

TE Verg Bescheid 2010/11/4 VKS-10236/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.11.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs2

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 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs2

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa und Z20 litd sublitdd

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §106

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 § 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 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Sabine Diener, Rechtsanwältin in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Lieferung von Schließanlagen", Ausschreibungsnummer MA 54-GM-87/10EU, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54, Am Modenapark 1 - 2, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die gesamte Ausschreibung der Antragsgegnerin für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Gemäß § 26 Abs. 2 WVRG 2007 wird Punkt 17 der Ausschreibung als nichtig gestrichen. Gemäß Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 wird Punkt 17 der Ausschreibung als nichtig gestrichen.
3. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 14.9.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. 4.Ziffer 4
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.490,-- 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. 4, 25 Abs. 1, 26 Abs. 2, 31 Abs. 7 BVergG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, und Z 20 lit. d sublit. dd, 5, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 79 Abs. 3, 106 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, Absatz 7, BVergG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, und Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, d, d,, 5, 12 Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 79, Absatz 3, 106, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Auftrages zur Lieferung von Schließanlagen (Zylinder und Schlüssel), inklusive fallweiser Montagen. Der Leistungszeitraum ist mit 12 Monaten mit der Option auf Verlängerung um weitere 12 Monate vorgesehen. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erteilt werden. Die Kundmachung ist im Amtsblatt der Europäischen Union vom 13.8.2010, Zl. 2010/S156-241315, sowie auf dem Vergabeportal der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote endete am 21.9.2010, 10.00 Uhr.

Mit dem am 10.9.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, nach der Ausschreibung sei die Auspreisung des Angebotes nach Angabe von Auf- oder Abschlägen zu den vorgegebenen Preisen laut Preislisten der von der Antragsgegnerin gewünschten Hersteller vorzunehmen. Weiters sei ein Regiestundensatz für eine "Arbeits-Wegzeit-Stunde" anzugeben. Zusätzlich sei in der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis angeführt, dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, gemeinsam mit der betreffenden Magistratsabteilung einen Schließplan zu erstellen und den unterzeichneten Schließplan der örtlichen Bauleitung zu übergeben, wobei die Kosten dafür in die Positionspreise einzurechnen wären. Nähere Angaben würden

