Anwesenheitsliste angeführten Personen um Mitglieder des Vergabegremiums gehandelt hat, kann der Liste nicht entnommen werden. Den Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, wer das Protokoll über das Verhandlungsgespräch geführt hat, bzw. wer die Fragen bzw. Aufgaben zur Überarbeitung des Anbots formuliert hat. Den Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, ob die Mitglieder des Vergabegremiums, denen zur Vorbereitung dieses Gespräches die Angebote übermittelt worden waren, diese vorweg anhand einer ihnen gleichzeitig übermittelten "Matrize" bewertet haben oder nicht. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 13.12.2011 ist erst zu Beginn der Sitzung vom 12.9.2011 festgestanden, wer Mitglied der "Jury" ist. Nach dem Inhalt des Protokolls über das Verhandlungsgespräch vom 12.9.2011 ist davon auszugehen, dass alle unter der Überschrift "Jurymitglieder" angeführten Personen auch tatsächlich Mitglieder des "Bewertungsgremiums" waren und in dieser Eigenschaft am Verhandlungsgespräch teilgenommen haben. Weder dem Protokoll über das Bietergespräch mit den Vertretern der Antragstellerin noch den Protokollen über die Bietergespräche mit den anderen Mitbewerbern (ON 39 und 41) ist zu entnehmen, ob den darin formulierten Aufgaben zur Überarbeitung des Anbots entsprechende Beschlussfassungen des Gremiums zugrunde liegen oder es sich dabei um eine Ausarbeitung der mit der Abwicklung des Projekts betrauten Mitarbeiterin der Antragsgegnerin (engeres Vergabegremium) handelt. Am 19.9.2011 hat "das Vergabegremium" bestehend aus drei Personen, die eingelangten, überarbeiteten Angebote geöffnet. Der darüber errichteten Niederschrift (ON 43) ist zu entnehmen, dass sowohl der Gesamtpreis im Angebot der Antragstellerin rechnerisch richtig gestellt wurde, als auch im Angebot der Teilnahmeberechtigten. Danach beträgt der berichtigte Gesamtpreis im Angebot der Antragstellerin brutto Euro 217.374, jener im Angebot der Teilnahmeberechtigten brutto Euro 217.104.

Am 19.9.2011 (ON 44) wurden die Mitglieder des Vergabegremiums für den 22.9.2011 zur abschließenden Bewertung der Angebote eingeladen. Diese Einladung erging an jene Personen, die als Jurymitglieder beim BieterInnengespräch Agenda 8 angeführt sind, mit Ausnahme von *** und MMag. ***. Den Eingeladenen wurden gleichzeitig "die vom Vergabegremium eingebrachten Änderungs- bzw. Verbesserungswünsche im Hinblick auf die vorliegenden Angebote sowie die überarbeiteten Angebote der Bieter" übermittelt. Weiters wurde den Mitgliedern "das Prüfungsprotokoll der überarbeiteten Angebote sowie eine Bewertungsmatrix übermittelt, die als Hilfestellung für die Bewertung der Angebote am 22. September 2011 dienen soll". Dazu wurden die Mitglieder des Gremiums "auf Basis der in den Unterlagen zur Angebotserstellung angeführten Zuschlagskriterien sowie der dazu als Hilfe dienenden Bewertungsmatrix (ersucht) sowohl das erste Angebot als auch im Vergleich dazu das zweite überarbeitete Angebot des jeweiligen Bieters bzw. der BieterInnengemeinschaft zu überprüfen und vorab (für sich selbst) zu bewerten". Diese (Einzel) Bewertung sollte jedoch nur als Hilfestellung für die "Bewertung und Zuschlagsentscheidung" am 22.9.2011 dienen. Abschließend heißt es in dieser Einladung, dass "für das jeweils erste

Angebot ... die Matrix bereits mit den Einschätzungen von Fr. *** und *** befüllt

(wurde) und ... lediglich als Diskussionsgrundlagen für den 22. September 2011

dienen (soll). Vorgesehen ist grundsätzlich eine gemeinsame Bewertung, d.h. auf konsensualer Basis als Ergebnis eines Diskussionsprozesses im Vergabegremium".

