

TE Verg Bescheid 2010/5/11 VKS-2237/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Rudolf Deitzer, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages zur Vollwartung der Aufzüge im Donauspital, Ausschreibungsnummer SMZT0400109, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, SMZ Donauspital, Langobardenstraße 122, 1220 Wien, vertreten durch Dullinger Schneider, Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Den Anträgen die Ausscheidungsentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin je vom 3.2.2010 für nichtig zu erklären, wird stattgegeben und die angefochtenen Entscheidungen für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 22.2.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
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. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 108 Abs. 2, 123, 124, 125, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 4, 108, Absatz 2, 123, 124, 125, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wiener Krankenanstaltenverbund – SMZ Ost Donauspital (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vollwartung der Aufzüge im Donauspital. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 75 %, die Reaktionszeit mit 5 %, die Interventionszeit mit 10 % und die Verfügbarkeit mit 10 % gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2009, 13.30 Uhr.

Insgesamt haben fünf Unternehmen Angebote abgegeben, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung, die im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist erfolgte, wurde das Angebot der Antragstellerin preislich als an zweiter Stelle liegend verlesen.

Nach dem die Antragsgegnerin zunächst mit Schreiben vom 5.6.2009 ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten des preislich an erster Stelle gereihten Unternehmers bekannt gegeben hat, wurde diese Zuschlagsentscheidung von der Antragstellerin zu VKS – 5506/09 rechtzeitig angefochten. In dem daraufhin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren ist die (erste) Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden, wobei der Senat seine Entscheidung rechtlich wie folgt begründet hat (auszugsweise):

„Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin habe eine unrichtige Bewertung und damit unrichtige Reihung der Angebote vorgenommen. Die in den Besonderen Angebotsbestimmungen festgelegten Zuschlagskriterien sowie deren Bewertung könnte nur so verstanden werden, dass etwa dann, wenn zwei Bieter je einen ersten Platz erreichen, es keinen zweiten Platz geben könne, sondern das drittbeste Angebot dann eben den dritten Platz und nicht den zweiten zu erhalten habe. Genau diese Vorgangsweise habe die Antragsgegnerin bei der Bewertung der Angebote nicht eingehalten, weshalb das Angebot der Teilnahmeberechtigten im Ergebnis besser gereiht wurde, als es tatsächlich zu reihen gewesen wäre, weil dieses Unternehmen nur die Einhaltung der Mindestanforderungen zugesagt habe und keine Mehrleistungen.

Gemäß § 2 Z 20 lit. d sublit. aa BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes, die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Dabei steht es dem Auftraggeber grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen. Sie müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, müssen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes entsprechen und dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten (vgl. Elsner BVergG 20062, Rz 443). Die Kriterien müssen geeignet sein, das gemäß den Festlegungen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorteilhafteste Angebot festzustellen. Diesen Voraussetzungen entsprechen die von der Antragsgegnerin in den Besonderen Angebotsbestimmungen festgelegten Zuschlagskriterien. Eine, wie von der Antragstellerin gewünschte Auslegung der Bewertung dieser Kriterien steht im eindeutigen Widerspruch zu den bestandfest gewordenen Festlegungen und findet auch keine Deckung in dem von der Antragsgegnerin in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommenen mathematischen Berechnungsmodell zur Ermittlung des Bestbieters und Anwendung der Zuschlagskriterien (Seite 6 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen). Danach musste für jeden Bieter eindeutig ersichtlich sein, wie der Bewertungsvorgang durchgeführt wird, sodass eine Grundlage zur Anwendung der Bestimmungen der §§ 914f ABGB nicht gegeben ist. Eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen, die allenfalls zum Nachteil der Antragsgegnerin ausgelegt werden könnte, liegt nicht vor. Im Übrigen wäre es Sache der Antragstellerin gewesen, die von ihr behauptete Unklarheit im Wege der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen einer Beurteilung zuzuführen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes, die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Dabei steht es dem Auftraggeber grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen. Sie müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, müssen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechtes entsprechen und dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten (vergleiche Elsner BVergG 20062, Rz 443). Die Kriterien müssen geeignet sein, das gemäß den Festlegungen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorteilhafteste Angebot festzustellen. Diesen Voraussetzungen entsprechen die von der Antragsgegnerin in den Besonderen Angebotsbestimmungen festgelegten Zuschlagskriterien. Eine, wie von der Antragstellerin gewünschte Auslegung der Bewertung dieser Kriterien steht im eindeutigen Widerspruch zu den bestandfest gewordenen Festlegungen und findet auch keine Deckung in dem von der Antragsgegnerin in die

Ausschreibungsunterlagen aufgenommenen mathematischen Berechnungsmodell zur Ermittlung des Bestbieters und Anwendung der Zuschlagskriterien (Seite 6 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen). Danach musste für jeden Bieter eindeutig ersichtlich sein, wie der Bewertungsvorgang durchgeführt wird, sodass eine Grundlage zur Anwendung der Bestimmungen der Paragraphen 914 f, ABGB nicht gegeben ist. Eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen, die allenfalls zum Nachteil der Antragsgegnerin ausgelegt werden könnte, liegt nicht vor. Im Übrigen wäre es Sache der Antragstellerin gewesen, die von ihr behauptete Unklarheit im Wege der Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen einer Beurteilung zuzuführen.

Die Antragsgegnerin hat sich bei der Bewertung der Angebote an die von ihr vorgegebenen Kriterien und den von ihr dargestellten Bewertungsvorgang gehalten. Diesbezüglich erweist sich daher die Bemängelung durch die Antragstellerin als nicht berechtigt.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, die Teilnahmeberechtigte hätte ein unvollständiges Angebot gelegt, in dem sie die Tabelle auf Seite 5 der Besonderen Angebotsbestimmungen nicht ausgefüllt hat, trifft dies zwar zu. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich dabei jedoch nicht um einen unbehebbarer Mangel, der zur Ausscheidung des Angebotes führen müsste.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot keinerlei Angaben zu den Kriterien Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit der Aufzugsanlagen abgegeben. Zutreffend hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass bezüglich dieser Kriterien in den Besonderen Angebotsbestimmungen Vorgaben enthalten waren, zu denen die Bieter erklären sollten, ob sie diese Vorgaben erfüllen bzw. ob sie diese Vorgaben übererfüllen (Mehrleistung). Wenn auch der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin nicht teilt, dass die Teilnahmeberechtigte mit dem Begleitschreiben zu ihrem Angebot die Erfüllung dieser Kriterien zugesagt hätte, hat die Antragstellerin durch die Abgabe ihres Angebotes zumindest schlüssig erklärt, dass sie die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass sie über die erforderlichen Befugnisse zur Ausübung des Auftrages verfügt, dass sie die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihr angegebenen Preisen erbringt und dass sie sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot bindet (§ 108 Abs. 2 BVergG 2006). Das Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 16.4.2009 kann inhaltlich nur so verstanden werden, dass sie die Haftung dafür übernimmt, dass die angebotenen Komponenten und Leistungen den geforderten Normen und Vorschriften entsprechen. Dass es sich bei den, auf den Seiten 2 bis 5 der Besonderen Angebotsbestimmungen dargestellten Zuschlagskriterien um derartige „geforderte Normen und Vorschriften“ handelt, kann ernsthaft nicht behauptet werden. Dass aber die Teilnahmeberechtigte die auf Seite 5 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen angeführten Kriterien mit den dort angeführten Vorgaben erfüllen wird, hat sie über Nachfrage der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 14.5.2009 bestätigt. Hätte sie in dieser Erklärung jedoch die Spalte „Mehrleistung“ mit Werten, die die Vorgabenwerte übersteigen, ausgefüllt, so wäre dies als unzulässige Abänderung ihres Angebotes zu werten gewesen, die notwendigerweise zur Ausscheidung dieses Angebotes hätte führen müssen. Damit wäre nämlich der Teilnahmeberechtigten die Möglichkeit gegeben gewesen, in Kenntnis der Angebotspreise, eine Änderung der Angebotsreihung herbeizuführen. Da dies jedoch vorliegend nicht erfolgt ist, erweist sich die Anfechtung in diesem Punkte als nicht berechtigt.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Angebot keinerlei Angaben zu den Kriterien Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit der Aufzugsanlagen abgegeben. Zutreffend hat die Antragsgegnerin darauf verwiesen, dass bezüglich dieser Kriterien in den Besonderen Angebotsbestimmungen Vorgaben enthalten waren, zu denen die Bieter erklären sollten, ob sie diese Vorgaben erfüllen bzw. ob sie diese Vorgaben übererfüllen (Mehrleistung). Wenn auch der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin nicht teilt, dass die Teilnahmeberechtigte mit dem Begleitschreiben zu ihrem Angebot die Erfüllung dieser Kriterien zugesagt hätte, hat die Antragstellerin durch die Abgabe ihres Angebotes zumindest schlüssig erklärt, dass sie die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass sie über die erforderlichen Befugnisse zur Ausübung des Auftrages verfügt, dass sie die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihr angegebenen Preisen erbringt und dass sie sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot bindet (Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006). Das Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 16.4.2009 kann inhaltlich nur so verstanden werden, dass sie die Haftung dafür übernimmt, dass die angebotenen Komponenten und Leistungen den geforderten Normen und Vorschriften entsprechen. Dass es sich bei den, auf den Seiten 2 bis 5 der Besonderen Angebotsbestimmungen dargestellten Zuschlagskriterien um derartige „geforderte Normen und Vorschriften“ handelt, kann ernsthaft nicht behauptet werden. Dass aber die Teilnahmeberechtigte die auf Seite 5 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen angeführten Kriterien mit den dort angeführten Vorgaben erfüllen wird, hat sie über