in den Ausschreibungsunterlagen fehlen, sodass Preisangaben rein spekulativ wären. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass ein nicht geeignetes Zuschlagskriterium zur Anwendung kommen soll, weil vorgesehen sei, dass bei gleichpreisigen Angeboten das Kriterium "längeres Zahlungsziel als die in der VD 313 festgelegten Tage" herangezogen werden soll. Sollte auch auf diese Art und Weise nicht das billigste Angebot ermittelt werden können, sei vorgesehen, dass in diesem Falle das Los entscheiden soll. Bei diesem Kriterium handle es sich um kein geeignetes Zuschlagskriterium, weil die Ermittlung des Zuschlagsempfängers ausschließlich nach dem angebotenen Preis erfolgen soll. Unabhängig davon habe es die Antragsgegnerin unterlassen anzugeben, welche Bedeutung den jeweiligen Kriterien zukommt. Insgesamt würden sich die Ausschreibungsunterlagen als derartig mangelhaft erweisen, dass durch die fehlenden Angaben ein nicht kalkulierbares Risiko auf den Bieter übertragen werde, weshalb die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit als vergaberechtswidrig für nichtig zu erklären wäre. Die Antragstellerin sei ein geeignetes Unternehmen und habe ein Interesse daran, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Damit hätte sie die Möglichkeit, ihre Tätigkeit für die öffentliche Hand zu intensivieren und für eine, für ihre Mitarbeiter wichtige Auslastung zu sorgen. Durch die rechtswidrige Ausschreibung sei die Antragstellerin an der Kalkulation eines seriösen Angebotes jedoch gehindert. Sollte das Vergabeverfahren aufgrund der rechtswidrigen Ausschreibung fortgeführt werden, so würde der Antragstellerin ein unmittelbarer Schaden durch den entgangenen Gewinn, den Entfall eines Deckungsbeitrages und nicht kompensierbarer Auslastungsdefizite entstehen. Dazu kämen noch die Kosten der Rechtsvertretung. Mit dem am 10.9.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, nach der Ausschreibung sei die Auspreisung des Angebotes nach Angabe von Auf- oder Abschlägen zu den vorgegebenen Preisen laut Preislisten der von der Antragsgegnerin gewünschten Hersteller vorzunehmen. Weiters sei ein Regiestundensatz für eine "Arbeits-Wegzeit-Stunde" anzugeben. Zusätzlich sei in der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis angeführt, dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, gemeinsam mit der betreffenden Magistratsabteilung einen Schließplan zu erstellen und den unterzeichneten Schließplan der örtlichen Bauleitung zu übergeben, wobei die Kosten dafür in die Positionspreise einzurechnen wären. Nähere Angaben würden in den Ausschreibungsunterlagen fehlen, sodass Preisangaben rein spekulativ wären. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass ein nicht geeignetes Zuschlagskriterium zur Anwendung kommen soll, weil vorgesehen sei, dass bei gleichpreisigen Angeboten das Kriterium "längeres Zahlungsziel als die in der VD 313 festgelegten Tage" herangezogen werden soll. Sollte auch auf diese Art und Weise nicht das billigste Angebot ermittelt werden können, sei vorgesehen, dass in diesem Falle das Los entscheiden soll. Bei diesem Kriterium handle es sich um kein geeignetes Zuschlagskriterium, weil die Ermittlung des Zuschlagsempfängers ausschließlich nach dem angebotenen Preis erfolgen soll. Unabhängig davon habe es die Antragsgegnerin unterlassen anzugeben, welche Bedeutung den jeweiligen Kriterien zukommt. Insgesamt würden sich die Ausschreibungsunterlagen als derartig mangelhaft erweisen, dass durch die fehlenden Angaben ein nicht kalkulierbares Risiko auf den Bieter übertragen werde, weshalb die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit als vergaberechtswidrig für nichtig zu erklären wäre. Die Antragstellerin sei ein geeignetes Unternehmen und habe ein Interesse daran, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Damit hätte sie die Möglichkeit, ihre Tätigkeit für die öffentliche Hand zu intensivieren und für eine, für ihre Mitarbeiter wichtige Auslastung zu sorgen. Durch die rechtswidrige Ausschreibung sei die Antragstellerin an der Kalkulation eines seriösen Angebotes jedoch gehindert. Sollte das Vergabeverfahren aufgrund der rechtswidrigen Ausschreibung fortgeführt werden, so würde der Antragstellerin ein unmittelbarer Schaden durch den entgangenen Gewinn, den Entfall eines Deckungsbeitrages und nicht kompensierbarer Auslastungsdefizite entstehen. Dazu kämen noch die Kosten der Rechtsvertretung.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 14.9.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 21.9.2010 hat die Antragsgegnerin zu den Anträgen in der Sache Stellung genommen und deren Abweisung beantragt. Im Einzelnen hat die Antragsgegnerin ausgeführt, in den Ausschreibungsunterlagen seien als Richtwerte jene Mengen im Leistungsverzeichnis angeführt worden, die im Zeitraum Juni 2009 bis Mai 2010 abgerufen worden wären. Dort wo im Leistungsverzeichnis als benötigte Menge ein Stück angegeben sei, handle es sich um Zylinder bzw. Schlüssel, die im Vergleichszeitraum nicht benötigt worden seien. In diesen Fällen sei als benötigte Menge ein Stück angegeben worden, um im Falle einer Anforderung einen Preis zur Verfügung zu haben. Die

Festlegung der Anzahl von zu erstellenden Schließplänen sei bei einem Rahmenvertrag nicht im Voraus bestimmbar, da dies von der örtlichen Struktur jedes einzelnen Zylinders in einem Objekt abhängt, weiters auch von möglichen Organisationsänderungen, Modifizierungen der Verwendungszwecke der Räumlichkeiten etc.. Die Erstellung bzw. Änderung bzw. Ergänzung von Schließplänen würden einem Auftragnehmer einen kalkulierbaren, geringen Aufwand verursachen, da dieser nur den Bedarf im jeweiligen Objekt aufzunehmen habe und die Erstellung bzw. Änderung eines Schließplanes vom jeweiligen Hersteller des Schlosses bzw. Schlüssels erfolgt. Dies sei branchenüblich, weil die Erstellung bzw. Änderung der Schließpläne beim jeweiligen Hersteller erwartet würden. Gegenständlich sei primär die Lieferung ausgeschrieben und bekannt gemacht worden, in wenigen Fällen sei auch eine Montage erforderlich. Dabei handle es sich um wenige Stunden, wie aus den Aufstellungen in der Gruppe A und Gruppe B ersichtlich sei. Die anzugebenden Arbeits-Wegzeit-Stunden würden sich daher auf die reinen Montagestunden inklusive Anfahrtskosten für das Montagepersonal beziehen. Da keine elektronischen Schließanlagen ausgeschrieben seien, sondern herkömmliche Schließzylinder, deren Montage nicht durch hochqualifiziertes Fachpersonal vorgenommen werden müsste, sondern auch durch angelerntes Hilfspersonal, bleibe es dem Ermessen des Bieters überlassen, welche Arbeitskräfte er unter diesen Positionen kalkuliere.