Zum Angebot der Antragstellerin findet sich in den Vergabeakten unter ON 45 eine Niederschrift vom 23.9.2011, überschrieben mit "Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, Protokoll über die Prüfung der eingelangten Angebote". Darin werden neun Personen als Mitglieder des Vergabegremiums angeführt, wobei beim Mitglied "****" angemerkt ist, "nur anwesend bei Prüfung des Angebots für den 3. Bezirk". Bei dem Mitglied des Vergabegremiums *** ist angemerkt, dass dieser nicht stimmberechtigt sei, weil er offenbar die Schriftführung inne hatte. Beim Mitglied *** ist angemerkt "nicht stimmberechtigt, vom Vergabegremium als künftiger Vorsitzender der

Bezirkskommission zu LA 21 zugelassen". Unter den Mitgliedern des Vergabegremiums ist auch eine Person namens "****" angeführt, ohne dass daraus ersichtlich wäre, ob es sich um eine Stellvertreterin eines Mitgliedes handelt oder nicht. Jedenfalls ist aus den Vergabeakten eindeutig feststellbar, dass die Mitglieder des Gremiums, vor denen die Präsentation der Erstangebote am 12.9.2011 stattgefunden hat, nur teilweise identisch ist mit dem Personenkreis, der die Bewertung der Letztangebote vorgenommen hat. Der Niederschrift über die Angebotsbewertung angeschlossen ist eine Darstellung der Bewertung samt einer Bewertungsmatrix, in der die Bewertung der Unterkriterien im Detail punktemäßig dargestellt wird. Zum Angebot der Antragstellerin wird dabei ausgeführt, dass deren überarbeitetes Angebot "insbesondere im Bereich Konzeptgestaltung, aber auch im Bereich Maßnahmen der Aktivierung sowie Begleitung der Agendagruppen und Öffentlichkeitsarbeit besser als das Erstangebot bewertet wurde. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten war danach "insbesondere in den Punkten "Maßnahmen der Aktivierung, Begleitung von Agendagruppen/Management von Kooperationsprozessen (in Teilbereichen) und digitale Informationsbeteiligungsmöglichkeiten als besser zu beurteilen".

Dem Protokoll über die Prüfung der eingelangten Angebote vom 23.9.2011 ist angeschlossen eine Bewertungsmatrix, wobei enthalten ist die Bewertung des ersten Angebotes sowie die Bewertung des "Final Offer". Daraus ist ersichtlich, dass in einigen Bewertungskriterien die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin angehoben wurde. Welche Überlegungen diesen jeweiligen Anhebungen zu Grunde gelegen bzw. welche Punkte von den einzelnen Mitgliedern des Vergabegremiums vergeben wurden, sind weder dem Protokoll (ON 45) noch der angeschlossenen Matrix zu entnehmen. Das Protokoll vom 23.9.2011 ist von neun Personen auf Seite 2 gefertigt, wobei bei zwei Personen (Kellner und Steffel) angemerkt ist, dass diese nicht stimmberechtigt waren. Dass offenbar nach dieser Sitzung angefertigte, mit 23.9.2011 datierte Gedächtnisprotokoll über die Zuschlagsbewertung ist nur von zwei Personen (*** und ***) gefertigt; dass es den übrigen Mitgliedern des Vergabegremiums zur Kenntnis gebracht worden wäre, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. (ON 47).

Zusammenfassend wurde das Angebot der Antragstellerin mit 65,14 Punkten, jenes der Teilnahmeberechtigten mit 66,30 Punkten bewertet. Von welchem Teilnehmer an dieser Sitzung das Ergebnis der Auswertung der Bieter schriftlich, wie aus dem Anhang zum Protokoll ersichtlich, festgehalten wurde, kann den Vergabeakten nicht entnommen werden. Ebenso wenig, ob die Mitglieder der Jury Einzelbewertungen vorgenommen haben, bzw. wie sie bei den einzelnen Hauptkriterien die Punkte ermittelt haben, die in der Matrix ausgewiesen sind.

In weiterer Folge findet sich in den Vergabeakten ein als "(Gedächtnis) Protokoll über die Zuschlagsbewertung der eingelangten Angebote Los 2 - Josefstadt, ARGE Agenda 8 - nonkonform/inspirin" bezeichneter Aktenteil, datiert mit 23.9.2011 (ON 47). In diesem Gedächtnisprotokoll werden "jene Punkte, die das Vergabegremium vergibt" ausführlicher dargestellt und wie diese Punktevergabe erfolgte. Dieses Gedächtnisprotokoll ist vom "engeren Vergabegremium" bestehend aus den Personen *** und *** erstellt und gefertigt worden. Dass dieses Gedächtnisprotokoll den anderen Mitgliedern des Vergabegremiums zur Kenntnis gebracht wurde bzw. von diesen eine Zustimmung zum Inhalt dieses Gedächtnisprotokolls erteilt worden wäre, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 30.9.2011 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin zunächst mitgeteilt zu beabsichtigen, den Zuschlag der Teilnahmeberechtigten erteilen zu wollen. Nach Anfechtung dieser Zuschlagsentscheidung (siehe Nachprüfungsverfahren VKS - 10442/11) hat die Antragsgegnerin diese Zuschlagsentscheidung zurück genommen, worauf die Antragstellerin ihrerseits den Nachprüfungsantrag zurück gezogen hat.