Nachfrage der Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 14.5.2009 bestätigt. Hätte sie in dieser Erklärung jedoch die Spalte „Mehrleistung“ mit Werten, die die Vorgabenwerte übersteigen, ausgefüllt, so wäre dies als unzulässige Abänderung ihres Angebotes zu werten gewesen, die notwendigerweise zur Ausscheidung dieses Angebotes hätte führen müssen. Damit wäre nämlich der Teilnahmeberechtigten die Möglichkeit gegeben gewesen, in Kenntnis der Angebotspreise, eine Änderung der Angebotsreihung herbeizuführen. Da dies jedoch vorliegend nicht erfolgt ist, erweist sich die Anfechtung in diesem Punkte als nicht berechtigt.“

In dem daraufhin von der Antragsgegnerin fortgeführten Vergabeverfahren hat sie mit Schreiben vom 3.2.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, mitgeteilt zu beabsichtigen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden und den Zuschlag abermals der an erster Stelle gereihten Bieterin erteilen zu wollen. Als Ausscheidungsgrund hat die Antragsgegnerin geltend gemacht, das Angebot der Antragstellerin weise eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.2.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Hinsichtlich der Ausscheidungsentscheidung bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe lägen nicht vor, weil es grundsätzlich dem Auftragnehmer überlassen bleiben müsse, wie er kalkuliert und wie er die erwarteten Kosten aufteilt. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 17.2.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Hinsichtlich der Ausscheidungsentscheidung bringt die Antragstellerin vor, die von der Antragsgegnerin angenommenen Ausscheidungsgründe lägen nicht vor, weil es grundsätzlich dem Auftragnehmer überlassen bleiben müsse, wie er kalkuliert und wie er die erwarteten Kosten aufteilt.

Dazu habe die Antragstellerin im fortgesetzten Vergabeverfahren über Anfrage der Antragsgegnerin ausführlich Aufklärung gegeben, weil es sich nach den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Zubauten entsprechend dem Aufzugsgesetz 2006 um Sammelpositionen handle, in der mehrere gesetzlich vorgeschriebene notwendige Umbauten sicherheitstechnischer Art zusammengefasst seien, wobei für diese Sammelpositionen nur ein Preis pro Aufzug abzugeben gewesen sei. In dem von der Antragstellerin angebotenen Preisen seien neben den Allgemeinkosten, Wagnis und Gewinn jeweils auch die Kosten für die Lieferung und Montage einer Absturzsicherung am Fahrkorbdach, die Lieferung und Montage eines Lichtvorhangs und Einbindung in die Steuerung, die Lieferung und Montage eines Notruftasters, die Demontage des bestehenden Notrufsystems sowie die Montage eines beige gestellten Notrufsystems enthalten. Die verschiedenen Positionen seien voneinander unabhängig, dennoch seien diese Leistungen von der ausschreibenden Stelle in eine Sammelposition pro Aufzug zusammengefasst worden. Lediglich in der Position „Lieferung und Montage eines Lichtvorhangs und Einbindung in die Steuerung“ würden sich die Aufzüge mit einer bzw. zwei Türen unterscheiden. Die Leistungsinhalte seien somit in einem erheblichen Umfang grundsätzlich gleich, nicht gleich seien die einzelnen Aufzüge, neben der Anzahl der Türen würden sich diese auch in den Abmessungen und der Ausstattung sowie dem Baujahr unterscheiden. Die Positionen „Zubau gemäß Aufzugsgesetz“, die für jeden Aufzug mit einem Stück ausgeschrieben worden seien, würden jedenfalls alle anfallenden Arbeiten in einer genau bestimmten Menge umfassen, die einer nachträglichen Änderung nicht unterliegen können, sodass Preisänderungen des Gesamtpreises aufgrund von Mengenänderungen ausgeschlossen seien. Ebenso fix wäre, dass alle Aufzüge umzurüsten sein werden und zwar nur einmal pro Anlage. Entsprechend den Datenblättern seien 27 Aufzüge mit je zwei Türen, zwölf Aufzüge mit je einer Tür vorgesehen, wobei lediglich die Lieferung und Montage des Lichtvorhangs (nicht jedoch des Steuergerätes) bei zweitürigen Aufzügen doppelt vorkomme. In der Sammelposition selbst betreffe dies nur einen untergeordneten Anteil am Preis der Gesamtposition. Mindestens ebenso große Abweichungen mögen sich aus der Größe, der technischen Ausstattung und dem Zustand der Aufzugskabinen hinsichtlich der anderen Leistungen dieser Sammelposition ergeben. Ebenso wie bei den Preisen für die Vollwartung selbst sei der Auftragnehmer gezwungen, den erwarteten Aufwand aus seiner Erfahrung abzuschätzen und seien daher erhebliche Unsicherheiten in den pauschalierten Einheitspreisen enthalten, die auch bei einer genauen Untersuchung jeder einzelnen Aufzugsanlage und Einzelkalkulation keine erhöhte Genauigkeit ergeben würden. Zu dem mache die Gesamtsumme der Position 04.03010 „Zubau gemäß Aufzugsgesetz“ nur 6,7 % der Angebotssumme

aus, wobei der Anteil der Lichtschrankenlieferung nur auf einen Bruchteil dieser Summe entfalle. Die Antragstellerin habe in betriebswirtschaftlich berechtigter Vorgangsweise einen Mischpreis je Aufzug gebildet, wobei sie von den tatsächlichen Aufwänden ausgegangen sei und Zuschläge, Wagnis und Gewinn berücksichtigt habe. Diese Vorgangsweise könne nicht als spekulativ bezeichnet werden, da der Gesamtpreis dieser im Gesamtumfang fix mit jeweils einer Einheit beauftragten Position in keiner Weise beeinflusst werden könne. Jeder Aufzug sei umzurüsten und zwar genau ein Mal. Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher willkürlich und rechtswidrig erfolgt.

