

TE Verg Bescheid 2010/10/12 VKS-9159/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.10.2010

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 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §106

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 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 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. Mag. *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH & Co KG, ***, vertreten durch Dr. Bernhard Kall, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Wiener Stadthallenbad - Haustechnik", durchgeführt von der Antragsgegnerin Wiener Stadthalle Betriebs- und VeranstaltungsgesmbH, Vogelweidplatz 14, 1150 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle *** GesmbH, ***, diese vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag der Antragstellerin, die Ausscheidungsentscheidung vom 05.08.2010 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 18.08.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs.1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 106, 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz Punkt eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 12, Absatz eins, Ziffer 3,, 106, 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006

Begründung:

Die Wiener Stadthalle Betriebs- und VeranstaltungsgesmbH, vertreten durch die vergebende Stelle Vasko & Partner Ingenieure ZT - GesmbH (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt die Generalsanierung des Wiener Stadthallenbades durch. Neben anderen Bauleistungen hat die Antragsgegnerin auch die Vergabe der Haustechnikleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei die Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote neben dem Angebotspreis mit 80%, die angebotene Dauer der Gewährleistung mit 5% und der durch die angebotene HKLS Anlage verursachte jährliche Energiebedarf mit 15% vorgesehen sind. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Unternehmen auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes beteiligt.

Mit Schreiben vom 04.08.2010, der Antragstellerin am 05.08.2010 im Fax-Weg zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden. Als Grund dafür wird angeführt, dass im Angebot der Antragstellerin nur 1/3 der geforderten Wassermenge für die Warmwasserbereitung herangezogen wurde, "welches somit zu einem deutlich niedrigeren Wärmeenergiebedarf führt". Mit Schreiben vom 04.08.2010, der Antragstellerin am 05.08.2010 im Fax-Weg zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuschneiden. Als Grund dafür wird angeführt, dass im Angebot der Antragstellerin nur 1/3 der geforderten Wassermenge für die Warmwasserbereitung herangezogen wurde, "welches somit zu einem deutlich niedrigeren Wärmeenergiebedarf führt".

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 12.08.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im

Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, der von der Antragsgegnerin herangezogene Ausscheidungsgrund, nämlich dass dem Angebot nur ein Drittel des vorgegebenen Frischwasserbedarfes zu Grunde gelegt worden wäre, sei unrichtig. Die von der Antragsgegnerin vertretende Ansicht lasse sich aus dem Formblatt F10 A und auch in Zusammenschau mit der restlichen Ausschreibung aus mehreren Gründen vertreten. Für die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sei der objektive Erklärungswert maßgeblich, die Ausschreibung sei nach der Vertrauens Theorie entsprechend den §§ 863, 914f ABGB auszulegen. Dabei habe der öffentliche Auftraggeber jene Auslegungsvariante gegen sich gelten zu lassen, die auf einer objektiv-redlichen Interpretation der Ausschreibung beruhe. Aus dem objektiven Erklärungswert des Formblatt F 10 A lasse sich die von der Antragsgegnerin vertretende Ansicht nicht eindeutig ableiten, weil sie in der vierten Spalte dieses Blattes in der Überschrift festgehalten hat "Berechneter Bedarf an Frischwasser pro Jahr (m^3)". Aus dem objektiven Erklärungswert dieses Formblattes ergebe sich entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht, dass der Energiebedarf für die Wasserbereitung von 47 000 m^3 berechnet werden müsse. Dazu hätte der Bedarf an Warmwasser und nicht an Frischwasser pro Jahr angegeben werden dürfen. Dass die Zahl 47 000 m^3 in der Zeile " Warmwasserbereitung" stehe, führe nicht automatisch dazu, dass die Überschrift der vierten Spalte, in der ausdrücklich Frischwasser und nicht Warmwasser stehe, nicht weiter zu berücksichtigen sei. Durch die Überschrift in der vierten Spalte werde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass für die Berechnung des Energiebedarfs für die Warmwasserbereitung von einem jährlichen Frischwasserbedarf (und nicht von einem jährlichen Warmwasserbedarf) von 47 000 m^3 auszugehen sei. Nach den Vorgaben in der Ausschreibung sei der jährliche Frischwasserbedarf für das gesamte Stadthallenbad mit "nur" 93 622 m^3 angegeben. Nach Ansicht der Antragstellerin müsste die Aufbereitung einer Menge von 47 000 m^3 Warmwasser bedeuten, dass zirka die dreifache Menge an Frischwasser benötigt werde. Allein für den Bereich Haustechnik müsste man daher entsprechend der Argumentation der Auftraggeberin von einem jährlichen Frischwasserbedarf von zirka 150 000 m^3 ausgehen. Da der jährliche Frischwasserbedarf für das gesamte Stadthallenbad laut den Vorgaben in der Ausschreibung aber "nur" 93 622 m^3 betrage, habe ein redlicher Erklärungsempfänger die Ausschreibung nur so verstehen können, wie sie die Antragstellerin verstanden habe. Dazu komme, dass die von der Auftraggeberin vorgegebenen Zahlen nicht schlüssig seien. Dazu stellt die Antragstellerin eine ausführliche Berechnung an, aus der sich ergeben soll, "dass es sich bei der im Formblatt F 10 A vorgegebenen Frischwassermenge von 47 000 m^3 um die Gesamtmenge des jährlichen Frischwasserbedarfes handelt". Aus all diesen Gründen sei ersichtlich, dass die Antragstellerin kein der Ausschreibung widersprechendes Angebot abgegeben habe, die von der Antragstellerin erfolgte Auslegung des Formblattes F 10 A beruhe auf einer objektiv-redlichen Interpretation, "sodass die Auftraggeberin diese Interpretation jedenfalls gegen sich gelten lassen muss". Die Ausscheidungsentscheidung sei daher vergaberechtswidrig. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 12.08.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin darin aus, der von der Antragsgegnerin herangezogene Ausscheidungsgrund, nämlich dass dem Angebot nur ein Drittel des vorgegebenen Frischwasserbedarfes zu Grunde gelegt worden wäre, sei unrichtig. Die von der Antragsgegnerin vertretende Ansicht lasse sich aus dem Formblatt F10 A und auch in Zusammenschau mit der restlichen Ausschreibung aus mehreren Gründen vertreten. Für die Auslegung von Ausschreibungsunterlagen sei der objektive Erklärungswert maßgeblich, die Ausschreibung sei nach der Vertrauens Theorie entsprechend den Paragraphen 863, 914 f, ABGB auszulegen. Dabei habe der öffentliche Auftraggeber jene Auslegungsvariante gegen sich gelten zu lassen, die auf einer objektiv-redlichen Interpretation der Ausschreibung beruhe. Aus dem objektiven Erklärungswert des Formblatt F 10 A lasse sich die von der Antragsgegnerin vertretende Ansicht nicht eindeutig ableiten, weil sie in der vierten Spalte dieses Blattes in der Überschrift festgehalten hat "Berechneter Bedarf an Frischwasser pro Jahr (m^3)". Aus dem objektiven Erklärungswert dieses Formblattes ergebe sich entgegen der Ansicht der Auftraggeberin nicht, dass der Energiebedarf für die Wasserbereitung von 47 000 m^3 berechnet werden müsse. Dazu hätte der Bedarf an Warmwasser und nicht an Frischwasser pro Jahr angegeben werden dürfen. Dass die Zahl 47 000 m^3 in der Zeile " Warmwasserbereitung" stehe, führe nicht automatisch dazu, dass die Überschrift der vierten Spalte, in der ausdrücklich Frischwasser und nicht Warmwasser stehe, nicht weiter zu berücksichtigen sei. Durch die Überschrift in der vierten Spalte werde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass für die Berechnung des Energiebedarfs für die Warmwasserbereitung von einem jährlichen Frischwasserbedarf (und nicht von einem jährlichen Warmwasserbedarf) von 47 000 m^3 auszugehen sei. Nach den Vorgaben in der Ausschreibung sei der jährliche Frischwasserbedarf für das

