

TE Verg Bescheid 2009/7/23 VKS-5506/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.07.2009

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 Z20 litd, 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 Ost Donauspital, Langobardenstraße 122, 1220 Wien, vertreten durch Dullinger Schneider, Rechtsanwälte 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 5.6.2009 wird stattgegeben.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 23.6.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
2. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin deren Pauschalgebühren von Euro 2.400,-- 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 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa Z 20 lit. d. sublit. aa 3 Abs. 1 Z 1, 4, 108 Abs. 2, 123, 124, 125, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, abs. 1, 11 Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, 31, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, Ziffer 20, Litera d, 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 der 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.

Mit Schreiben vom 5.6.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragstellerin mitgeteilt, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 16.6.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin – die die Aufzugsanlagen im SMZ Ost Donauespital errichtet und bisher gewartet hat – vor, die Bewertung der Angebote sei nicht richtig erfolgt und dementsprechend habe die Antragsgegnerin eine unrichtige Reihung der Angebote vorgenommen. Bei den Zuschlagskriterien erhalte das jeweils beste Angebot zehn Punkte, das nächste acht usw.. Bei Gleichwertigkeit seien gleich viele Punkte zu vergeben. Bei den Zuschlagskriterien Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit konnten jeweils zwei Sonderpunkte vergeben werden, wenn der von den Bietern angegebene Wert mehr als 25 % besser als der Medianwert war. Sodann seien die Punkte im Verhältnis der Gewichtung zu werten gewesen, das Angebot mit der höchsten Punktzahl sollte den Zuschlag erhalten. Wenn nun zwei erste Plätze vergeben werden, könne – nach Ansicht der Antragstellerin – kein zweiter Platz vergeben werden, sondern das drittbeste Angebot erhält auch die Punkte für den dritten Platz und nicht für den zweiten Platz. Alles andere wäre unlogisch und nicht sachgerecht. Dennoch habe die Antragsgegnerin diesen Fehler gemacht, indem sie das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, obwohl es bei der Reaktionszeit das schlechteste Angebot abgegeben hat, so gewertet habe, als hätte dieses Unternehmen das zweitbeste (und nicht das schlechteste) Angebot abgegeben und deshalb acht statt zwei Punkte erhalten. Bei der Interventionszeit sei das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen so gewertet worden, als hätte es das drittbeste Angebot abgegeben und nicht das schlechteste, weshalb es von der Antragsgegnerin deshalb sechs Punkte erhalten habe anstatt (von richtigerweise) zwei. Nimmt man eine Bewertung vor, wie von der Antragstellerin gewünscht, dann sei nicht die präsumtive Zuschlagsempfängerin Bestbieterin sondern die Antragstellerin. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 16.6.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin – die die Aufzugsanlagen im SMZ Ost Donauespital errichtet und bisher gewartet hat – vor, die Bewertung der Angebote sei nicht richtig erfolgt und dementsprechend habe die Antragsgegnerin eine unrichtige Reihung der Angebote vorgenommen. Bei den Zuschlagskriterien erhalte das jeweils beste Angebot zehn Punkte, das nächste acht usw.. Bei Gleichwertigkeit seien gleich viele Punkte zu vergeben. Bei den Zuschlagskriterien Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit konnten jeweils zwei Sonderpunkte vergeben werden, wenn der von den Bietern angegebene Wert mehr als 25 % besser als der Medianwert war. Sodann seien die Punkte im Verhältnis der Gewichtung zu werten gewesen, das Angebot mit der höchsten Punktzahl sollte den Zuschlag erhalten. Wenn nun zwei erste Plätze vergeben werden, könne – nach Ansicht der Antragstellerin – kein zweiter Platz vergeben werden, sondern das drittbeste Angebot erhält auch die Punkte für den dritten Platz und nicht für den zweiten Platz. Alles andere wäre unlogisch und nicht sachgerecht. Dennoch habe die Antragsgegnerin diesen Fehler gemacht, indem sie das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen, obwohl es bei der Reaktionszeit das schlechteste Angebot abgegeben hat, so gewertet habe, als hätte dieses Unternehmen das zweitbeste (und nicht das schlechteste) Angebot abgegeben und deshalb acht statt zwei Punkte erhalten. Bei der Interventionszeit sei das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen so gewertet worden, als hätte es das drittbeste Angebot abgegeben und nicht das schlechteste, weshalb es von der Antragsgegnerin deshalb sechs Punkte erhalten habe anstatt (von richtigerweise) zwei. Nimmt man eine Bewertung vor, wie von der Antragstellerin gewünscht, dann sei nicht die präsumtive Zuschlagsempfängerin Bestbieterin sondern die Antragstellerin.

