

TE Verg Bescheid 2009/10/7 VKS-7350/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.10.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §12 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §118

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Vollwartung der Rohrpostanlage im KH Hietzing, Kennwort KHR-TDR 160/2009“, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, Krankenhaus Hietzing mit Neurologischem Zentrum Rosenhügel, Wolkersbergenstraße 1, 1130 Wien, vertreten durch Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 13.8.2009 wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 25.8.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin deren Pauschalgebühren von Euro 1.200,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 12 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 26, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 83, 118 BVergG 2006. 1 Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 12, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 26, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 6, 12 Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 83, 118, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Krankenhaus Hietzing mit Neurologischem Zentrum Rosenhügel, Technische Direktion (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vollwartung der im Krankenhaus Hietzing bestehenden Rohrpostanlage. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach den Kriterien „Preis der Obergruppe 01 (Wartung)“, gewichtet mit 60 % und „Preis der Obergruppe 02 (Ersatzteile)“, gewichtet mit 40 %, erteilt werden. Insgesamt haben sich sechs Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Das Ende der Angebotsfrist war der 13.7.2009, 8.45 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Mit Schreiben vom 13.8.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, teilte die Antragsgegnerin mit zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 20.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer

einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages vor, dass die Angebotsöffnung grob mangelhaft gewesen sei, weil vom Vertreter der Auftraggeberin zunächst nur die Preise für die Obergruppe 01 (Wartung) verlesen worden seien. Erst über Nachfrage eines Bieters seien auch die Preise der Obergruppe 02 (Ersatzteile), jedoch nur hinsichtlich zweier Bieter, verlesen worden. Die Antragsgegnerin hätte bei Verlesung der Angebotspreise alle Preis auch für die OG 02 (Ersatzteile) verlesen müssen, da auch diese Preise für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers nach den Festlegungen in der Ausschreibung relevant sind. Da die Antragsgegnerin dies nicht getan habe, habe sie gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen. Bei ihrer Zuschlagsentscheidung habe die Antragsgegnerin offenbar nicht verlesene Preise, die für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich waren, berücksichtigt. Nach einer Information der Antragstellerin sei deren Angebot an dritter Stelle gereiht worden. Die beiden vor ihr liegenden Angebote seien jedoch auszuscheiden, weil die Angebote nicht entsprechend den gesetzlichen Vorgaben und den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage geprüft worden seien. Die Niederschrift über die Angebotseröffnung sei lückenhaft, unvollständig und mehrfach mangelhaft. So habe der Vertreter der Antragsgegnerin etwa versehentlich jene Teile des Angebotes, „die nicht fehlten sondern vorhanden waren“ als fehlend eingetragen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 20.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages vor, dass die Angebotsöffnung grob mangelhaft gewesen sei, weil vom Vertreter der Auftraggeberin zunächst nur die Preise für die Obergruppe 01 (Wartung) verlesen worden seien. Erst über Nachfrage eines Bieters seien auch die Preise der Obergruppe 02 (Ersatzteile), jedoch nur hinsichtlich zweier Bieter, verlesen worden. Die Antragsgegnerin hätte bei Verlesung der Angebotspreise alle Preis auch für die OG 02 (Ersatzteile) verlesen müssen, da auch diese Preise für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers nach den Festlegungen in der Ausschreibung relevant sind. Da die Antragsgegnerin dies nicht getan habe, habe sie gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen. Bei ihrer Zuschlagsentscheidung habe die Antragsgegnerin offenbar nicht verlesene Preise, die für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich waren, berücksichtigt. Nach einer Information der Antragstellerin sei deren Angebot an dritter Stelle gereiht worden. Die beiden vor ihr liegenden Angebote seien jedoch auszuscheiden, weil die Angebote nicht entsprechend den gesetzlichen Vorgaben und den Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage geprüft worden seien. Die Niederschrift über die Angebotseröffnung sei lückenhaft, unvollständig und mehrfach mangelhaft. So habe der Vertreter der Antragsgegnerin etwa versehentlich jene Teile des Angebotes, „die nicht fehlten sondern vorhanden waren“ als fehlend eingetragen.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre, weil es mehrere unbehebbarer Mängel aufweise und eine Angebotsprüfung zu diesem Angebot entweder nicht durchgeführt oder fehlerhaft vorgenommen worden sei. So würden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wesentliche technische Voraussetzungen fehlen. Das Angebot des an zweiter Stelle gereihten Unternehmens wäre gleichfalls auszuscheiden, weil dieses einen Nachweis über ein bestimmtes Material nicht erbracht habe.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletzt. Weiters sieht sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung und Beurteilung aller Angebote, und auf Vornahme des Ausscheidens von Angeboten von Mitbieterinnen, bei Vorliegen von Ausscheidungsgründen, verletzt. Letztlich macht sie geltend, dass sie im konkreten Fall in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt worden sei.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr neben dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes ein nicht unerheblicher Schaden durch entgangenem Gewinn, Verlust der Aufwendungen für die Angebotslegung sowie der Kosten des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, insbesondere der rechtsfreundlichen Vertretung, zu entstehen.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.8.2009 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 14.9.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache vorgebracht, dass die von der Antragstellerin behaupteten Gründe für eine Nichtigerklärung ihrer Zuschlagsentscheidung nicht gegeben wären. Zunächst macht sie geltend, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation fehlen, weil sie nach ihrem Angebot beabsichtige, die gesamte Leistung an einen Subunternehmer weiterzugeben. Dies stelle einen zwingenden Ausscheidungsgrund dar. Weiters macht die Antragsgegnerin geltend, es sei der begründete Verdacht unzulässiger Abreden und aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen gegeben, weil der geschäftsführende Gesellschafter der Antragstellerin gleichzeitig geschäftsführender Gesellschaft einer *** Gesellschaft sei, welche sowohl als Subunternehmerin der Antragstellerin als auch einer weiteren Mitbewerberin genannt werde. Der Subunternehmer *** müsse daher Kenntnis auch vom Angebot der Mitbewerberin haben, womit auch eine entsprechende Kenntnis der Antragstellerin von diesem Angebot gegeben wäre.