Die Antragsgegnerin betont, das Billigstbieterprinzip gegenständlich gewählt zu haben. Da aufgrund der Vorgaben der Antragsgegnerin die Wahrscheinlichkeit, gleichpreisige Angebote zu erhalten wesentlich höher sei als bei einer neutralen Definition der Produkte, habe die Antragsgegnerin Vorkehrungen treffen müssen, in diesem Fall zu einer Zuschlagsentscheidung zu kommen. Sie habe daher vorgesehen, dass bei Gleichpreisigkeit das längere Zahlungsziel als die in der VD 313 festgelegten 30 Tage herangezogen würde. Das Anbieten eines längeren Zahlungszieles sei "Teil des Angebotes und diene nicht nur als Kriterium zur Ermittlung des Zuschlages bei Gleichpreisigkeit". Wenn jedoch bei Gleichpreisigkeit die Stadt Wien länger Zeit habe, die übermittelte Rechnung zu begleichen, "käme das Angebot mit dem längeren Zahlungsziel der Stadt Wien günstiger. Damit erhalte eindeutig der Bieter mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag". Sollte jedoch auch dieses Kriterium keine unterschiedliche Reihung ergeben, würde das Los "unter Anwesenheit der betroffenen Bieter" entscheiden. Diese Vorgehensweise sei sinnvoller "als keine Regelung für den Fall der Gleichpreisigkeit von Angeboten", da die Antragsgegnerin sonst keine rechtlich sichere Möglichkeit hätte, den Auftrag zu erteilen. Es handle sich dabei jedoch nicht "um ein Umschwenken zum Bestbieterprinzip, bei welchem die Angabe der Gewichtungen erforderlich wäre".

Dieser Stellungnahme ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 2.11.2010 unter Aufrechterhaltung ihrer Argumentation entgegengetreten. Abermals weist sie darauf hin, dass die Anzahl der im letzten Jahr zu erstellenden Schließpläne in den Ausschreibungsunterlagen fehlen würden. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei auch nicht ersichtlich, dass sich die Arbeits-Wegzeit-Stunde ausschließlich auf Montagestunden beziehen solle. Die Antragstellerin bezweifelt auch, dass ein "bloß angelernter Hilfsarbeiter" in der Lage wäre, Zylinder vorschriftsgemäß einzubauen und einzustellen. Es sei daher für eine seriöse Kalkulation und Preisermittlung unumgänglich, zwischen den Qualifikationen und den damit zusammenhängenden Löhnen der einzelnen Mitarbeiter zu unterscheiden. Auch dies sei im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen. Mit dem von der Antragsgegnerin gewählten "Zuschlagskriterium des längeren Zahlungszieles" werde das in der Ausschreibung festgelegte Billigstbieterprinzip umgangen.

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 zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 4.11.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages, zur Lieferung von Schließanlagen (Zylinder und Schlüssel) inklusive fallweiser Montagen. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote hat am 21.9.2010, 10.00 Uhr geendet. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages, zur Lieferung von Schließanlagen (Zylinder und Schlüssel) inklusive fallweiser Montagen. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Die Frist für die Abgabe der Angebote hat am 21.9.2010, 10.00 Uhr geendet.

Nach den Angebotsbestimmungen ist die Leistung in zwei Gruppen A und B geteilt. Teilangebote sind gruppenweise zugelassen. Die Leistungsfrist beträgt zwölf Monate ab Auftragserteilung, mit der Option einer Verlängerung um weitere zwölf Monate. Die Ausschreibungsunterlagen sind derart gestaltet, dass die Antragsgegnerin die gewünschten Fabrikate, nämlich des Erzeugers EVVA (= Gruppe A) und des Erzeugers KABA - GEGE (= Gruppe B) mit den Nettopreisen pro Stück vorgegeben hat. Sowohl im Leistungsverzeichnis Gruppe A als auch im Leistungsverzeichnis für die Gruppe B sind die Anzahl der im Zeitraum Juni 2009 bis Mai 2010 vorgenommenen Bestellungen als Richtwerte angegeben. In der Aufstellung Gruppe A ist in der Spalte "Menge" nur ein einziges Mal (Pos. 3B) eine Menge von 1 Stück angeführt, in der Aufstellung zur Gruppe B sind in der Spalte "Menge" nur bei 4 Positionen mehr als 1 Stück eingetragen. Die Bieter haben in der Spalte "Auf-/Abschlag" (%) die entsprechenden Werte einzusetzen und in der daneben liegenden Spalte "Nettopreis/Stück" nach Berücksichtigung des Auf-/Abschlages den jeweiligen Stückpreis anzugeben.