Ohne dass aus den Vergabeakten nähere Prüfschritte oder weitere Beratungen des von Antragsgegnerin eingesetzten Gremiums ersichtlich wären, hat diese sodann mit der wesentlich ausführlicher begründeten (zweiten) Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt, abermals zu beabsichtigen, den Zuschlag der Teilnahmeberechtigten erteilen zu wollen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 17.11.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Ohne dass aus den Vergabeakten nähere Prüfschritte oder weitere Beratungen des von Antragsgegnerin eingesetzten Gremiums ersichtlich wären, hat diese sodann mit der wesentlich ausführlicher begründeten (zweiten) Zuschlagsentscheidung vom 7.11.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen,

mitgeteilt, abermals zu beabsichtigen, den Zuschlag der Teilnahmerechtigten erteilen zu wollen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 17.11.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist nachgewiesen, ebenso die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten. Soweit Feststellungen daraus in das gegenständliche Verfahren übernommen wurden, sind die Fundstellen jeweils angeführt. Danach konnte eindeutig festgestellt werden, dass jedenfalls bis zu Beginn der ersten Sitzung des Gremiums am 12.9.2011 selbst für die Antragsgegnerin nicht feststand, aus welchen Personen sich das Bewertungsgremium zusammensetzt. Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin vorgebracht (Protokoll Seite 4), dass der als Mitglied der Jury geführte Bezirksrat *** nicht stimmberechtigt gewesen wäre und auch keinen Einfluss auf die in der Verhandlung gestellten Fragen genommen hätte, jedoch Fragen gestellt habe (!). Dies erscheint wenig glaubwürdig, zumal es sich bei diesem Bezirksrat um den Vorsitzenden der Agenda Kommission für den 8. Bezirk gehandelt hat. Überdies ist aus dem Protokoll nicht ersichtlich, dass *** nicht stimmberechtigt gewesen ist. Es trifft jedoch zu, dass *** an der abschließenden Bewertung der überarbeiteten Angebote nicht beteiligt gewesen sein dürfte, zumindest wird er im darüber errichteten Protokoll nicht angeführt. In welcher Art und Weise die Mitglieder des Bewertungsgremiums ihre Punkte vergeben haben, konnte von der Auftraggeberin auch in der mündlichen Verhandlung nicht erklärt werden. Nähere Hinweise darauf finden sich nicht in den Vergabeakten. Nach den Vergabeakten war auch als eindeutig erwiesen anzunehmen, dass die Antragsgegnerin durch die Errichtung eines "Gedächtnisprotokolls über die Zuschlagsbewertung", datiert mit 23.9.2011, die von ihr offenbar erkannten Mängel bei der Angebotsbewertung versucht hat zu sanieren. Nach der Aktenlage war auch davon auszugehen, dass dieses nachträglich errichtete Gedächtnisprotokoll nur von zwei Mitgliedern der Jury verfasst und unterfertigt wurde, dessen Inhalt jedoch nicht den anderen Mitgliedern zur Kenntnis gebracht wurde. Der Inhalt der Vergabeakten lässt es durchaus als nachvollziehbar erscheinen, wenn die Antragstellerin vorbringt, sie habe nicht gewusst, wer Mitglied des Vergabegremiums gewesen sei, sie habe angenommen, alle in den Protokollen angeführten Personen seien vollberechtigte Mitglieder des Vergabegremiums und stimmberechtigt gewesen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich vom Beratungs- und Management Dienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 plus - Erweiterung Bezirke 3 und 8" durch. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen im Wesentlichen die Gestaltung von partizipativen bzw. kooperativen Arbeitsprozessen zwischen BürgerInnen, Verwaltung, Politik und anderen AkteurInnen zur Umsetzung von nachhaltigen Projekten der Bezirksentwicklung. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß am 12.7.2011 erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 20 % und die Qualität mit 80 % gewichtet wurden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft, die bisher die ausgeschriebenen Leistungen im 8. Wiener Gemeindebezirk aufgrund eines früheren Vergabeverfahrens erbracht hat, durch Abgabe eines Teilhabeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde in weiterer Folge zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und hat fristgerecht für das Los 2 (8. Bezirk) ein Letztangebot abgegeben. 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, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich vom Beratungs- und Management Dienstleistungen im Rahmen des Programms "Lokale Agenda 21 plus - Erweiterung Bezirke 3 und 8" durch. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen im Wesentlichen die Gestaltung von partizipativen bzw. kooperativen Arbeitsprozessen zwischen BürgerInnen, Verwaltung, Politik und anderen AkteurInnen zur Umsetzung von nachhaltigen Projekten der Bezirksentwicklung. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU ist ordnungsgemäß am 12.7.2011 erfolgt. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 20 % und die Qualität mit 80 % gewichtet wurden. Neben anderen Bewerbern hat sich auch die antragstellende Arbeitsgemeinschaft, die bisher die ausgeschriebenen Leistungen im 8. Wiener Gemeindebezirk aufgrund eines