Weiters macht sie geltend, die Antragstellerin habe ein mangelndes Interesse am Vertragsabschluss, was sich daraus ergebe, als sie bei der Angebotseröffnung, als die Bieter gefragt worden seien, ob die Preise der OG 02 verlesen werden sollten, dies nicht begehrt habe. Die Antragstellerin habe trotz ausdrücklicher Nachfrage auf die Verlesung ihrer Preise der OG 02 verzichtet. Damit sei das Angebot der Antragstellerin als „vergaberechtlich nicht existent anzusehen. Wenn ein Angebot vergaberechtlich nicht existiert, kann diesem nicht zugeschlagen werden“. Da die Auftraggeberin einem vergaberechtlich nicht existenten Angebot nicht zuschlagen könne, „fehle es an den geltend gemachten Schäden schon an der für Schäden zwingend notwendigen Voraussetzung der Kausalität“.

Letztlich macht die Antragsgegnerin geltend, dass ein ausschreibungs- und gesetzeskonformes Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliege, weshalb die Zuschlagsentscheidung mängelfrei sei.

Mit Schriftsatz vom 15.9.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte in das Verfahren eingetreten und hat nach Darstellung des Sachverhaltes zunächst ausgeführt, es sei ein Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss nicht gegeben, womit auch ein „drohender“ Schaden nicht vorliegen könne. Ein Vertreter der Antragstellerin sei während der gesamten Angebotseröffnung anwesend gewesen. Der Vertreter der Antragstellerin habe aber keine Verlesung ihrer angebotenen Preise für die OG 02 begehrt, womit es die Antragstellerin unterlassen habe, das Nichtverlesen der Angebotspreise die OG 02 entsprechend zu rügen. Ihr Angebot habe daher bei der Auswahl des Billigstbieters unberücksichtigt zu bleiben. Sei der Bieter oder ein Vertreter desselben bei der Angebotseröffnung anwesend, so habe er auf den Fehler, das Übersehen eines Angebotes, aufmerksam zu machen; unterlasse er dies, so sei ihm die Nichtverlesung des Angebotes zuzurechnen, er kann daraus keine Rechtsfolgen zu seinen Gunsten ableiten. Mangels Beachtlichkeit des Angebotes der Antragstellerin habe sie auch kein erforderliches Interesse am Vertragsabschluss, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung abzuweisen wäre. Als weitere Ausscheidungsgründe für das Angebot der Antragstellerin macht die Teilnahmeberechtigte gleichfalls geltend, die Antragstellerin beabsichtige alle Leistungen an einen Subunternehmer unzulässigerweise weiterzugeben. Letztlich fehle es der Antragstellerin auch an der erforderlichen Befugnis, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit. Letztlich sei die Antragstellerin mit ihrem Angebot auch unter Berücksichtigung der nicht verlesenen Preise der OG 02 nur an dritter Stelle zu reihen, womit sie für den Zuschlag nicht in Betracht komme. Das Angebot des vor ihr an zweiter Stelle gereihten Unternehmens sei ebenso wenig wie das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden, weshalb es der Antragstellerin auch aus diesem Grunde an der Antragslegitimation fehle.

Mit Schriftsatz vom 2.10.2009 hat die Antragstellerin sowohl zum Vorbringen der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten Stellung genommen und ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt. Insbesondere hat sie vorgebracht, dass keine Absicht bestehe, den gesamten Auftrag an Subunternehmer weiterzugeben. Unzulässige Bieterabsprachen lägen ebenfalls nicht vor. Die erforderlichen Befugnisse der Antragstellerin seien ebenso gegeben wie deren finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit. Die Antragstellerin habe ein wesentliches Interesse am Vertragsabschluss, zumal sie bereits derzeit die ausgeschriebenen Leistungen für die Antragsgegnerin erbringe. Abermals führt sie aus, dass die Angebotsöffnung derartig fehlerhaft gewesen sei, dass deren Ergebnis nicht dem Vergabeverfahren zugrunde gelegt werden könnten. Die bei der Angebotseröffnung unterlaufenen Fehler seien nicht behebbar.

Auf dieses Schreiben hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 7.10.2009 repliziert und unter Ausbau ihres Rechtsstandpunktes abermals geltend gemacht, die Angebotseröffnung sei vergaberechtskonform erfolgt. Die Antragstellerin selbst habe durch ihr Verhalten, nämlich dass sie nicht die Verlesung der von ihr gebotenen Preise in

der OG 2 verlangt habe, dazu beigetragen, dass ihr Angebot mangels Verlesung als „nicht existent“ anzusehen sei. Immerhin seien die anwesenden Bieter vom Leiter der Angebotseröffnung befragt worden, ob sie die Verlesung der Preise der OG 02 begehren würden. Zwei Bieter hätten darauf bestanden. Angebote könnten nur dann berücksichtigt werden, wenn die gebotenen Preise entsprechend verlesen wurden. „Entscheidend (sei) lediglich der faktische Umstand, nämlich dass die Preise der OG 02 nicht verlesen wurden. Da dieser faktische Umstand im gegenständlichen Fall sehr wohl vorliege, (sei) entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin davon auszugehen, dass ihr Angebot nicht existent“ sei. Da die Preise der OG 02 im Angebot der Antragstellerin nicht verlesen wurden, sei deren Angebot jedenfalls auszuschneiden.

Für die Teilnahmeberechtigte besteht weiterhin keinerlei Grund daran zu zweifeln, dass die Antragstellerin beabsichtige, den gesamten Auftrag an die von ihr genannten Subunternehmer weiterzugeben.

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 den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 7.10.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen, wobei das Nachprüfungsverfahren zunächst auf die Frage der behaupteten Mangelhaftigkeit der Angebotseröffnung eingeschränkt wurde:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich der Vollwartung der im Krankenhaus Hietzing bestehenden Rohrpostanlage. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll nach den Kriterien „Preis der OG 01 (Wartung)“, gewichtet mit 60 % und „Preis der OG 02 (Ersatzteile)“, gewichtet mit 40 %, erteilt werden.

Folgende Festlegungen des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses sind für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung:

„Punkt 00.01010Z Vollwartungsvertrag

Für die Rohrpostanlage ist ein Vollwartungsvertrag anzubieten. Die beiliegenden Wartungsvorschriften sind in den vorgeschriebenen Zeitintervallen durchzuführen, bzw. die Verschleißteile auszutauschen. Die Bestätigung der durchgeführten Wartungsarbeiten erfolgt durch einen Vertreter des AG. Anlagenänderungen sind erst nach Rücksprache mit dem AG durchzuführen.“

„00.01080Z Zuschlagskriterien Standard

Für den Zuschlag wird folgende Berechnung herangezogen:

Preis der Obergruppe 01 (Wartung): 60 %

Preis der Obergruppe 02 (Ersatzteile): 40 %

OG01 Wartung

Kriterium: Preis

Gewichtung: 60 Prozent

Bemerkung: Der billigste Bieter erhält maximal 60 Punkte. Die Punkte für die anderen Bieter werden prozentuell reduziert.