In der Liste Gruppe A ist unter Position 8 und in der Aufstellung zur Gruppe B, in der Position 15 jeweils angeführt "Arbeits-Wegzeit-Stunde". In der Spalte "Menge" ist in der Gruppe A angeführt 100 Stunden, in der Aufstellung Gruppe B 30 Stunden. Dazu haben die Bieter jeweils den von ihnen angenommenen Preis pro Stunde einzusetzen. Abschließend findet sich bei beiden Leistungsblättern die Zeile

"Angebotenes Zahlungsziel Gruppe A/B Tage."

In den Angebotsbestimmungen ist festgelegt (Punkt 16), dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

Im Punkt 17 hat die Antragsgegnerin festgelegt:

"Gleichpreisigkeit:

Für den Fall, dass Angebote idente Angebotspreise aufweisen, wird das folgende Kriterium der Billigstbieterermittlung zugrunde gelegt:

Längeres Zahlungsziel als die in der VD 313 festgelegten 30 Tage. Wenn sich mit diesem Kriterium keine unterschiedliche Reihung ergibt, dann entscheidet das Los unter Teilnahme der betroffenen Bieter".

Zur Mengenermittlung findet sich unter Punkt 21 der Hinweis, dass die ausgeschriebenen Mengen dem Bedarf der letzten zwölf Monate (Juni 2009 bis Mai 2010) entsprechen.

Die Anzahl der Schließpläne ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht angeführt. Dies liegt daran, dass es sich oftmals um bereits vorhandene Schließpläne handelt, die nach Lieferung neuer Schlösser oder Schlüssel einer bloßen Ergänzung bedürfen. Da es sich um einen Lieferauftrag handelt, ist der Bieter, über den die Schlösser und Schlüssel bestellt werden, Vertriebspartner der beiden in der Ausschreibung angeführten Werke. Der erfolgreiche Bieter nimmt am Schlüssel und am Zylinder selbst keine Bearbeitung vor, es handelt sich dabei um eine reine Vertriebstätigkeit, indem er den Bedarf der einzelnen Dienststellen feststellt und an den Erzeuger des Schlosses weiterleitet. Dort werden Zylinder und Schlüssel hergestellt, dem erfolgreichen Bieter (Auftragnehmer) übergeben, der sie dann ausliefert und fallweise auch montiert. Die Schließpläne selbst liegen beim Erzeuger der Schlösser bzw. Schlüssel. Die Erzeuger nehmen auch alle Änderungen, die aufgrund der Neubestellung erforderlich sind, an den Schließplänen vor. Bei den Erzeugern fällt daher grundsätzlich der Aufwand bei einer Änderung der Schließpläne an. Bietet der Hersteller die ausgeschriebenen Leistungen unmittelbar, ohne Vertriebspartner an, muss er die Kosten für die Schließpläne in seinen Erzeugnissen einkalkulieren. Er wird dies auch tun, wenn er nicht selbst liefert. In diesem Fall muss sein Vertriebspartner (der erfolgreiche Bieter) die vom Erzeuger in den Preis eingerechneten sonstigen Kosten, etwa Teiländerung oder Erstellung von Schließplänen entrichten. Wenn in der Ausschreibung festgelegt ist, dass der Auftragnehmer mit der ausschreibenden Stelle den Schließplan zu erstellen hat, ist dies nach Darstellung der Antragsgegnerin so zu verstehen, dass der Auftragnehmer bei der Bedarfserhebung und Beratung anwesend ist, wenn die Erhebungen erfolgt sind, er sodann beim Erzeuger die benötigten Schlösser oder Schlüssel bestellt, wobei in jedem Fall der Erzeuger die Erweiterung bzw. Änderung der Schließpläne durchführt. Dem Auftraggeber wird nach Lieferung der Schlösser und Schlüssel eine Kopie des Schließplanes übergeben. Sofern dem Vertragspartner daraus Kosten erwachsen, muss er sie in die Kalkulation einbeziehen.

Für die Montage der mechanischen Zylinder ist keine besondere Qualifikation erforderlich, weil diese Tätigkeiten in jenen Dienststellen, wo Hausarbeiter oder Portiere vorhanden sind, von diesen ausgeführt werden. Dort wo Hausarbeiter oder Portiere der Antragsgegnerin nicht zur Verfügung stehen, erfolgt die Montage durch den

Auftragnehmer. Diese Tätigkeiten erfordern keine besondere Qualifikation (Protokoll vom 4.11.2010, Seite 2f).

