

TE Verg Bescheid 2011/3/10 VKS-794/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.03.2011

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 §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 §5
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §163
BVergG 2006 §165
BVergG 2006 §167
BVergG 2006 §180 Abs1 Z2
BVergG 2006 §187 Abs1
BVergG 2006 §226
BVergG 2006 §242
BVergG 2006 §254 Abs5
BVergG 2006 §345

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 167 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 180 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 180 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 226 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 242 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 254 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus a) *** GmbH für Umwelt- und Energietechnik, b) *** Umwelttechnik GmbH, c) *** GmbH, per Anschrift *** GmbH für Umwelt- und Energietechnik, ***, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Energiewirtschaftlichen Optimierung MVA Spittelau, Vergabeeinheit Feuerung; Aktenzahl VHV 12-2009/10", durch die Fernwärme Wien GmbH, Spittelauer Lände 45, 1090 Wien, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Festlegung der Antragsgegnerin "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunktabelle" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 sowie die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 17.1.2011 wird für nichtig erklärt.
3. 3.Ziffer 3
Der Antrag der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist wird zurückgewiesen.
4. 4.Ziffer 4
Die einstweilige Verfügung vom 26.1.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
5. 5.Ziffer 5
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser mit € 7933,50 entrichteten Pauschalgebühren binnen

14 Tagen zu ersetzen.

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, 5, 12 Abs. 1 Z 3, 163, 165, 167, 180 Abs. 1 Z 2, 187 Abs. 1, 226, 242, 254 Abs. 5, 345 BVergG 2006. 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., 5, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 163, 165, 167, 180, Absatz eins, Ziffer 2, 187, Absatz eins, 226, 242, 254, Absatz 5, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Fernwärme Wien GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Bekanntmachung zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur energiewirtschaftlichen Optimierung der von ihr betriebenen Müllverbrennungsanlage Spittelau. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der geschätzte Auftragswert liegt im oberen zweistelligen Millionenbereich. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Vergabeverfahren beteiligt. Mit Schreiben vom 17.8.2010 wurde die Antragstellerin zur Angebotslegung eingeladen. Die Angebote waren auf der Grundlage umfangreicher, mehrerer hundert Seiten starker Ausschreibungsunterlagen zu erstellen. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. In der Folge hat die Antragsgegnerin mehrere Ergänzungen bzw. Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen vorgenommen und zuletzt mit Schreiben vom 28.10.2010 als Angebotsabgabetermin den 9.11.2010 festgelegt. Die Antragstellerin hat innerhalb offener Frist am 2.11.2010 ein Angebot gelegt. Insgesamt haben drei Bewerberkonsortien Angebote abgegeben. In der Folge haben mehrfache Aufforderungen zu diversen Darstellungen und Klärungsgesprächen stattgefunden, wobei mit jedem Bieterkonsortium zumindest ein Verhandlungsgespräch durchgeführt wurde.

Mit Schreiben vom 13.1.2011 hat die Antragsgegnerin den Bietern "vor Beginn der Verhandlungen" die Vorgehensweise für die Verhandlungen mitgeteilt, die Ausschreibungsbedingungen in einigen Punkten geändert und die Bieter aufgefordert "auf Grundlage dieser Änderungen und des zusammenfassenden

Protokolls inklusive aller darin enthaltener Festlegungen ... im Rahmen einer

Briefrunde ein überarbeitetes Angebot auf dieser, nicht mehr verhandelbaren Basis zu legen". Als Termin für die Abgabe der überarbeiteten Angebote wurde der 19.1.2011, 12.00 Uhr festgelegt.

Mit Schreiben vom 17.1.2011 hat die Antragsgegnerin den Bietern im Nachhang zum Schreiben vom 13.1.2011 eine technische Berichtigung bekannt gegeben und darauf hingewiesen, dass der Angebotsabgabetermin für das überarbeitete Angebot unverändert mit 19.1.2011, 12.00 Uhr aufrecht bleibe. Beide Schreiben sind jeweils am gleichen Tage der Antragstellerin im Faxwege zugegangen.

Gegen diese Aufforderungen zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 richtet sich der am 21.1.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Festlegung "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunkttable" im Schreiben vom 13.1.2011, Nichtigklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, die Antragsgegnerin habe mehrfach gegen die von ihr getroffenen Festlegungen im Vorfeld der Angebotsabgabe verstoßen. Mit der angefochtenen Entscheidung sei die Antragstellerin aufgefordert worden, ihr überarbeitetes Angebot auf Grundlage eines Protokolls über die Zusammenfassung aller Angebots- und Vertragsgrundlagen zu erstellen. Das mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelte Protokoll würde die Ergebnisse der Verhandlungen nicht richtig wieder geben, weil damit lediglich darauf hingewiesen werde, dass für den Lastpunkt 5 und 6 die Angaben gemäß Lastpunkttable gelten würden, während auch für die Lastpunkte 1, 2 und 3 die Angaben gemäß Lastpunkttable zu berücksichtigen wären. Nach den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Informationen wären die Angebote von Bieter 1 und 2 auszuschneiden gewesen, da es sich dabei teilweise um unzulässige Teilangebote, teilweise um nicht ausschreibungskonforme Angebote handle. Da die Angebote von Bieter 1 und 2 trotz Vorliegens von Ausscheidungsgründen nicht ausgeschieden worden sind, liege ein Verstoß gegen das

Prinzip der Gleichbehandlung vor. Im Zuge des Vergabeverfahrens habe die Antragsgegnerin in unzulässiger Weise das Haftungslimit im Zusammenhang mit der Haftpflichtversicherung offenbar aus dem Grund herabgesetzt, weil die beiden Mitbewerber offenbar in unsachlicher Weise bevorzugt werden sollten. Gegen diese Aufforderungen zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 richtet sich der am 21.1.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Festlegung "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunktabelle" im Schreiben vom 13.1.2011, Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, die Antragsgegnerin habe mehrfach gegen die von ihr getroffenen Festlegungen im Vorfeld der Angebotsabgabe verstoßen. Mit der angefochtenen Entscheidung sei die Antragstellerin aufgefordert worden, ihr überarbeitetes Angebot auf Grundlage eines Protokolls über die Zusammenfassung aller Angebots- und Vertragsgrundlagen zu erstellen. Das mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelte Protokoll würde die Ergebnisse der Verhandlungen nicht richtig wieder geben, weil damit lediglich darauf hingewiesen werde, dass für den Lastpunkt 5 und 6 die Angaben gemäß Lastpunktabelle gelten würden, während auch für die Lastpunkte 1, 2 und 3 die Angaben gemäß Lastpunktabelle zu berücksichtigen wären. Nach den der Antragstellerin zur Verfügung stehenden Informationen wären die Angebote von Bieter 1 und 2 auszuschneiden gewesen, da es sich dabei teilweise um unzulässige Teilangebote, teilweise um nicht ausschreibungskonforme Angebote handle. Da die Angebote von Bieter 1 und 2 trotz Vorliegens von Ausscheidungsgründen nicht ausgeschieden worden sind, liege ein Verstoß gegen das Prinzip der Gleichbehandlung vor. Im Zuge des Vergabeverfahrens habe die Antragsgegnerin in unzulässiger Weise das Haftungslimit im Zusammenhang mit der Haftpflichtversicherung offenbar aus dem Grund herabgesetzt, weil die beiden Mitbewerber offenbar in unsachlicher Weise bevorzugt werden sollten.