OG02 Ersatzteile

Kriterium: Preis

Gewichtung: 40 Prozent

Bemerkung: Der billigste Bieter erhält maximal 40 Punkte. Die Punkte für die anderen Bieter werden prozentuell reduziert.

Den Zuschlag erhält der Bieter mit der höchsten Punktzahl. Bei Bewertungsgleichstand erhält das Angebot mit dem geringeren Preis für die Wartung den Zuschlag.“

Das Leistungsverzeichnis ist sodann in einer OG 01 betreffend die Wartung und in eine OG 02 betreffend Ersatzteile

gegliedert. Beide Obergruppen enthalten zahlreiche Positionen mit näherer Leistungsbeschreibung. Alle Positionen der OG 02 des Leistungsverzeichnisses sind mit „E“ gekennzeichnet, womit sie als „Eventualpositionen“ ausgewiesen werden. Während die Positionen an der OG 01 am Ende der Aufstellung für die Wartung die Anführung einer Gesamtsumme vorsehen, fehlt eine derartige Position für die Teilpositionen der OG 02. Die Antragsgegnerin hat dies damit begründet, dass für die Erstellung des Angebotes eine von ihr zur Verfügung gestellte ADV Software zu verwenden war, die für die Positionen der OG 02 eine Summenbildung nicht vorgesehen hat, da alle Positionen als Eventualpositionen gekennzeichnet sind.

Die Antragstellerin und fünf weitere Bieter haben rechtzeitig ein Angebot gelegt. Die Angebotseröffnung erfolgte am 13.7.2009, 9.00 Uhr, worüber eine Niederschrift zur Angebotseröffnung unter Verwendung eines Formulars, das an bestimmten Stellen auszufüllen war, errichtet wurde. Aus der Anwesenheitsliste ergibt sich, dass an der Angebotsöffnung neben drei Mitarbeitern der Antragsgegnerin, die die Angebotseröffnung geleitet haben, vier Bieter vertreten waren. Nach der Niederschrift zur Angebotseröffnung wurden von den sechs Angeboten die Angebotssummen für die OG 01 als zivilrechtlicher Preis verlesen. In der vierten Spalte dieses Formulars wurden von den Vertretern der Antragsgegnerin irrtümlich statt fehlender Unterlagen, verlesener Vorbehalte und Erklärungen vorhandene, mit dem Angebot abgegebene Beilagen eingetragen. Nach dem Inhalt der Niederschrift hat die Angebotseröffnung um 09.30 Uhr geendet, wobei die Minutenzahl nachträglich geändert wurde. Die Niederschrift der Angebotseröffnung trägt nur eine Fertigung, wobei nicht hervorgeht, von welchem Vertreter der Antragsgegnerin sie stammt.

Der Niederschrift ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass von zwei Bietern die Verlesung der Preise der OG 02 begehrt worden ist, und dass – wie sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien ergibt – diese Einzelpreise verlesen wurden. Jedenfalls wurden diese verlesenen Preise der OG 02 nicht in der Niederschrift festgehalten. Der Niederschrift ist auch nicht zu entnehmen, dass der Leiter der Angebotseröffnung die anwesenden Bieter befragt hätte, ob sie eine Verlesung der Preise der OG 02 aus ihren Angeboten begehren bzw. ob und welche Erklärungen die Bieter dazu abgegeben haben. Auch dass die Preise der OG 02 über Verlangen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie des preislich in der OG 01 zweitgereihten Bieters verlesen wurden, ist der Niederschrift nicht zu entnehmen. Ebenso fehlt in der Niederschrift ein Hinweis darauf, dass im Sinne des § 118 Abs. 5 Z 4 letzter Satz BVergG 2006 die Angebotseröffnungskommission wegen der Vielzahl der Preise von deren Verlesung als unzulässig abgesehen hätte. Der Niederschrift ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass von zwei Bietern die Verlesung der Preise der OG 02 begehrt worden ist, und dass – wie sich aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien ergibt – diese Einzelpreise verlesen wurden. Jedenfalls wurden diese verlesenen Preise der OG 02 nicht in der Niederschrift festgehalten. Der Niederschrift ist auch nicht zu entnehmen, dass der Leiter der Angebotseröffnung die anwesenden Bieter befragt hätte, ob sie eine Verlesung der Preise der OG 02 aus ihren Angeboten begehren bzw. ob und welche Erklärungen die Bieter dazu abgegeben haben. Auch dass die Preise der OG 02 über Verlangen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie des preislich in der OG 01 zweitgereihten Bieters verlesen wurden, ist der Niederschrift nicht zu entnehmen. Ebenso fehlt in der Niederschrift ein Hinweis darauf, dass im Sinne des Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 4, letzter Satz BVergG 2006 die Angebotseröffnungskommission wegen der Vielzahl der Preise von deren Verlesung als unzulässig abgesehen hätte.

Der Niederschrift zur Angebotseröffnung ist ein Aktenvermerk vom 14.7.2009 beigelegt und noch vor der Anwesenheitsliste eingeklebt, der die „Summe E Positionen in Euro“ für alle Angebote auflistet, wobei es sich offenbar um die Summen der Einheitspreise der OG 02 handelt.

Bei allen Bietern entspricht die Summe der Positionspreise der OG 01 dem Gesamtpreis im Angebotsblatt. Kein Bieter hat die Summe der Positionen der OG 02 gebildet. Die Bieter 1, 2, 3 und 4 haben die Einheitspreise bzw. Positionspreise der OG 02 ausgefüllt, der Bieter 5 hat stattdessen die Abkürzung „w.a.“ eingetragen, der Bieter 6 hat stattdessen Leerzeichen eingetragen.