Das Ende der Angebotsfrist war der 21.9.2010, 10.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 10.9.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) im Faxwege, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 21.9.2010, 10.00 Uhr. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen ist am 10.9.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) im Faxwege, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Die Feststellungen, dass in aller Regel die Schließpläne von den Erzeugern der Schließanlagen erstellt, gewartet und geändert werden, sodass der erfolgreiche Auftragnehmer nur Vertriebspartner der in der Ausschreibung angeführten Werke ist, gründet sich auf die schlüssige und glaubwürdige Darstellung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, der inhaltlich seitens der Antragstellerin nicht widersprochen wurde. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass dem erfolgreichen Bieter eine reine Vertriebstätigkeit zukommt, "das heißt er nimmt den Bedarf der einzelnen Dienststellen auf und leitet diesen an den Erzeuger des Schlosses weiter". Ebenso hatte der fachkundig besetzte Senat keine Zweifel an der Richtigkeit des Vorbringens der Antragsgegnerin, dass es sich bei der Erstellung, Betreuung und Änderung von Schließplänen durch das jeweilige Erzeugerwerk um eine durchaus branchenübliche Vorgangsweise handelt. Auch das weitere Vorbringen der Antragsgegnerin, wonach nur fallweise Montagen durch den Lieferanten vorzunehmen sind und es sich bei diesen Montagen um einfache Tätigkeiten, die keine besondere Ausbildung erfordern, handelt, hat der Senat für nachvollziehbar und plausibel gehalten. Die Feststellungen, soweit sie das Problem der Gleichpreisigkeit betreffen, gründen sich auf den Akteninhalt.

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 Z 1 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. 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 Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen, 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. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren 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. 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 Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen, 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 Nichtigkeitsklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren 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 das Ende der Angebotsfrist auf den 21.9.2010 gefallen ist, ist der am 10.9.2010 im Faxwege eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 4 WVRG 2007. Da das Ende der Angebotsfrist auf den 21.9.2010 gefallen ist, ist der am 10.9.2010 im Faxwege eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung der Antragsgegnerin ist im Ergebnis auch teilweise berechtigt.

Nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken, ohne umfangreicher Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken, ohne umfangreicher Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

Dem Leistungsverzeichnis vorangestellt ist festgelegt, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, den Schließplan gemeinsam mit der betroffenen Magistratsabteilung (Bauinspizient, Fachwerkmeister) zu erstellen. Dabei sind die anfallenden Kosten in die angebotenen Rabatte einzurechnen. Vom rechtsgültig unterzeichneten Schließplan ist eine Kopie der örtlichen Bauleitung zu übergeben. Weiters ist festgelegt, dass die Lieferung (auch von Einzelschlüsseln) aus Sicherheitsgründen von einem Mitarbeiter dem Auftraggeber persönlich übergeben werden müsse. Der Auftraggeber hat die Übernahme mittels Unterschrift zu bestätigen, alle anderen Zustellarten können aus Sicherheitsgründen nicht akzeptiert werden. Gegenständlich hat die Antragsgegnerin ihrem Rahmenvertrag die Lieferung und gegebenenfalls Montage von Schlössern und Schlüssel von zwei konkreten Erzeugern, samt den Nettopreisen pro Stück gemäß Preisliste zugrunde gelegt, auf die von den Bietern Auf- oder Abschläge gegeben werden können. Durch die Festlegung im Leistungsverzeichnis, in der Gruppe A und B unter Bezugnahme auf die Erzeugnisse zweier konkret genannter Unternehmen, ist die Leistung sowohl hinsichtlich des Zweckes als auch im Hinblick auf die, an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht klar beschrieben. Dies umso mehr, als nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens von den Bietern Lieferleistungen verlangt werden, fallweise auch Montageleistungen, jedenfalls sie weder Schlosszylinder noch die Schlüssel selbst zu erzeugen haben. Auch die Schließpläne werden von den Erzeugerfirmen erstellt, gewartet und im Falle von Nachbestellungen gegebenenfalls geändert. Einem in der Branche tätigen Bieter müssen die Leistungs- und Funktionsanforderungen so ausreichend bekannt sein, dass es ihm möglich ist, ein Angebot zu den einzelnen Positionen mit entsprechenden Auf- oder Abschlägen zu legen.