früheren Vergabeverfahrens erbracht hat, durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Die Antragstellerin wurde in weiterer Folge zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen und hat fristgerecht für das Los 2 (8. Bezirk) ein Letztangebot abgegeben. 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden, ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 7.11.2011 zugekommen ist, ist der am 17.11.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden, ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 7.11.2011 zugekommen ist, ist der am 17.11.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung ist im Ergebnis auch berechtigt.

Die Antragstellerin hat zunächst gelten gemacht, das Angebot der Teilnehmeberechtigten sei entweder auszuscheiden oder hätte nicht vorgereicht werden dürfen, weil der Angebotspreis wegen eines Rechenfehlers einen unbehebaren Mangel aufgewiesen hätte.

Es trifft zu, dass das Angebot der Teilnehmeberechtigten (ebenso wie das Angebot der Antragstellerin) von der Antragsgegnerin durchgerechnet und geringfügig korrigiert wurde. In der Ausschreibungsunterlage ist festgehalten (Punkt 1.5), dass rechnerisch fehlerhafte Angebote vom Auftraggeber gemäß § 126 Abs. 4 BVergG 2006 korrigiert werden, eine Vorreihung des korrigierten Angebotes jedoch nicht vorgesehen sei. Es trifft zu, dass das Angebot der Teilnehmeberechtigten (ebenso wie das Angebot der Antragstellerin) von der Antragsgegnerin durchgerechnet und geringfügig korrigiert wurde. In der Ausschreibungsunterlage ist festgehalten (Punkt 1.5), dass rechnerisch fehlerhafte Angebote vom Auftraggeber gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG 2006 korrigiert werden, eine Vorreihung des korrigierten Angebotes jedoch nicht vorgesehen sei.

Im Punkt 2.1 der Ausschreibungsunterlagen wird festgelegt, dass die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien (VD 307) gelten. Im Punkt 4.1 der VD 307 ist festgehalten, dass rechnerisch fehlerhafte Angebote richtig gestellt werden. Die Bieterreihung wird nur mit auf ihre rechnerische Richtigkeit geprüften Angeboten erstellt. Sich daraus gegebenenfalls ergebende Vorreihungen werden jedoch nicht vorgenommen. Die Auftraggeberin ist insofern richtig vorgegangen, als sie den Rechenfehler im Angebot der Teilnehmeberechtigten korrigiert hat und zwar von brutto Euro 217.780 auf Euro 217.104. Es widersprechen sich zwar die Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich einer allfälligen

Vorreihung, doch hätte dies nur dann eine Bedeutung, wenn die Korrektur in einem größeren Umfange ausgefallen wäre. Im vorliegenden Fall ist eine Änderung in der Bewertung des Preises, im niedrigsten Dezimalbereich, gegeben. Die Antragsgegnerin hat entsprechend den Bestimmungen der VD 307 die Bieterreihung mit den rechnerisch richtigen Angeboten vorgenommen. Ein Ausscheidungsgrund ist damit nicht gegeben.

In den Unterlagen zu der Angebotserstellung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ist vorgesehen, dass sowohl das Erstangebot als auch das Letztangebot von einem "Gremium" bzw. "Vergabegremium" nach näher definierten Kriterien bewertet werden soll. Es trifft zu, wie auch das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass in den Unterlagen zur Angebotserstellung zwar Gremien zur Beurteilung der Angebote genannt werden, nirgends jedoch festgelegt ist, auch nicht in den Vergabeakten, aus wie vielen Personen, aus welchen Fachgebieten sich dieses Gremium zusammensetzt. Dazu hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass einzelne Personen diese Gremiums nach der Bewertung des Erstangebotes vor der Beurteilung des Letztangebotes ausgewechselt worden sind.