Nach der Angebotseröffnung ist dokumentiert, dass die Antragsgegnerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin und den Bieter 5 zur Beibringung von Unterlagen aufgefordert hat. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat unter anderem Antworten auf Fragen der Lieferfähigkeit gegeben, ein Gutachten über die Ausschreibungskonformität ihres Angebotes durch eine Rechtsanwaltskanzlei sowie eine eigene Erklärung übermittelt, „dass die angebotenen Produkte dem technischen Letztstand entsprechen und eine Verfügbarkeit über die gesamte Vertragsdauer garantiert wird“. Der Bieter 5 hat mitgeteilt, dass er zumindest ein Muss-Kriterium nicht erfüllen kann und dass er deshalb von einer

Beantwortung der Anfrage Abstand nimmt. Unterlagen über die Angebotsprüfung (Prüfung der Eignung, Befugnis, Vollständigkeit, rechnerischen Richtigkeit, Erfüllung der Zuschlagskriterien) fehlen in der Vergabeakten. Ebenso fehlt eine Niederschrift über die Angebotsprüfung. Kein Angebot, insbesondere nicht das Angebot der Antragstellerin, wurde ausgeschieden. Unterlagen über Entscheidungen zum Ausscheiden eines Angebotes sind auch nicht im Vergabeakt enthalten.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten wurde die Zuschlagsentscheidung vom 13.8.2009 an fünf Bieter, darunter die Antragstellerin, versendet, wobei eine Übermittlung der Zuschlagsentscheidung an einen Mail-Empfänger, der nicht identifizierbar ist, erfolgte. Einer der Bieter hat offenbar keine Zuschlagsentscheidung erhalten.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 20.8.2009, 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 Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend § 12 Abs. 1 WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Zu den Vergabeakten ist zunächst vorweg festzustellen, dass sie grob unvollständig sind, sodass die Entscheidungen der Antragsgegnerin inklusive der Zuschlagsentscheidung teilweise nicht nachvollzogen werden können. Jene Berechnungen, die die Antragsgegnerin mit ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorgelegt hat, sind im Vergabeakt nicht enthalten, ihre Echtheit kann daher nicht geprüft werden. Da das Nachprüfungsverfahren zunächst sich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Angebotseröffnung den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprochen hat, war zunächst im Rahmen der Feststellungen der Inhalt der Niederschrift zur Angebotseröffnung vom 13.7.2009 wiederzugeben. Danach ist eine Verlesung der Preise der OG 02 zweier Angebote mangels Dokumentation nicht erfolgt, ebenso wenig ist nach dem Inhalt dieser Niederschrift von einem der Vertreter der Bieter eine Aufforderung zur Verlesung dieser Preise gemacht worden bzw. ist kein Hinweis dahingehend erfolgt, dass der Leiter der Angebotseröffnung die Bieter aufgefordert hätte zu erklären, ob sie auf einer Verlesung der Preise der OG 02 bestehen oder nicht. Aus dem diesbezüglich übereinstimmenden Vorbringen der Parteien war jedoch festzustellen, dass zwei Bieter, und zwar zunächst der Vertreter der Teilnahmeberechtigten, nach Verlesung der Angebotssummen der OG 01 die Verlesung der Preise der OG 02, zumindest aus seinem Angebot, begehrt hat und dies – wie in der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin ausgeführt wurde – damit begründet hat, „er möchte das, weil das für die Angebotsbewertung wichtig ist“. Welche Fragen der Leiter der Angebotseröffnung an die anwesenden Bietervertreter gerichtet hat, welches Verhalten die anwesenden Bietervertreter, insbesondere der Vertreter der Antragstellerin im Zuge der Angebotsöffnung an den Tag gelegt haben, musste – wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird – nicht im Zuge des Beweisverfahrens geklärt werden. Nach dem diesbezüglich übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung konnte der Ablauf der Angebotsöffnung ausreichend festgestellt werden. Es hat sich daher sowohl die Vernehmung des von der Antragsgegnerin geführten Zeugen ***, als auch die Vernehmung des von der Antragstellerin genannten Zeugen *** erübrigt. Dass die Antragsgegnerin bei der Angebotsbewertung bei allen Angeboten sowohl die Preise der OG 01 als auch der OG 02 berücksichtigt hat, ergibt eindeutig aus dem der Niederschrift angeschlossenen Aktenvermerk vom 14.7.2009. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Zu den Vergabeakten ist zunächst vorweg festzustellen, dass sie grob unvollständig sind, sodass die Entscheidungen der Antragsgegnerin inklusive der Zuschlagsentscheidung teilweise nicht nachvollzogen werden können. Jene Berechnungen, die die Antragsgegnerin mit ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vorgelegt hat, sind im Vergabeakt nicht enthalten, ihre Echtheit kann daher nicht geprüft werden. Da das Nachprüfungsverfahren zunächst sich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob die Angebotseröffnung den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprochen hat, war zunächst im Rahmen der Feststellungen der Inhalt der Niederschrift zur Angebotseröffnung vom 13.7.2009 wiederzugeben. Danach ist eine Verlesung der Preise der OG 02 zweier Angebote mangels Dokumentation nicht erfolgt, ebenso wenig ist nach dem Inhalt dieser Niederschrift von einem der Vertreter der Bieter eine Aufforderung zur Verlesung dieser Preise gemacht worden bzw. ist kein Hinweis dahingehend erfolgt, dass der Leiter der Angebotseröffnung die Bieter aufgefordert hätte zu erklären, ob sie auf einer Verlesung der Preise der OG 02 bestehen oder nicht. Aus dem diesbezüglich übereinstimmenden Vorbringen der Parteien war jedoch festzustellen, dass zwei Bieter, und zwar zunächst der Vertreter der Teilnahmeberechtigten, nach

Verlesung der Angebotssummen der OG 01 die Verlesung der Preise der OG 02, zumindest aus seinem Angebot, begehrt hat und dies – wie in der mündlichen Verhandlung von der Antragsgegnerin ausgeführt wurde – damit begründet hat, „er möchte das, weil das für die Angebotsbewertung wichtig ist“. Welche Fragen der Leiter der Angebotseröffnung an die anwesenden Bietervertreter gerichtet hat, welches Verhalten die anwesenden Bietervertreter, insbesondere der Vertreter der Antragstellerin im Zuge der Angebotsöffnung an den Tag gelegt haben, musste – wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird – nicht im Zuge des Beweisverfahrens geklärt werden. Nach dem diesbezüglich übereinstimmenden Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung konnte der Ablauf der Angebotsöffnung ausreichend festgestellt werden. Es hat sich daher sowohl die Vernehmung des von der Antragsgegnerin geführten Zeugen ***, als auch die Vernehmung des von der Antragstellerin genannten Zeugen *** erübrigt. Dass die Antragsgegnerin bei der Angebotsbewertung bei allen Angeboten sowohl die Preise der OG 01 als auch der OG 02 berücksichtigt hat, ergibt eindeutig aus dem der Niederschrift angeschlossenen Aktenvermerk vom 14.7.2009.