gesamte Stadthallenbad mit "nur" 93 622m³ angegeben. Nach Ansicht der Antragstellerin müsste die Aufbereitung einer Menge von 47 000 m³ Warmwasser bedeuten, dass zirka die dreifache Menge an Frischwasser benötigt werde. Allein für den Bereich Haustechnik müsste man daher entsprechend der Argumentation der Auftraggeberin von einem jährlichen Frischwasserbedarf von zirka 150 000m³ ausgehen. Da der jährliche Frischwasserbedarf für das gesamte Stadthallenbad laut den Vorgaben in der Ausschreibung aber "nur" 93 622m³ betrage, habe ein redlicher Erklärungsempfänger die Ausschreibung nur so verstehen können, wie sie die Antragstellerin verstanden habe. Dazu komme, dass die von der Auftraggeberin vorgegebenen Zahlen nicht schlüssig seien. Dazu stellt die Antragstellerin eine ausführliche Berechnung an, aus der sich ergeben soll, "dass es sich bei der im Formblatt F 10 A vorgegebenen Frischwassermenge von 47 000m³ um die Gesamtmenge des jährlichen Frischwasserbedarfes handelt". Aus all diesen Gründen sei ersichtlich, dass die Antragstellerin kein der Ausschreibung widersprechendes Angebot abgegeben habe, die von der Antragstellerin erfolgte Auslegung des Formblattes F 10 A beruhe auf einer objektiv-redlichen Interpretation, "sodass die Auftraggeberin diese Interpretation jedenfalls gegen sich gelten lassen muss". Die Ausscheidungsentscheidung sei daher vergaberechtswidrig.

Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung wäre unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien die Antragstellerin mit ihrem Angebot Bestbieterin. Die Antragstellerin habe, da sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den Auftrag zu erhalten. Durch das rechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin zumindest ein Schaden aufgrund des Entganges des mit 2% kalkulierten Gewinnes. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Verlust der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Angebotsbearbeitungskosten, der Energiekostenberechnung etc. sowie letztlich der Verlust der aufgelaufenen Rechtsberatungskosten. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt, insbesondere auch in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Verfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt, insbesondere auch in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbes.