Die Antragsgegnerin verstoße mit den angefochtenen Entscheidungen auch gegen § 226 Abs. 3 BVergG 2006, weil sowohl in der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 als auch vom 17.1.2011 die Angebotsfrist mit jeweils 19.1.2011 und damit mit weniger als 10 Tagen festgelegt worden sei. Eine einvernehmliche Festlegung der Angebotsfrist sei zumindest mit der Antragstellerin nicht erfolgt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass ihr seitens der Antragsgegnerin Informationen übermittelt worden seien, über die sie an sich nicht verfügen dürfte. Darin erblickt die Antragstellerin, ausgehend von der Überlegung, dass auch den beiden Mitbewerbern diese Informationen zur Verfügung gestellt worden sind, einen Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens. Die Antragsgegnerin verstoße mit den angefochtenen Entscheidungen auch gegen Paragraph 226, Absatz 3, BVergG 2006, weil sowohl in der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 als auch vom 17.1.2011 die Angebotsfrist mit jeweils 19.1.2011 und damit mit weniger als 10 Tagen festgelegt worden sei. Eine einvernehmliche Festlegung der Angebotsfrist sei zumindest mit der Antragstellerin nicht erfolgt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass ihr seitens der Antragsgegnerin Informationen übermittelt worden seien, über die sie an sich nicht verfügen dürfte. Darin erblickt die Antragstellerin, ausgehend von der Überlegung, dass auch den beiden Mitbewerbern diese Informationen zur Verfügung gestellt worden sind, einen Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung einer vergaberechtskonformen Aufforderung zur Angebotsabgabe, im Recht auf Nichtaufforderung auszuschneidender Bieter zur Angebotsabgabe, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt.

Die Antragstellerin, die aus einer Bietergemeinschaft aus einem deutschen und zwei österreichischen Unternehmen besteht, sei an der Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen interessiert und dazu auch in der Lage. Sie haben im gegenständlichen Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag, ein Erstangebot und ein überarbeitetes Angebot gelegt. Sollten die von der Antragstellerin dargelegten Rechtswidrigkeiten des von der Antragsgegnerin geführten Vergabeverfahrens nicht beseitigt werden, drohe ihr durch Nichterlangung des Auftrages ein Schaden an

entgangenem Gewinn sowie Verlust der von ihr bisher aufgewendeten Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren einzutreten. Dazu kämen für sie auch die bisher aufgewendeten Kosten für die Rechtsvertretung sowie letztlich der Verlust eines für sie maßgeblichen Referenzauftrages.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.1.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien des Verfahrens zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 31.1.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die Antragstellung wäre verfristet, weil die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen bereits in dem ihr am 21.12.2010 übersandten Protokoll enthalten gewesen wären. Dieses Protokoll sei zwar auch den Aufforderungen zur Angebotsabgabe vom 13.1. / 17.1.2011 angeschlossen gewesen, dennoch hätte es bereits mit dem Protokoll vom 21.1.2010 bekämpft werden müssen. Die Angebote der Bieter 1 und 2 wären aufgrund der Ergebnisse des Verfahrens nicht auszuschneiden gewesen, hingegen sei das Angebot der Antragstellerin mangels Erfüllung von KO-Kriterien nicht ausschreibungskonform. Eine unzulässige Erstreckung bzw. eine nicht ausreichende Angebotsfrist liege nicht vor, weil die Bieter gemäß § 226 Abs. 2 BVergG 2006 der für die Angebotsabgabe vorgesehenen vermeintlich zu kurzen Frist zugestimmt hätten. Die Übermittlung von Informationen, die die Antragstellerin nicht hätte erhalten sollen, sei nur an diese und überdies irrtümlich erfolgt. Das Vorliegen zwingender Widerrufsgründe wird von der Antragsgegnerin entschieden bestritten. Mit Schriftsatz vom 31.1.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die Antragstellung wäre verfristet, weil die von der Antragstellerin bekämpften Festlegungen bereits in dem ihr am 21.12.2010 übersandten Protokoll enthalten gewesen wären. Dieses Protokoll sei zwar auch den Aufforderungen zur Angebotsabgabe vom 13.1. / 17.1.2011 angeschlossen gewesen, dennoch hätte es bereits mit dem Protokoll vom 21.1.2010 bekämpft werden müssen. Die Angebote der Bieter 1 und 2 wären aufgrund der Ergebnisse des Verfahrens nicht auszuschneiden gewesen, hingegen sei das Angebot der Antragstellerin mangels Erfüllung von KO-Kriterien nicht ausschreibungskonform. Eine unzulässige Erstreckung bzw. eine nicht ausreichende Angebotsfrist liege nicht vor, weil die Bieter gemäß Paragraph 226, Absatz 2, BVergG 2006 der für die Angebotsabgabe vorgesehenen vermeintlich zu kurzen Frist zugestimmt hätten. Die Übermittlung von Informationen, die die Antragstellerin nicht hätte erhalten sollen, sei nur an diese und überdies irrtümlich erfolgt. Das Vorliegen zwingender Widerrufsgründe wird von der Antragsgegnerin entschieden bestritten.

Diese Stellungnahme hat die Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 4.2.2011 beantwortet und ihren bereits bekannten Standpunkt weiter ausgebaut. Insbesondere hat sie ausgeführt, dass die Anträge auf Nichtigerklärung bestimmter Festlegungen in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht verfristet wären, da sie aufgrund des Verhaltens der Antragsgegnerin davon ausgehen müssen, dass das Protokoll vom 21.12.2010 noch keine unveränderbaren Festlegungen enthalte, weil sie dieses Protokoll nicht gefertigt habe. Vielmehr habe sie aufgrund des Verhaltens der Antragsgegnerin angenommen, dass die weiteren Verhandlungen erst nach dem 13.1.2011 beginnen sollen. Stattdessen sei die Aufforderung zur Angebotslegung gekommen. Sollte jedoch der Senat von einer Verfristung ihrer Anträge ausgehen, stellt die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil aufgrund des irreführenden Verhaltens der Auftraggeberin sie berechtigt der Ansicht sein konnte, dass das Protokoll vom 21.10.2010 rechtlich nicht relevant wäre bzw. noch berichtigt werden müsste.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16.2.2011 im Detail Stellung genommen und ausgeführt, dass das Protokoll vom 21.12.2010 einerseits "eine Zusammenfassung des von der Antragstellerin gelegten Angebotes unter Berücksichtigung der geführten Aufklärungsgespräche und andererseits weitere Festlegungen betreffend die Ausschreibungsbedingungen" enthalte. Zugestanden hat die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin mit E-Mail vom 22.12.2010 dazu Stellung genommen und ausgeführt hat, dass eine endgültige Definition der im Protokoll beschriebenen teilweise aktualisierten Angebotsinhalte und der sonstigen im Protokoll dargestellten Festlegungen in der Endverhandlung abschließend diskutiert und festgelegt werden müssen. Die Antragsgegnerin hat auch mehrere Telefonate vom 22.12.2010, die mit der Antragstellerin geführt wurden, bestätigt und ausgeführt, dass auf Wunsch der Antragstellerin die Frist für die Vorlage des unterzeichneten Protokolls so erstreckt wurde, dass die Antragstellerin das Protokoll auch erst zu der - damals noch nicht abgesagten - Verhandlung am 12.1.2011 unterzeichnet mitbringen sollte. Weiterhin macht die Antragsgegnerin geltend, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungskonform wäre. Das Protokoll vom 21.12.2010 hält die Antragsgegnerin weiterhin für eine gesondert anfechtbare Entscheidung (sonstige Festlegungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006) und

dementsprechend die Anfechtung für verfristet. Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 16.2.2011 im Detail Stellung genommen und ausgeführt, dass das Protokoll vom 21.12.2010 einerseits "eine Zusammenfassung des von der Antragstellerin gelegten Angebotes unter Berücksichtigung der geführten Aufklärungsgespräche und andererseits weitere Festlegungen betreffend die Ausschreibungsbedingungen" enthalte. Zugestanden hat die Antragsgegnerin, dass die Antragstellerin mit E-Mail vom 22.12.2010 dazu Stellung genommen und ausgeführt hat, dass eine endgültige Definition der im Protokoll beschriebenen teilweise aktualisierten Angebotsinhalte und der sonstigen im Protokoll dargestellten Festlegungen in der Endverhandlung abschließend diskutiert und festgelegt werden müssen. Die Antragsgegnerin hat auch mehrere Telefonate vom 22.12.2010, die mit der Antragstellerin geführt wurden, bestätigt und ausgeführt, dass auf Wunsch der Antragstellerin die Frist für die Vorlage des unterzeichneten Protokolls so erstreckt wurde, dass die Antragstellerin das Protokoll auch erst zu der - damals noch nicht abgesagten - Verhandlung am 12.1.2011 unterzeichnet mitbringen sollte. Weiterhin macht die Antragsgegnerin geltend, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungskonform wäre. Das Protokoll vom 21.12.2010 hält die Antragsgegnerin weiterhin für eine gesondert anfechtbare Entscheidung (sonstige Festlegungen im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006) und dementsprechend die Anfechtung für verfristet.