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien schon deshalb weniger Punkte zu geben, als sie bei den Kriterien „Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit“ in ihrem Angebot keine Angaben zu diesen Positionen gemacht habe. Schon aus diesem Grund hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Unvollständigkeit

ausgeschieden werden müssen. Erst nachträglich sei dem Sachbearbeiter der Antragsgegnerin etwa eine Woche nach der Angebotseröffnung mitgeteilt worden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die vertraglichen Mindestwerte zusichern würde. Dies stelle einen groben Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Bieter und einen der Verbesserung nicht zugänglichen Mangel des Angebotes dar, da dem Bieter im Zuge eines allfälligen Verbesserungsverfahrens nach Angebotseröffnung damit die Möglichkeit offenstünde, die Reihung seines Angebotes durch Nachschieben von, die Bewertung betreffenden Zusagen/Angaben zu beeinflussen. Erst im Nachhinein sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin so bewertet worden, als hätte sie jeweils die in der Ausschreibung als Mindestwerte angegebenen Werte bereits im Angebot zugesagt. Bei diesem Sachverhalt handle es sich um das Vorliegen eines unbeheblichen Mangels, was zur Ausscheidung des Angebotes hätte führen müssen.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, ein weiterer Ausscheidungsgrund, in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot liege darin, dass dieses nicht rechtsgültig gefertigt sei. Eine „*** GmbH“ mit der Adresse ***, finde sich im Firmenbuch nicht, sondern nur eine „*** GmbH“ mit der Anschrift ***.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass zwar die Wartung der bestehenden Aufzüge und deren Komponenten einschließlich der Beistellung der notwendigen Ersatz- und Verschleißteile Gegenstand des Vollwartungsvertrages sei, nicht jedoch die Modernisierung, Anpassung an neue gesetzliche Vorgaben oder Änderungswünsche des Auftraggebers. Wie jeder Hersteller habe auch die Antragstellerin als Herstellerin der Anlagen in der Steuerung Komponenten und Programme eingesetzt, die nicht oder nur schwer auf dem Markt erhältlich seien. Während die Antragstellerin als Lieferantin der gegenständlichen Aufzugsanlagen zur Ersatzteilverhaltung bei Zuschlag verpflichtet wäre, könnte die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Fehler in der Steuerung zum Anlass nehmen, eine Modernisierung und Umrüstung der kompletten Steuerung auf Kosten des Auftraggebers durchzusetzen. Dies sei spekulativ, weshalb das Angebot auszuschneiden wäre. Danach wäre der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin durch die unrichtige Bewertung der Angebote, das Nichtausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt.

Die Antragstellerin habe bisher die Wartung der bestehenden Aufzüge vorgenommen. Sollte ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben werden, drohe ihr ein Schaden an entgangenem Gewinn, Verlust der Deckungsbeiträge sowie jener Fixkosten einschließlich Personalkosten, für die das fix eingestellte Personal, das nicht anderweitig eingesetzt werden kann, zu entstehen. Sie beziffert die Höhe des Schadens 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 23.6.2009 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 24.6.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) ins Verfahren eingetreten und hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Den zunächst erhobenen Einwand der mangelnden Passivlegitimation der Antragsgegnerin hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2009 zurückgezogen. In der Sache selbst führt sie aus, dass die Anträge der Antragstellerin überschießend wären, da eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nur im Rahmen des § 11 Abs. 2 WVRG 2007 gegeben wäre. Die Bestbieterermittlung sei entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung ordnungsgemäß erfolgt. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei nicht unvollständig, da die bei den Kriterien zu erzielenden Mindestwerte in Ziffern und Einheiten vom Auftraggeber vorgegeben worden waren. Mit ihrem Angebot habe die Teilnahmeberechtigte diese Mindestanforderungen allein deswegen schon akzeptiert und somit ihrem Angebot zugrunde gelegt, als sie gegen diese Festlegungen keine wie immer gearteten Vorbehalte erhoben habe. Es sei den Bietern allerdings frei gestanden, bessere Werte als die geforderten Mindestanforderungen anzubieten, welche dann im Zuschlagsverfahren berücksichtigt wurden. Die Teilnahmeberechtigte habe von dieser Möglichkeit einer Bessererfüllung keinen Gebrauch gemacht sondern in allen Kriterien lediglich die Erfüllung der Mindestanforderungen angeboten. Insofern sei die Nachfrage der Antragsgegnerin eine zulässige Aufklärung gewesen, deren es allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibung gar nicht bedurft hätte. Von einer Unvollständigkeit des Angebotes der Teilnahmeberechtigten könne somit keine Rede sein. Auch die behauptete fehlende rechtsgültige Fertigung liege nicht vor. Konkret angeboten habe die Niederlassung Wien-Nord der Teilnahmeberechtigten, die Bezeichnung „***“

