

TE Verg Bescheid 2009/7/7 VKS-3515/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.07.2009

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

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §130

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 122 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Ziviltechniker- und Bauträgerleistungen für die Instandsetzung der städtischen Wohnhausanlage in Wien 21., Mühlweg 43“, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/BMBT-0621381-KOP, durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion Technik, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 1.4.2009 wird für nichtig erklärt.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 21.4.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von EUR 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, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 122, 128, 130, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, 31, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 122, 128, 130, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend Baumanagerleistungen im Zuge der Sanierung einer städtischen Wohnhausanlage in Wien 21. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, wobei als Zuschlagskriterien der Preis (gewichtet mit 55 %) und die Qualität (gewichtet mit 45 %) vorgesehen sind. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ ist wiederum in vier Subkriterien untergliedert, nämlich in die Bewertung der dargestellten Mieterbetreuung (gewichtet mit 44 %), der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz (gewichtet mit 28 %), der organisatorischen Konzepte und der dargestellten Verfahrensabwicklung (gewichtet mit 16 %) und des zur Bauabwicklung bzw. der –durchführung angebotenen Projektteams (gewichtet mit 12 %). Das Vergabeverfahren ist ordnungsgemäß sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 8.8.2008, ZI.2008/S153-206648, als auch im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 33 vom 14.8.2008 und auf der Webseite der Antragsgegnerin bekannt gemacht worden. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.9.2008, 8.30 Uhr. Insgesamt wurden 13 Angebote abgegeben, darunter auch ein Angebot der Antragstellerin. Im Zuge der Angebotseröffnung am 26.9.2008, ab 10.30 Uhr, wurde das Angebot der Antragstellerin nach dem Angebotspreis als an zweiter Stelle gereiht verlesen.

Über Ersuchen der Antragsgegnerin vom 18.2.2009 hat die Antragstellerin ihre Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihres Angebotes (ursprünglich 5 Monate) um zwei Monate erklärt.