Zum Wiedereinsetzungsantrag bringt die Antragsgegnerin vor, ein irreführendes Verhalten ihrerseits, das zur Versäumung der Frist durch die Antragstellerin hätte führen können, liege nicht vor, der Antrag sei daher nicht berechtigt. Die Anträge auf Nichtigerklärung der Aufforderungen an die Bieter 1 und 2 zur Angebotsabgabe hält die Antragsgegnerin ebenfalls für verfristet, weil die von der Antragstellerin dafür geltend gemachten Gründe ihr bereits seit 15.12.2010 bekannt wären.

Mit den Schriftsätzen vom 24. und 25.2.2011 hat die Antragstellerin dazu umfänglich und im Detail zum Vorbringen der Antragsgegnerin Stellung genommen, ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt, ohne wesentlich neue Gesichtspunkte einzubringen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 10.3.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach den §§ 165 Abs. 2 und 167 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur energiewirtschaftlichen Optimierung der von ihr betriebenen MVA Spittelau. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der geschätzte Auftragswert liegt im oberen zweistelligen Millionenbereich. Zunächst wurden sieben Bewerberkonsortien zur Angebotslegung eingeladen, drei Bewerberkonsortien haben Angebote gestellt und wurden zur zweiten Runde des Verhandlungsverfahrens zugelassen. Die Erstangebote waren nach mehrfacher Verlängerung des Termins bis 9.11.2010 abzugeben. Die Antragstellerin hat innerhalb offener Frist ein Angebot gelegt. Die Angebote waren auf der Grundlage besonders umfangreicher Ausschreibungsunterlagen (mehrere hundert Seiten) zu erstellen. Die Vergabebestimmungen sehen im Punkt 2.5 Vergabekriterien vor, die wie folgt definiert sind: Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach den Paragraphen 165, Absatz 2 und 167 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur energiewirtschaftlichen Optimierung der von ihr betriebenen MVA Spittelau. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der geschätzte Auftragswert liegt im oberen zweistelligen Millionenbereich. Zunächst wurden sieben Bewerberkonsortien zur Angebotslegung eingeladen, drei Bewerberkonsortien haben Angebote gestellt und wurden zur zweiten Runde des Verhandlungsverfahrens zugelassen. Die Erstangebote waren nach mehrfacher Verlängerung des Termins bis 9.11.2010 abzugeben. Die Antragstellerin hat innerhalb offener Frist ein Angebot gelegt. Die Angebote waren auf der Grundlage besonders umfangreicher Ausschreibungsunterlagen (mehrere hundert Seiten) zu erstellen. Die Vergabebestimmungen sehen im Punkt 2.5 Vergabekriterien vor, die wie folgt definiert sind:

"Es sind nur Gesamtangebote zulässig. Es erfolgt die Gesamtvergabe des spezifizierten Leistungsumfanges. Es ist keine getrennte Vergabe einzelner Positionen oder Positionsgruppen vorgesehen.

Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

Die Bewertung der Angebote erfolgt nach der im folgenden genannten Vorgangsweise.

Entsprechend den einzelnen Bestbieterkriterien werden Zu- und Abschläge zum angebotenen Gesamtpreis (s. Preisblätter, Kap.8.25) auf Basis der nachfolgenden Kriterien vorgenommen, die in Summe zum Bewertungspreis führen. Die Reihung der Angebote erfolgt nach den Gesamtpreisen inklusive Zu- und Abschlägen. Ein niedrigerer Wert bedeutet eine bessere Bewertung. Der Zuschlag erfolgt an den Bieter mit dem besten Bewertungsergebnis.

Für den Auftraggeber - im Vergleich zu den unten genannten Referenzwerten - bessere Garantiewerte, werden als Abschläge, für den Auftraggeber - im Vergleich zu den unten genannten Referenzwerten - schlechtere Garantiewerte werden als Zuschläge zum angebotenen Gesamtpreis gerechnet (lineare Berechnung, keine Sprungfunktion).

Das endverhandelte Angebot ist Gegenstand der Billigstbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung.

Bestbieterkriterien

Kriterium 1 "Instandhaltung"

1.1 Materialgarantie Rostbelag: Zuschlag von € 10.000 pro 1 % - garantiertem Prozentsatz aller Roststäbe, die maximal innerhalb der Betriebsstunden 0-24 Uhr getauscht werden müssen gemäß Kap 8.22.7

Die Summe der Zuschläge für die Vergabeeinheit Feuerung ist insgesamt mit +/- 3 % des angebotenen Gesamtpreises der Vergabeeinheit beschränkt.

Die in Kap 8.25.1 angeführten Regiepreise fließen in die Bewertung nicht ein".

KO-Kriterien sind in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten.

In der Folge hat das von der Antragsgegnerin mit der Planung und Auswertung der Angebote betraute Unternehmen WKU (Generalplaner) mit der Antragstellerin technische Klärungen versucht und zumindest ein Verhandlungsgespräch geführt.

In den Vergabeakten findet sich der Ausdruck eines E-Mails vom 13.12.2010 in dem von dem mit der Prüfung der Angebote und offenbar auch mit der Führung des Verhandlungsverfahrens betrauten Unternehmen zunächst festgestellt wird, dass die technischen Klärungen mit 10.12.2010 abgeschlossen worden sind. Danach konnten mit allen Bietern, bis auf die Antragstellerin, die noch offenen Punkte der Nachreichung und die fehlenden oder fehlerhaften Angaben in den Abfragetabellen weitestgehend aufgeklärt werden. Dazu wird auf die jeweiligen Protokolle der technischen Klärung sowie die von den Bietern übersandten Nachreichungen verwiesen.

Bezüglich der Einhaltung der geforderten Garantien für Hg im Rauchgas nach Gewebefilter und TOC in der Flugasche (Kessel + Gewebefilter) wird festgehalten, dass seitens der Auftraggeberin ein Korrekturbedarf besteht, da die gleichzeitige Einhaltung aller geforderten Werte nicht möglich sei. Es wird vorgeschlagen für die Zeilen 858 und 859 der Abfragetabelle den Typ von "GR" auf "Richtwert" zu ändern.

Weiters soll die Einhaltung des TOC - Gehaltes in Zeile 1286 der Abfragetabelle auf

"Restkohlenstoffgehalt der gesamten Asche (Kessel + Filter) ohne

Berücksichtigung der Koksdosierung" und einem Wert von < als 1 % korrigiert

werden. Für das Angebot der Antragstellerin wird dazu ausgeführt, dass zumindest

noch die Bestätigung der Einhaltung der in der Ausschreibung bzw. der

technischen Klärung angeführten Vorgabe für die Regelgüte erforderlich ist. In

diesem Vermerk wird schließlich ausgeführt, dass im Hinblick auf die ausreichende

technische Klärung aus Sicht des Bewerbers einer kaufmännischen Verhandlung

nichts mehr im Wege steht wobei Gegenstand der Verhandlung die Ausführung

ohne Rezigassystem sein soll. Weiters wird aus technischer Sicht empfohlen

"jedenfalls die Option 5... und die Option 1 ... mit zu verhandeln":