Zum Umfang der ausgeschriebenen Leistungen hat die Antragsgegnerin die Zahlen für das vorangegangene Jahr von Juni 2009 bis Mai 2010, sowohl nach Erzeuger als auch nach Art der Lieferung aufgeschlüsselt. Naturgemäß ist die Antragsgegnerin nicht in der Lage in ihrer Ausschreibung anzugeben, wie viele Schlösser bzw. Schlüssel während des Leistungszeitraumes benötigt werden. Der erkennende Senat hält die Angaben über die im Beobachtungszeitraum abgerufenen Mengen zur Angebotskalkulation für ausreichend. Ein in der Branche tätiger Bieter muss auch in der Lage sein, aufgrund der bei ihm vorhandenen Erfahrungen mit der Erstellung, Abänderung oder Ergänzung von Schließplänen, eine entsprechende Kalkulation vorzunehmen. Hier ist der Senat den Angaben der Antragsgegnerin gefolgt, dass diese Arbeiten betreffend die Schließpläne in aller Regel von den Erzeugerfirmen vorgenommen werden und die Kosten dafür von diesen in ihren Preisen kalkuliert werden, und der Auftragnehmer die Schlösser bzw. Schlüssel seinerseits zu vom Erzeuger vorgegebenen Preisen beziehen muss. Es ist nach den Ergebnissen des Verfahrens denkbar, dass für einen Bieter Kosten im Zusammenhang mit der Übergabe der Kopie der Schließpläne an den Auftraggeber, entstehen können. Diese Kosten dürften jedoch nach Ansicht des Senates nur in einem geringen

Ausmaß anfallen, sodass bei ihrer Berücksichtigung ein wesentlicher Einfluss auf die Kalkulation nicht anzunehmen ist. Jene Erklärungen, die die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung gegeben hat und die vom Senat als schlüssig und glaubwürdig seinen Feststellungen zugrunde gelegt wurden, hätte im Ergebnis die Antragstellerin auch durch eine entsprechende Nachfrage im Sinne des § 106 BVergG 2006 erhalten können. Zum Umfang der ausgeschriebenen Leistungen hat die Antragsgegnerin die Zahlen für das vorangegangene Jahr von Juni 2009 bis Mai 2010, sowohl nach Erzeuger als auch nach Art der Lieferung aufgeschlüsselt. Naturgemäß ist die Antragsgegnerin nicht in der Lage in ihrer Ausschreibung anzugeben, wie viele Schlösser bzw. Schlüssel während des Leistungszeitraumes benötigt werden. Der erkennende Senat hält die Angaben über die im Beobachtungszeitraum abgerufenen Mengen zur Angebotskalkulation für ausreichend. Ein in der Branche tätiger Bieter muss auch in der Lage sein, aufgrund der bei ihm vorhandenen Erfahrungen mit der Erstellung, Abänderung oder Ergänzung von Schließplänen, eine entsprechende Kalkulation vorzunehmen. Hier ist der Senat den Angaben der Antragsgegnerin gefolgt, dass diese Arbeiten betreffend die Schließpläne in aller Regel von den Erzeugerfirmen vorgenommen werden und die Kosten dafür von diesen in ihren Preisen kalkuliert werden, und der Auftragnehmer die Schlösser bzw. Schlüssel seinerseits zu vom Erzeuger vorgegebenen Preisen beziehen muss. Es ist nach den Ergebnissen des Verfahrens denkbar, dass für einen Bieter Kosten im Zusammenhang mit der Übergabe der Kopie der Schließpläne an den Auftraggeber, entstehen können. Diese Kosten dürften jedoch nach Ansicht des Senates nur in einem geringen Ausmaß anfallen, sodass bei ihrer Berücksichtigung ein wesentlicher Einfluss auf die Kalkulation nicht anzunehmen ist. Jene Erklärungen, die die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung gegeben hat und die vom Senat als schlüssig und glaubwürdig seinen Feststellungen zugrunde gelegt wurden, hätte im Ergebnis die Antragstellerin auch durch eine entsprechende Nachfrage im Sinne des Paragraph 106, BVergG 2006 erhalten können.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Montage von Zylindern nur "fallweise" vom Auftragnehmer zu erfolgen hat. Dazu hat die Antragsgegnerin schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass dort, wo Hauspersonal bzw. Portiere vorhanden sind, die Montage von Zylinderschlössern durch diese Mitarbeiter erfolgen. Der zeitliche Aufwand, der mit der Montage eines Zylinderschlössers verbunden ist, ist aufgrund der Erfahrungen des fachkundig besetzten Senates gering. Einem in der Branche tätigen Bieter muss es möglich sein, aufgrund seiner Erfahrungen und Kenntnis des von ihm eingesetzten Personal auch hier den Aufwand, für die in der Gruppe A angegebenen 100 Stunden, in der Gruppe B 30 Stunden entsprechend zu kalkulieren, ohne deshalb "rein spekulative" Preisangaben einzusetzen.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist auch klar, dass es sich bei den in den Tabellen A und B angeführten "Arbeits-Wegzeit-Stunden" um jenen Aufwand handelt, der im Zusammenhang mit der fallweisen Montage bzw. der Übergabe von Zylindern oder Schlüssel entsteht. Wenn auch eine klarere Bezeichnung wünschenswert gewesen wäre, erachtet der Senat es doch für möglich, im Hinblick auf die Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens eine entsprechende Kalkulation dieses Zeitaufwandes vorzunehmen, ohne den Bieter deshalb ein nicht vertretbares Risiko aufzubürden.