Mit Schreiben vom 1.4.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragstellerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.4.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zunächst vor, trotz Nachfrage habe es die Antragsgegnerin bisher unterlassen, ihr eine konkrete Bewertung ihres Angebotes im Hinblick auf die einzelnen Qualitätssubkriterien mitzuteilen. Ihr sei lediglich bekannt gegeben worden, dass sie mit ihrem Angebot beim Zuschlagskriterium „Qualität“ 266 Punkte erhalten habe, hingegen habe das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die volle Punktzahl bei diesem Kriterium bekommen. Für die Antragstellerin sei in keinem Subkriterium nachvollziehbar, „worin unser Angebot einem anderen Angebot nachstehen könnte“. Das verfahrensgegenständliche Vorhaben sei im Vergleich zu anderen Gemeindebauten kein abweichend kompliziertes, sondern vielmehr ein ganz gewöhnliches Standard Sanierungsprojekt, das die Auftraggeberin schon viele Male in dieser Form ausgeschrieben und abgewickelt habe. Die Anforderungen der Auftraggeberin bezüglich der qualitativen Zuschlagskriterien seien den beteiligten Verkehrskreisen seit langem umfassend bekannt. Da die vier qualitativen Zuschlagskriterien de facto standardisierte Leistungen seien, bleibe nur wenig Spielraum für die Bieter, sodass sich kein großer Unterschied in den angebotenen Konzepten und somit auch nicht in der Bewertung ergeben könne. Unter diesen Umständen sei eine genaue und nachvollziehbare Begründung der Bewertung umso wichtiger. Die Antragsgegnerin habe bisher keine Begründung für die vorgenommene Bewertung der Qualität der Angebote liefern können. Daraus sei zu schließen, dass die Antragsgegnerin die Bewertung der Angebote unter dem Zuschlagskriterium „Qualität“ offensichtlich willkürlich und damit vergaberechtswidrig vorgenommen habe. Das Angebot der Antragstellerin hätte alle erforderlichen Angaben, die in den Ausschreibungsunterlagen gefordert waren, enthalten. Richtigerweise hätte von der Bewertungskommission für dieses Angebot die volle Punktzahl gegeben werden müssen. Da das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Preis“ zweitgereiht sei, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Kriterium „Preis“ demgegenüber nur den 7. Platz einnehme, wäre bei richtiger Bewertung jedenfalls auf das Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Allgemein macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin „darüber hinaus den Ausschreibungsbedingungenwiderspricht und wäre daher ohne Verbesserungsversuch auszuschneiden gewesen“.Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 15.4.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zunächst vor, trotz Nachfrage habe es die Antragsgegnerin bisher unterlassen, ihr eine konkrete Bewertung ihres Angebotes im Hinblick auf die einzelnen Qualitätssubkriterien mitzuteilen. Ihr sei lediglich bekannt gegeben worden, dass sie mit ihrem Angebot beim Zuschlagskriterium „Qualität“ 266 Punkte erhalten habe, hingegen habe das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die volle Punktzahl bei diesem Kriterium bekommen. Für die Antragstellerin sei in keinem Subkriterium nachvollziehbar, „worin unser Angebot einem anderen Angebot nachstehen könnte“. Das verfahrensgegenständliche Vorhaben sei im Vergleich zu anderen Gemeindebauten kein abweichend kompliziertes, sondern vielmehr ein ganz gewöhnliches Standard Sanierungsprojekt, das die Auftraggeberin schon viele Male in dieser Form ausgeschrieben und abgewickelt habe. Die Anforderungen der Auftraggeberin bezüglich der qualitativen Zuschlagskriterien seien den beteiligten Verkehrskreisen seit langem umfassend bekannt. Da die vier qualitativen Zuschlagskriterien de facto standardisierte Leistungen seien, bleibe nur wenig Spielraum für die Bieter, sodass sich kein großer Unterschied in den angebotenen Konzepten und somit auch nicht in der Bewertung ergeben könne. Unter diesen Umständen sei eine genaue und nachvollziehbare Begründung der Bewertung umso wichtiger. Die Antragsgegnerin habe bisher keine Begründung für die vorgenommene Bewertung der Qualität der Angebote liefern können. Daraus sei zu schließen, dass die Antragsgegnerin die Bewertung der Angebote unter dem Zuschlagskriterium „Qualität“ offensichtlich willkürlich und damit vergaberechtswidrig vorgenommen habe. Das Angebot der Antragstellerin hätte alle erforderlichen Angaben, die in den Ausschreibungsunterlagen gefordert waren, enthalten. Richtigerweise hätte von der Bewertungskommission für dieses Angebot die volle Punktzahl gegeben werden müssen. Da das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Preis“ zweitgereiht sei, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Kriterium „Preis“ demgegenüber nur den 7. Platz einnehme, wäre bei richtiger Bewertung jedenfalls auf das Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu

erteilen. Allgemein macht die Antragstellerin geltend, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin „darüber hinaus den Ausschreibungsbedingungenwiderspricht und wäre daher ohne Verbesserungsversuch auszuschneiden gewesen“.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens insbesondere dadurch verletzt, dass die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot eines Bieters, welches bei vergabekonformen Vorgehen nicht erstgereiht wäre und daher auch nicht auf das tatsächlich beste, nämlich das Angebot der Antragstellerin, fällt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von zumindest Euro 110.000,-- (entgangener Gewinn, Kosten der Angebotslegung) zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie relevanten Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 21.4.2009 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 23.4.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie führt dazu aus, dass die Bestimmungen der Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden wären. Ihr Angebot als präsumtive Zuschlagsempfängerin würde den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen. Sie erfülle alle Eignungskriterien, ihr Angebot sei daher nicht auszuschneiden. Die Wahl des Angebotes der Teilnahmeberechtigten für die Zuschlagserteilung sei objektiv nachvollziehbar und stehe im Einklang mit den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen sowie den Bestimmungen des BVergG. Mit Schriftsatz vom 23.4.2009 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie führt dazu aus, dass die Bestimmungen der Ausschreibung mangels Anfechtung bestandfest geworden wären. Ihr Angebot als präsumtive Zuschlagsempfängerin würde den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen. Sie erfülle alle Eignungskriterien, ihr Angebot sei daher nicht auszuschneiden. Die Wahl des Angebotes der Teilnahmeberechtigten für die Zuschlagserteilung sei objektiv nachvollziehbar und stehe im Einklang mit den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen sowie den Bestimmungen des BVergG.