Sowohl aus der vorliegenden Niederschrift zur Angebotseröffnung wie auch aus dem Vorbringen der Parteien, nicht zuletzt dem Vorbringen der Vertreter der Auftraggeberin selbst, hat sich für den Senat der Eindruck ergeben, dass die mit der Angebotseröffnung betrauten Vertreter nicht den Anforderungen des § 118 Abs. 1 Satz 2 BVergG 2006 entsprochen haben. Sowohl aus der vorliegenden Niederschrift zur Angebotseröffnung wie auch aus dem Vorbringen der Parteien, nicht zuletzt dem Vorbringen der Vertreter der Auftraggeberin selbst, hat sich für den Senat der Eindruck ergeben, dass die mit der Angebotseröffnung betrauten Vertreter nicht den Anforderungen des Paragraph 118, Absatz eins, Satz 2 BVergG 2006 entsprochen haben.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren (entgegen ihren Angaben in der Kundmachung) im Unterschwellenbereich zum Abschluss eines Vollwartungsvertrages der Rohrpostanlage in dem von ihr verwalteten Krankenhaus Hietzing. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien „Preis der OG 01 (Wartung)“, gewichtet mit 60 % und „Preis der OG 02 (Ersatzteile)“, gewichtet mit 40 % erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren (entgegen ihren Angaben in der Kundmachung) im Unterschwellenbereich zum Abschluss eines Vollwartungsvertrages der Rohrpostanlage in dem von ihr verwalteten Krankenhaus Hietzing. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien „Preis der OG 01 (Wartung)“, gewichtet mit 60 % und „Preis der OG 02 (Ersatzteile)“, gewichtet mit 40 % erteilt werden. 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 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 Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung 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 Unterschwellenbereich 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 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 Zuschlagsentscheidung als auch 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 der Zuschlagsentscheidung 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 Unterschwellenbereich 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.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 13.8.2009 zugegangen ist, ist ihr am 20.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007 rechtzeitig. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 13.8.2009 zugegangen ist, ist ihr am 20.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Antrag erweist sich im Ergebnis auch als berechtigt.

Zunächst war auf den Einwand der Antragsgegnerin einzugehen, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation fehlen, weil sie beabsichtige 100 % der Leistung an die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer weiterzugeben. Gemäß § 83 BVergG 2006 sei eine Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, womit ein zwingender Ausscheidungsgrund gegeben wäre. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin wäre auch deshalb auszuschneiden, weil durch Nennung des Subunternehmers, der auch für einen anderen Bieter tätig werden soll, der Verdacht vergaberechtswidriger Absprachen gegeben wäre. Zunächst war auf den Einwand der Antragsgegnerin einzugehen, der Antragstellerin würde es an der Antragslegitimation fehlen, weil sie beabsichtige 100 % der Leistung an die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer weiterzugeben. Gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 sei eine Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, womit ein zwingender Ausscheidungsgrund gegeben wäre. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin wäre auch deshalb auszuschneiden, weil durch Nennung des Subunternehmers, der auch für einen anderen Bieter tätig werden soll, der Verdacht vergaberechtswidriger Absprachen gegeben wäre.

Die Antragstellerin hat das Vorliegen von Ausscheidungsgründen entschieden bestritten. Abgesehen davon, dass sich aus den Vergabeakten keinerlei Hinweis darauf ergibt, dass die Antragsgegnerin diese Umstände in irgendeiner Art und Weise geprüft hätte, und das Angebot der Antragstellerin tatsächlich auch nicht ausgeschieden hat, ist hier auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach die Nachprüfungsbehörde zwar befugt und gegebenenfalls auch verpflichtet ist, im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Allerdings hat der Verwaltungsgerichtshof zum Prüfumfang der Nachprüfungsbehörde ausgeführt, dass ein – so wie hier – erstmals behaupteter Ausscheidungsgrund nur dann zur Verneinung der Antragslegitimation führt, wenn sich bereits aus der, der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre. Ein Ausscheidungsgrund ergibt sich jedenfalls dann nicht aus der Aktenlage, wenn für die Prüfung der Plausibilität von Bieterangaben, die der Auftraggeber im Vergabeverfahren zuvor nicht bezweifelt hat, die Heranziehung etwa eines Sachverständigen erforderlich wäre oder etwa dann, wenn dem Bieter zu einem Angebotsmangel noch ein Behebungsversuch zustünde oder ihm nach Vorhalt die Möglichkeit zu einer Klarstellung eingeräumt werden müsste (vgl. VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Ob die von der Antragsgegnerin behaupteten Ausscheidungsgründe tatsächlich gegeben sind, ist nach der Aktenlage nicht offenbar erkennbar, sondern bedürfte eines kontradiktorisch geführten Vorhalteverfahrens. Dazu ist der Senat nicht verpflichtet, weshalb von ihm auch nicht eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist oder nicht. Die Antragstellerin hat das Vorliegen von Ausscheidungsgründen entschieden bestritten. Abgesehen davon, dass sich aus den Vergabeakten keinerlei Hinweis darauf ergibt, dass die Antragsgegnerin diese Umstände in irgendeiner Art und Weise geprüft hätte, und das Angebot der Antragstellerin tatsächlich auch nicht ausgeschieden hat, ist hier auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach die Nachprüfungsbehörde zwar befugt und gegebenenfalls auch verpflichtet ist, im Rahmen der Antragslegitimation zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre. Allerdings hat der Verwaltungsgerichtshof zum Prüfumfang der Nachprüfungsbehörde ausgeführt, dass ein – so wie hier – erstmals behaupteter Ausscheidungsgrund nur dann zur Verneinung der Antragslegitimation führt, wenn sich bereits aus der, der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre. Ein Ausscheidungsgrund ergibt sich jedenfalls dann nicht aus der Aktenlage, wenn für die Prüfung der Plausibilität von Bieterangaben, die der Auftraggeber im Vergabeverfahren zuvor nicht bezweifelt hat, die Heranziehung etwa eines Sachverständigen erforderlich wäre oder etwa dann, wenn dem Bieter zu einem Angebotsmangel noch ein

Behebungsversuch zustünde oder ihm nach Vorhalt die Möglichkeit zu einer Klarstellung eingeräumt werden müsste (vergleiche VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095). Ob die von der Antragsgegnerin behaupteten Ausscheidungsgründe tatsächlich gegeben sind, ist nach der Aktenlage nicht offenbar erkennbar, sondern bedürfte eines kontradiktorisch geführten Vorhalteverfahrens. Dazu ist der Senat nicht verpflichtet, weshalb von ihm auch nicht eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden ist oder nicht.