Mit Bescheid vom 18.08.2010 hat der Vergabekontrollsenat die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugewandenen Bescheides verwiesen werden. Mit Schriftsatz vom 20.08.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der Anträge der Antragstellerin begehrt und ausgeführt, der Inhalt des Formblattes F 10 A zur Anlage "Warmwasseraufbereitung" sei eindeutig gewesen und auch von den Mitbewerbern verstanden worden. Dabei sei der Energiebedarf anzugeben gewesen, der benötigt wird um 47 000m³ Wasser pro Jahr um 28 C° zu erwärmen. Es sei damit die Wärmeenergieberechnung für 47 000m³ pro Jahr und nicht wie von der Antragstellerin vorgenommen von lediglich 15 660m³ pro Jahr abgefragt gewesen. Wieso die Antragstellerin nur von einem Drittel des Frischwasserbedarfs als Warmwasser ausgegangen sei, sei unerklärlich, Anhaltspunkte dafür waren in den Ausschreibungsunterlagen nicht gegeben. Wollte man jedoch im Sinne einer Gleichbehandlung der Bewerber das Angebot der Antragstellerin dahingehend berichtigen, dass bei ihr auch von der Erwärmung von 47 000m³ Frischwasser ausgegangen wird, ergebe dies auf Basis der Kalkulation der Antragstellerin einen Wärmeenergiebedarf mit dem sie in allen Aspekten schlechter zu liegen käme, als das Angebot der Mitbewerberin; sie käme damit für die Zuschlagsentscheidung nicht in Frage.

Zusammenfassend führt die Antragsgegnerin aus, dass auch für einen redlichen sachverständigen Erklärungsempfänger es offenkundig gewesen sei, dass selbstverständlich nur die zu erwärmende Frischwassermenge zur Anlage Wärmeaufbereitung angegeben war und auf dieser Basis, ausgehend von 47 000m³ Frischwasser, die Energiebedarfsberechnung vorzunehmen gewesen sei. Da die Antragstellerin offenkundig von der vorgegebenen Energiebedarfsrechnung abgewichen ist, und sich dadurch einen nicht behebbaren ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft hätte, sei ihr Angebot auszuschneiden.

Dazu hat die Antragstellerin am 27.08.2010 eine ins Detail gehende Stellungnahme abgegeben, in der sie im

Wesentlichen ihren bereits bekannten Standpunkt wiederholt und argumentativ ausbaut. Sie verweist darauf, dass in einem von einem ihrer Mitarbeiter mit einem Vertreter der Antragsgegnerin geführten Gespräch darauf hingewiesen wurde, dass für die Berechnung des Frischwasserbedarfes Eckparameter wie z.B. Duschvorgänge pro Besucher, etc. definiert sein sollten, weil nur dann ein messbares Ausgangskriterium für die Energieoptimierung durch Einsatz von entsprechenden Armaturen gegeben sei. In der Folge habe darauf hin die Antragsgegnerin das Formblatt F 10 A an die Bieter übermittelt, indem auch erstmals die jährliche Frischwassermenge vorgegeben worden sei. Die Antragstellerin habe nicht zuletzt auf Grund der geführten Gespräche angenommen, dass es sich bei der im Formblatt F 10 A bekanntgegebenen Menge um den Jahresbedarf an Frischwasser und nicht um jenen des Warmwassers handelt. Ausdrücklich weist die Antragstellerin darauf hin, dass in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen der Gesamtverbrauch an Frischwasser für sämtliche Verbraucher des Hallenbades (inklusive Badewassertechnik und sonstige) mit 93 622m³ pro Jahr vorgegeben worden sei. Allein deshalb habe die Antragstellerin bzw. ein redlicher Erklärungsempfänger das Formblatt F 10 A nur so verstehen können, dass es sich bei den 47 000m³ Wasser um den Jahresbedarf an Wasser, betreffend das Gewerk HKLS, aber nicht um den Jahresbedarf an Warmwasser handelt. Ausgehend von diesen Annahmen habe die Antragstellerin ihr Angebot erstellt und sei dabei von einem Warmwasserbedarf von rund einem Drittel ausgegangen. Diese Menge würde sich auch in etwa mit ihren Berechnungen der Warmwassermenge decken.

In ihrer Stellungnahme zum ergänzenden Vorbringen der Antragstellerin bringt die Antragsgegnerin vor, dass die Mitbewerber beim Angebot zum garantierten Energiebedarf von unterschiedlichen Mengen ausgegangen seien. Die Mitbewerber seien von den im Formblatt F 10 A angegebenen 47 000m³ pro Jahr zu erwärmenden Frischwasser ausgegangen und hätten die diesbezügliche Energie angeboten. Die Antragstellerin sei von einem Drittel dieser im Formblatt ausgewiesenen 47 000m³ pro Jahr ausgegangen und habe einen entsprechend reduzierten Energiewert angeboten. Für die Annahme eines zu einem Drittel zu erwärmenden Frischwassers, wie es die Antragstellerin getan habe, sei in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Das Formblatt F 10 A bzw. F 10 lasse keinen Spielraum für eine geänderte Frischwassermenge zu. Damit lägen vergleichbare Angebote nicht vor. Eine Gleichbehandlung der Mitbewerber lasse sich jedoch nur dann erzielen, wenn bei der Bewertung der angebotenen Energiewerte von den selben Mengen ausgegangen werde. Da dies nicht der Fall sei, sei das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden gewesen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2010 folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Vergabe der im Zuge des Bauvorhabens "Generalsanierung Wiener Stadthallenbad" auszuführenden Haustechnikleistungen. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote der Angebotspreis mit 80%, die angebotene Dauer der Gewährleistung mit 5% und der durch die angebotene HKLS Anlage verursachte jährliche Energiebedarf mit 15% bewertet werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 13.07.2010. Insgesamt haben sich drei Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Vergabe der im Zuge des Bauvorhabens "Generalsanierung Wiener Stadthallenbad" auszuführenden Haustechnikleistungen. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote der Angebotspreis mit 80%, die angebotene Dauer der Gewährleistung mit 5% und der durch die angebotene HKLS Anlage verursachte jährliche Energiebedarf mit 15% bewertet werden. Das Ende der Angebotsfrist war der 13.07.2010. Insgesamt haben sich drei Bieter am Verfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen werden nachstehend wiedergegeben, sie bilden einen wesentlichen Bestandteil der Sachverhaltsfeststellungen:

Aus den Angebotsunterlagen Seite 2 von 5:

"Bestbieterkriterien

Zuschlagskriterium	Bewertung/Erklärung	Erzielbare Punkte
Angebotene	3 Jahre Gewährleistung =	Max. 5 Punkte
Gewährleistungszeit und	3 Punkte	
Garanziezeit	Jedes weitere Jahr = 1Punkt	
Garantierter	Punkteanzahl = 15x	Max. 15 Punkte
Jahresenergieverbrauch	(niedrigster garantierter Jahresenergieverbrauch aller Angebote/garantierter Jahresenergieverbrauch Anbot)	
Angebotssumme	Punktezahl = 80x (niedrigste Angebotssumme aller Anbote/ Angebotssumme Anbot)	Max. 80 Punkte

Alle Punkte der einzelnen Kriterien werden aufsummiert, der Zuschlag erfolgt an das technisch und wirtschaftlich günstige Angebot mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl."

Aus dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, Haustechnik:

Im Leistungsverzeichnis unter der Obergruppe 0018 sind besondere Bestimmungen zur Ermittlung des zukünftigen Energiebedarfes festgelegt. Diese enthalten insbesondere die Grundlagen, die bei der Erstellung der Energiebedarfsberechnung zu berücksichtigen sind.

"0018 Z Besondere Bestimmungen Energiebedarf

Neben dem Anbotspreis für die Errichtung ist der Energiebedarf nach dem Anlagenumbau ein weiteres Vergabekriterium.

0018010 Z Energieverbrauch vor Sanierung

Dem Energiebedarfsvergleich liegen folgende Werte zu Grunde:

Wasser: 93.622m³

Wärme: 5.476,7 MWh

Elektro (nur Bad- ohne Restaurant und Mieter): 2.564.951 kWh

0018020 Z Angaben zum Betrieb

folgende Grundlagen sind neben den Vorgaben aus den Grundrissen zur Erstellung der Energiebedarfsberechnung zu berücksichtigen:

Öffnungszeiten:

Hallenbad:

Montag und Freitag von 08.00-21.30 Uhr

Dienstag und Donnerstag von 06.30-21.30 Uhr

Mittwoch von 08.00-17.00 Uhr

Samstag von 07.00-21.30 Uhr

Sonntag und Feiertag von 07.00-18.30 Uhr

Sauna:

Montag, Dienstag, Donnerstag und Freitag von 08.00-21.30 Uhr

Mittwoch von 09.30-21.30 Uhr

Samstag von 07.00-21.30 Uhr

Sonntag und Feiertag von 07.00-18.30 Uhr

Das Stadthallenbad ist ganzjährig geöffnet, es folgt lediglich eine Sperre von 1-2 Tagen zu Generalisierungszwecken.

Raumkonditionen:

Schwimmballen: 30°C

Buffets und Restaurants: 28°C

Garderoben: 26-28°C

Saunanebenräume: 26-28°C

Beckentemperaturen:

Sportbecken: 28°C

Lehrbecken: 29,5°C

Trainingsbecken: 27-28°C

Saunabecken Kalt: 16°C

Saunabecken Warm: 36°C

Besucherkapazität:

Bad: 900 Personen

Sauna: 135 Personen

Zuseher bei Wettkampfbetrieb: 577 Personen

Durchschnittliche Besucher pro Tag:

Bad: 600-900 Personen

Sauna: 60-100 Personen

0018030 Z Energieverbrauch nach Sanierung

Das Anbot ist nur als vollständig zu betrachten, wenn der Energiebedarf nach Umbau bekanntgegeben wird.

Die Berechnung des Energiebedarfs nach der Generalsanierung des Bauvorhabens ist dem Offert in nachvollziehbarer Form beizulegen. Der Bieter wird mittels Pönalevereinbarung an diese Energiewerte gebunden. Der gewerkebezogene Energiebedarf ist gemäß Formblatt 10 bekanntzugeben."