sei eine der Firma vorangestellte Zusatzbezeichnung, die im Geschäftsverkehr der eigentlichen Firma vorangestellt wird. Das Angebot sei auch rechtsgültig gefertigt. Soweit die Antragstellerin das Vorliegen eines spekulativen Angebotes behaupte, sei dies unzutreffend, es sei denn, die Antragstellerin beabsichtige in Zukunft die Teilnahmeberechtigte bei der Beschaffung von Ersatzteilen für die bestehende Anlage zu diskriminieren. Ein derartiges Verhalten der Antragstellerin werde jedoch seitens der Teilnahmeberechtigten nicht angenommen. Mit Schriftsatz vom 24.6.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) ins Verfahren eingetreten und hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Den zunächst erhobenen Einwand der mangelnden Passivlegitimation der Antragsgegnerin hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2009 zurückgezogen. In der Sache selbst führt sie aus, dass die Anträge der Antragstellerin überschießend wären, da eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nur im Rahmen des Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 gegeben wäre. Die Bestbieterermittlung sei entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung ordnungsgemäß erfolgt. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei nicht unvollständig, da die bei den Kriterien zu erzielenden Mindestwerte in Ziffern und Einheiten vom Auftraggeber vorgegeben worden waren. Mit ihrem Angebot habe die Teilnahmeberechtigte diese Mindestanforderungen allein deswegen schon akzeptiert und somit ihrem Angebot zugrunde gelegt, als sie gegen diese Festlegungen keine wie immer gearteten Vorbehalte erhoben habe. Es sei den Bietern allerdings frei gestanden, bessere Werte als die geforderten Mindestanforderungen anzubieten, welche dann im Zuschlagsverfahren berücksichtigt wurden. Die Teilnahmeberechtigte habe von dieser Möglichkeit einer Bessererfüllung keinen Gebrauch gemacht sondern in allen Kriterien lediglich die Erfüllung der Mindestanforderungen angeboten. Insofern sei die Nachfrage der Antragsgegnerin eine zulässige Aufklärung gewesen, deren es allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut der Ausschreibung gar nicht bedurft hätte. Von einer Unvollständigkeit des Angebotes der Teilnahmeberechtigten könne somit keine Rede sein. Auch die behauptete fehlende rechtsgültige Fertigung liege nicht vor. Konkret angeboten habe die Niederlassung Wien-Nord der Teilnahmeberechtigten, die Bezeichnung „***“ sei eine der Firma vorangestellte Zusatzbezeichnung, die im Geschäftsverkehr der eigentlichen Firma vorangestellt wird. Das Angebot sei auch rechtsgültig gefertigt. Soweit die Antragstellerin das Vorliegen eines spekulativen Angebotes behaupte, sei dies unzutreffend, es sei denn, die Antragstellerin beabsichtige in Zukunft die Teilnahmeberechtigte bei der Beschaffung von Ersatzteilen für die bestehende Anlage zu diskriminieren. Ein derartiges Verhalten der Antragstellerin werde jedoch seitens der Teilnahmeberechtigten nicht angenommen.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz vom 24.6.2009 gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, dass die Punktebewertung bei den Zuschlagskriterien entsprechend den Festlegungen in der Ausschreibung vorgenommen worden sei. Bei der von der Antragstellerin angewendeten Interpretation der Bewertung der Zuschlagskriterien übersehe sie das in den Ausschreibungsunterlagen verfasste Fallbeispiel. Daraus sei klar ersichtlich, dass auch bei gleichen Bieterangaben die gleichen Punkte vergeben werden und Punktegleichheit nicht dazu führe, dass die nächstfolgende Punkteanzahl nicht vergeben werden dürfe. Jeder objektive Erklärungsempfänger müsse die Bewertungsregeln genauso verstehen, wie sie von der Auftraggeberin angewendet worden seien. Die Bieter müssten auch darauf vertrauen können, dass sich ein Auftraggeber an den von ihm festgelegten Bewertungsvorgang hält. Soweit jedoch die Antragstellerin die Sachlichkeit der Festlegungen kritisiere, sei darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibungsbestimmungen und somit auch die Zuschlagskriterien mangels Anfechtung bestandfest geworden seien.

Richtig sei, dass die Teilnahmeberechtigte an den dafür vorgesehenen Stellen in der Ausschreibungsunterlage keine Bieterangaben zu den Kriterien gemacht habe. Dies sei aber insofern unproblematisch, als sie in ihrem Begleitschreiben zum Angebot vom 9.4.2009 folgende Erklärung abgegeben habe: „Ergänzend halten wir fest, dass die von *** GmbH angebotenen Komponenten und Leistungen den geforderten Normen und Vorschriften entsprechen und für diese die entsprechende Haftung übernehmen“. Bereits damit habe die Teilnahmeberechtigte bestätigt, die in der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen einzuhalten. Die nachträglich geforderte Bestätigung der Teilnahmeberechtigten sei daher entbehrlich gewesen und hätte die Wettbewerbsstellung der Teilnahmeberechtigten in keiner Weise beeinflusst, da diese keine über die Mindestanforderungen hinausgehenden Werte angegeben hätte. Vielmehr habe sie bestätigt, dass sie die Mindestanforderungen einhalten werde.

Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei rechtsgültig unterfertigt. Die Geschäftsanschrift der Betriebsstätte ***, im Angebot sei unschädlich, da jede Aktivität einer Betriebsstätte als Aktivität des Unternehmensträgers zu werten sei. Das gegenständliche Angebot der *** GmbH mit der Anschrift der Betriebsstätte binde die gesamte

Unternehmensorganisation und somit auch die *** GmbH mit der Anschrift ***. Ein spekulatives Angebot der Teilnahmerechtigten liege nicht vor, die Preise seien „unauffällig und nachvollziehbar. Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen nicht“.

Auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Scheiben vom 17.7.2009 repliziert und unter Wiederholung ihres bereits bekannten Standpunktes ausgeführt, dass das Angebot der Teilnahmerechtigten auszuschneiden gewesen wäre, weil sie bei den Kriterien „Reaktionszeit, Interventionszeit und Verfügbarkeit“ keine Werte eingetragen habe, sondern erst eine Woche nach der Angebotseröffnung mitgeteilt habe, sie würde „die vertraglichen Mindestwerte zusichern“. Zu ihrem Vorbringen, es liege ein spekulatives Angebot der Teilnahmerechtigten vor, bringt sie ergänzend vor, dass auch bei Erhalt der Ersatzteile die Steuerung der Aufzüge so komplex sei, dass ohne Detailkenntnis des Aufbaus und der Logik eine komplexere Störung kaum behoben werden könne. Es sei daher tatsächlich davon auszugehen, dass die Teilnahmerechtigte darauf vertraue, dass der Austausch von Teilen so gesteuert werden könne, dass er als Modernisierung vom Auftraggeber extra zu beauftragen sei.

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, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 23.7.2009, 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 Notrufssystems; 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.

Unter der Pos. 04.04000Z des Leistungsverzeichnisses ist die Erneuerung von insgesamt 31 Reglerspannrollen angeführt.

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 Mindesterfordernis der Reaktionszeit beträgt 2 Stunden. Als Reaktionszeit wird jener maximale Zeitraum verstanden, ab der 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 Mindesterfordernis 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 Mindesterfordernis 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 nächst beste 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:

$$: = 1 - (1 -) \text{ (von } i = 1 \text{ bis } x)$$

Beispiel: (.... grafische Darstellung nicht möglich)

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 Teilnahmeberechtigten 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.

Mathematisches Berechnungsmodell zur Ermittlung des Bestbieters und Anwendung der Zuschlagskriterien inkl. Fallbeispiel:

Bezeichnung

Firma 1 Firma 2 Firma 3 Firma 4 Firma 5 Firma 6 Firma 7 Median

Preis (€) €91.00 €149.55 €108.08 €124.70 €107.93 €85.89 €173.15

0,00 0,00 0,00 0,00 0,00 0,00 6,00

Preis Punkte

vergabe 8 2 6 4 6 10 0

Gewichtete Punkte

Preis (60 %) 4,8 1,2 3,6 2,4 3,6 6 0

Reaktionszeit

(Std.) 1 2 0,5 0,5 0,5 2 2 1

Interventionszeit/

Reaktionszeit 8 6 10 10 10 6 6

Punktevergabe

Sonderpunkte Me-

dien <25% 2 0 2 2 2 0 0

Gewichtete Punkte

Reaktionszeit

(10%) 1 0,5 1,2 1,2 1,2 0,6 0,6

Interventions-

zeit(Std.) 3 4 3 0,5 2 4 4 3

Interventionszeit/

Reaktionszeit

Punktevergabe 6 4 6 10 8 4 4

Sonderpunkte Me-

dian <25% 0 0 0 2 2 0 0

Gewichtete Punkte

Interventionszeit

(15%) 0,9 0,6 0,9 1,8 1,5 0,6 0,6

Verfügbar-

keit (%) 99,00 98,50 98,50 99,60 99,50 98,50 98,50 98,50

Verfügbarkeit

Punktevergabe 6 4 4 10 8 4 4

Sonderpunkte Ver-

hältnis Median

<0,25% 2 0 0 2 2 0 0

Gewichtete Punkte

Verfügbarkeit

(15%) 1,2 0,6 0,6 1,8 1,5 0,6 0,6

Summe gewichtete

Punkte 7,9 3 6,3 7,2 7,8 7,8 1,8

Bestbieter –

Reihung 1 6 5 4 3 2 7

Die Teilnehmeberechtigte hat ihr Angebot als „*** Ges.m.b.H., ***“ abgegeben. Das Angebot ist rechtsgültig gefertigt und trägt an der dafür vorgesehenen Stelle, Seite 5 des Angebotsdeckblattes, die wiedergegebene Stampiglie.

Die Teilnehmeberechtigte hat mit ihrem Angebot ein Begleitschreiben abgegeben, in dem unter anderem ausgeführt wird:

„Ergänzend halten wir fest, dass die von *** Ges.m.b.H. angebotenen Komponenten und Leistungen den geforderten Normen und Vorschriften entsprechen und wir für diese die entsprechende Haftung übernehmen.

Die Angebotseröffnung fand am 16.4.2009 statt. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro ***, jenes der Teilnehmeberechtigten mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro *** verlesen. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde der von der Teilnehmeberechtigten angebotene zivilrechtliche Preis auf Euro *** richtiggestellt, ohne dass aus den Vergabeakten ersichtlich wäre, wie dieser Differenzbetrag von Euro 3.312,- errechnet wurde, bzw. in welcher Position eine Richtigstellung vorzunehmen war.

Im Angebot der Teilnehmeberechtigten wird die Erneuerung der Reglerspannrollen pro Rolle mit einem Preis von Euro *** weit unter den Preisen der anderen Bieter, die diese Rollen mit Preisen zwischen Euro *** bis *** pro Stück angeboten haben, festgelegt.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin die Teilnehmeberechtigte mit Schreiben vom 13.5.2009 um „offizielle Bekanntgabe“ ersucht „ob die in den Besonderen Angebotsbestimmungen (Seite 2 bis 5) vorgegebenen Werte der Zuschlagskriterien seitens der Firma *** eingehalten werden“. Darauf hat die Teilnehmeberechtigte mit Schreiben vom 14.5.2009 geantwortet und ausgeführt, „bezugnehmend auf ihr Schreiben vom 13.5.2009 bestätigen wir Ihnen hiermit offiziell, dass die in den Besonderen Angebotsbestimmungen (Seite 2 bis 5) vorgegebenen Werte der Zuschlagskriterien seitens der Firma *** eingehalten werden. Ergänzend legen wir die ausgefüllte Tabelle der Ausschreibung diesem Schreiben bei“.