Das Verfahren hat in diesem Zusammenhang auch ergeben, dass es von der Antragsgegnerin offenbar unterlassen wurde, den Bietern vor Präsentation ihrer Erstangebote die Mitglieder des Gremiums vorzustellen, sodass die Antragstellerin durchaus der Meinung sein konnte, alle Personen, die im Protokoll angeführt sind, seien stimmberechtigte Mitglieder des Gremiums.

Nach § 122 BVergG 2006 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Gegebenenfalls sind externe Sachverständige beizuziehen. Nach Paragraph 122, BVergG 2006 ist die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Gegebenenfalls sind externe Sachverständige beizuziehen.

Eine Vergabjury hat somit aus Fachleuten zu bestehen, die über das Fachwissen für den konkret zu beurteilenden Gegenstand verfügen. Der Auftraggeberin ist es zweifellos bekannt, aus welchen Fachgebieten die Mitglieder des Gremiums kommen, eine diesbezügliche Dokumentation ist jedoch in den Vergabeakten nicht enthalten. In einer Fachjury müssen jedenfalls Fachleute vertreten sein, die insgesamt über das erforderliche Fachwissen verfügen, jedoch wird wohl nicht jedes einzelne Mitglied das gesamte notwendige Fachwissen haben müssen. Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, da die einzelnen Personen der Jury die Beurteilung in ihrem jeweiligen Fachgebiet abgeben konnten. Dass tatsächlich einige dieser Mitglieder über die zur Beurteilung der Angebote erforderlichen Fachkenntnisse verfügten, lässt sich jedenfalls aus der Einladungsliste im E-Mail vom 6.9.2011 ableiten, in dem etwa Vertreter der MD-BD Gruppe Planung, MA 18, Bezirksvorstehung 8 genannt sind. In diesem Sinne hat der Senat in einer früheren Entscheidung bereits die Ansicht vertreten, dass es genügt, wonach "zumindest ein fachkundiges Mitglied" der Bewertungskommission angehört (VKS Wien 14.1.2005, VKS - 6768/04). Dass die übrigen Mitglieder der Jury mangels Sachkunde die Beiziehung weiterer Fachleute verlangt hätte, wurde weder vorgebracht noch haben sich Hinweise dafür aus den Vergabeakten ergeben.

Richtig ist, dass das Gremium, das das BieterInnengespräch mit der Antragstellerin am 12.9.2011 geführt hat, nicht zur Gänze ident gewesen ist mit jenem Gremium, das das Letztangebot am 22.9.2011 bewertet hat. Fest steht jedoch, dass die Mitglieder des Gremiums bei der Bewertung des Letztangebotes sowohl bei der Antragstellerin als auch der Teilnahmeberechtigten ident waren. Aus dem Protokoll des Vergabegremiums geht hervor, dass beide Angebote im Los 2 von der gleichen Jury letztlich bewertet wurden, eine Ungleichbehandlung der Bieter kann somit nicht nachvollzogen werden. Dass im Laufe des Vergabeprozesses bei den Bewertungen teils andere Personen eingebunden waren, wie den beiden Protokollen zu entnehmen ist, schadet insofern nicht, als nach dem Akteninhalt zunächst grundsätzlich über die (Erst-)Angebote diskutiert wurde und die bei der abschließenden Bewertung eingetretenen zwei neuen Mitglieder über alle Entscheidungsgrundlagen informiert gewesen sind. Dazu kommt, dass die Bewertung der Erstangebote nach dem Akteninhalt ohnedies nur von zwei Personen vorgenommen wurde und auch die schriftlich festgehaltenen Fragen als Ergebnis der Verhandlungen nur von zwei Personen formuliert worden sein dürften. Der Wechsel in der Zusammensetzung des Gremiums schadet auch deshalb nicht, weil die Qualität der Überarbeitung der Erstangebote ohnedies nur bei der Bewertung des Letztangebotes entsprechend den vorgegebenen Kriterien erfolgt ist, also nicht eine Verbesserung der Angebote an sich bewertet wurde, sondern nur deren Ergebnis. Wäre bereits das Erstangebot einer punktemäßigen Bewertung durch das Vergabegremium unterzogen worden, die die Grundlage für die Bewertung des Letztangebotes abgegeben hätte, könnte der Standpunkt der Antragsgegnerin, dass ein Wechsel in der Zusammensetzung des Bewertungsgremiums irrelevant sei, nicht geteilt werden.