Zusammenfassend gesehen hält daher der Senat die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen insoweit als nicht berechtigt, als die Antragstellerin eine fehlende Kalkulierbarkeit geltend macht. Einem in der Branche tätigen Bieter muss es aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung möglich sein, seine Preise ohne Übernahme eines unzumutbaren Risikos zu kalkulieren, zumal ihm nach dem Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen im Wesentlichen eine Vertriebsfunktion zukommt und er nur fallweise auch Montageleistungen zu erbringen hat.

Hingegen erweist sich die Anfechtung insoweit als berechtigt, als die Antragstellerin ein nicht geeignetes Zuschlagskriterium geltend macht. Zutreffend weist sie darauf hin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers ausschließlich der angebotene Preis (niedrigste Preis) heranzuziehen ist.

Nach § 2 Z 20 lit. d sublit. bb BVergG 2006 ist Zuschlagskriterium bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis. Nach Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006 ist Zuschlagskriterium bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

Nun hat die Antragsgegnerin, wenn auch nur für den Fall der Gleichpreisigkeit, festgelegt, dass das "folgende Kriterium der Bestbieterermittlung zugrunde gelegt (wird): längeres Zahlungsziel als die in der VD 313 festgelegten 30 Tage". Sie vermeint, dass es sich unabhängig von der von ihr selbst gewählten Formulierung dabei nicht um ein Zuschlagskriterium handelt, weil es nur im Falle der Gleichpreisigkeit zum Tragen kommt. Abgesehen davon, dass die

Antragsgegnerin selbst in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, dass im Hinblick auf die von ihr im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Preise, bei einem einheitlichen Auf- oder Abschlag durchaus mit einer Gleichpreisigkeit von Angeboten gerechnet werden kann, handelt es sich jedenfalls dann, wenn Gleichpreisigkeit gegeben ist, um ein Zuschlagskriterium, das im Zuge der Billigstbieterermittlung den Ausschlag geben kann. Die Länge des Zahlungsziels stellt letztlich auch einen wirtschaftlichen Faktor dar, der vom Bieter im Zuge seiner Angebotserstellung kalkuliert werden muss.

Nach § 79 Abs. 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber jenes Zuschlagsprinzip, für das er sich entscheidet, in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Diese Pflicht resultiert aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Verpflichtung der Transparenz einschließt und dessen Beachtung überprüft werden können muss. Das geltende Zuschlagsprinzip muss explizit angeführt werden, wobei der Auftraggeber grundsätzlich frei wählen kann, ob er die Angabe in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vornimmt, jedenfalls aber an mindestens eine dieser Stellen. Die zwei Zuschlagssysteme des BVergG 2006 schließen einander aus. Hat der Auftraggeber ein Prinzip gewählt, ist er daran gebunden (Öhler/Schramm/in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 20062, Rz 56f zu § 80). Nachdem, wie von der Antragsgegnerin selbst zugestanden, nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass aufgrund der vorliegenden Ausschreibung gleichpreisige Angebote gelegt werden, erweist sich die in der Ausschreibung unter Punkt 17 vorgesehene Regelung für den Fall der Gleichpreisigkeit, als Zuschlagskriterium im Sinne des § 2 Z 20 lit. d sublit. aa BVergG 2006. Bei Anwendung der angefochtenen Regelung wäre damit dem wirtschaftlich günstigeren Angebot der Zuschlag zu erteilen. Abgesehen davon, dass dieses Kriterium nicht - worauf die Antragstellerin zutreffend verweist - entsprechend gewichtet worden ist, liegt damit ein Wechsel von dem von der Antragstellerin kundgemachten und in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehaltenen Billigstbieterprinzip zum Bestbieterprinzip vor. Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 hat der Auftraggeber jenes Zuschlagsprinzip, für das er sich entscheidet, in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Diese Pflicht resultiert aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Verpflichtung der Transparenz einschließt und dessen Beachtung überprüft werden können muss. Das geltende Zuschlagsprinzip muss explizit angeführt werden, wobei der Auftraggeber grundsätzlich frei wählen kann, ob er die Angabe in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vornimmt, jedenfalls aber an mindestens eine dieser Stellen. Die zwei Zuschlagssysteme des BVergG 2006 schließen einander aus. Hat der Auftraggeber ein Prinzip gewählt, ist er daran gebunden (Öhler/Schramm/in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 20062, Rz 56f zu Paragraph 80,). Nachdem, wie von der Antragsgegnerin selbst zugestanden, nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass aufgrund der vorliegenden Ausschreibung gleichpreisige Angebote gelegt werden, erweist sich die in der Ausschreibung unter Punkt 17 vorgesehene Regelung für den Fall der Gleichpreisigkeit, als Zuschlagskriterium im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Bei Anwendung der angefochtenen Regelung wäre damit dem wirtschaftlich günstigeren Angebot der Zuschlag zu erteilen. Abgesehen davon, dass dieses Kriterium nicht - worauf die Antragstellerin zutreffend verweist - entsprechend gewichtet worden ist, liegt damit ein Wechsel von dem von der Antragstellerin kundgemachten und in ihren Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgehaltenen Billigstbieterprinzip zum Bestbieterprinzip vor.