Mit anders gearteter Begründung hat auch die Teilnahmeberechtigte geltend gemacht, der Antragstellerin würde es an der notwendigen Antragslegitimation deshalb fehlen, weil die Preise der OG 02 in ihrem Angebot nicht verlesen worden sind. Damit sei das Angebot der Antragstellerin „gleichsam vergaberechtlich nicht existent“. Mangels der Beachtlichkeit des Angebotes der Antragstellerin sei bei ihr das erforderliche Interesse am Vertragsabschluss zu verneinen. Das Angebot der Antragstellerin wäre nicht weiter zu berücksichtigen.

Auch dieser Argumentation vermag der Senat nicht zu folgen. Nach den Feststellungen ist eindeutig erwiesen, dass die Angebotseröffnung in mehrfacher Hinsicht mangelhaft gewesen ist, insbesondere dadurch, dass die Angebotspreise der OG 02 nicht von allen Bietern zur Verlesung gelangt sind. Dass der Vertreter der Antragstellerin ausdrücklich und über Befragen auf die Verlesung dieser Preise verzichtet hätte, ist aus der Niederschrift zur Angebotsöffnung nicht zu entnehmen und wird auch von der Antragstellerin entschieden bestritten. Eine ordnungsgemäße Durchführung der Angebotseröffnung fällt ausschließlich in den Aufgabenbereich des Auftraggebers, wenn auch den bei der Angebotseröffnung anwesenden Bietern offensteht, allfällige Mängel, vor allem bei der Verlesung ihres Angebotes, zu rügen. Es trifft zwar zu, dass mangels Verlesung der Preise der OG 02 auf das Angebot der Antragstellerin nicht zugeschlagen werden könnte. Diesen Umstand hat jedoch die Antragstellerin selbst nicht zu vertreten, sondern die Antragsgegnerin, weil er auf ihr vergaberechtswidriges Verhalten im Zuge der Angebotseröffnung zurückzuführen ist. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass die Antragsgegnerin es in ihrem Verantwortungsbereich unterlassen hat, gewisse weitere zwingend zu verlesende weitere Angaben aus dem bereits verlesenen Angebot auch der Antragstellerin zu verlesen, dies umso mehr als sie durch den Vertreter der Teilnahmeberechtigten zur Verlesung der Angebotspreise in der OG 02 in seinem Angebot veranlasst worden sind, wobei dieser Vertreter noch hinzugefügt hat, dass die Verlesung dieser Preise für die Bewertung der Angebote erforderlich ist. Der Senat geht daher von der Antragslegitimation der Antragstellerin aus und fühlt sich durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.12.2004, Zl. 2004/024/0100, in diesem Standpunkt bestärkt, wonach das Höchstgericht, obwohl vom dortigen Beschwerdeführer relevante Angaben aus seinem Angebot nicht verlesen worden sind, dessen Antragslegitimation nicht abgesprochen hat.

Im § 118 Abs. 5 BVergG 2006 wird festgehalten, welche Angaben aus den Angeboten zwingend vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind. Danach sind vor allem der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise sowie grundsätzlich alle wesentlichen Erklärungen der Bieter zu verlesen und niederschriftlich festzuhalten. Die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben soll nicht nur der Forderung nach größtmöglicher Transparenz des Vergabeverfahrens Rechnung tragen, sondern auch mögliche Manipulationen verhindern. Nach der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes bewirkt die Nichtverlesung von wesentlichen Bieterangaben bei der Angebotsöffnung eine Rechtswidrigkeit, die grundsätzlich von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist. Im Paragraph 118, Absatz 5, BVergG 2006 wird festgehalten, welche Angaben aus den Angeboten zwingend vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind. Danach sind vor allem der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise sowie grundsätzlich alle wesentlichen Erklärungen der Bieter zu verlesen und niederschriftlich festzuhalten. Die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben soll nicht nur der Forderung nach größtmöglicher Transparenz des Vergabeverfahrens Rechnung tragen, sondern auch mögliche Manipulationen verhindern. Nach der Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes bewirkt die Nichtverlesung von wesentlichen Bieterangaben bei der Angebotsöffnung eine Rechtswidrigkeit, die grundsätzlich von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist.

Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin (ohne dass hiefür in den Vergabeakten eine nähere Begründung zu finden wäre) als Zuschlagskriterien festgelegt hat, dass der Preis der OG 01 (Wartung) mit 60 % und der