Unrichtig ist, dass die Antragsgegnerin die Verbesserung im Letztangebot der Antragstellerin bei Angebotsbeurteilung nicht berücksichtigt hätte. Die in der Vergabeakten erliegende Bewertungsmatrix betreffend die Bewertung des Erstangebotes, wurde offenbar nicht vom Vergabegremium bzw. der Vergabekommision erstellt, sondern von zwei MitarbeiterInnen der Antragsgegnerin; aus ihr ergibt sich jedoch eindeutig die Anhebung der Bewertungspunkte.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens finden sich weder in den Vergabeakten noch in den Ausschreibungsunterlagen eine Anmerkung über die Zusammensetzung der Jury sowie der Anzahl der Jurymitglieder. Weiters ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt, ob eine gemeinsame Entscheidung in der Jury erfolgt oder jedes Mitglied einzeln abstimmt und bewertet. Nach Punkt 7 der Unterlagen zur Angebotserstellung, der das Zuschlagsverfahren regelt, wird das Kriterium "Fachliche Qualität" gewichtet mit 80 %, anhand von Haupt- und Subkriterien bewertet, wobei die Bewertung durch eine Punktevergabe "für die Erfüllung der Haupt- und Subkriterien" nach dem Schulnotensystem (5 = sehr gut bis 0 = nicht genügend) durchgeführt wird. Nach diesen Festlegungen sollte die Bewertung zumindest der Letztangebote im Rahmen einer Einzelbewertung nach dem Schulnotensystem erfolgen, und durch eine vergleichende Bewertung der Angebote.

Dabei sollte die nicht näher definierte Anzahl von Jurymitgliedern Schulnoten in den einzelnen Subkriterien vergeben und diese Bewertung verbal begründen. Dass das Bestangebot im Zuge einer vergleichenden Bewertung ermittelt werden sollte, kann jedenfalls den Unterlagen zur Angebotserstellung nicht entnommen werden. Nun zeigt der Vergabeakt, dass die Antragsgegnerin offenbar bei Bewertung der Letztangebote dieses Prinzip der Einzelbewertung nach dem Schulnotensystem verlassen haben dürfte, als in der Einladung vom 19.9.2011 (ON 44) angeführt wird, dass "vorgesehen ist grundsätzlich eine gemeinsame Bewertung, d.h. auf konsensualer Basis als Ergebnis eines Diskussionsprozesses im Vergabegremium". So kann den Vergabeakten in keiner Weise entnommen

werden, wie diese "gemeinsame Bewertung ... auf konsensualer Basis" erfolgt ist,

also ob sich die Jury gemeinsam bei den Subkriterien auf eine Bewertungsnote geeinigt hat, bzw. ob die ermittelte Bewertungsnote einen Durchschnitt der abgegebenen Bewertungen darstellt. Dazu kommt, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten, aber auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin, nicht eindeutig feststeht, wer und wann die Bewertungsmatrix in Zusammenhang mit der Bewertung der Letztangebote erstellt hat. Dem Protokoll über die Prüfung der Letztangebote vom 23.9.2011 kann zur Beurteilung der Angebote der Teilnehmereberechtigten sowie der Antragstellerin entnommen werden, dass die Punkte aufgrund einer vergleichenden Bewertung ermittelt wurden. Insbesondere ergibt sich dies auch aus dem offenbar nachträglich verfassten Gedächtnisprotokoll, das mit 23.9.2011 datiert ist (ON 47). Dieses Protokoll wurde von zwei Mitgliedern der Bewertungskommission nachträglich errichtet und den übrigen Mitgliedern weder zur Kenntnis gebracht, noch zur Genehmigung vorgelegt. Auch diesem Gedächtnisprotokoll ist nur zu entnehmen, dass eine vergleichende Bewertung zwischen Angebot der Antragstellerin und jenem der Teilnehmereberechtigten stattgefunden hat, wobei nicht einmal bei allen Subkriterien die vergebene Punkteanzahl angeführt wird (etwa Seite 3 "Art der Umsetzungsdokumentation: Daraus ergibt sich die bessere Bewertung dieses Angebotes um einen Punkt").