Mit Schriftsatz vom 27.4.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und nach Darstellung des Ablaufes des Vergabeverfahrens im Wesentlichen ausgeführt, in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere im beigelegten Baumanagervertrag, seien lediglich die Mindestleistungen des und die Mindestqualitätsanforderungen an den auszuwählenden Baumanager definiert. Die über diese Mindestanforderungen hinausgehenden Leistungen und Qualitätsanforderungen im Rahmen der Projektabwicklung hätten die Bieter im Rahmen ihrer Darstellung im Angebot anzubieten. Dazu verweist sie auf die Punkte 5 und 6 der Beilage A zu den Ausschreibungsunterlagen. Daraus gehe eindeutig hervor, „dass das Sanierungsprojekt eben gerade nicht – wie es offenbar die Antragstellerin tut – als „0815“ Projekt gesehen werden soll, das vom künftigen Baumanager mit der zweiten Garnitur Punkt für Punkt ohne besonderen Ehrgeiz und Einsatz abgearbeitet wird“. Zur Qualität erwartet die Antragsgegnerin, dass die Bieter, über die festgelegten Anforderungen hinaus eine stimmige Darstellung zu den einzelnen Qualitätskriterien liefern. Während einige Bieter, darunter „leider auch die Antragstellerin“ in vielen Punkten nur bedingt aussagekräftige und projektspezifische Standardunterlagen vorgelegt hätten, hätten sich andere Bieter, wie etwa die Teilnahmeberechtigte umfassende Gedanken zum konkreten Sanierungsprojekt gemacht, seien auf die projektspezifischen Besonderheiten eingegangen und hätten eigene Ideen und Verbesserungsvorschläge eingebracht. Das System der Bestbieterermittlung sei in den Ausschreibungsunterlagen (Anlage A) näher beschrieben worden. Im besonderen legt die Antragsgegnerin „das System der Bestbieterermittlung“ dar. Danach besteht die Bewertungskommission aus 6 Mitgliedern, nämlich 4 Angehörigen der Antragsgegnerin, einem Vertreter des Wohnfonds Wien und einem externen Sachverständigen. Zur Vorbereitung der Tätigkeit der Bewertungskommission seien alle Angebote von einer externen Sachverständigen (Architekturbüro ***) einer inhaltlichen Prüfung unterzogen worden. Die externe Sachverständige hätte auch die einzelnen Angebote aufbereitet und im Rahmen der Sitzung der Bewertungskommission vom 26.11.2008 im Einzelnen vorgestellt. Um eine größtmögliche Objektivität sicher zu stellen, seien den Mitgliedern der Bewertungskommission die angebotenen Preise während der Qualitätsbeurteilung noch nicht bekannt gewesen. Nach erschöpfender Diskussion sei schließlich die