Aufgrund dieser Ergebnisse wurde mit E- Mail vom 15.12.2010 die Antragstellerin

um Rückmeldung zu vier Punkten, von denen zwei den Zusatz "= k.o.-Kriterium"

und zwei den Beisatz "= aufzuklären" tragen, ersucht. Diesem Mail war eine

Unterlage angeschlossen, die (nach Stellungnahme der Antragsgegnerin) irrtümlich nur der Antragstellerin zugekommen ist und Informationen enthalten hat, über die diese im Hinblick auf das gewählte Vergabeverfahren nicht verfügen sollte. Dieses Aufklärungsersuchen war an Mag. Franz Riebenbauer gerichtet und nicht an den mit dem Erstangebot mitgeteilten Ansprechpartner der Antragstellerin. Die im Schreiben vom 15.12.2010 aufgelisteten Punkte wurden von der Antragstellerin rechtzeitig am 17.12.2010 beantwortet und für die Lastpunkte 1, 5 und 6 ein O₂-Wert von 8 Vol.-% zugesagt. Nach dem Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten werden erstmals in diesem Mail "KO-Kriterien" ausdrücklich festgelegt. Am 21.12.2010 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein als zusammenfassendes Protokoll bezeichnetes Mail mit folgendem Begleitschreiben übermittelt:

"Das gegenständliche Protokoll dient als Zusammenfassung aller Angebots- und Vertragsgrundlagen, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der technischen Aufklärungen. Die nachstehend unter Punkt 1) dargestellten Ausschreibungs- und / oder Angebotsinhalte sowie die genannten sonstigen Festlegungen sind abschließend und daher nicht mehr Gegenstand der noch stattzufindenden Verhandlungen (und somit "definitiv").

Dieses Protokoll ist eine Zusammenstellung des vom Bieter gelegten Angebotes, der hierzu ergangenen Nachträge und Korrespondenz und der Ergebnisse und Klarstellungen im Rahmen der kaufmännischen und technischen Aufklärungsgespräche und ist in dieser Form das verbindliche Angebot des Bieters. Abweichungen zu den kaufmännisch-rechtlichen Vertragsbestimmungen und zu den technischen Vertragsbestimmungen (Unterschreitung der Mindestanforderungen der Ausschreibung) sind nicht zulässig. Angebote, die von den nachstehend angeführten Grundlagen abweichen, werden nach § 269 BVergG 2006 i.d.g.F. ausgeschieden. Dieses Protokoll ist eine Zusammenstellung des vom Bieter gelegten Angebotes, der hierzu ergangenen Nachträge und Korrespondenz und der Ergebnisse und Klarstellungen im Rahmen der kaufmännischen und technischen Aufklärungsgespräche und ist in dieser Form das verbindliche Angebot des Bieters. Abweichungen zu den kaufmännisch-rechtlichen Vertragsbestimmungen und zu den technischen Vertragsbestimmungen (Unterschreitung der Mindestanforderungen der Ausschreibung) sind nicht zulässig. Angebote, die von den nachstehend angeführten Grundlagen abweichen, werden nach Paragraph 269, BVergG 2006 i.d.g.F. ausgeschieden.

BG Martin/ Integral Engineering/ Integral Montage Datum: 21.12.2010"

Das Protokoll enthält Änderungen im Pkt. 4.30 Versicherung, in dem die zunächst festgelegte Versicherungshöhe sowie das akkumulierte Haftungslimit herabgesetzt werden. Im Protokoll werden auch technische Änderungen zum "Rezigas-System" und zur "Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche" wie nachstehend wiedergegeben vorgenommen:

"d2) Technische Änderungen

Rezigas-System

Gegenstand der Verhandlung ist die Ausführung ohne Rezigas-System. Es wird darauf hingewiesen, dass die O₂-Werte gemäß Abfragetabelle 1980-1982 wie in der technischen Klärung besprochen einzuhalten sind. Für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunkttafel (Beilage 4 des Protokolls der technischen Klärung vom 10.12.2010).

Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche:

Bezüglich der Einhaltung der geforderten Garantien für Hg im Rauchgas nach Gewebefilter und TOC in der Flugasche (Kessel + Gewebefilter) wird von FWW folgende Änderung vorgesehen:

Der in Zeile 857 der Abfragetabelle angegebene Rohgaswert gilt als Maximalwert, wobei im Mittel mit einer Hg-Konzentration < 0,5 mg/Nm³ (bezogen auf trockenes Abgas, 11 Vol.% = 2) zu rechnen ist.

Für die in Zeilen 858 und 859 der Abfragetabelle angegebenen Werte entfällt die Kennzeichnung "GR" in der Spalte Typ. Die Werte sind somit ohne Markierung und daher als Richtwerte gemäß 8.22.1 zu verstehen.

Für den in Zeile 1286 angegebenen Wert wird der Text von "Restkohlenstoffgehalt der gesamten Asche (Kessel + Filter) unter Berücksichtigung der Koksdosierung" auf "Restkohlenstoffgehalt der gesamten Asche (Kessel + Filter) ohne Berücksichtigung der Koksdosierung" und der Wert von < 2% auf < 1% korrigiert. Weiters ist eine möglichst gute Verteilung des eindosierte Kokes im Rauchgas zu erreichen."

Weiters werden im Protokoll als Angebotsunterlagen die technische Aufklärung der Antragstellerin vom 1.12.2010, das Ergebnis der technischen Aufklärungsgespräche vom 9.12.2010 gemäß Protokoll WKU, und ergänzende Unterlagen der Antragstellerin vom 10.12.2010 und 17.12.2010 angeführt.

Im Kapitel "Optionen" wird im Protokoll festgehalten:

"Im Zuge der Vergabeverhandlungen werden die Optionen 1 und 5 gemäß den Ausschreibungsunterlagen behandelt, alle weiteren Optionen werden seitens des Auftraggebers nicht weiter verfolgt. Der Auftraggeber wird - unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse - spätestens zum Zeitpunkt der Beauftragung dem Zuschlagsempfänger mitteilen, ob die Optionen 1 bzw. 5 in Anspruch genommen werden.

Option 1: Mehrkosten für Cladding bis 2. Zug

Option 5: Mehrkosten für Cladding der Überhitzerrohre gesamter 1. Überhitzer". Das "zusammenfassende Protokoll" sollte "als Basis für die noch stattzufindenden

Verhandlungen bis ... 22.12.2010 ... unterfertigt" an die Antragsgegnerin retourniert werden.

Die Antragstellerin hat weder das Begleitschreiben vom 21.12.2010 noch das diesem angeschlossene Protokoll unterfertigt. Die Antragstellerin hat nach Erhalt dieses E-Mails Telefonate mit der Auftraggeberin geführt und erklärt, dass "noch gewisse Anpassungen zu den Mindestkriterien im Protokoll vom 21.12.2010 notwendig" seien und sie auch innerhalb der Bietergemeinschaft Rücksprache halten müsse. Dazu hat die Antragsgegnerin im Telefonat erklärt, dass eine sofortige Unterfertigung des Protokolls nicht erfolgen müsse "sondern entsprechend den Erfordernissen der Bieterin (= Antragstellerin) wegen der Rücksprache später erfolgen könne." Ein Vermerk über diese Telefonate ist in den Vergabeakten nicht enthalten (Protokoll Seite 4/5).

Unabhängig von diesen Telefonaten hat die Antragstellerin an die Antragsgegnerin am 22.12.2010 ein E-Mail gerichtet, in dem sie erklärt, dass sie den Inhalt im Pkt. 1 der zusammengefassten Angebots- und Vertragsgrundlagen grundsätzlich bestätigen könne. Sie weist jedoch darauf hin, dass sie eine endgültige Definition der im Protokoll beschriebenen teilweise aktualisierten Angebotsinhalte und der sonstigen im Protokoll dargestellten Festlegungen gerne mit der Antragsgegnerin in der Endverhandlung abschließend diskutieren und festlegen will. Im Hinblick auf die Telefonate und ihr Mail vom 22.12.2010 hat die Antragstellerin angenommen, dass die Antragsgegnerin auf die Unterfertigung des Protokolls verzichtet und die darin erwähnten Themen den nachfolgenden Verhandlungen vorbehalten bleiben sollen, weshalb das Protokoll keine Grundlage für ein Angebot abgeben könnte.