Nach vergaberechtlichen Grundsätzen haben sich sowohl die BieterInnen als auch die AuftraggeberInnen an die Vorgaben einer bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlage zu halten. Nach den Festlegungen der Unterlagen zur Angebotserstellung haben die AntragsgegnerInnen zur Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Fachliche Qualität" eine Bewertung durch eine Punktevergabe für die Erfüllung der Haupt- und Subkriterien festgelegt. Abgesehen davon, dass den Vergabeakten zunächst nicht zu entnehmen ist, wie sich das Vergabegremium personell zusammensetzt, ist den Vergabeakten mangels einer Niederschrift über die Angebotsprüfung im Sinne des § 128 BVergG 2006 nicht zu entnehmen, welche Punkte mit welcher verbalen Begründung die einzelnen Mitglieder der Vergabekommission vergeben haben. Vielmehr ist aus den Protokollen vom 23.9.2011 abzuleiten, dass das Vergabegremium in Abweichung von den bestandfest gewordenen Festlegungen eine vergleichende Bewertung vorgenommen hat, ohne dass in diesem Zusammenhang nachvollziehbar dokumentiert worden wäre, wie es zu den einzelnen Punktevergaben bei den einzelnen Subkriterien gekommen ist. Den Vergabeakten ist nicht einmal zu entnehmen, ob eine Bewertung jedes einzelnen Subkriteriums erfolgt ist oder anhand der genannten Subkriterien nur das Hauptkriterium bewertet wurde. Nach vergaberechtlichen Grundsätzen haben sich sowohl die BieterInnen als auch die AuftraggeberInnen an die Vorgaben einer bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlage zu halten. Nach den Festlegungen der Unterlagen zur Angebotserstellung haben die AntragsgegnerInnen zur Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Fachliche Qualität" eine Bewertung durch eine Punktevergabe für die Erfüllung der Haupt- und Subkriterien festgelegt. Abgesehen davon,

dass den Vergabeakten zunächst nicht zu entnehmen ist, wie sich das Vergabegremium personell zusammensetzt, ist den Vergabeakten mangels einer Niederschrift über die Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 128, BVergG 2006 nicht zu entnehmen, welche Punkte mit welcher verbalen Begründung die einzelnen Mitglieder der Vergabekommission vergeben haben. Vielmehr ist aus den Protokollen vom 23.9.2011 abzuleiten, dass das Vergabegremium in Abweichung von den bestandfest gewordenen Festlegungen eine vergleichende Bewertung vorgenommen hat, ohne dass in diesem Zusammenhang nachvollziehbar dokumentiert worden wäre, wie es zu den einzelnen Punktevergaben bei den einzelnen Subkriterien gekommen ist. Den Vergabeakten ist nicht einmal zu entnehmen, ob eine Bewertung jedes einzelnen Subkriteriums erfolgt ist oder anhand der genannten Subkriterien nur das Hauptkriterium bewertet wurde.

Aus der nach § 128 Abs. 1 BVergG 2006 anzufertigenden Niederschrift über die Prüfung muss der Auftraggeber dann, wenn er (wie vorliegend) hinsichtlich eines Kriteriums ein Bewertungsschema vorgibt, das Ergebnis nachvollziehbar begründen. Aus den Vergabeakten muss sich zweifelsfrei ableiten lassen, wie die Bewertungskommission in ihrer Gesamtheit ihre Entscheidung getroffen hat und welche Umstände für die Bewertung maßgeblich waren. Aus den Aufzeichnungen muss daher jedenfalls auch hervorgehen, aus welchen Gründen das Angebot welche Punkteanzahl erreicht hat. Diese Niederschrift ist von allen Mitgliedern des Bewertungsgremiums zu fertigen, weil nur so sicher gestellt werden kann, dass in der Niederschrift der Ausgang der Beratungen und das Ergebnis der Abstimmungen unzweifelhaft wiedergegeben wird. Diesen Anforderungen entsprechen weder das Protokoll über die Prüfung der eingelangten Angebote vom 23.9.2011, dessen Seite 2, nicht jedoch die folgenden Seiten 3, 4 und 5, die die Bewertungen enthalten, unterschrieben sind. Insbesondere das Gedächtnisprotokoll, das nur von zwei Mitgliedern der Jury unterfertigt wurde und das den übrigen Mitgliedern weder zur Kenntnisnahme noch zur Genehmigung vorgelegt wurde, entspricht nicht diesen Anforderungen. Wenn auch das Gedächtnisprotokoll den Ablauf der Bewertung der Angebote richtig wiedergeben haben mag, handelt es sich dabei inhaltlich nur um eine Niederschrift von zwei Mitgliedern und nicht um eine Niederschrift der Bewertungskommission. Aus der nach Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 anzufertigenden Niederschrift über die Prüfung muss der Auftraggeber dann, wenn er (wie vorliegend) hinsichtlich eines Kriteriums ein Bewertungsschema vorgibt, das Ergebnis nachvollziehbar begründen. Aus den Vergabeakten muss sich zweifelsfrei ableiten lassen, wie die Bewertungskommission in ihrer Gesamtheit ihre Entscheidung getroffen hat und welche Umstände für die Bewertung maßgeblich waren. Aus den Aufzeichnungen muss daher jedenfalls auch hervorgehen, aus welchen Gründen das Angebot welche Punkteanzahl erreicht hat. Diese Niederschrift ist von allen Mitgliedern des Bewertungsgremiums zu fertigen, weil nur so sicher gestellt werden kann, dass in der Niederschrift der Ausgang der Beratungen und das Ergebnis der Abstimmungen unzweifelhaft wiedergegeben wird. Diesen Anforderungen entsprechen weder das Protokoll über die Prüfung der eingelangten Angebote vom 23.9.2011, dessen Seite 2, nicht jedoch die folgenden Seiten 3, 4 und 5, die die Bewertungen enthalten, unterschrieben sind. Insbesondere das Gedächtnisprotokoll, das nur von zwei Mitgliedern der Jury unterfertigt wurde und das den übrigen Mitgliedern weder zur Kenntnisnahme noch zur Genehmigung vorgelegt wurde, entspricht nicht diesen Anforderungen. Wenn auch das Gedächtnisprotokoll den Ablauf der Bewertung der Angebote richtig wiedergeben haben mag, handelt es sich dabei inhaltlich nur um eine Niederschrift von zwei Mitgliedern und nicht um eine Niederschrift der Bewertungskommission.