Auch das Argument der Veränderung der Preisleitungsgrundlage bei späteren Abrufen, der von der Antragsgegnerin als Ausscheidungsgrund herangezogen werde, liege nicht vor. Die Antragsgegnerin selbst habe in der Ausschreibung zwingend für die Preisleitung ein Verhältnis von 80 % Lohn zu 20 % Sonstiges vorgegeben, was überhaupt nichts mit dem tatsächlichen Anteil dieser Position (55 % Lohn zu 45 % Sonstiges) zu tun habe. Allein in dieser von der Antragsgegnerin willkürlich vorgegebenen Aufteilung liege weit mehr Abweichung zu den tatsächlichen Kosten als in dem geringen Unterschied der Preise für die Lichtgitter. Auch dieser Ausscheidungsgrund werde von der Antragsgegnerin zu Unrecht herangezogen.

Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden wäre, weil es sich um ein unvollständiges Angebot handle. So habe es die präsumtive Zuschlagsempfängerin unterlassen, bei den Kriterien für die Aufzugsanlagen die entsprechenden Bieterangaben hinsichtlich der Zuschlagskriterien Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit einzusetzen. Wenn auch der Vergabekontrollsenat darin keinen unbehebbarer Mangel erblickt habe, erweise sich in weiterer Folge die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung der Angebote unrichtig, die von ihr vorgenommene Reihung sei nicht nachvollziehbar und letztlich nicht geeignet, zu einem vertretbaren Ergebnis zu führen. Dazu stellt sie in ihrem Nachprüfungsantrag mehrere Berechnungen zum Bewertungsvorgang an.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, auf Unterlassung der Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, in ihrem Recht auf richtige Bewertung der Angebote und daraus folgend auf Zuschlagserteilung auf das technisch und kaufmännisch günstigste Angebot, letztlich in ihrem Recht auf ein faires und transparentes Vergabeverfahren und Erteilung des Zuschlages an sie verletzt.

Die Antragstellerin habe bisher die Wartung der bestehenden Aufzüge vorgenommen. Sollte ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen nicht stattgegeben werden, drohe ihr ein Schaden an entgangenem Gewinn, Verlust der Deckungsbeiträge sowie jener Fixkosten einschließlich Personalkosten, die für das fix eingestellte Personal, das nicht anderweitig verwendet werden könne, zu entstehen. Sie beziffert ihren drohenden Schaden – wie bereits im vorangegangenen Verfahren – mit zumindest 40 % des Auftragswertes. Dazu komme noch der Verlust eines Referenzauftrages.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 22.2.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 25.2.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin hat sie unter Hinweis auf den Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien vom 23.7.2009, VKS – 5506/09, ausgeführt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Kalkulation des Zubaus gemäß Aufzugsgesetz 2006, Aufzug 1 bis 44, positionsbezogen differenziert nach den Aufzügen mit einseitiger Fahrkorböffnung und mit zweiseitiger Fahrkorböffnung zu erfolgen gehabt hätte. Es sei betriebswirtschaftlich nicht logisch und auch betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar, dass ein Unternehmer zunächst die Kalkulation auf Positionsebene vornehme, um dann den errechneten Mittelwert aus dem Gesamtpreis gleichmäßig auf alle Positionen zu verteilen. Dies entspreche auch nicht der Kostenwahrheit, wonach Einheitspreise für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher anzubieten seien, als für geringwertigere Leistungen. Die Antragstellerin habe angegeben, dass der Zubau zweitüriger Aufzüge tatsächlich um 10 % mehr koste als der eintüriger Aufzüge. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sehen jene in den Positionen anfallenden Arbeiten zwar eine genau bestimmte Menge vor, aber es sei nicht sichergestellt, dass alle Positionen tatsächlich zur Ausführung gelangen würden. Beispielsweise könnten aus betriebsbegründeten Überlegungen Änderungen beim geplanten Leistungsablauf entstehen. Dafür sei in der Ausschreibung in Pos. Nr. 00.01170Z Vorsorge getroffen worden. Entgegen

der Ausführung der Antragstellerin sei nicht nur ein Unterschied bei den Lichtvorhängen gegeben, sondern auch bei der Absturzsicherung am Fahrkorbdach, da bei einseitigem Kabinenzugang am Kabinendach eine dreiseitige Absicherung erforderlich sei und bei Durchladung lediglich eine zweiseitige Absicherung am Kabinendach. Überdies führe die Vereinheitlichung der Einheitspreise für alle Aufzugsarten auch zu einer Änderung bei späteren Preisgleitungen. In der bestandfesten Ausschreibung sei eine Preisgleitung von 80 % zu 20 % (Lohn zu Sonstiges) festgelegt und es mache einen Unterschied, ob die Preisgleitung vom einheitlichen Angebotspreis je Aufzug oder von den eigentlichen Preisen pro Aufzug (eintürig oder zweitürig) berechnet werde. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass alle Aufzüge zum gleichen Zeitpunkt nachgerüstet werden. Die Antragsgegnerin hielt aus diesen Gründen die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin für gerechtfertigt.

Zur Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung bringt sie vor, die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten seien bereits im Vorverfahren zu VKS – 5506/09 behandelt und für nicht stichhältig befunden worden. Zum Vorwurf der Spekulation führt die Antragsgegnerin aus, in der Fortsetzung der Angebotsprüfung habe sich ergeben, dass Gründe zur Annahme des Vorliegens von Spekulation im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin völlig unberechtigt wären. Ebenso sei nicht zu erwarten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Fehler in der Steuerung zum Anlass nehmen könnte, eine Modernisierung und Umrüstung der kompletten Steuerung auf Kosten der Auftraggeberin durchzusetzen. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sowie angemessen.

Mit Schriftsatz vom 5.3.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Ein von ihr gelegtes spekulatives Angebot liege nicht vor. Im Übrigen hält sie das Vorbringen der Antragstellerin für „derartig unsubstantiiert, dass ein konkreter Vorwurf gegen das Angebot der OTIS und der Vorwurf einer konkreten Rechtswidrigkeit daraus nicht zu entnehmen“ sei. Im fortgesetzten Vergabeverfahren habe die Teilnahmeberechtigte alle von ihr verlangten Aufklärungen im ausreichenden Maße gegeben. Gründe für eine Ausscheidung ihres Angebotes lägen nicht vor. Mit Schriftsatz vom 5.3.2010 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Ein von ihr gelegtes spekulatives Angebot liege nicht vor. Im Übrigen hält sie das Vorbringen der Antragstellerin für „derartig unsubstantiiert, dass ein konkreter Vorwurf gegen das Angebot der OTIS und der Vorwurf einer konkreten Rechtswidrigkeit daraus nicht zu entnehmen“ sei. Im fortgesetzten Vergabeverfahren habe die Teilnahmeberechtigte alle von ihr verlangten Aufklärungen im ausreichenden Maße gegeben. Gründe für eine Ausscheidung ihres Angebotes lägen nicht vor.