Am 13.1.2011 hat die Antragsgegnerin das nachstehende Schreiben an die Antragstellerin übermittelt und sie zur Legung der überarbeiteten Angebote bis 19.1.2011, 12.00 Uhr aufgefordert:

"ENERGIEWIRTSCHAFTLICHE OPTIMIERUNG MVA Spittelau

VERGABEEINHEIT FEUERUNG - Aktenzahl VHV 12 - 2009/10

VERGABEVERHANDLUNGEN - BRIEFRUNDE

Sehr geehrte Herren!

Im Sinne unserer Ausschreibungsunterlagen, Punkt 2.1 Vergabeverhandlungen, erlauben wir uns Ihnen nun - vor Beginn der Verhandlungen - die Vorgehensweise für die Verhandlungen mitzuteilen:

Die Ausschreibungsbedingungen werden hiermit in Bezug auf die im Folgenden genannten Optionen geändert:

Die Option 1 "Mehrkosten Cladding bis zum 2. Zug" und Option 5 "Mehrkosten Cladding Überhitzerrohre gesamter 1. Überhitzer" werden nun in den anzubietenden Leistungsumfang fix aufgenommen und sind nun zuschlags- und bewertungsrelevant.

Auf Grundlage dieser Änderung und des zusammenfassenden Protokolls inkl. aller darin enthaltenen Festlegungen laden wir Sie nun ein, im Rahmen einer Briefrunde ein überarbeitetes Angebot auf dieser, nicht mehr verhandelbaren Basis zu legen.

Das Protokoll wird Ihnen mit gegenständlichem Schreiben übermittelt und ist unverzüglich, bis spätestens Montag, den 17.01.2010, 16:00 Uhr an uns unterfertigt zu übermitteln.

Das Ergebnis dieser Briefrunde ist maßgeblich für die Reihenfolge der dann stattfindenden abschließenden Verhandlungsrunde. Die abschließenden Vergabeverhandlungen erfolgen nach Angebotsprüfung mit allen ausschreibungskonformen Bietern auf Basis der Reihung der Briefrunde, in absteigender Reihenfolge (mit dem Bestbieter nach Briefrunde und Angebotsprüfung wird zuletzt verhandelt = "letztes Wort"). Die Ermittlung des Bestbieters erfolgt gemäß den Zuschlagskriterien Punkt 2.5 "Vergabekriterien" der Ausschreibungsunterlagen.

Beiliegend erhalten Sie eine Preiszusammenstellung für Ihr zu überarbeitendes Angebot, unter Berücksichtigung des Entfalls des Rezigassystems.

Das überarbeitete Angebot ist bis

Mittwoch, den 19.01.2011, 12:00 Uhr

In einem verschlossenen Umschlag bei Fernwärme Wien Ges. m. b. H., Spittelauer Lände 45, A-1090 Wien, Abteilung Einkauf und Vergabewesen, Fr. Chuchmanski, Zimmer 607, 6. OG einzureichen."

Diesem Schreiben war unter anderem angeschlossen das zusammenfassende Protokoll vom 21.12.2010.

Am 17.1.2011 hat die Antragstellerin das unterfertigte Protokoll übermittelt, jedoch im Kapitel technische Änderungen zwei Anmerkungen bzw. Berichtigungen vorgenommen. So hat die Antragstellerin insbesondere den Absatz betreffend die Zeile 1286 wesentlich geändert, indem dieser Absatz von ihr dahingehend berichtigt wurde, dass er zu lauten hat "Der in Zeile 1268 angegebene Wert wird von < 2 % auf < 3 % korrigiert". In der übermittelten Kopie des zusammenfassenden Protokolls ist statt des von der Antragstellerin eingesetzten Wertes < 3 % < 1 % angeführt. Im Begleitschreiben zu dem von allen drei Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterfertigten zusammenfassenden Protokolls wird von ihnen der Abgabetermin 19.1.2011 bestätigt.

Eine Reaktion der Antragsgegnerin auf dieses Schreiben ist insoweit zu erblicken, als sie am 17.1.2011 den drei Bietern mit Schreiben eine Berichtigung - technische Änderung bekannt gibt und sie abermals auffordert, ihre überarbeiteten Angebote unverändert bis 19.1.2011 abzugeben.

In der technischen Berichtigung wird der Punkt "Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche" entgegen den Festlegungen in der Zusammenfassung gemäß Protokoll wie folgt berichtigt:

"Zu unserem Schreiben vom 13.1.2011 müssen wir Ihnen noch eine technische

Berichtigung bekanntgeben:

Die neue Formulierung zu Punkt "Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche" lautet entgegen der Festlegung in der Zusammenfassung gemäß

Protokoll wie folgt:

Bezüglich der Einhaltung der geforderten Garantien für Hg im Rauchgas nach Gewebefilter und TOC in der Flugasche (Kessel + Gewebefilter) wird von FWW folgende Änderung vorgesehen:

Der in Zeile 857 der Abfragetabelle angegebenen Rohgaswert gilt als Maximalwert, wobei im Mittel mit einer Hg-Konzentration < 0,5 mg/Nm³ (bezogen auf trockenes Abgas, 11 Vol% O₂) zu rechnen ist. Für die in den Zeilen 858 und 859 der Abfragetabelle angegebenen Werte entfällt die Kennzeichnung "GR" in der Spalte Typ. Die Werte sind somit ohne Markierung und daher als Richtwerte gemäß 8.22.1 zu verstehen.

Für den in Zeile 1286 angegebenen Wert wird der Text von "Restkohlenstoffgehalt der gesamten Asche (Kessel + Filter) unter Berücksichtigung der Koksdosierung" auf "Restkohlenstoffgehalt der gesamten Asche (Kessel + Filter) ohne Berücksichtigung der Koksdosierung" geändert und der Wert von < 2 % bleibt unverändert.

Weiters ist eine möglichst gut Verteilung des eindosierte Kokses im Rauchgas zu erreichen."

Am 19.1.2011 hat die Antragstellerin ihr Angebot für die Briefrunde mit aktualisiertem Preisblatt unter Anschluss des von ihr am 17.1.2011 unterfertigten "Protokoll Zusammenfassung" abgegeben. Sie weist in diesem Begleitschreiben daraufhin, dass sie die im E-Mail vom 17.1.2011 mitgeteilten technischen Änderungen berücksichtigt hat (v.a. Änderung im Absatz betreffend die Zeile 1286).

Den vorgelegten Vergabeakten ist nicht zu entnehmen, dass mit den Bietern bezüglich der Angebotsfrist 19.1.2011 ein Einvernehmen hergestellt worden wäre. Die mögliche Einbeziehung der Optionen 1 und 5 in die zu legenden Angebote

ist erstmalig im Protokoll vom 21.12.2010 erwähnt und wird erstmalig in der Aufforderung zur Angebotslegung vom 13.1.2011 zum Gegenstand des Angebotes gemacht. Die Einbeziehung der Optionen 1 und 5 ist kalkulationsrelevant ebenso die Regelung hinsichtlich des TOC-Gehalts der Flugasche im Schreiben vom 17.1.2011. Auch die O2-Werte haben sich in der Aufforderung vom 13.1. / 17.1.2011 gegenüber dem zusammenfassenden Protokoll geändert, diese Vorgaben sind ebenfalls kalkulationsrelevant.