Auch die von der Antragsgegnerin im Punkt 17 der Ausschreibung vorgesehene Regelung, dass letztlich "das Los unter Teilnahme der betroffenen Bieter" darüber entscheiden soll, welchem Bieter der Zuschlag zu erteilen ist, erweist sich letztlich als ein weiteres, hier unzulässiges, Kriterium. Nach den Festlegungen im Punkt 17 der Ausschreibung wäre damit das für den Zuschlag geeignete Angebot letztlich aufgrund von zwei, nicht gewichteten Kriterien zu ermitteln. Die Antragsgegnerin wäre daher gehalten gewesen, vor allem für den Fall der von ihr für möglich gehaltenen Gleichpreisigkeit von Angeboten, statt des Billigstbieterprinzips das Bestbieterprinzip zu wählen und die beiden von ihr im Punkt 17 angeführten, als Kriterien zu wertenden Festlegungen, ausdrücklich als Zuschlagskriterium im Sinne des § 79 Abs. 3 BVergG 2006 festzulegen. Dem Antrag der Antragstellerin war bezüglich der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen in ihrem Punkt 17 daher Folge zu geben. Auch die von der Antragsgegnerin im Punkt 17 der Ausschreibung vorgesehene Regelung, dass letztlich "das Los unter Teilnahme der betroffenen Bieter" darüber entscheiden soll, welchem Bieter der Zuschlag zu erteilen ist, erweist sich letztlich als ein weiteres, hier unzulässiges, Kriterium. Nach den Festlegungen im Punkt 17 der Ausschreibung wäre damit das für den Zuschlag geeignete Angebot letztlich aufgrund von zwei, nicht gewichteten Kriterien zu ermitteln. Die Antragsgegnerin wäre daher gehalten gewesen, vor allem für den Fall der von ihr für möglich gehaltenen Gleichpreisigkeit von Angeboten, statt des Billigstbieterprinzips das Bestbieterprinzip zu wählen und die beiden von ihr im Punkt 17 angeführten, als Kriterien zu

wertenden Festlegungen, ausdrücklich als Zuschlagskriterium im Sinne des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 festzulegen. Dem Antrag der Antragstellerin war bezüglich der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen in ihrem Punkt 17 daher Folge zu geben.

Nach § 26 Abs. 2 WVRG 2007 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Festlegungen, insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Der Senat ist der Ansicht, dass mit der Streichung der Festlegungen zu Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen das Auslangen gefunden werden kann, die Antragsgegnerin insbesondere in der Lage sein wird, ihr Vergabeverfahren auf Grundlage der von der Streichung nicht betroffenen Festlegungen fortzuführen. Es war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlagen abzuweisen, ihm hingegen insoweit stattzugeben, als die Festlegungen der Antragsgegnerin für die Bewertung der Angebote im Falle der Gleichpreisigkeit ersatzlos zu streichen waren. Nach Paragraph 26, Absatz 2, WVRG 2007 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Festlegungen, insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Der Senat ist der Ansicht, dass mit der Streichung der Festlegungen zu Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen das Auslangen gefunden werden kann, die Antragsgegnerin insbesondere in der Lage sein wird, ihr Vergabeverfahren auf Grundlage der von der Streichung nicht betroffenen Festlegungen fortzuführen. Es war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlagen abzuweisen, ihm hingegen insoweit stattzugeben, als die Festlegungen der Antragsgegnerin für die Bewertung der Angebote im Falle der Gleichpreisigkeit ersatzlos zu streichen waren.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die mit Bescheid vom 14.9.2010 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die mit Bescheid vom 14.9.2010 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

Anfechtung der Ausschreibung; Billigstbieterprinzip; Unzulässige Zuschlagskriterien; tlw. Stattgebung;

Zuletzt aktualisiert am

11.03.2011

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