Diesem Schreiben war eine Kopie der Seite 5 von 10 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen angeschlossen, in der in der Tabelle „Kriterien für die Aufzugsanlagen“ in der Spalte „erfüllt“ jeweils bei den Zuschlagskriterien ein „Hakerl“ eingetragen ist.

Nach Nachreichung der Kalkulationsblätter K 3 und K 4 durch die Teilnahmeberechtigte findet sich in den Vergabeakten sodann eine Niederschrift zur Vergabeentscheidung, datiert mit 3.6.2009, in der zum Angebot der Teilnahmeberechtigten ausgeführt wird, dass außer dem Preis keines der Zuschlagskriterien angegeben wurde. Da bei diesen Zuschlagskriterien jedoch Mindestwerte vorgegeben waren, wurden diese zur Bewertung herangezogen. Die Firma *** konnte diese Werte auch bestätigen (behebbarer Mangel), siehe Schreiben ***. Das Angebot entspricht aus den oben genannten Gründen der Ausschreibung. Mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro *** weist die Firma *** das preislich niedrigste Angebot aus. Unter Berücksichtigung der weiteren Zuschlagskriterien verbleibt das Angebot der Firma *** bei der Reihung auf Platz 1 (siehe Beilage 1). Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde mit 9,1 gewichteten Punkten, jenes der Antragstellerin mit 8,8 gewichteten Punkten, und damit an zweiter Stelle liegend, bewertet.

Die Zuschlagsentscheidung vom 5.6.2009, lautend auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten, ist den Bietern am gleichen Tage zugekommen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 16.6.2009 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 Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend § 12 Abs. 1 WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Danach war zunächst festzustellen, dass das Angebot von dem Unternehmen „*** GmbH, ***“ abgegeben worden ist, wobei die Firmenstampiglie zunächst die Bezeichnung „***“ trägt. Der Zuschlagsentscheidung ist zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag an die „Firma *** GmbH, ***“ zu erteilen. Insofern gibt die Zuschlagsentscheidung nicht den Firmenwortlaut wieder, wie er im Angebot der Teilnahmeberechtigten angeführt ist. Jedenfalls ist nach der Aktenlage eindeutig ersichtlich, dass das Angebot von der *** GmbH gelegt wurde, wobei die Bezeichnung „***“ eine der Firma vorangestellte Zusatzbezeichnung für den Geschäftsbereich der Teilnahmeberechtigten darstellt. An der Rechtsgültigkeit der Fertigung des Angebotes durch die dazu vertretungsbefugten Organe der Teilnahmeberechtigten bestehen keine Zweifel. Aus der Aktenlage ergibt sich, dass die Teilnahmeberechtigte in ihrem Angebot die Tabelle auf Seite 5 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen nicht ausgefüllt hat, sondern dies erst nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.5.2009 getan hat. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Danach war zunächst festzustellen, dass das Angebot von dem Unternehmen „*** GmbH, ***“ abgegeben worden ist, wobei die Firmenstampiglie zunächst die Bezeichnung „***“ trägt. Der Zuschlagsentscheidung ist zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag an die „Firma *** GmbH, ***“ zu erteilen. Insofern gibt die Zuschlagsentscheidung nicht den Firmenwortlaut wieder, wie er im Angebot der Teilnahmeberechtigten angeführt ist. Jedenfalls ist nach der Aktenlage eindeutig ersichtlich, dass das Angebot von der *** GmbH gelegt wurde, wobei die Bezeichnung „***“ eine der Firma vorangestellte Zusatzbezeichnung für den Geschäftsbereich der Teilnahmeberechtigten darstellt. An der Rechtsgültigkeit der Fertigung des Angebotes durch die dazu vertretungsbefugten Organe der Teilnahmeberechtigten bestehen keine Zweifel. Aus der Aktenlage ergibt sich, dass die Teilnahmeberechtigte in ihrem Angebot die Tabelle auf Seite 5 von 10 der Besonderen Angebotsbestimmungen nicht ausgefüllt hat, sondern dies erst nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.5.2009 getan hat.

Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin sich mit der Preisgestaltung der Erneuerung der Reglerspannrolle bei den einzelnen Aufzügen im Angebot der Teilnahmeberechtigten näher auseinandergesetzt hat. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass eine durch die Antragsgegnerin durchgeführte Preisprüfung aus dem (vollständig?) vorgelegten Vergabeakt nicht ersichtlich ist. Die Antragsgegnerin hat lediglich eine Liste erstellt, in der die Positionspreise der einzelnen Bieter gegenübergestellt werden, ohne sich mit gravierenden Abweichungen wie etwa bei der Erneuerung der Reglerspannrollen nachvollziehbar auseinandergesetzt zu haben. Ebenso konnten

den Vergabeakten Überlegungen der Antragsgegnerin hinsichtlich der Wartung der Steuerungskomponenten und der Programme, zumal es sich bei den für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen nicht um den Erzeuger der Anlagen handelt, nicht entnommen werden. Dies wäre auch im Hinblick auf die Bestimmung in der Pos. Nr. 04.01000Z, Abschnitt 3, wonach Modernisierungen, Normanpassungen und die Erfüllung von Auflagen gesondert zu verrechnen sind, zu erwarten gewesen. Dass sich die Antragsgegnerin – wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht – „eingehend mit der Frage des Austausches von Komponenten bei Wartung von Fremderzeugnissen auseinandergesetzt hätte“, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vergabe eines Auftrages zur Vollwartung der Aufzüge im Donauespital SMZ Ost. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, 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 sich fünf Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde deren Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen. Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Vergabe eines Auftrages zur Vollwartung der Aufzüge im Donauespital SMZ Ost. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, 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 sich fünf Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde deren Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend verlesen.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens 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 Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der 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 Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens 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 Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der 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 Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung vom 5.6.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf

Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 16.6.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 5.6.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 16.6.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

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 Auswahlkriterium enthalten (vgl. Elsner BVergG 2006, 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 bestandsfest 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 Auswahlkriterium enthalten (vgl. Elsner BVergG 2006, 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 bestandsfest 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, AGBG 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 Teilnahmerechtigten 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.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist das Angebot der Teilnahmerechtigten rechtsgültig unterfertigt. Das Angebot wurde von der *** GmbH *** abgegeben, der Zuschlag lautet auf dieses Unternehmen, wenn auch die Aufnahme der Worte „***“ nach der Firmenbezeichnung *** in der Zuschlagsentscheidung nicht richtig gewesen ist. Dass tatsächlicher Zuschlagsempfänger jenes Unternehmen ist, das das Angebot gelegt hat, ist jedoch unzweifelhaft. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Teilnahmerechtigte habe ein spekulatives Angebot gelegt, weil sie einen Fehler in der Steuerung zum Anlass nehmen könnte, eine Modernisierung und Umrüstung der kompletten Steuerung auf Kosten des Auftraggebers durchzusetzen, erweist sich das Vergabeverfahren im Ergebnis als mangelhaft. Zunächst ist davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin um Euro 19.947,40 höher liegt als jenes der Teilnahmerechtigten. Wenn auch der Preis mit 75 % gewichtet ist, ist die Differenz zwischen den beiden Angeboten nicht so groß, dass sie bei einer Änderung in der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien nicht doch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein könnte (§ 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007). Eine durch die Antragsgegnerin durchgeführte vertiefte Preisprüfung ist nämlich aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat lediglich eine Liste erstellt, in der die Positionspreise der einzelnen Bieter gegenübergestellt werden. Aufklärungsbedürftig ist vor allem die Preisgestaltung der Zuschlagsempfängerin bei den Positionen „Erneuerung Reglerspannrolle, Aufzüge ...“. Es handelt sich nach dem Leistungsverzeichnis um die Erneuerung von 31 Reglerspannrollen, wobei von der Teilnahmerechtigten diese Rollen zu einem deutlich niedrigeren, teilweise viermal so niedrigen Preis, angeboten wurden, wie von den anderen Bietern. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, ist ihr diese Preisdifferenz nicht aufgefallen. Gerade im Hinblick auf die große Anzahl der auszutauschenden Teile wäre jedoch vor allem bei dieser Position eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen. Auch weitere Positionen im Angebot der Teilnahmerechtigten zeigen große Unterschiede zu den Ansätzen in den übrigen vier Angeboten. Weiters ist aus den Vergabeakten in keiner Weise ersichtlich, ob und mit welchem Ergebnis sich die Antragsgegnerin mit der Frage der Wartung der Steuerungskomponenten und der Programme der Aufzüge, die von der Antragstellerin geliefert und errichtet worden sind, durch die Teilnahmerechtigte auseinandergesetzt hat. Gerade dieser Punkt wäre einer eingehenden Prüfung zu unterziehen gewesen, zumal die Ausschreibungsbedingungen vorsehen, dass vom Vollwartungsvertrag Modernisierungen, Normanpassungen und Erfüllung von Auflagen nicht umfasst sind. Sollte tatsächlich, wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, ein wesentlicher Steuerungsanteil ersetzt werden müssen, über den die Zuschlagsempfängerin nicht verfügt, wäre sie auf die Lieferung durch das Erzeugerunternehmen angewiesen. Sollten sich dabei Lieferzeiten ergeben, die die in den Mindestkriterien angeführten Vorgaben deutlich überschreiten, könnte dies von der Auftragnehmerin zum Anlass genommen werden, eine „Modernisierung“ der Anlage vorzuschlagen, die dann gesondert verrechnet werden müsste. Hier wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Antragsgegnerin zumindest mit der Frage allfälliger, durch den Wechsel des die Wartung durchführenden Unternehmens, verbundenen Kosten auseinandergesetzt hätte. In der mündlichen Verhandlung wurde dazu etwa erwähnt, dass sich eine Erneuerung der Steueranlage für alle Lifte auf rund Euro 300.000,-- bis 400.000,-- belaufen könnte. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist das Angebot der Teilnahmerechtigten rechtsgültig unterfertigt. Das Angebot wurde von der *** GmbH *** abgegeben, der Zuschlag lautet auf dieses Unternehmen, wenn auch die Aufnahme der Worte „***“ nach der Firmenbezeichnung *** in der Zuschlagsentscheidung nicht richtig gewesen ist. Dass tatsächlicher Zuschlagsempfänger jenes Unternehmen ist, das das Angebot gelegt hat, ist jedoch unzweifelhaft. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Teilnahmerechtigte habe ein spekulatives Angebot gelegt, weil sie einen Fehler in der Steuerung zum Anlass nehmen könnte, eine Modernisierung und Umrüstung der kompletten Steuerung auf Kosten des Auftraggebers durchzusetzen, erweist sich das Vergabeverfahren im Ergebnis als mangelhaft. Zunächst ist davon auszugehen, dass das Angebot der Antragstellerin um Euro 19.947,40 höher liegt als jenes der Teilnahmerechtigten. Wenn auch der Preis mit 75 % gewichtet ist, ist die Differenz zwischen den beiden Angeboten nicht so groß, dass sie bei einer Änderung in der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien nicht doch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein könnte (Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007). Eine durch die Antragsgegnerin durchgeführte vertiefte Preisprüfung ist nämlich aus den Vergabeakten nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat lediglich eine Liste erstellt, in der die Positionspreise der einzelnen Bieter gegenübergestellt werden. Aufklärungsbedürftig ist vor allem