Die angefochtenen Entscheidungen vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 sind der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 21.1.2011 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. Die angefochtenen Entscheidungen vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 sind der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist am 21.1.2011 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.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der (vollständig ?) vorgelegten Vergabeakten sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 10.3.2011. Soweit in den Feststellungen Inhalte von Schriftstücken wiedergegeben werden, sind die Belegstellen angeführt. Dass zwischen den Parteien im Anschluss an die Übersendung des zusammenfassenden Protokolls vom 21.12.2010 Telefonate zu dessen Inhalt und Fertigung stattgefunden haben, gründet sich auf das diesbezüglich übereinstimmende Vorbringen der Parteien. Dass der Inhalt dieser Telefonate nicht dokumentiert wurde, ist nicht nur den Vergabeakten zu entnehmen, sondern hat dies auch die Antragsgegnerin zugestanden. Der Senat ist bei seinen weiteren diesbezüglichen Feststellungen den Darstellungen der Antragstellerin gefolgt, wonach sie angenommen hat, dass die Antragsgegnerin auf die Unterfertigung des Protokolls verzichtet und sie dieses Verhalten so werten konnte, dass sie von einer Fortsetzung der Verhandlungsgespräche ausgehen konnte. Feststellungen zur Frage, inwieweit die nach Angaben der Antragsgegnerin irrtümlich erfolgte Übersendung von Unterlagen aus den Vergabeakten mit dem Schreiben vom 15.12.2010 an die Antragstellerin einen relevanten Verstoß gegen Vergabebestimmungen darstellt, hat der Senat - wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird - nicht getroffen, ebenso nicht zur Frage, ob und wie weit die Angebote der Bieter 1 und 2 bzw. das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen wäre. Diese Prüfschritte werden im fortzusetzenden Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin vorzunehmen sein.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich (§§ 164, 165, 167 BVergG 2006) tätig ist und ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 192 Abs. 5 BVergG 2006) zur Vergabe von Bauleistungen (§ 4 BVergG 2006) im Oberschwellenbereich (§ 180 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen (Punkt 2.5 der Vergabebestimmungen). Ausgeschrieben ist im Wesentlichen die anlagentechnische Erneuerung und energiewirtschaftliche Optimierung der von der Antragsgegnerin betriebenen MVA Spittelau. Als Leistungszeitraum sind die Jahre 2011 bis 2015 vorgesehen. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Auftrag im oberen, zweistelligen Millionenbereich. Insgesamt wurden sieben Bewerberkonsortien zur Angebotslegung eingeladen. Drei Bewerberkonsortien, darunter die Antragstellerin, haben Angebote abgegeben. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich (Paragraphen 164, 165, 167, BVergG 2006) tätig ist und ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (Paragraph 192, Absatz 5, BVergG 2006) zur Vergabe von Bauleistungen (Paragraph 4, BVergG 2006) im Oberschwellenbereich (Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen (Punkt 2.5 der Vergabebestimmungen). Ausgeschrieben ist im Wesentlichen die anlagentechnische Erneuerung und energiewirtschaftliche Optimierung der von der Antragsgegnerin betriebenen MVA Spittelau. Als Leistungszeitraum sind die Jahre 2011 bis 2015 vorgesehen. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um einen Auftrag im oberen, zweistelligen Millionenbereich. Insgesamt wurden sieben Bewerberkonsortien zur Angebotslegung eingeladen. Drei Bewerberkonsortien, darunter die Antragstellerin, haben Angebote abgegeben.

Nach mehrfachen Aufforderungen zu diversen Klarstellungen und "Klärungsgesprächen" sowie zumindest einem Verhandlungsgespräch mit jedem Bieterkonsortium hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 13.1.2011 "vor Beginn der Verhandlung" unter Änderung einzelner Ausschreibungsbedingungen die Bieter eingeladen, "im Rahmen einer Briefrunde ein überarbeitetes Angebot auf dieser, nicht mehr verhandelbaren Basis" bis 19.1.2011, 12 Uhr zu legen. Mit einem weiteren Schreiben vom 17.1.2011 hat die Antragsgegnerin eine technische Berichtigung bekannt gegeben und mitgeteilt, dass der Angebotsabgabetermin (19.1.2011, 12 Uhr) für das überarbeitete Angebot unverändert bleibt.

Beide Schreiben sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegung "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunkt Tabelle" im Aufforderungsschreiben vom 13.1.2011 sowie der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 ist am 21.1.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Beide Schreiben sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Festlegung "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunkt Tabelle" im Aufforderungsschreiben vom 13.1.2011 sowie der Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 ist am 21.1.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 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 die behauptete Rechtswidrigkeit der Aufforderung zur Angebotsabgabe und den drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 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 Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. 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 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 die behauptete Rechtswidrigkeit der Aufforderung zur Angebotsabgabe und den drohenden Schaden 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 eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Zunächst war das Vorbringen der Antragsgegnerin zu prüfen, der Antrag auf Nichtigerklärung sei verspätet eingebracht worden.

Nach § 24 Abs. 1 WVRG 2007 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen 10 Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung. Nun bringt die Antragsgegnerin vor, jene Punkte, die von der Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag angefochten werden, seien ihr bereits aufgrund der Übersendung des zusammenfassenden Protokolls datiert mit 21.12.2010, bekannt gewesen. Dabei habe es sich um Festlegungen im Zuge des Vergabeverfahrens gehandelt, die von der Antragstellerin innerhalb der zehntägigen Frist hätten angefochten werden müssen. Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, das Protokoll vom 21.12.2010 stelle keine

"gesondert anfechtbare Entscheidung" dar, insbesondere handle es sich bei diesem Protokoll nicht um eine "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. der Angebotsfrist". Nach Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen 10 Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung. Nun bringt die Antragsgegnerin vor, jene Punkte, die von der Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag angefochten werden, seien ihr bereits aufgrund der Übersendung des zusammenfassenden Protokolls datiert mit 21.12.2010, bekannt gewesen. Dabei habe es sich um Festlegungen im Zuge des Vergabeverfahrens gehandelt, die von der Antragstellerin innerhalb der zehntägigen Frist hätten angefochten werden müssen. Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, das Protokoll vom 21.12.2010 stelle keine "gesondert anfechtbare Entscheidung" dar, insbesondere handle es sich bei diesem Protokoll nicht um eine "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. der Angebotsfrist".

Der Vergabekontrollsenat hält die Argumentation der Antragstellerin in diesem Punkt für zutreffend. Durch das Begleitschreiben zum zusammenfassenden Protokoll hat die Antragstellerin selbst zu erkennen gegeben, dass die Zusammenfassung aller Angebots- und Vertragsgrundlagen, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der technischen Aufklärungen, der Zustimmung des Bieters bedarf. Dass es sich bei dieser Zusammenfassung um verbindliche Festlegungen handelt, die die Grundlage für die Angebotslegung bilden sollen, kommt darin nicht zum Ausdruck, was auch durch das Verhalten der Antragsgegnerin bestätigt wird, nachdem die Antragstellerin in Telefonaten sowie im E-Mail vom 22.12.2010 erklärt hat, das Protokoll nicht zu unterschreiben, weil sie "eine endgültige Definition der im Protokoll beschriebenen teilweise aktualisierten Angebotsinhalte und der sonstigen im Protokoll dargestellten Festlegungen ... gern mit Ihnen in der Endverhandlung abschließend diskutieren und festlegen" will. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass die Antragsgegnerin zur Kenntnis genommen hat, dass von der Antragstellerin das Protokoll in der ihr übermittelten Fassung durch Unterfertigung nicht genehmigen wird und damit einverstanden gewesen ist, dass die Fertigstellung des Protokolls zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen könnte. Da das Protokoll vom 21.12.2010 die Grundlage für die Angebotserstellung sein sollte, konnte aufgrund des Verhaltens der Antragsgegnerin sowie ihrer Erklärungen zur Nichtunterfertigung des Protokolls, die Antragstellerin durchaus der Ansicht sein, dass der Inhalt dieses Protokolls noch Gegenstand zukünftiger Verhandlungen sein werde. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, sie habe der Antragstellerin telefonisch mitgeteilt "dass die Verbindlichkeit der Festlegungen im Protokoll trotz einer späteren Unterfertigung aufrecht bleibt" (Protokoll Seite 5), konnte nicht als erwiesen angenommen werden, zumal ein Vermerk darüber - wie auch über die in diesem Zusammenhang geführten Telefonate - in den vorgelegten Vergabeakten nicht enthalten ist. In der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin zu dem Protokoll auch ausgeführt, dass darin die Ergebnisse der geführten Verhandlungen mit den Bietern enthalten seien und die Unterschrift auf diesem Protokoll nur deshalb zum Nachweis dafür verlangt worden sei "dass der Bieter das so akzeptiert" (Protokoll Seite 4). Dass das Protokoll vom 21.12.2010 Fehler aufgewiesen hat, auf die die Antragstellerin hingewiesen hat, ergibt sich auch daraus, dass mit dem Schreiben zur Angebotsaufforderung vom 13.1.2011 bzw. 17.1.2011 entsprechende Änderungen in den Ausfertigungen dieses Protokolls vorgenommen worden sind.