Preis der OG 02 (Ersatzteile) mit 40 % bewertet wird. Es dürfte die Antragsgegnerin dabei vom „Billigstbieterprinzip“ für die Bewertung ausgegangen sein, wonach den Zuschlag jener Bieter mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl erhält. Aus der Zusammenrechnung der Punkte für die OG 01 und OG 02 ergibt sich die vom Bieter erreichte Gesamtpunkteanzahl. Daraus ist zwingend abzuleiten, dass die Preise der OG 02 von wesentlicher Bedeutung für die Reihung der Angebote gewesen sind. Der Senat vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass aus einem Angebot grundsätzlich alle für die Bewertung der Angebote relevanten Angaben, insbesondere alle Preise, die zur Bewertung heranzuziehen sind, verlesen und entsprechend in der Niederschrift über die Angebotseröffnung festgehalten werden müssen. Die rechtswidrige Nichtverlesung von verlesbaren wesentlichen Preisen, die für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers maßgeblich sind, stellt einen unbehebbarer Mangel dar, der im Ergebnis zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führen muss (vgl. VKS 16.11.2006, VKS – 3036/06; VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214 ua). Dies umso mehr, als die Antragsgegnerin bei der Reihung ihrer Angebote, wie sich aus dem Aktenvermerk vom 14.7.2009 ergibt, selbst die Summe der Positionspreise der OG 02 gebildet hat und auch für die Reihung der Angebote herangezogen hat. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin (ohne dass hierfür in den Vergabeakten eine nähere Begründung zu finden wäre) als Zuschlagskriterien festgelegt hat, dass der Preis der OG 01 (Wartung) mit 60 % und der Preis der OG 02 (Ersatzteile) mit 40 % bewertet wird. Es dürfte die Antragsgegnerin dabei vom „Billigstbieterprinzip“ für die Bewertung ausgegangen sein, wonach den Zuschlag jener Bieter mit der höchsten Gesamtpunkteanzahl erhält. Aus der Zusammenrechnung der Punkte für die OG 01 und OG 02 ergibt sich die vom Bieter erreichte Gesamtpunkteanzahl. Daraus ist zwingend abzuleiten, dass die Preise der OG 02 von wesentlicher Bedeutung für die Reihung der Angebote gewesen sind. Der Senat vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass aus einem Angebot grundsätzlich alle für die Bewertung der Angebote relevanten Angaben, insbesondere alle Preise, die zur Bewertung heranzuziehen sind, verlesen und entsprechend in der Niederschrift über die Angebotseröffnung festgehalten werden müssen. Die rechtswidrige Nichtverlesung von verlesbaren wesentlichen Preisen, die für die Ermittlung des Zuschlagsempfängers maßgeblich sind, stellt einen unbehebbarer Mangel dar, der im Ergebnis zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führen muss (vergleiche VKS 16.11.2006, VKS – 3036/06; VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214 ua). Dies umso mehr, als die Antragsgegnerin bei der Reihung ihrer Angebote, wie sich aus dem Aktenvermerk vom 14.7.2009 ergibt, selbst die Summe der Positionspreise der OG 02 gebildet hat und auch für die Reihung der Angebote herangezogen hat.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass unklar geblieben ist, warum die Antragsgegnerin diese Konstruktion gewählt hat, als Zuschlagskriterien ausschließlich den Preis vorzusehen und trotzdem den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilen zu wollen. Die Teilnahmeberechtigte spricht daher folgerichtig konsequent von einer Billigstbieterermittlung. Wenn schon ausschließlich der Preis und nicht auch technische Zuschlagskriterien angewendet werden sollen, bleibt dunkel, warum die Preise der beiden Obergruppen gewichtet werden und nicht einfach addiert werden sollen. Bei einer Einhaltung der vorgegebenen Berechnungsmethode wäre etwa ein Euro der Materialpreise gegenüber einem Euro der Dienstleistungspreise um ein Mehrfaches höher bewertet. Nach dem Inhalt der Vergabeakten bleibt auch unklar, warum „Eventualpositionen“ in der OG 02 angeführt sind, von denen nicht sicher ist, ob sie überhaupt ganz oder teilweise beauftragt werden, und dennoch als Zuschlagskriterium verwendet werden. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin ohnedies einen Vollwartungsvertrag ausgeschrieben hat, wonach die Auftragnehmerin im Rahmen der Wartung alle Verschleißteile auszutauschen hat und Anlagenänderungen erst nach Rücksprache mit dem Auftraggeber durchgeführt werden dürfen.

Nach dem Vorbringen der Parteien und nach den Ergebnissen des Feststellungsverfahrens ist als unstrittig anzusehen, dass von vier der sechs Angebote nur die Preise der OG 01, nicht aber die Preise der OG 02 bei der Angebotsöffnung verlesen worden sind, obwohl dies in der Niederschrift nicht dokumentiert worden ist. Aus den Vergabeakten und aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergibt sich auch, dass dennoch kein Angebot ausgeschieden worden ist, weder die vier Angebote, von denen nur ein Teil der Preise verlesen wurde, noch das Angebot jenes Bieters, der wörtlich erklärt hat, eine Muss-Anforderung nicht erfüllen zu können. Insbesondere das Angebot der Antragstellerin wurden von der Antragsgegnerin nicht ausgeschieden.

Selbst die Antragsgegnerin geht zutreffend davon aus, dass ein Zuschlag auf ein Angebot, dessen zuschlagsrelevante Teile, insbesondere Preise nicht verlesen und deren Verlesung nicht in der Niederschrift festgehalten wurden, nicht erteilt werden kann. Ausgehend von dieser Erkenntnis versucht sie jedoch dahingehend zu argumentieren, dass die

Antragstellerin durch ihr Verhalten während der Angebotseröffnung, nämlich indem sie nicht verlangt hat die Preise der OG 02 in ihrem Angebot zu verlesen, diesen wesentlichen Mangel der Angebotseröffnung selbst zu vertreten hat, insbesondere deshalb nicht die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehren kann. Richtig ist auch die Ausführung der Antragsgegnerin, dass vom „faktischen Umstand, nämlich dass die Preise der OG 02 nicht verlesen wurden“, auszugehen ist. Dass aber diesen faktischen Umstand die Antragstellerin zu vertreten und deshalb ihr Antragsrecht verloren hätte, kann nicht gesagt werden.