die Preisgestaltung der Zuschlagsempfängerin bei den Positionen „Erneuerung Reglerspannrolle, Aufzüge ...“. Es handelt sich nach dem Leistungsverzeichnis um die Erneuerung von 31 Reglerspannrollen, wobei von der Teilnahmeberechtigten diese Rollen zu einem deutlich niedrigeren, teilweise viermal so niedrigen Preis, angeboten wurden, wie von den anderen Bietern. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, ist ihr diese Preisdifferenz nicht aufgefallen. Gerade im Hinblick auf die große Anzahl der auszutauschenden Teile wäre jedoch vor allem bei dieser Position eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen. Auch weitere Positionen im Angebot der Teilnahmeberechtigten zeigen große Unterschiede zu den Ansätzen in den übrigen vier Angeboten. Weiters ist aus den Vergabeakten in keiner Weise ersichtlich, ob und mit welchem Ergebnis sich die Antragsgegnerin mit der Frage der Wartung der Steuerungskomponenten und der Programme der Aufzüge, die von der Antragstellerin geliefert und errichtet worden sind, durch die Teilnahmeberechtigte auseinandergesetzt hat. Gerade dieser Punkt wäre einer eingehenden Prüfung zu unterziehen gewesen, zumal die Ausschreibungsbedingungen vorsehen, dass vom Vollwartungsvertrag Modernisierungen, Normanpassungen und Erfüllung von Auflagen nicht umfasst sind. Sollte tatsächlich, wie in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, ein wesentlicher Steuerungsteil ersetzt werden müssen, über den die Zuschlagsempfängerin nicht verfügt, wäre sie auf die Lieferung durch das Erzeugerunternehmen angewiesen. Sollten sich dabei Lieferzeiten ergeben, die die in den Mindestkriterien angeführten Vorgaben deutlich überschreiten, könnte dies von der Auftragnehmerin zum Anlass genommen werden, eine „Modernisierung“ der Anlage vorzuschlagen, die dann gesondert verrechnet werden müsste. Hier wäre zu erwarten gewesen, dass sich die Antragsgegnerin zumindest mit der Frage allfälliger, durch den Wechsel des die Wartung durchführenden Unternehmens, verbundenen Kosten auseinandergesetzt hätte. In der mündlichen Verhandlung wurde dazu etwa erwähnt, dass sich eine Erneuerung der Steueranlage für alle Lifte auf rund Euro 300.000,-- bis 400.000,-- belaufen könnte.

Die Antragsgegnerin hat auch eine Preiskorrektur vorgenommen, wobei aus den Vergabeakten nicht klar ersichtlich ist, wie sich die von ihr errechnete Differenz von Euro 2.760,-- bzw. 3.312,--, zusammensetzt. Die Errechnung dieser Beträge ist aus den vorliegenden Vergabeakten nicht nachvollziehbar. Auch hier könnte letztlich eine Auswirkung auf die Preisdifferenz zwischen beiden Angeboten gegeben sein, die dazu führen könnte, dass eine Änderung der Reihung vorgenommen werden muss.