Damit konnte die Antragstellerin zutreffend davon ausgehen, dass vor einer Richtigstellung bzw. Herstellung einer einvernehmlichen Fassung des Protokolls vom 21.12.2010 dieses nicht als gesondert anfechtbare Festlegung anzusehen ist, die innerhalb der Frist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 anzufechten gewesen wäre. Damit konnte die Antragstellerin zutreffend davon ausgehen, dass vor einer Richtigstellung bzw. Herstellung einer einvernehmlichen Fassung des Protokolls vom 21.12.2010 dieses nicht als gesondert anfechtbare Festlegung anzusehen ist, die innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 anzufechten gewesen wäre.

Letztlich ist aber darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin mit der Übersendung des zusammenfassenden Protokolls, anders als in den Schreiben vom 13./17.1.2011 nicht zu erkennen gegeben hat, dass sie damit eine Verhandlungsrunde einzuleiten beabsichtigt. So ist in den Schreiben vom 13./17.1.2011 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "vor Beginn der Verhandlungen - die Vorgehensweise für die Verhandlungen" den Bietern mitgeteilt werden soll. Nach § 2 Z 16 lit.a sublit.dd BVergG 2006 stellt die bloße Übersendung eines zusammenfassenden Protokolls, das noch dazu der Akzeptanz durch den Bieter bedarf, keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne sonstiger Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist dar. Die Antragstellerin war daher nicht genötigt, das Protokoll vom 21.12.2010 mit Nichtigerklärungsantrag zu bekämpfen, sondern konnte dies zutreffend mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderungen zur Angebotsabgabe vornehmen. Damit erweist

sich die Antragstellung jedenfalls als rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Letztlich ist aber darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin mit der Übersendung des zusammenfassenden Protokolls, anders als in den Schreiben vom 13./17.1.2011 nicht zu erkennen gegeben hat, dass sie damit eine Verhandlungsrunde einzuleiten beabsichtigt. So ist in den Schreiben vom 13./17.1.2011 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "vor Beginn der Verhandlungen - die Vorgehensweise für die Verhandlungen" den Bietern mitgeteilt werden soll. Nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 stellt die bloße Übersendung eines zusammenfassenden Protokolls, das noch dazu der Akzeptanz durch den Bieter bedarf, keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne sonstiger Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist dar. Die Antragstellerin war daher nicht genötigt, das Protokoll vom 21.12.2010 mit Nichtigerklärungsantrag zu bekämpfen, sondern konnte dies zutreffend mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Aufforderungen zur Angebotsabgabe vornehmen. Damit erweist sich die Antragstellung jedenfalls als rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 hat die Antragstellerin eine Angebotsfrist bis 19.1.2011, 12 Uhr gesetzt. Obwohl in dieser Aufforderung erstmals festgelegt wurde, dass auch die Option 1 und Option 5 "nun in den anzubietenden Leistungsumfang fix aufgenommen" werden, sie daher "nun zuschlags- und bewertungsrelevant sind", hat die Antragsgegnerin damit die im § 226 BVergG 2006 vorgesehene Angebotsfrist von 10 Tagen nicht eingehalten. Die Antragsgegnerin hat argumentiert, es sei ein Einvernehmen mit den Bietern erzielt worden, die Frist mit 19.1.2011 sei ausreichend gewesen. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass in den Vergabeakten ein Hinweis darauf, dass mit den Bietern versucht worden ist, gegenseitiges Einvernehmen im Sinne des § 226 Abs. 2 BVergG 2006 herzustellen, nicht enthalten ist. Von einem Einverständnis der Bieter mit der kurzen Angebotsfrist kann daher keine Rede sein. Dazu kommt, dass mit Schreiben vom 17.1.2011 die Antragsgegnerin abermals eine "technische Berichtigung bekannt gegeben" hat, die die Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche betroffen hat. Obwohl auch diese technische Berichtigung kalkulationsrelevant ist, hat die Antragsgegnerin die ursprünglich gesetzte Angebotsfrist mit 19.1.2011, 12 Uhr aufrecht erhalten. In der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 hat die Antragstellerin eine Angebotsfrist bis 19.1.2011, 12 Uhr gesetzt. Obwohl in dieser Aufforderung erstmals festgelegt wurde, dass auch die Option 1 und Option 5 "nun in den anzubietenden Leistungsumfang fix aufgenommen" werden, sie daher "nun zuschlags- und bewertungsrelevant sind", hat die Antragsgegnerin damit die im Paragraph 226, BVergG 2006 vorgesehene Angebotsfrist von 10 Tagen nicht eingehalten. Die Antragsgegnerin hat argumentiert, es sei ein Einvernehmen mit den Bietern erzielt worden, die Frist mit 19.1.2011 sei ausreichend gewesen. Dazu hat das Verfahren ergeben, dass in den Vergabeakten ein Hinweis darauf, dass mit den Bietern versucht worden ist, gegenseitiges Einvernehmen im Sinne des Paragraph 226, Absatz 2, BVergG 2006 herzustellen, nicht enthalten ist. Von einem Einverständnis der Bieter mit der kurzen Angebotsfrist kann daher keine Rede sein. Dazu kommt, dass mit Schreiben vom 17.1.2011 die Antragsgegnerin abermals eine "technische Berichtigung bekannt gegeben" hat, die die Hg-Konzentration Rauchgas und TOC-Gehalt Flugasche betroffen hat. Obwohl auch diese technische Berichtigung kalkulationsrelevant ist, hat die Antragsgegnerin die ursprünglich gesetzte Angebotsfrist mit 19.1.2011, 12 Uhr aufrecht erhalten.

Das Nachprüfungsverfahren hat weiters ergeben, dass sowohl die Änderungen der Ausschreibungsbedingungen im Schreiben vom 13.1.2011 wie die technische Berichtigung im Schreiben vom 17.1.2011 in ihren Auswirkungen kalkulationsrelevant sind, sodass dem Vorbringen der Antragstellerin, sie habe zwar ein Angebot abgegeben, dieses Angebot jedoch wegen der verbliebenen Zeit nicht in der notwendigen Tiefe kalkulieren können, Berechtigung zukommt. Alle technischen Klärungen, die nach dem 9.11.2010 erfolgt sind, haben erst mit der Aufforderung vom 13.1.2011 kalkuliert werden können (Protokoll Seite 9). Wenn auch die beiden anderen Bieter nach dem Inhalt der vorgelegten Vergabeakten diesbezüglich keine Beschwerde geführt haben, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, da eine einvernehmliche Festlegung nicht nachgewiesen ist, nach § 226 Abs. 3 BVergG 2006 zumindest eine zehntägige Angebotsfrist vorzusehen. Da dies nicht der Fall ist, hat die Antragsgegnerin gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen, was für sich allein gesehen zur Nichtigerklärung der angefochtenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe führen muss, da nicht gewährleistet ist, dass Bieter entsprechend kalkulierte Angebote zu der von der Antragsgegnerin festgelegten Frist abgeben konnten (§ 242 BVergG 2006). Das Nachprüfungsverfahren hat weiters ergeben, dass sowohl die Änderungen der Ausschreibungsbedingungen im Schreiben vom 13.1.2011 wie die technische Berichtigung im Schreiben vom 17.1.2011 in ihren Auswirkungen kalkulationsrelevant sind, sodass dem Vorbringen der Antragstellerin, sie habe zwar ein Angebot abgegeben, dieses Angebot jedoch wegen der verbliebenen Zeit nicht in der notwendigen Tiefe kalkulieren können, Berechtigung zukommt. Alle technischen Klärungen, die nach

dem 9.11.2010 erfolgt sind, haben erst mit der Aufforderung vom 13.1.2011 kalkuliert werden können (Protokoll Seite 9). Wenn auch die beiden anderen Bieter nach dem Inhalt der vorgelegten Vergabeakten diesbezüglich keine Beschwerde geführt haben, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, da eine einvernehmliche Festlegung nicht nachgewiesen ist, nach Paragraph 226, Absatz 3, BVergG 2006 zumindest eine zehntägige Angebotsfrist vorzusehen. Da dies nicht der Fall ist, hat die Antragsgegnerin gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen, was für sich allein gesehen zur Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe führen muss, da nicht gewährleistet ist, dass Bieter entsprechend kalkulierte Angebote zu der von der Antragsgegnerin festgelegten Frist abgeben konnten (Paragraph 242, BVergG 2006).