Grundsätzlich sind im § 118 BVergG 2006 die Verpflichtungen des Auftraggebers festgelegt, denen er im Zuge der Angebotseröffnung entsprechen muss, unabhängig davon, ob die Verlesung einzelner Angaben aus den Angeboten die Zustimmung der anwesenden Bieter findet oder nicht. Es kann daher ein anwesender Bieter auf die Verlesung etwa des Angebotspreises nicht verzichten, weil diesen Angebotspreis eben der Auftraggeber zur Verlesung zu bringen und zu protokollieren hat. Selbst wenn man jedoch den Standpunkt der Antragsgegnerin teilen wollte, die Bieter könnten im Zuge der Angebotseröffnung durch Erklärungen den Umfang der zur Verlesung zu bringenden, zuschlagsrelevanten Angaben im Angebot bestimmen, wäre eine derartige Vorgangsweise entsprechend zu protokollieren. Obwohl sich aus dem Vorbringen der Parteien im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ergeben hat, dass tatsächlich hinsichtlich zweier Angebote die Preise der OG 02 verlesen worden sind, dies jedoch in der Niederschrift nicht festgehalten wurden, finden sich diesbezügliche Vermerke in der Niederschrift nicht. Auch ein Vermerk dahingehend, dass etwa der Vertreter der Antragstellerin auf die Verlesung der Preise OG 2 in seinem Angebot verzichtet hätte, sind in der Niederschrift nicht enthalten. Der Niederschrift über die Angebotseröffnung kommt Dokumentencharakter zu, ihr Inhalt macht vollen Beweis darüber, was in der Niederschrift festgehalten wurde. Selbst wenn also tatsächlich und nach Vorhalt durch den, die Angebotseröffnung leitenden Mitarbeiter der Antragsgegnerin der Vertreter der Antragstellerin auf eine Verlesung verzichtet hätte, hätte die Antragsgegnerin diese Verlesung vorzunehmen gehabt, weil diese Verpflichtung in den vergaberechtlichen Bestimmungen ausdrücklich festgelegt ist. Grundsätzlich sind im Paragraph 118, BVergG 2006 die Verpflichtungen des Auftraggebers festgelegt, denen er im Zuge der Angebotseröffnung entsprechen muss, unabhängig davon, ob die Verlesung einzelner Angaben aus den Angeboten die Zustimmung der anwesenden Bieter findet oder nicht. Es kann daher ein anwesender Bieter auf die Verlesung etwa des Angebotspreises nicht verzichten, weil diesen Angebotspreis eben der Auftraggeber zur Verlesung zu bringen und zu protokollieren hat. Selbst wenn man jedoch den Standpunkt der Antragsgegnerin teilen wollte, die Bieter könnten im Zuge der Angebotseröffnung durch Erklärungen den Umfang der zur Verlesung zu bringenden, zuschlagsrelevanten Angaben im Angebot bestimmen, wäre eine derartige Vorgangsweise entsprechend zu protokollieren. Obwohl sich aus dem Vorbringen der Parteien im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ergeben hat, dass tatsächlich hinsichtlich zweier Angebote die Preise der OG 02 verlesen worden sind, dies jedoch in der Niederschrift nicht festgehalten wurden, finden sich diesbezügliche Vermerke in der Niederschrift nicht. Auch ein Vermerk dahingehend, dass etwa der Vertreter der Antragstellerin auf die Verlesung der Preise OG 2 in seinem Angebot verzichtet hätte, sind in der Niederschrift nicht enthalten. Der Niederschrift über die Angebotseröffnung kommt Dokumentencharakter zu, ihr Inhalt macht vollen Beweis darüber, was in der Niederschrift festgehalten wurde. Selbst wenn also tatsächlich und nach Vorhalt durch den, die Angebotseröffnung leitenden Mitarbeiter der Antragsgegnerin der Vertreter der Antragstellerin auf eine Verlesung verzichtet hätte, hätte die Antragsgegnerin diese Verlesung vorzunehmen gehabt, weil diese Verpflichtung in den vergaberechtlichen Bestimmungen ausdrücklich festgelegt ist.

Soweit die Teilnahmeberechtigte und die Antragsgegnerin Judikatur zu den Obliegenheiten von Bieter während der Angebotseröffnung zitieren, kommt ihnen für den gegenständlichen Fall keine Bedeutung zu. Nach dieser Judikatur ist – wie die Antragstellerin zutreffend ausführt – dem Bieter das „Nichttrügen“ gewisser faktischer Umstände vorzuwerfen, wie etwa ein Unterlassen der Verlesung von zuschlagsrelevanten Angebotsteilen, unvollständige Verlesung von Angebotspreisen, Fehler bei der Verlesung eines Angebotspreises oder auch das Übersehen von in Wahrheit mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen soweit es sich um sein eigenes Angebot handelt. Eindeutig hat die Antragsgegnerin in ihrem Verantwortungsbereich es unterlassen bestimmte weitere, zuschlagsrelevante Angaben in den Angeboten der verbliebenen vier restlichen Bieter zu verlesen bzw. auch aus dem bereits verlesenen Angebot der Antragstellerin zur Darstellung zu bringen.

Dazu kommt, dass von den sechs Bieter bei der Angebotseröffnung tatsächlich nur Vertreter von vier Bieter anwesend waren, und von der Antragsgegnerin auch nicht die Preise der OG 02 jener zwei Bieter zur Verlesung gelangten, die nicht anwesend gewesen sind. Folgte man der Argumentation der Antragsgegnerin, wäre dies zu

erwarten gewesen, zumal von diesen beiden abwesenden Bietern naturgemäß ein Verzicht auf die Verlesung nicht abgegeben werden konnte. Hätten jedoch die Vertreter der Antragsgegnerin, die die Angebotseröffnung vorgenommen haben, die Anregung des Vertreters der Teilnahmeberechtigten aufgegriffen und die Preise der OG 02 aller Bieter zur Verlesung gebracht, weil „das für die Angebotsbewertung wichtig ist“, wäre trotz des damit verbundenen Zeitaufwandes der der Ausschreibung anhaftende Mangel, dass hinsichtlich der OG 02 die Bildung einer Gesamtsumme nicht vorgesehen war, saniert gewesen. In diesem Falle wären von der Antragsgegnerin alle für die Zuschlagserteilung relevanten Angaben in den Angeboten zur Verlesung gelangt und die Angebotseröffnung mängelfrei geblieben.

Ausgehend davon, dass die Angebotseröffnung an den oben dargestellten, gravierenden Rechtswidrigkeiten leidet, ist auf die Judikatur des Höchstgerichtes zu verweisen, wonach die Wesentlichkeit einer bei der Angebotseröffnung unterlaufenen Rechtswidrigkeit bereits dann bejaht werden muss, wenn durch die Unterlassung der Verlesung bewertungsrelevanter Angaben eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde. Zutreffend verweist die Antragstellerin darauf, dass bereits die Manipulationsmöglichkeit verpönt und sanktioniert ist. So hat der Verwaltungsgerichtshof am 22.4.2009, Zl. 2009/04/0081 ausgesprochen, dass die dortige Rechtswidrigkeit schon dann „wesentlich“ ist, „wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert wird“. Dabei wurde der „Manipulationsgedanke“ der Leitentscheidung auch auf nachgelagerte Ereignisse umgelegt (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung), die aber einen rückkoppelnden Einfluss auf das vorhergehende Verhalten des Auftraggebers (Korrektheit bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag) haben können. Diese Umstände treffen nach Ansicht des Senates auch auf den gegenständlichen Sachverhalt zu. Zusammenfassend liegt eine nicht sanierbare, fehlerhafte Angebotsöffnung vor, sodass auch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls nicht zuschlagsfähig ist, womit sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig erweist. Aus diesen Gründen war dem Antrag der Antragstellerin stattzugeben und die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, ohne dass es einer Prüfung der weiteren, im einleitenden Schriftsatz behaupteten, Rechtswidrigkeiten bedurft hätte.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 25.8.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 25.8.2009 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

mangelhafte Angebotsöffnung; nur teilweise Verlesung von Gesamtpreisen; Niederschrift zur Angebotsöffnung; Erklärungen der Bieter sind in der Niederschrift festzuhalten; Was zu verlesen ist, ist in § 118 BVergG 2006 zwingend festgelegt.

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2010

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