In einer Stellungnahme vom 5.3.2010 hat die Antragstellerin ihren bereits bekannten Standpunkt weiter ausgeführt und entschieden bestritten, dass durch die einheitlichen Positionspreise die Möglichkeit zur Spekulation im Falle der Auftragserteilung gegeben wäre. Dazu verweist sie auf die Ausschreibungsunterlagen Pos. Nr. 00.01170, wonach sich die Auftraggeberin vorbehält, Positionen oder Teile des Leistungsverzeichnisses mengenmäßig zu verändern oder Positionen nicht ausführen zu lassen. In diesen Fällen trete bei Verringerung der tatsächlichen Abrechnungsmengen keine Änderung der Einheitspreise ein und es könnten vom Auftragnehmer oder Anbieter keine Ansprüche wegen Erhöhung des Einheitspreises oder Verdienstentganges abgeleitet werden. Der Positionspreis belaufe sich auf Euro 2.829,-- pro Aufzug, das seien 0,175 % des Gesamtauftragswertes. Nach einer groben Abschätzung würde, nur bezogen auf die Kosten der Lichtgitter und ohne Berücksichtigung der anderen Abweichungen innerhalb dieser Leistungspositionen, sich der Positionspreise der zweitürigen Aufzüge (27) um rund 10 % erhöhen, jener der eintürigen (12 Stück) um ca. 24 % reduzieren, der Gesamtpreis aller würde sich damit allerdings nicht ändern, genauer werde die Kalkulation damit auch nicht. Einen für den Auftraggeber nachteiligen Effekt könne ein Entfall eines Aufzuges nur dann haben, wenn es sich um einen zweitürigen Aufzug handle. Nur dann falle er nämlich um den „Rabatt“ beim zweitürigen Aufzug in Höhe von immerhin Euro 280,-- um, in Summe seien nämlich alle Lichtvorhänge in den Preisen enthalten. Entfalle hingegen ein eintüriger Aufzug gewinne die ausschreibende Stelle Euro 680,--, sie sei also gut beraten nur eintürige Aufzüge nicht zu beauftragen, damit könne sie ihre Kosten insgesamt um Euro 8.150,--, das seien immerhin 0,5 % der Gesamtauftragssumme, senken. Wenn die Antragsgegnerin darauf hinweise, dass auch die Ausführung der Absturzsicherung bei ein- oder zweitürigen Liften verschieden sei, weil bei zweitürigen eine zweiseitige, bei eintürigen eine dreiseitige Sicherung vorzusehen sei, sei dies richtig. Dies führe aber im Ergebnis dazu, dass sich die Preise von

eintürigen und zweitürigen Aufzügen wieder annähern würden, haben doch zweitürige zwar einen Lichtvorhang mehr, jedoch eine Absturzsicherung weniger, eintürige umgekehrt nur einen Lichtvorhang, jedoch eine dreiseitige Sicherung. Der Unterschied zwischen diesen beiden Ausführungen liege etwa in einem zweistelligen Eurobereich.

In weiterer Folge setzt sich die Antragstellerin mit der Entscheidung der Nachprüfungsbehörde im Vorverfahren ausführlich auseinander, wobei sie den darin zum Ausdruck kommenden Standpunkt nicht teilt.

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 anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, des Inhaltes des Aktes VKS – 5506/09 sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 11.5.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich des Vertrages zur Vollwartung der Aufzüge im Donauspital. Die europaweite Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 75 %, die Reaktionszeit mit 5 %, die Interventionszeit mit 10 % und die Verfügbarkeit mit 10 % gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2009, 13.30 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Der Leistungsumfang wird im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis unter der Pos.

Nr. 00.01070 Z zusammenfassend wie folgt beschrieben:

„Vollwartung der Aufzugsanlagen im Donauspital. Inspektion, Wartung und Reparatur von 39 Aufzugsanlagen. Bei den Aufzugsanlagen sind gemäß dem Wiener Aufzugsgesetz 2006 folgende Nachrüstungen erforderlich: Erneuerung der Reglerspannrollen; Montage (Tausch) des Notrufsystems; Lieferung und Montage von Lichtvorhängen; Zubau von Kabinentüren, Lastenaufzug, Energiezentrale“.

Im Ausschreibungsleistungsverzeichnis wird sodann unter der Pos. Nr. 04.01000Z der Vollwartungsvertrag für die Aufzugsanlagen näher definiert und vor allem eine detaillierte Leistungsbeschreibung vorgenommen. Diese Position enthält im Abschnitt drei Festlegungen dahingehend, welche Leistungen mit gesonderter Verrechnung durchzuführen sind, die also nicht vom Vollwartungsvertrag umfasst sind.

In den Besonderen Angebotsbestimmungen sind die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in Prozent detailliert festgehalten. Diese Festlegungen lauten wie folgt:

„Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in %:

ad Preis

Das diesbezüglich beste Angebot erhält 10 Punkte.

Das nächstbeste Angebot erhält um zwei Punkte weniger. Die Punkteminderung setzt sich gemäß den entsprechenden Bewertungen in absteigender Reihenfolge um jeweils zwei Punkte fort. Bei gleichem Angebotspreis (Preisdifferenzen von maximal 1% werden nicht berücksichtigt) gibt es entsprechend die gleichen Punkte. Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für den Preis.

ad Reaktionszeit

Das Mindestanforderungsmerkmal der Reaktionszeit beträgt 2 Stunden. Als Reaktionszeit wird jener maximale Zeitraum verstanden, ab dem die beauftragte Firma nach Bekanntgabe einer Störung (unabhängig von der Tageszeit und dem Wochentag) kompetent und fachkundig zu reagieren hat. Mögliche Reaktionen können beispielsweise telefonische Anweisungen zur Außerbetrieb- bzw. Inbetriebnahme der Anlage sein, die Bekanntgabe der weiteren Vorgehensweise, Angabe der voraussichtlichen Dauer für die Störungsbehebung, usw. sein.

Dieser Punkt gilt sinngemäß auch als Vertragsbestimmung.

Das Angebot mit der kürzesten Reaktionszeit erhält 10 Punkte.

Das Nächstbeste erhält um zwei Punkte weniger, wobei nur Intervalle in ganzen Stunden für die Bewertung berücksichtigt werden.

Die Punkteminderung setzt sich gemäß den entsprechenden Bewertungen in absteigender Reihenfolge um jeweils zwei Punkte fort.

Bei gleicher Reaktionszeit gibt es entsprechend die gleichen Punkte.

Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für die Reaktionszeit.

Als kleinste Einheit 0,25 Std. akzeptiert. Andere Zeitwerte werden entsprechend gerundet.

SONDERPUNKTE: Wenn die angegebene Reaktionszeit mehr als 25% unter den Median (50% Wert) der restlichen Bieter liegt, so werden 2 Sonderpunkte vergeben.

ad Interventionszeit

Das Mindestanforderungsmerkmal der Interventionszeit beträgt 4 Stunden.

Als Interventionszeit wird jener maximale Zeitraum verstanden, ab der die beauftragte Firma nach Bekanntgabe einer Störung (unabhängig von der Tageszeit und dem Wochentag) mit der Störungsbehebung beginnen muss.

Dieser Punkt gilt sinngemäß auch als Vertragsbestimmung.

Das Angebot mit der kürzesten Interventionszeit erhält 10 Punkte.

Das nächstbeste erhält um zwei Punkte weniger, wobei nur Intervalle in ganzen Stunden für die Bewertung berücksichtigt werden.

Die Punkteminderung setzt sich gemäß den entsprechenden Bewertungen in absteigender Reihenfolge um jeweils zwei Punkte fort.

Bei gleicher Interventionszeit gibt es entsprechend die gleichen Punkte.

Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für die Interventionszeit.

Als kleinste Einheit 0,25 Std. akzeptiert. Andere Zeitwerte werden entsprechend gerundet.

SONDERPUNKTE: Wenn die angegebene Interventionszeit mehr als 25% unter den Median (50% Wert) der restlichen Bieter liegt, so werden 2 Sonderpunkte vergeben.

ad Verfügbarkeit der Aufzugsanlage

Das Mindestanforderungsmerkmal der Verfügbarkeit der einzelnen Aufzugsanlage beträgt 98,5% (bzw. 99%) Prozent und für die Aufzugsgruppe 99% Prozent.