Nach § 19 Abs. 1 BvergGg 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07; VKS – 8644/07 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Dies setzt voraus, dass die Angebote entsprechend den Bestimmungen der § 123ff BVerG 2006 eingehend und nachvollziehbar überprüft wurden. Insbesondere bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist – wie gegenständlich – dann eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen, wenn sich aus der Gegenüberstellung einzelner Preise oder Preisgruppen mit den Angeboten der Mitbewerber oder mit den Erfahrungen des Auftraggebers am allgemeinen Markt große Differenzen ergeben. Dabei hat der Auftraggeber nach § 125 Abs. 4 BVerG 2006 vorzugehen. Gerade im Hinblick auf die große Preisdifferenz bei der Pos. Nr. 04.04010Z des Leistungsverzeichnisses (Erneuerung der Reglerspannrollen) wonach immerhin 31 Stück ausgeschrieben sind, wäre eine derartige Prüfung angezeigt gewesen. Dabei wäre auch zu prüfen gewesen, ob es sich bei dem von der Teilnahmeberechtigten bezüglich der Reglerspannrolle angebotenen Einzelpreis um einen „angemessenen Preis oder um einen spekulativen Preis“ handelt. Weder aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung noch sonst aus dem Vergabeakt ist dazu ein Prüfungsvorgang vermerkt. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BvergGg 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz

eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC 19/00; VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07; VKS – 8644/07 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Dies setzt voraus, dass die Angebote entsprechend den Bestimmungen der Paragraph 123 f, f, BVergG 2006 eingehend und nachvollziehbar überprüft wurden. Insbesondere bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist – wie gegenständlich – dann eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen, wenn sich aus der Gegenüberstellung einzelner Preise oder Preisgruppen mit den Angeboten der Mitbewerber oder mit den Erfahrungen des Auftraggebers am allgemeinen Markt große Differenzen ergeben. Dabei hat der Auftraggeber nach Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 vorzugehen. Gerade im Hinblick auf die große Preisdifferenz bei der Pos. Nr. 04.04010Z des Leistungsverzeichnisses (Erneuerung der Reglerspannrollen) wonach immerhin 31 Stück ausgeschrieben sind, wäre eine derartige Prüfung angezeigt gewesen. Dabei wäre auch zu prüfen gewesen, ob es sich bei dem von der Teilnahmeberechtigten bezüglich der Reglerspannrolle angebotenen Einzelpreis um einen „angemessenen Preis oder um einen spekulativen Preis“ handelt. Weder aus der Niederschrift über die Angebotsprüfung noch sonst aus dem Vergabeakt ist dazu ein Prüfungsvorgang vermerkt.

Nach ständiger Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden ist eine detaillierte Darstellung der Gründe der Bewertung von Angeboten erforderlich, um die Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Diese sich auch zwingend aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 ergebende Begründungspflicht bedeutet, dass der Auftraggeber in seiner schriftlichen Darlegung ausführen muss, warum und mit welchem Ergebnis er eine bestimmte Bewertung vorgenommen hat. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens zeigt sich, dass das Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin im aufgezeigten Sinne mangelhaft geführt wurde. Da die im Vergabeakt dokumentierte Angebotsprüfung in ihrer Gesamtheit nicht den Anforderungen der Bestimmungen der §§ 125 bis 127 BVergG 2006 entspricht und nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer neuerlichen Angebotsprüfung eine Änderung in der Bewertung und damit in der Reihung eintritt, war dem Antrag auf Nichtigerklärung und der Zuschlagsentscheidung im Ergebnis stattzugeben. Nach ständiger Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden ist eine detaillierte Darstellung der Gründe der Bewertung von Angeboten erforderlich, um die Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Diese sich auch zwingend aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 ergebende Begründungspflicht bedeutet, dass der Auftraggeber in seiner schriftlichen Darlegung ausführen muss, warum und mit welchem Ergebnis er eine bestimmte Bewertung vorgenommen hat. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens zeigt sich, dass das Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin im aufgezeigten Sinne mangelhaft geführt wurde. Da die im Vergabeakt dokumentierte Angebotsprüfung in ihrer Gesamtheit nicht den Anforderungen der Bestimmungen der Paragraphen 125 bis 127 BVergG 2006 entspricht und nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer neuerlichen Angebotsprüfung eine Änderung in der Bewertung und damit in der Reihung eintritt, war dem Antrag auf Nichtigerklärung und der Zuschlagsentscheidung im Ergebnis stattzugeben.

Die Antragstellerin hat neben ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, der Vergabekontrollsenat möge das Angebot der Teilnahmeberechtigten ausscheiden, „sodann die Antragstellerin als Bestbieter feststellen und der ausschreibenden Stelle auftragen, den Zuschlag“ der Antragstellerin zu erteilen. Über diese Begehren abzusprechen ist die angerufene Vergabekontrollbehörde nach § 11 Abs. 2 WVRG 2007 nicht berechtigt. Das über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinausgehende Begehren war daher als unzulässig zurückzuweisen. Die Antragstellerin hat neben ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung begehrt, der Vergabekontrollsenat möge das Angebot der Teilnahmeberechtigten ausscheiden, „sodann die Antragstellerin als Bestbieter feststellen und der ausschreibenden Stelle auftragen, den Zuschlag“ der Antragstellerin zu erteilen. Über diese Begehren abzusprechen ist die angerufene Vergabekontrollbehörde nach Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 nicht berechtigt. Das über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinausgehende Begehren war daher als unzulässig zurückzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 23.6.2009 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 23.6.2009 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. 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 der Zuschlagsentscheidung; behebbarer Mangel; rechtsgültige Unterfertigung; spekulatives Angebot; vertiefte Angebotsprüfung; Differenz bei einzelnen Positionspreisen; Transparenzgebot;

Zuletzt aktualisiert am

05.02.2010

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