Der gewerksbezogene Energiebedarf war mit dem Formblatt bekanntzugeben. Dieses Formblatt 10 stellt gleichzeitig die Erklärung der Bieter dar, bei Beauftragung zur Umsetzung der ausgeschriebenen Technik (HKLS) den von ihnen errechneten

Energiebedarf zu garantieren. Formblatt F 10 hat folgenden Wortlaut:

"Garantierter Energiebedarf

Projekt: Wiener Stadthallenbad

1150 Wien, Vogelwiedplatz 14

Generalsanierung

Vom Bieter sind nur die umrandeten Felder auszufüllen!

Der Bieter garantiert bei Beauftragung zur Umsetzung der ausgeschriebenen Technik folgenden Energiebedarf seiner Gewerkes:

Wassertechnik

Frischwasser..... m³, bezogen auf Badewassertechnik

Wärmeenergie.....kWh, bezogen auf Badewassertechnik

Elektroenergie.....kWh, bezogen auf Badewassertechnik

HKLS

Frischwasser..... m³, bezogen auf Haustechnik

Wärmeenergie.....kWh, bezogen auf Haustechnik

Elektroenergie.....kWh, bezogen auf Haustechnik

Elektrotechnik

Elektroenergie.....kWh, bezogen auf Elektrotechnik

Die angegebenen Werte gelten als durchschnittlicher Energiebedarf für 3 Jahre.

Datum und rechtsgültige Unterfertigung, bei Bietergemeinschaften von allen Mitgliedern:“

Am 01. Juli 2010 hat zwischen einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin und dem Sachbearbeiter der Antragstellerin ein Gespräch zu den Ausschreibungsunterlagen stattgefunden, wobei auch "ein Thema die Frischwassermenge die im Formblatt 10" genannt wird, gewesen war. Dabei wurde darüber gesprochen, ob diese Menge in irgendeiner Form eingegrenzt werden kann. In diesem Zusammenhang wurde dem Mitarbeiter der Antragstellerin angedeutet, dass es dazu wahrscheinlich eine Nachsendung geben werde (Protokoll Seite 4). Nach diesem Aufklärungsgespräch und auch auf Rückfrage anderer Bieter hat dann die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 07.07.2010 den ihr bekannten Bietern mitgeteilt, dass beim Formblatt 10 hinsichtlich des garantierten Jahres-Energiebedarfes bezogen auf die Haustechnik entsprechende pönale Bedingungen ergänzt wurden. Weiters hat sie mitgeteilt, dass zum Formblatt 10 eine Ergänzung durch das Formblatt 10 A vorgenommen wird, das als Beilage die Ausschreibung ergänzt. Dieser E-Mail war sowohl eine Ausfertigung des Formblattes 10 als auch des ergänzenden Formblattes 10 A angeschlossen. Die Bieter wurden ersucht, den Erhalt dieser Mitteilungen samt Beilagen zu bestätigen.

Das Formblatt F 10 A hat folgenden Wortlaut:

"Garantierter Energiebedarf

Projekt: Wiener Stadthallenbad

1150 Wien, Vogelweidplatz 14

Generalisierung

Ergänzung zu Formblatt F10 betreffend Gewerk HKLS

Hier ist eine Aufgliederung des im Formblatt 10 enthaltenen Energiebedarfs anzuführen bzw. sind die zu verwendeten Randbedingungen angeführt. Zusätzlich zu den Angaben des berechneten Energiebedarfs ist eine nachvollziehbare Berechnung beizulegen.

Bei den verschiedenen Berechnungen sind die Verluste über Rohrleitungen, Zirkulationsleitungen usw. zu berücksichtigen.

Randbedingungen:

Standortklima: Region Nord außerhalb von Föhngebieten nach ÖNORM B 8110 Teil 5.

Kaltwassertemperatur aus dem Versorgungsnetz: 10°C

Durchschnittliche Entnahmetemperatur: 38°C

Gewerk	Anlage	Betriebsstunden	Berechneter	Berechneter	Berechneter
		Temperaturen	Bedarf	Bedarf	Bedarf
			Frischwasser	Wärmeenergie	Elektroenergie
			pro Jahr [(m ³)]	pro Jahr [kWh/a]	pro Jahr [kWh/a]

L	LA1	5.100 h/a		
	Umkleide			
L	LA2A	4.730 h/a		
	Sportbecken			
L	LA2B	4.730 h/a		
	Sportbecken			
L	LA3	4.730 h/a		
	Trainingshalle			
L	LA6	150 h/a		
	Tribüne			
L	LA7	4.730 h/a		
	Lehrschwimmh.			
L	LA8	4.730 h/a		
	Sauna			
L	LA9	5.100 h/a		
	WC-Abluft			
L	LA10	5.830 h/a		
	Müllraum			
L	LA11	730 h/a		
	Technikb.			
H	Statistische		1.240.000 kWh/a	
	Raumheizung			
S	Warm	Temperaturen	47.000m ³	
	wasser-	siehe oben		
	bereitung			
Summe		kWh/a	kWh/a	kWh/a

(sind auch im Formblatt F10 auszuführen)