Hinweis: Die 5 Aufzüge, welche dem Transportsystem angeschlossen sind, sowie die beiden Aufzüge Parkdeck und Haupteingang, müssen eine Mindestverfügbarkeit von 99% Prozent haben. Vier davon führen in den Ver- und Entsorgungsbereich der Bettenhäuser 1-3 sowie Bauteil Psychiatrie. Einer führt in den Restaurantbereich des Mitarbeiterspeisesaales.

Es wird bei einem 24h-Betrieb mindestens eine Verfügbarkeit von $V = 98,5\%$ bzw. 99% gefordert. Als verfügbare Zeit gilt generell jene Zeit, ab der die Anlage tatsächlich dem Benutzer zur Verfügung steht. Zeiten für vorbeugende Instandhaltung sowie die Zeitdauer ab Meldung der Störung bis zu deren Behebung gelten demnach als Nichtverfügbarkeitszeiten. Die Stillstandszeiten für die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung und Überwachung und im Falle von Störungen des Betriebes durch Vandalenakte (Nachweispflicht obliegt dem Auftragnehmer) sind ausgenommen und es werden diese Zeiten von der theoretischen Jahresstundenzahl als nicht relevante Zeiten abgezogen. Es wird bei einem 24h-Betrieb mindestens eine Verfügbarkeit von römisch fünf = $98,5\%$ bzw. 99% gefordert. Als verfügbare Zeit gilt generell jene Zeit, ab der die Anlage tatsächlich dem Benutzer zur Verfügung steht. Zeiten für vorbeugende Instandhaltung sowie die Zeitdauer ab Meldung der Störung bis zu deren Behebung gelten demnach als Nichtverfügbarkeitszeiten. Die Stillstandszeiten für die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung und Überwachung und im Falle von Störungen des Betriebes durch Vandalenakte (Nachweispflicht obliegt dem Auftragnehmer) sind ausgenommen und es werden diese Zeiten von der theoretischen Jahresstundenzahl als nicht relevante Zeiten abgezogen.

Für die Berechnung der Verfügbarkeit der Aufzugsgruppe ist die VD13581 heranzuziehen. Davon abweichend gilt die Gruppe als nicht verfügbar, wenn mehr als 2 (zwei) Aufzüge gleichzeitig dem Benutzer nicht mehr zur Verfügung stehen.

Größere geplante Reparaturen, welche mit dem Auftraggeber vereinbart werden, fallen nicht in die Verfügbarkeit.

Dieser Punkt gilt sinngemäß auch als Vertragsbestimmung.

Das Angebot mit der höchsten garantierten Verfügbarkeit erhält 10 Punkte. Das nächstbeste erhält um zwei Punkte weniger.

Die Punkteminderung setzt sich gemäß den entsprechenden Bewertungen in absteigender Reihenfolge um jeweils zwei Punkte fort.

Bei gleicher garantierter Verfügbarkeit gibt es entsprechend die gleichen Punkte.

Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für die Verfügbarkeit.

SONDERPUNKTE: Wenn die angegebene Verfügbarkeit im Verhältnis mehr als 0,25% über dem Median (50% Wert) der restlichen Bieter liegt, so werden 2 Sonderpunkte vergeben.

Anmerkung: Verfügbarkeitsberechnung nach VD1 3581

Die Verfügbarkeit drückt die Einsatzbereitschaft einer Anlage aus. Die Verfügbarkeit ist ein Maß für die Wahrscheinlichkeit, dass der Aufzug zu irgendeinem Zeitpunkt (während der Betriebszeit) in einem Zustand anzutreffen, der eine störungsfreie und korrekte Ausführung erlaubt.

Begriffsdefinition:

: Verfügbarkeit

TAus: Ausfall- bzw. Störzeit (Zeitraum zwischen dem Beginn der Störung bis Ende der Störungsbehebung)

Die Verfügbarkeit von Einzelsystemen (Aufzug) bezogen auf einen Tag (1440 Minuten) wird wie folgt bestimmt:

: $= 1 - \text{TAus} / 1440$

Die Gesamtverfügbarkeit von Aufzugsgruppen wird wie folgt bestimmt:

: $= 1 - (1 -)$ (von $i = 1$ bis x)

Beispiel:

$= I_{\text{ITIA}} * (I_{\text{1B}})$

Zur Ermittlung des Bestbieters werden die nach den vorstehenden Kriterien gewichteten und für das gesamte Angebot summierten Positionsbewertungen herangezogen.

Anmerkung zum Median: Sortiert man eine Reihe von Messwerten der Größe nach, so ist der Wert, der in der Mitte dieser Reihe liegt, der Median. Die eine Hälfte der Werte ist größer, die andere Hälfte kleiner als der Median. Der Median ist das 50%- Perzentil.

Kriterien für die Aufzugsanlagen

Bieterangabe

erfüllt *

Mehrleistung **

Reaktionszeit (Vorgabe 2 Stunden)

Interventionszeit (Vorgabe 4 Stunden)

Verfügbarkeit d. einzelnen Aufzuges (Vorgabe 98,5 %)

Verfügbarkeit d. 5 Anlagen bei dem

Transportsystem (Vorgabe 99,0 %)

Gruppenverfügbarkeit (Vorgabe 99,0 %)

Preis: 75%

Reaktionszeit: 5%

Interventionszeit: 10%

Verfügbarkeit: 10 %"

In dem von der Teilnehmberechtigten abgegebenen Angebot hat sie die auf Seite 5 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen enthaltene Tabelle „Kriterien für die Aufzugsanlagen“, weder in der Spalte „erfüllt“ noch in der Spalte „Mehrleistung“ ausgefüllt.

Unter der Pos.Nr. 00.01170Z „Vorbehalte“ ist festgelegt:

Die Gemeinde Wien behält sich das Recht vor:

1. a)Litera a
Positionen oder Teile des Leistungsverzeichnisses zu verändern.
2. b)Litera b
Positionen nicht ausführen zu lassen.

In diesen Fällen tritt bei Verringerung der tatsächlichen Abrechnungsmengen keine Änderung der Einheitspreise ein und es können vom AN oder Anbieter keine Ansprüche wegen Erhöhung des Einheitspreises oder Verdienstentgang abgeleitet werden".

Unter der Pos. 00.01340 sind Festlegungen zur Preisgleitung enthalten. Danach sind sowohl die Preise für Lohn als auch für Material (sonstiges) gleitende Preise, die den Empfehlungen des Bundesministeriums für Wirtschaft unterliegen. In dieser Positionen wird abschließend festgehalten:

„Die Aufteilung wird für den gegenständlichen Auftrag mit 80 % Lohn und 20 % Sonstiges festgelegt".

Die Angebotseröffnung fand am 16.4.2009 statt. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro 1.633.773,60, jenes der Teilnehmberechtigten mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro 1.617.033,-- verlesen. Im Zuge des ersten Teils der Angebotsprüfung wurde der von der Teilnehmberechtigten angebotene zivilrechtliche Preis auf Euro 1.613.721,-- richtiggestellt.

Im fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin die Angebote, insbesondere jenes der Teilnehmberechtigten, einer neuerlichen Überprüfung unterzogen. Dabei hat sie eine weitere Preiskorrektur (aufgrund eines Eingabefehlers bei der ersten Prüfung) vorgenommen und den Preis im Angebot der Teilnehmberechtigten auf Euro 1.616.553,-- richtig gestellt.