Da nach den Ergebnissen des Verfahrens die Antragsgegnerin entgegen den Ausschreibungsvorgaben von dem von ihr festgelegten Zuschlagssystem abgewichen ist, die Punktevergabe je Mitglied des Vergabegremiums nicht dokumentiert wurde, ist es nicht möglich nachzuvollziehen, wie die Antragsgegnerin zu ihrer Bewertung gelangt ist. Da das Angebot der Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigten nur um 1,19 Punkte auseinanderliegen, ist jeder Bewertungsfehler relevant, sodass eine Benotung um bloß einige Punkte besser bereits zu einem Bietersturz führen könnte.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller BewerberInnen und BieterInnen, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige UnternehmerInnen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien, zuletzt vom 10.9.2009, VKS - 6316/09 u. a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt

insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht das von der Antragsgegnerin geführte Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nicht nur dass die Antragsgegnerin ihr Bewertungssystem einseitig geändert hat, ihrer Dokumentation nicht zu entnehmen ist, wie die einzelnen Mitglieder des Bewertungsgremiums zum Kriterium Qualität die jeweils angeführten Subkriterien bewertet hat, eine verbale Begründung für die Punktevergabe durch die einzelnen Mitglieder fehlt und überhaupt die Niederschrift in einer nicht den Vorgaben des § 128 BVergG 2006 entsprechenden Form errichtet wurde, war es dem Senat nicht möglich die angefochtene Zuschlagsentscheidung nachzuvollziehen. Bereits diese Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens musste zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller BewerberInnen und BieterInnen, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige UnternehmerInnen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien, zuletzt vom 10.9.2009, VKS - 6316/09 u. a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Diesen Anforderungen entspricht das von der Antragsgegnerin geführte Vergabeverfahren in mehrfacher Weise nicht. Nicht nur dass die Antragsgegnerin ihr Bewertungssystem einseitig geändert hat, ihrer Dokumentation nicht zu entnehmen ist, wie die einzelnen Mitglieder des Bewertungsgremiums zum Kriterium Qualität die jeweils angeführten Subkriterien bewertet hat, eine verbale Begründung für die Punktevergabe durch die einzelnen Mitglieder fehlt und überhaupt die Niederschrift in einer nicht den Vorgaben des Paragraph 128, BVergG 2006 entsprechenden Form errichtet wurde, war es dem Senat nicht möglich die angefochtene Zuschlagsentscheidung nachzuvollziehen. Bereits diese Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens musste zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 21.11.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 21.11.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen vor.

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

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Nichtigerklärung; Verletzung des Transparenzgebotes durch Angebotsbewertung in Abweichung zu Ausschreibungsvorgaben und mangelnde Dokumentation;

Zuletzt aktualisiert am

12.03.2012

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