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Sie hat in ihrem Angebot im Formblatt F 10 A in der waagrechten Spalte "S Warmwasserbereitung", in der Spalte berechneter Bedarf Wärmeenergie pro Jahr (kWh/a) 550 000 und in der Spalte berechnender Bedarf Elektroenergie pro Jahr (kWh/a) 1300 eingesetzt. In dieser Zeile "S" ist unter der Spaltenbezeichnung "berechneter Bedarf Frischwasser pro Jahr (m³)" der Betrag von 47 000m³ auftraggeberseitig eingesetzt. Die erste senkrechte Spalte, überschrieben mit "Gewerk", betrifft 10 Querspalten bezeichnet mit "L" (= Lüftung), der elften Spalte mit dem Gewerk "H" (=statische Raumheizung) und schließlich der zwölften Querspalte "S" bezeichnet mit "Warmwasserbereitung". Die Antragstellerin hat in der letzten senkrechten Spalte "berechneter Bedarf" alle Querspalten durch Einsetzen von Beträgen ausgefüllt. Die vorletzte senkrechte Spalte wurde von ihr in 6 Positionen nicht ausgefüllt, die vierte Spalte "berechneter Bedarf Frischwasser pro Jahr" wurde von ihr nicht ausgefüllt. Entsprechend den Summenergebnissen in den senkrechten Spalten 5 und 6 hat sie diese Beträge im Formblatt F 10 im Abschnitt HKLS eingetragen. In der Zeile Frischwasser hat sie 47 000m³ pro Jahr bezogen auf Haustechnik, Wärmeenergie mit 2.465.915 und Elektroenergie 874.253 je kWh/a eingetragen.

Im Punkt 00002700 des LV ist festgelegt, dass der Auftragnehmer ausdrücklich bestätigt, dass die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen zur einwandfreien Preisermittlung genügen und er die Gewähr für die Richtigkeit der Kalkulation übernimmt. Zu Punkt 001206E ist festgehalten, dass der Bieter alle ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen auf deren

Richtigkeit zu überprüfen hat. Er hat ua Mängel, Widersprüche und unvollständige Leistungsbeschreibungen und sonstige unklare Umstände dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Im Punkt 0018030 wird geregelt, dass das Angebot nur als vollständig zu betrachten ist, wenn der Energiebedarf nach Umbau bekanntgegeben wird. Eingangs der Ausschreibungsunterlagen wird die Anwendbarkeit der allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen VD 314, die allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen VD 307, sowie die sicherheitstechnischen Unterweisungen und die Einkaufsbedingungen der Auftraggeber als verbindlich für die Angebotslegung erklärt. Die Ausschreibungsunterlagen wurden von keinem der Bieter angefochten. Die Antragsgegnerin wurde insbesondere von der Antragstellerin nicht darauf aufmerksam gemacht, dass die Ausschreibungsbedingungen Mängel, Widersprüche, unvollständige Leistungsbeschreibungen oder sonstige unklare Umstände aufweisen würden.

Die Antragstellerin hat bei Erstellung ihres Angebotes eine Annahme getroffen, und zwar dass die Menge von 47 000m³/a im Formblatt F 10 A auf den Jahresbedarf an Frischwasser und nicht auf den Jahresbedarf von Warmwasser abstellt und dass deshalb nur ein Drittel des vorgegebenen Frischwasserbedarfes als Warmwasser benötigt wird. Sie hat das auch in einem Begleitschreiben zu ihrem Angebot zum Ausdruck gebracht, in dem sie ausführt:

"Warmwasseraufbereitung:

Der errechnete Bedarf von Frischwasser (ohne Bädertechnik) ist gemäß Formblatt F 10 A mit 47 000m³/a vorgegeben. Unsere Wärme-Energieberechnung beruht auf der Grundlage, dass ein Drittel des Frischwasserbedarfs als Warmwasser benötigt wird. Die Aufwärmung beträgt 28C° laut Vorgabe. Unter Berücksichtigung von Leitungsverlusten ist der Wärmeenergiebedarf per anno gerundet 550 000kWh". Die Antragsgegnerin, der bei Prüfung der Angebote diese Diskrepanz aufgefallen ist, hat von einem Vorhalteverfahren im Hinblick auf das Begleitschreiben der Antragstellerin abgesehen.

Mit Schreiben vom 04.08.2010, der Antragstellerin zugekommen am 05.08.2010, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, dass Angebot der Antragstellerin nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Dagegen richtet sich der am 12.08.2010 eingelangte Antrag auf Nichtigklärung dieser Ausscheidungsentscheidung, Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Pauschalgebührenersatz und Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Schreiben vom 04.08.2010, der Antragstellerin zugekommen am 05.08.2010, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, dass Angebot der Antragstellerin nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Dagegen richtet sich der am 12.08.2010 eingelangte Antrag auf Nichtigklärung dieser Ausscheidungsentscheidung, Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, Pauschalgebührenersatz und Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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 auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie die Erklärungen der Parteien, insbesondere der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung. Soweit Feststellungen aus den Vergabeakten getroffen wurden, sind auch die entsprechenden Belegstellen angeführt. Insbesondere aufgrund der Angaben der Antragstellerin im Zuge der mündlichen Verhandlung konnte festgestellt werden, dass von einem ihrer Mitarbeiter vor Ende der Angebotsfrist bei einer Vorsprache bei der vergebenden Stelle auch die zu erwärmende Frischwassermenge besprochen worden ist. Dabei hat der Mitarbeiter der Antragstellerin auf den Inhalt der Beilage 10 Bezug genommen und gefragt, "was der Frischwasserbedarf in dieser Beilage für eine Bedeutung haben soll" (Protokollseite 4). Nach der Darstellung der Antragsgegnerin, aber auch der Antragstellerin war nicht zuletzt auch diese Vorsprache Anlass für die Antragsgegnerin, das Ergänzungsformblatt F 10 A zur Beilage Formblatt F 10 an die ihr bekannten Interessenten zu versenden. Dennoch ist, was von der Antragstellerin jedoch nicht schlüssig erklärt werden konnte, diese bei der Berechnung des Energiebedarfes für die zu erwärmende Frischwassermenge nicht von den in der Spalte S des Formblattes F 10 A vorgegebenen 47 000 m³ ausgegangen, sondern nur von einem Drittel. Wieso sie vor Abgabe ihres Angebotes diesbezüglich, da offenbar eine Unklarheit für sie bestehen musste, nicht abermals bei der Antragsgegnerin nachgefragt hat, wurde von ihr nicht erklärt. Vielmehr hat sie in ihrem Begleitschreiben zum Angebot ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie ihre Wärme- und Energieberechnung auf der Grundlage, dass nur ein Drittel des Frischwasserbedarfs als Warmwasser benötigt wird, erstellt hat. Weder der Ausschreibung noch sonst einer Ergänzung ist die Grundlage für eine derartige Annahme zu entnehmen, wieso die Antragstellerin nur von einem