Aus dem Angebot der Antragstellerin ist festzustellen, dass sie unter der Leistungsgruppe 04, unter den Positionen 04.03390 den Zubau gemäß Aufzugsgesetz 2006, bei den Aufzügen 1 bis 44 jeweils mit einem Preis von Euro 2.829,-- angeboten hat. Unter der Pos. 0402010, die den Zubau von zwei automatischen Teleskopschiebetüren beim Aufzug 1, der bisher keine Türen aufgewiesen hat, betrifft, hat die Antragstellerin einen Einheitspreis von Euro 17.906,-- angeboten.

Im Zuge der fortgesetzten vertieften Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.10.2009 die Antragstellerin zu den Positionen 04.0120 bis 04.01400 Vollwartung der Aufzüge 1 bis 44 sowie zur Pos. 04.03010 Zubau gemäß Aufzugsgesetz 2006 Aufzug 1 bis 44 um Aufklärung ersucht.

Zu Pos. 04.0120 bis 04.01400 hält die Antragsgegnerin der Antragstellerin vor, dass die Aufteilung der Einheitspreise in Lohn und Sonstiges bei all diesen Positionen im Verhältnis 80:20 erfolgte. Es werde um Aufklärung ersucht, inwieweit bei der Kalkulation der jeweiligen Vollwartungspreise auf den jeweiligen Anlagenzustand und den dabei zu erwartenden Austausch von Komponenten Rücksicht genommen wurde.

Zu Pos. Zubau gemäß Aufzugsgesetz 2006 hält die Antragsgegnerin der Antragstellerin vor, dass für alle Aufzüge ein Preis von Euro 2.829,-- für den Zubau angeboten worden ist. „Diese Kalkulation ist nicht nachvollziehbar insofern, als dabei unberücksichtigt bleibt, ob es sich beim jeweiligen Aufzug um einseitige oder zweiseitige Kabinenöffnungen handelt. Wir ersuchen um Aufklärung, warum für einseitige und zweiseitige Kabinenzugänge dieselben Einheitspreise angeboten werden."

Dazu hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 6.11.2009 geantwortet und zum ersten Vorhalt ausgeführt, dass bei der Aufteilung für die Preisgleitung das Alter bzw. der Zustand der Anlagen nicht maßgeblich ist, da bei der langen

Laufzeit der Verträge es ohnehin zu einer Glättung der Kosten des Austausches kommt. Welche Komponenten konkret zu tauschen sein werden, können nicht vorhergesagt werden und ergibt sich aus der langjährigen Erfahrung.

Zum zweiten Vorhalt hat die Antragstellerin ausgeführt:

Vorauszuschicken ist, dass diese Positionen jedenfalls anfallende Arbeiten in einer genau bestimmten Menge, die einer nachträglichen Änderung nicht unterliegen, enthalten, sodass Preisänderungen des Gesamtpreises aufgrund von Mengenänderungen ausgeschlossen sind. Es ist ebenso fix, dass alle Aufzüge kurzfristig umzurüsten sein werden, und zwar nur ein mal pro Anlage.

Entsprechend den Datenblättern sind 27 Aufzüge mit je zwei Türen, 12 Aufzüge mit je einer Türe versehen.

In den Angebotspreis sind, neben den Allgemeinkosten, Wagnis und Gewinn jeweils zu kalkulieren gewesen:

1. a)Litera a
Lieferung und Montage einer Absturzsicherung am Fahrkorbdach
2. b)Litera b
Lieferung und Montage eines Lichtvorhangs und Einbindung in die Steuerung
3. c)Litera c
Lieferung und Montage eines Notruftasters
4. d)Litera d
Demontage des bestehenden Notrufsystems
5. e)Litera e
Montage eines beigestellten Notrufsystems

Lediglich in der Position b) unterscheiden sich die Aufzüge mit einer bzw. zwei Türen. Die Leistungen sind somit in einem erheblichen Umfang gleich.

Insgesamt sind 66 Lichtgitter zu liefern und zu montieren. Bei der Kalkulation wurden diese 66 Lichtgitter hinsichtlich der Beschaffungskosten angesetzt, dazu kamen der Materialpreisaufschlag sowie die Montagekosten. Für alle 39 Anlagen wurde ein Gesamtpreis ermittelt und dieser Gesamtpreis gleichmäßig auf die Positionspreise aufgeteilt. Diese Vorgangsweise ist auch nicht unsachlich oder gar spekulativ, da der Gesamtpreis dieser, im Gesamtumfang fix beauftragten Positionen in keiner Weise beeinflusst werden kann. Legt man die Kosten der Lieferung und Montage der Lichtgitter auf jede einzelne Anlage entsprechend der Anzahl der Türen um, dann würde sich der Positionspreis der zweitürigen Aufzüge (27) um rund 10 % erhöhen, jener der eintürigen (12) um ca. 24 % reduzieren, der Gesamtpreis aller ändert sich damit allerdings nicht.

Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 11.5.2010 sind die Auswirkungen, ob ein zweitüriger Lift oder ein eintüriger umgerüstet werden soll, im Ergebnis gering, da der Wegfall eines Geländers beim zweitürigen Lift den Einbau eines weiteren Lichtgitters in etwa aufwiegt.

Den Vergabeakten kann nicht entnommen werden, wie viele Lifte mit zwei Türen bzw. mit einer Türe ausgestattet sind. Aus dem Leistungsverzeichnis ist lediglich abzuleiten, dass insgesamt 38 Lifte entsprechend den Bestimmungen des Aufzugsgesetzes 2006 umgebaut werden sollen. Dazu kommt (Pos. 04.02010) die Umrüstung eines bisher ohne Türen versehenen Liftes, durch Zubau von zwei automatischen Teleskopschiebetüren. Die Antragsgegnerin war nicht in der Lage, in der mündlichen Verhandlung anzugeben, in welchem Verhältnis die eintürigen zu den zweitürigen Liften stehen.

Die Antragstellerin hat dazu vorgebracht, in ihrem Angebot den Umbau von 27 zweitürigen und zwölf eintürigen Aufzügen kalkuliert zu haben.

Aus dem Angebot der Teilnehmereberechtigten ergibt sich, dass sie bei ihrer Kalkulation von 17 eintürigen und 22 zweitürigen Liften ausgegangen ist. Dies ergibt sich auch durch die im Leistungsverzeichnis für die betreffenden Lifte angebotenen Einheitspreise, die um rund Euro 1.500,- auseinander liegen. Dabei hat auch die Teilnehmereberechtigte gleiche Preise je Lift angeboten, je nach dem ob es sich um zweitürige oder eintürige Lifte gehandelt hat. Die Anzahl der Lifte, die von der Teilnehmereberechtigten bzw. der Antragstellerin ihrer Kalkulation zugrunde gelegt wurden, wurden von ihnen in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass im Zuge der fortgesetzten Angebotsprüfung das Problem, wie viel zweitürige bzw. eintürige Lifte von den Bietern kalkuliert wurden, aufgegriffen worden wäre. Dieser Umstand ist jedoch – wie im Zuge der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird – für den Verfahrensausgang von Bedeutung.

Nachdem die Antragsgegnerin in dem von ihr durchgeführten Prüfvorgang eine gutachterliche Stellungnahme des TÜV Austria Consult GmbH eingeholt hat, findet sich in den Vergabeakten eine als „Dokumentation fortgesetzte vertiefte Prüfung der Angebote“ bezeichnete Niederschrift vom 21.1.2010. Darin werden die Schritte der fortgesetzten Angebotsprüfung dargelegt und abschließend festgestellt, dass „unter

Zugrundelegung der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien ... der

Zuschlag der Firma OTIS zu erteilen“ ist. In dieser Niederschrift finden sich auch zwei Bewertungstabellen, von denen jene, die der Niederschrift vom 21.1.2010 beigeheftet ist, die Summe der gewichteten Punkte bei den Zuschlagskriterien hinsichtlich der Teilnahmeberechtigten mit 9,1, hinsichtlich der Antragstellerin mit 8,8 ausweist. In den Akten findet sich auch eine weitere Beilage, bezeichnet als „korrigierte Punktvergabe“, die die Summe der gewichteten Punkte für die Teilnahmeberechtigten mit 9,4 ausweist.