Soweit die Antragstellerin die Festlegung "für den Lastpunkt 5 und 6 gelten die Angaben gemäß Lastpunkt Tabelle" in der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 als nichtig anfechtet, kommt ihr gleichfalls Berechtigung zu. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, insbesondere den Ausschreibungsunterlagen kommen die Angaben gemäß der Lastpunkttafel nicht nur für den Lastpunkt 5 und 6 zur Anwendung sondern gelten auch für die Lastpunkte 1, 2 und 3. Mit Schreiben vom 17.12.2010 hat die Antragstellerin über Ersuchen der Antragsgegnerin erklärt, "die Anlage mit einem O₂-Gehalt (trocken) von 8% für den Nennlastbereich bis zu einem Heizwert von 11.000 kJ/kg" auszulegen. Damit hat die Antragstellerin - worauf sie zutreffend verweist - einen O₂-Gehalt von 8 % neben dem Lastpunkt 5 und 6 auch für den Lastpunkt 1 angeboten. Mit dieser von der Antragstellerin erfolgten Festlegung hat die Antragsgegnerin in der Folge nicht eine Klarstellung herbeigeführt sondern vielmehr unberücksichtigt gelassen, dass zunächst Angebote auf der Grundlage der Errichtung eines Rezigassystems gelegt wurden, in der Folge jedoch erstmals mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 13.1.2011 die Bieter davon auszugehen hatten, dass das Rezigassystem entfällt. Dazu hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 24.2.2011 ausführlich dargelegt, welche Auswirkungen der Entfall des Rezigassystems auf den O₂-Gehalt im Rauchgas hat. Diesen Ausführungen ist die Antragsgegnerin nicht konkret entgegen getreten sondern hat lediglich ausgeführt, die Antragstellerin würde gegen die Festlegungen im Schreiben vom 15.12.2010 verstoßen. Darin erblickt die Antragsgegnerin letztlich auch einen Ausscheidungsgrund im Angebot der Antragstellerin.

Das Verfahren hat jedenfalls für den Senat ergeben, dass hinsichtlich der Anforderungen für die Lastpunkte 5 und 6 die Grundlagen für eine Angebotslegung aus den von der Antragstellerin angeführten Gründen unklar sind, zumal diesbezüglich in den Ausschreibungsunterlagen KO-Kriterien nicht angeführt werden sondern solche ausschließlich nur im Schreiben vom 15.12.2010 zu anderen Anforderungen festgelegt worden sind. Jedenfalls ist diese Festlegung, die im nachfolgenden zusammenfassenden Protokoll vom 21.12.2010 nicht erwähnt wird, aber auch nicht in den Aufforderungsschreiben vom 13./17.1.2011, derart unklar, dass von einer eindeutigen Festlegung nicht gesprochen werden kann. Nach § 187 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Diesen tragenden Grundsätzen eines Vergabeverfahrens kann nur dann entsprochen werden, wenn eindeutige, klar definierte Ausschreibungsbedingungen vorliegen. Auch für den Senat war nicht ersichtlich, auf welcher Ausschreibungsgrundlage, insbesondere aufgrund welcher nach den Ergebnissen der Verhandlungen geänderten Ausschreibungsbedingungen das abschließende Angebot zu legen ist. Damit ist aber die Abgabe vergleichbarer Angebote nicht gewährleistet. Sowohl die Nichteinhaltung der Angebotsfrist des § 226 BVergG 2006 sowie das Nichtvorliegen klar definierter Änderungen der Ausschreibungsunterlagen aufgrund der Ergebnisse des Verhandlungsverfahrens musste dazu führen, die angefochtenen Entscheidungen für nichtig zu erklären. Es hat sich damit für den Senat erübrigt, auf die sonst von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wie der Übermittlung von vertraulichen Informationen, Ankündigung einer als "Preisstechen" bezeichneten, abschließenden Verhandlungsrunde sowie das Vorliegen von Ausscheidungsgründen hinsichtlich aller drei Bieter, näher einzugehen. Diese Fragen werden von der Antragsgegnerin im fortzusetzenden Verfahren ebenso einer eingehenden Prüfung zu unterziehen sein, wie die Beurteilung der Frage, ob das Vergabeverfahren allenfalls zu widerrufen ist. Eine Erklärung des Widerrufs fällt nicht in die Kompetenz der angerufenen Nachprüfungsbehörde. Das Verfahren hat jedenfalls für den Senat ergeben, dass hinsichtlich der Anforderungen für die Lastpunkte 5 und 6 die Grundlagen für eine Angebotslegung aus den von der Antragstellerin angeführten Gründen unklar sind, zumal diesbezüglich in den Ausschreibungsunterlagen KO-Kriterien nicht angeführt werden sondern solche ausschließlich nur im Schreiben vom 15.12.2010 zu anderen Anforderungen festgelegt worden sind. Jedenfalls ist diese Festlegung, die im nachfolgenden

zusammenfassenden Protokoll vom 21.12.2010 nicht erwähnt wird, aber auch nicht in den Aufforderungsschreiben vom 13./17.1.2011, derart unklar, dass von einer eindeutigen Festlegung nicht gesprochen werden kann. Nach Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006 sind Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Diesen tragenden Grundsätzen eines Vergabeverfahrens kann nur dann entsprochen werden, wenn eindeutige, klar definierte Ausschreibungsbedingungen vorliegen. Auch für den Senat war nicht ersichtlich, auf welcher Ausschreibungsgrundlage, insbesondere aufgrund welcher nach den Ergebnissen der Verhandlungen geänderten Ausschreibungsbedingungen das abschließende Angebot zu legen ist. Damit ist aber die Abgabe vergleichbarer Angebote nicht gewährleistet. Sowohl die Nichteinhaltung der Angebotsfrist des Paragraph 226, BVergG 2006 sowie das Nichtvorliegen klar definierter Änderungen der Ausschreibungsunterlagen aufgrund der Ergebnisse des Verhandlungsverfahrens musste dazu führen, die angefochtenen Entscheidungen für nichtig zu erklären. Es hat sich damit für den Senat erübrigt, auf die sonst von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wie der Übermittlung von vertraulichen Informationen, Ankündigung einer als "Preisstechen" bezeichneten, abschließenden Verhandlungsrunde sowie das Vorliegen von Ausscheidungsgründen hinsichtlich aller drei Bieter, näher einzugehen. Diese Fragen werden von der Antragsgegnerin im fortzusetzenden Verfahren ebenso einer eingehenden Prüfung zu unterziehen sein, wie die Beurteilung der Frage, ob das Vergabeverfahren allenfalls zu widerrufen ist. Eine Erklärung des Widerrufs fällt nicht in die Kompetenz der angerufenen Nachprüfungsbehörde.

Aus all diesen Gründen war wie aus dem Spruchpunkt 1 und 2 ersichtlich zu entscheiden.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist war zurückzuweisen, da dieser nur hilfsweise für den Fall gestellt worden ist, als der Senat den Nichtigerklärungsantrag für verspätet erachten sollte (Spruchpunkt 3).

Da mit diesen Entscheidungen das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 26.1.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit diesen Entscheidungen das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 26.1.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin 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

Verhandlungsverfahren; unklare Festlegung in der 2. Verhandlungsrunde; mangelnde Transparenz;

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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