Drittel des Frischwasserbedarfs bei Erstellung des Angebotes ausgegangen ist, wird in ihrem Begleitschreiben auch nicht näher begründet. Das Verfahren hat ebenfalls ergeben, dass die Antragstellerin weder die Ausschreibungsbedingungen angefochten hat, noch Mängel, Widersprüche oder unvollständige Leistungsbeschreibungen und sonstige unklare Umstände dem Auftraggeber unverzüglich mitgeteilt hat (Punkt 00002700 des LV). Dass die Antragsgegnerin von einem Aufklärungs- bzw. Vorhalteverfahren hinsichtlich des von der Antragstellerin angenommenen Energiebedarfes für die Warmwassererzeugung im Hinblick auf das Begleitschreiben abgesehen hat, ergibt sich aus ihrem Vorbringen.

Die Antragstellerin hat bereits im einleitenden Schriftsatz "Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens" beantragt (Punkt 8.3.). Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht durch eine Partei ausnehmen darf, ist allgemein im § 17 Abs. 3 AVG geregelt, wonach von der Akteneinsicht solche Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Das Vergabeverfahren bestimmt in § 23 Abs. 1 BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips ist die Regel des § 128 leg. zit, wonach jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in die sein Angebot betreffenden Seiten der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die - das Vergabeverfahren betreffenden- §§ 23 und 128 BVergG sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG vorliegen, maßgeblich und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen (vgl. VwGH 12.12.2007, Zl. 2006/04/0065-22). Der Senat hat daher dem Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht nur insoweit entsprochen als dies in den eben dargelegten Grundsätzen seine Deckung findet. Die Antragstellerin hat bereits im einleitenden Schriftsatz "Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens" beantragt (Punkt 8.3.). Welche Aktenbestandteile die Behörde von der Akteneinsicht durch eine Partei ausnehmen darf, ist allgemein im Paragraph 17, Absatz 3, AVG geregelt, wonach von der Akteneinsicht solche Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde. Das Vergabeverfahren bestimmt in Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2006, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Ein Ausfluss dieses Prinzips ist die Regel des Paragraph 128, leg. zit, wonach jedem Bieter Einsicht (nur) in sein eigenes, allenfalls berichtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes zu gewähren ist. Nach Absatz 3, dieser Bestimmung ist jedem Bieter Einsicht (nur) in die sein Angebot betreffenden Seiten der Niederschrift über die Angebotsprüfung zu gewähren. Die - das Vergabeverfahren betreffenden- Paragraphen 23 und 128 BVergG sind für die Beurteilung der Frage, wann eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des Paragraph 17, Absatz 3, AVG vorliegen, maßgeblich und daher bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht zu berücksichtigen vergleiche VwGH 12.12.2007, Zl. 2006/04/0065-22). Der Senat hat daher dem Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht nur insoweit entsprochen als dies in den eben dargelegten Grundsätzen seine Deckung findet.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat im Übrigen erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich umstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, wobei die Leistungen nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden sollen. 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 Antragstellerin handelt es sich umstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im

Oberschwellenbereich, wobei die Leistungen nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden sollen. 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 erstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vergabeverfahren, die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung 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 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. 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 erstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vergabeverfahren, die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, 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.

Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 05.08.2010 im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist am 12.08.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 05.08.2010 im Faxwege zugegangen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung ist am 12.08.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007, in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist zwar rechtzeitig, jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin Erstellung ihres Angebotes die Annahme getroffen hat, dass die Menge von 47 000 m³/a in der Spalte "berechneter Bedarf Frischwasser pro Jahr (m³)" im Formblatt F 10 A auf den Jahresbedarf an Frischwasser und nicht auf den Jahresbedarf an Warmwasser abstellt und dass deshalb nur ein Drittel des vorgegebenen Frischwasserbedarfs an Warmwasser benötigt wird. Dementsprechend sei der für die Aufbereitung erforderliche Bedarf an Wärme- und Elektroenergie zu berechnen. Mit diesem geringeren Wert (ein Drittel von 47 000 m³), mit dem sie gerechnet hat, ist ihr Angebot ohne Korrektur nicht mit den Angeboten der anderen Bieter vergleichbar. Die im Formblatt F 10 A angeführten Werte, die dem garantierten Energiebedarf zugrunde zu legen sind, bilden ein Zuschlagskriterium, das immerhin mit 15% gewichtet ist.