Die Ausscheidungsentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung, je vom 3.2.2010, sind der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung bzw. der Zuschlagsentscheidung ist zulässigerweise (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) in einem Antrag gestellt worden und am 17.2.2010 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 Unterschwellenbereich. Die Ausscheidungsentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung, je vom 3.2.2010, sind der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung bzw. der Zuschlagsentscheidung ist zulässigerweise (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) in einem Antrag gestellt worden und am 17.2.2010 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 Unterschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 11.5.2010. Die mündliche Verhandlung hat vor allem ergeben, dass die Antragsgegnerin zwar im fortgesetzten Vergabeverfahren eine vertiefte Prüfung der Angebote vorgenommen hat, dabei aber offenbar nicht beachtet hat, dass die Antragstellerin bei ihrem Angebot von 27 zweitürigen und zwölf eintürigen Liften zu einheitlichen Preisen ausgegangen ist. Demgegenüber hat die Teilnahmeberechtigte – wie auch ihrem Angebot zu entnehmen ist – bei der Kalkulation ihres Angebotes den Umbau von 17 eintürigen und 22 zweitürigen Liften zu unterschiedlichen Preisen angenommen. Den Vergabeakten war nicht zu entnehmen, wie viel zweitürige bzw. eintürige Lifte umgerüstet werden sollten, die Antragsgegnerin war auch in der mündlichen Verhandlung nicht in der Lage, dazu entsprechende Angaben zu machen (Protokoll Seite 6). Die Antragsgegnerin hat daher im fortgesetzten Verfahren die Angebote der Teilnahmeberechtigten bzw. der Antragstellerin ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Türenanzahl überprüft und ihrer Entscheidung zugrunde gelegt. Zu den von der Antragsgegnerin herangezogenen Ausscheidungsgründen ist der Senat im Wesentlichen den Ausführungen der Antragstellerin gefolgt, wonach der preisliche Unterschied bei der Umrüstung der zweitürigen und eintürigen Liftanlagen gering ist und sie sich aus wirtschaftlichen Erwägungen dazu entschlossen hat, für alle Liftumbauten den gleichen Preis anzubieten. Dies erscheint nicht nur im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin, sie habe sich damit eine detaillierte Erhebung bei jeder einzelnen Liftanlage erspart, als nachvollziehbar, sondern auch dadurch, dass die Antragstellerin die Erzeugerin der Liftanlagen ist und die Liftanlagen bisher gewartet hat. Auch die Teilnahmeberechtigte hat für die Umrüstung der Lifte, je nach dem ob es sich um eintürige oder zweitürige handelt, jeweils den gleichen Preis angeboten. Zum Problem der Preisgleitung ist der Senat ebenfalls der Argumentation der Antragstellerin gefolgt, wonach nach den Festlegungen in der Ausschreibung dabei von einer Aufteilung mit 80 % Lohn und 20 % Sonstiges auszugehen war (Pos. 00.01340Z).

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin des § 3 Abs. 1 Z 1 BVerG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur

Vollwartung und Umrüstung der Aufzüge im Donauspital. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 75 %, die Reaktionszeit mit 5 %, die Interventionszeit mit 10 % und die Verfügbarkeit mit 10 % gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2009, 13.30 Uhr. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vollwartung und Umrüstung der Aufzüge im Donauspital. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 75 %, die Reaktionszeit mit 5 %, die Interventionszeit mit 10 % und die Verfügbarkeit mit 10 % gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2009, 13.30 Uhr.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der gleichzeitig bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der gleichzeitig bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 angefochtenen Entscheidungen je vom 3.2.2010 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung, die zulässigerweise in einem Antrag gestellt werden (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007) sind am 17.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 eingelangt. Die angefochtenen Entscheidungen je vom 3.2.2010 sind der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung sowie der Zuschlagsentscheidung, die zulässigerweise in einem Antrag gestellt werden (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007) sind am 17.2.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 eingelangt.

Die Anfechtungsanträge sind auch im Ergebnis berechtigt.

Zum Antrag auf Anfechtung der Ausscheidungsentscheidung:

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin „aufgrund einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006“ ausgeschieden. Sie sieht die nicht plausible Zusammensetzung des Preises darin, dass die Antragstellerin für die Pos. 04.03010 die Kosten für den Zubau der Liftanlagen gemäß dem Aufzugsgesetz für alle Anlagen nicht einzeln kalkuliert hat, sondern einen von ihr errechneten Durchschnittsbetrag angeboten habe. Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin „aufgrund einer nicht plausiblen

Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006" ausgeschieden. Sie sieht die nicht plausible Zusammensetzung des Preises darin, dass die Antragstellerin für die Pos. 04.03010 die Kosten für den Zubau der Liftanlagen gemäß dem Aufzugsgesetz für alle Anlagen nicht einzeln kalkuliert hat, sondern einen von ihr errechneten Durchschnittsbetrag angeboten habe.

Dazu hat die Antragstellerin sowohl im Vergabeverfahren als auch im Nachprüfungsverfahren argumentiert, sie habe bei der Kalkulation ihres Angebotes zunächst den Aufwand für den Umbau von zwölf eintürigen und 26 zweitürigen Liften berechnet und sodann einen Durchschnittsbetrag gebildet und diesen für den Umbau je Liftanlage, unabhängig ob eintürig oder zweitürig, angeboten. Die Begründung, die die Antragstellerin dafür gegeben hat, hält der Senat für plausibel. Insbesondere hat das Verfahren ergeben, dass bei zweitürigen Liften ein zweiter Lichtvorhang eingebaut werden muss, dafür aber eine Seitenabsicherung wegfällt. Beim eintürigen Lift fällt der Einbau eines Lichtvorhangs weg, dafür ist eine weitere Sicherheit am Kabinendach einzubauen. Die Darstellung der Antragstellerin, wonach der preisliche Unterschied sich in einem „zweistelligen Eurobereich“ bewegt, wurde nicht widerlegt, Anhaltspunkte dafür, dass diese Angaben nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen könnten, haben sich im Verfahren nicht ergeben. Der Senat hält daher die Kalkulation der Umbaukosten im Angebot der Antragstellerin für unbedenklich und plausibel, vor allem aber nicht für spekulativ. Dazu kommt – worauf die Antragstellerin zutreffend verweist – dass der Umbau dieser 38 Liftanlagen nur einen verhältnismäßig geringen Betrag am Gesamtauftragswert ausmacht. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, dass nach den Festlegungen in der Ausschreibung die Möglichkeit bestehe, dass nicht alle Lifte umgebaut werden und dies im Hinblick auf die festgelegte Preisgleitung von der Antragstellerin für spekulative Zwecke ausgenützt werden könnte, ist auch hier der Senat der Darstellung der Antragstellerin gefolgt. Die Preisgleitung wurde von der Antragsgegnerin in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, die Bieter hatten sich daher daran zu halten, wenn auch das Verfahren ergeben hat, dass die Materialkosten und Lohnkosten bei der Umrüstung nicht diese vorgegebenen Prozentanteile erreichen. Zutreffend hat die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die Preisgleitung nicht als Grundlage für eine Spekulation genommen werden könne, weil einer Preisgleitung echte Erhöhungen gegenüber stehen (Materialindex, Kollektivvertrag), und diese Umstände von einem Bieter nicht beeinflussbar wären. So weist auch die Antragsgegnerin in ihrer Ausschreibung unter Pos. Nr. 00.01340Z darauf hin, dass die „gleitenden Preise“ den Empfehlungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit unterliegen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass Gründe, die die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin rechtfertigen könnten, nicht vorliegen. Es war daher dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung stattzugeben.

Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung:

Soweit die Antragstellerin bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ihre bereits im Verfahren VKS – 5506/09 geltend gemachten Anfechtungspunkte wiederholt (unrichtige Bewertung und unrichtige Reihung der Angebote, Nichtausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten wegen unvollständigen Angebotes der Teilnahmeberechtigten, unrichtige Bewertung der Angebote), ist sie auf das Ergebnis des Vorverfahrens zu verweisen. Der Bescheid vom 23.7.2009, VKS – 5506/09 ist den Parteien als Parteien des Vorverfahrens zugegangen, weshalb auf dessen Inhalt verwiesen werden kann bzw. auf die weiter oben wiedergegebene rechtliche Begründung dieses Bescheides. Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser rechtlichen Beurteilung aufgrund der Ergebnisse des gegenständlichen Verfahrens abzugehen. Es wird daher auf den Inhalt dieses Bescheides zur Begründung der gegenständlichen Entscheidung verwiesen (vgl. Hengschlagger/Leeb, Kommentar zu AVG, Rz 15 zu § 60 und die dort zitierte Judikatur; VwGH vom 22.4.2010, Zl. 2008/04/0077). Soweit die Antragstellerin bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ihre bereits im Verfahren VKS – 5506/09 geltend gemachten Anfechtungspunkte wiederholt (unrichtige Bewertung und unrichtige Reihung der Angebote, Nichtausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten wegen unvollständigen Angebotes der Teilnahmeberechtigten, unrichtige Bewertung der Angebote), ist sie auf das Ergebnis des Vorverfahrens zu verweisen. Der Bescheid vom 23.7.2009, VKS – 5506/09 ist den Parteien als Parteien des Vorverfahrens zugegangen, weshalb auf dessen Inhalt verwiesen werden kann bzw. auf die weiter oben wiedergegebene rechtliche Begründung dieses Bescheides. Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser rechtlichen Beurteilung aufgrund der Ergebnisse des gegenständlichen Verfahrens abzugehen. Es wird daher

auf den Inhalt dieses Bescheides zur Begründung der gegenständlichen Entscheidung verwiesen vergleiche Hengschläger/Leeb, Kommentar zu AVG, Rz 15 zu Paragraph 60 und die dort zitierte Judikatur; VwGH vom 22.4.2010, Zl. 2008/04/0077).

Dennoch war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus folgenden Überlegungen Folge zu geben:

In den Besonderen Angebotsbestimmungen wird unter dem Zuschlagskriterium „Preis“ festgelegt, dass das preislich beste Angebot zehn Punkte erhält. Das nächstbeste Angebot erhält um zwei Punkte weniger. Schließlich wird festgelegt: „Bei gleichem Angebotspreis (Preisdifferenzen von maximal 1 % werden nicht berücksichtigt), gibt es entsprechend die gleichen Punkte“. Nun hat das Verfahren ergeben, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten, nach dessen zweiter Korrektur, sich auf Euro 1.616.553,--, jenes der Antragstellerin auf Euro 1.633.773,60 beläuft. Die Differenz zwischen diesen beiden Angeboten beträgt daher Euro 17.240,60.

Nun hat das Verfahren weiters ergeben, dass die Antragstellerin ihr Angebot auf der Basis von zwölf eintürigen und 26 zweitürigen Liften sowie einer Liftbox ohne Türen kalkuliert hat. Die Teilnahmeberechtigte ist bei ihrer Kalkulation von 17 eintürigen und 22 zweitürigen Liftboxen ausgegangen, wobei sie die Positionspreise pro Lift unterschiedlich angeboten hat. Im Hinblick auf diesen Umstand liegen – was die Antragsgegnerin offenbar nicht erkannt hat – vergleichbare Angebote nicht vor. Die Auswirkungen sind auch für das Nachprüfungsverfahren von Relevanz, weil sie im Ergebnis zu einer Änderung der Reihung der Angebote führen können.

Die Teilnahmeberechtigte hat den Umbau der zweitürigen Liftanlagen mit Euro 4.182,-- pro Lift, den Umbau der eintürigen Liftanlagen mit Euro 2.584,-- pro Lift angeboten. Vermindert sich die Anzahl der eintürigen Liftanlagen um fünf und erhöht sich damit die Anzahl der zweitürigen auf 27, ergibt dies nach Berechnungen des Senates eine Änderung des Angebotspreises im Angebot der Teilnahmeberechtigten um Euro 7.990,-- auf Euro 1.624.543,--. Die Teilnahmeberechtigte liegt mit diesem Angebot zwar preislich noch an erster Stelle, die Differenz zum Angebot der Antragstellerin beträgt jedoch nur mehr Euro 8.230,60. Damit liegt die Preisdifferenz innerhalb von einem Prozent des Angebotspreises, womit die Festlegung zum Tragen kommt, dass diese Preisdifferenz nicht mehr zu berücksichtigen ist und für die Angebotspreise im Angebot der Teilnahmeberechtigten bzw. der Antragstellerin die gleiche Punkteanzahl zu vergeben ist. Ausgehend von dieser Berechnung würde sich aber bei der Bewertung der Zuschlagskriterien insofern eine Änderung ergeben, als die Antragstellerin bisher an Summe der gewichteten Punkte 8,8, die Teilnahmeberechtigte (nach Richtigstellung) 9,4 Punkte erhalten hat. Dabei wurden die gewichteten Punkte beim Preis bei der Antragstellerin mit 6 bewertet, bei der Teilnahmeberechtigten mit 7,5. Ausgehend von der Regelung betreffend die Preisdifferenz, hätte aber auch die Antragstellerin, da gleiche Punkte zu vergeben sind, beim Kriterium Preis statt 6 7,5 Punkte erhalten müssen, womit ihr Angebot eine Gesamtsumme der gewichteten Punkte von 10,3, und damit mehr als die Teilnahmeberechtigte, hätte erreichen müssen.

Ob diese Überlegungen des Senates zutreffen oder nicht, kann derzeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit gesagt werden, weil nicht feststeht, wie viele Aufzüge, die umzurüsten sind, eintürig oder zweitürig sind. Es wird daher im fortgesetzten Vergabeverfahren die Antragsgegnerin zunächst festzustellen haben, wie viele Liftanlagen eintürig bzw. zweitürig ausgeführt sind. Ausgehend vom Ergebnis dieser Feststellung wird die Antragsgegnerin sodann das Angebot der Teilnahmeberechtigten zu überprüfen haben, insbesondere ob tatsächlich die festgelegte Regelung hinsichtlich der Preisdifferenzen von maximal einem Prozent zum Tragen kommt oder nicht.

Da derzeit vergleichbare Angebote nicht vorliegen, im Hinblick auf die noch vorzunehmenden Prüfschritte eine Änderung der Reihung nicht ausgeschlossen werden kann, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Ergebnis Folge zu geben, ohne auf die sonst noch geltend gemachten Anfechtungsgründe näher einzugehen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 22.2.2010, gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 22.2.2010, gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

Nichtigerklärung einer Ausscheidungsentscheidung; Plausible Preiszusammensetzung; Preisgleitung; Keine vergleichbaren Angebote;

Zuletzt aktualisiert am

10.09.2010

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