Nach § 106 Abs. 1 BVergG 2006 hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei Erstellung seines Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Abs. 3 leg. zit. müssen sich Angebote auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Teilangeboten vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot ist mit einem unbeheblichen Mangel behaftet. Nach Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei Erstellung seines Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Absatz 3, leg. zit. müssen sich Angebote auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von

Teilangeboten vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot ist mit einem unbehebaren Mangel behaftet.

Nachdem das Formblatt F 10 durch die Antragsgegnerin aufgrund von Vorsprachen, auch der Antragstellerin, durch das Formblatt F 10 A ergänzt wurde, musste allen Bietern klar sein, dass im Formblatt F 10 A in der Spalte "S Warmwasserbereitung" der Energiebedarf für die Erwärmung von 47 000 m³ Frischwasser pro Jahr um 28°C anzubieten war. Die von der Antragstellerin angestellten Überlegungen, nur den Energiebedarf für die Erwärmung eines Drittels dieser Menge anzubieten, findet weder im Formblatt F 10 A noch sonst in den Ausschreibungsunterlagen eine Grundlage. Gerade diese Vorgangsweise, der Berechnung eine Annahme zugrunde zu legen, deutet auf eine Unklarheit seitens der Antragstellerin hin, die sie vor Erstellung ihres Angebotes dazu hätte veranlassen müssen, bei der Auftraggeberin entsprechend nachzufragen (vgl. § 106 Abs. 6 BVergG 2006). Dazu kommt, dass die Antragstellerin mit der Abgabe ihres Angebotes auch erklärt hat, dass die ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen zur einwandfreien Preisermittlung genügen und sie die Gewähr für die Richtigkeit ihrer Kalkulation übernimmt (Punkt 00002700 des LV), bzw. dass die Antragstellerin nach Punkt 001206E des LV verpflichtet gewesen wäre, alle ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen auf deren Richtigkeit zu überprüfen und Mängel, Widersprüche und unvollständige Leistungsbeschreibungen und sonstige unklare Umstände der Antragsgegnerin unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Hätte die Antragstellerin diesen Auflagen entsprochen, hätte sie zweifellos eine entsprechende Aufklärung seitens der Antragsgegnerin erhalten. Nach dem Inhalt der Ausschreibungsunterlagen konnte die Antragstellerin nicht davon ausgehen, dass ihre Annahme, nur ein Drittel der Frischwassermenge von 47 000 m³ sei zu erwärmen, auch von den anderen Bietern und vor allem von der Auftraggeberin gleichermaßen geteilt wird, zumal in der Ausschreibung keinerlei Festlegung dahingehend getroffen wurde. Die Annahme, dass der Energiebedarf nur für die

Erwärmung eines Drittels von 47 000 m³ anzubieten wäre, war eine reine

Schätzung der Antragstellerin. Nach den Ausschreibungsunterlagen wurden die Bieter zu einer derartigen Schätzung nicht aufgefordert. Wenn daher die Antragsstellerin - wie sie auch in ihrem Begleitschreiben zum Angebot erklärt hat - der Energiebedarfsberechnung eine Wassermenge nur von einem Drittel zugrunde gelegt hat, hat sie ein spekulatives Angebot abgegeben. Wollte man eine Korrektur des Bedarfes an Wärmeenergie bei der Warmwasseraufbereitung im Angebot der Antragstellerin vornehmen, um eine Vergleichbarkeit der Angebot herzustellen, würde der Bedarf an Wärmeenergie in deren Angebot wesentlich höher liegen, als im Angebot des Mitbewerbers.

Im Hinblick auf den Inhalt des Begleitschreibens zum Punkt "Warmwasseraufbereitung" hat die Antragsgegnerin zutreffend von einem Verbesserungsverfahren abgesehen. In diesem Schreiben wird die unzutreffende Annahme der Antragstellerin unzweifelhaft dargelegt, woraus sich bereits die Abweichung gegenüber den Festlegungen in der Ausschreibung ergibt.

Nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber

Angebote auszuscheiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Da ein derartiger Widerspruch im Angebot der Antragstellerin zu den Ausschreibungsunterlagen vorliegt, ist die Antragsgegnerin zutreffend zum Ergebnis gekommen, deren Angebot auszuscheiden. Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber Angebote auszuscheiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Da ein derartiger Widerspruch im Angebot der Antragstellerin zu den Ausschreibungsunterlagen vorliegt, ist die Antragsgegnerin zutreffend zum Ergebnis gekommen, deren Angebot auszuscheiden. Aus diesen Gründen war der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 18.08.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 18.08.2010 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist 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 Ausscheidung; Abweichung von der Ausschreibung; Unzulässiges Teilangebot; Abweisung;

Zuletzt aktualisiert am

10.03.2011

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