anonyme Bewertung der einzelnen Angebote je Qualitätssubkriterium erfolgt, wobei von jedem Kommissionsmitglied geheim auf einem anonymen Stimmzettel je Bieter und je Qualitätssubkriterium Punkte von 1 (= schlecht erfüllt) bis 5 (= sehr gut erfüllt) vergeben worden seien. Die externe Sachverständige sei nicht Mitglied der Bewertungskommission gewesen. Die von einzelnen Mitgliedern der Bewertungskommission vergebenen Punkte seien von der externen Sachverständigen sowie zwei Vertretern der Antragsgegnerin auf Vollständigkeit überprüft worden. In der Folge seien die Punkte in ein „Excel-Dokument“ eingetragen und die Stimmzettel der Mitglieder der Bewertungskommission in einem Kuvert versiegelt und den Vergabeakten angeschlossen worden. Die von den Kommissionsmitgliedern auf Grund einer vergleichenden Bewertung aller vorliegenden Angebote vergebenen Punkte je Qualitätssubkriterium und Bieter seien im Excel-Dokument automatisch „gemittelt“ worden, das heißt alle Einzelpunkte je Qualitätssubkriterium seien zusammengezählt und durch die Anzahl der Kommissionsmitglieder dividiert worden. Das Angebot mit dem höchsten so ermittelten Wert habe die volle Punkteanzahl je Qualitätssubkriterium erhalten. Die nachfolgenden Angebote verhältnismäßig weniger Qualitätspunkte im Verhältnis zum Abstand zum Bestgereihten. Erst nach Ermittlung der Qualitätspunkte seien die Preispunkte ermittelt und anschließend der Bewertungskommission bekannt gegeben worden. Das Ergebnis der Bestbieterermittlung sei anschließend der Bewertungskommission zur Kenntnis gebracht worden. Eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung sei nicht erfolgt, dies „schon deshalb, weil auf Grund der anonymen Abstimmung schon wesensgemäß eine inhaltliche, von allen Mitgliedern der Bewertungskommission mitgetragene verbale Begründung gar nicht möglich ist. Außerdem wären durch die verbale Begründung niemals die gemittelten Punkte zu erklären“. Aus dem Umstand, dass es keine verbale Begründung für das Bewertungsergebnis gäbe, könne nicht geschlossen werden, dass die Bewertung willkürlich erfolgt wäre. Auf Grund des gewählten Bewertungssystems hätte es „kein Mitglied der Bewertungskommission in der Hand (gehabt), einen maßgeblichen Einfluss auf das Bewertungsergebnis zu nehmen, um so das eine oder das andere Angebot besser zu stellen. Durch die geheime Punktevergabe ist keinem Jurymitglied bekannt, welche Punkte andere Jurymitglieder bei den einzelnen Qualitätssubkriterien je Bieter vergeben werden. Schließlich ist keinem Jurymitglied bekannt, wie die Angebote der einzelnen Bieter preislich liegen“. Es sei daher aus diesen Gründen keinem Mitglied der Bewertungskommission möglich, das Ergebnis – etwa aus unlauteren Motiven heraus – zu „steuern“. Die Antragsgegnerin würde seit Jahren die Baumanagerleistungen nach diesem „bewährten Bewertungssystem“ vergeben.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, das Angebot, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre auszuschneiden gewesen, führt die Antragsgegnerin aus, dies sei unzutreffend. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei eingehend geprüft worden, eine willkürliche Qualitätsbewertung liege nicht vor, die angebotenen Preise seien auch korrekt ermittelt worden.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 2.7.2009 ausführlich repliziert und im Wesentlichen ausgeführt, dass die von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz dargestellte Bewertung nach einem gemittelten Schulnotensystem den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen sei. Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlage sei anzunehmen gewesen, dass ausschließlich eine relative Bewertung der Angebote erfolgt, was nach den Ausführungen der Antragsgegnerin nicht geschehen sei. Weiters weist die Antragstellerin darauf hin, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Bewertung durch eine Kommission erfolgen sollte, nicht jedoch, wie nunmehr von der Antragsgegnerin vorgebracht durch eine Einzelbewertung durch die einzelnen Kommissionsmitglieder nach dem Schulnotensystem. Weiters weist die Antragstellerin darauf hin, dass eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht erfolgt sei, was für sich allein einen schweren Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz darstelle und im Ergebnis zur Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung führen müsste. Dem Gebot der umfassenden Transparenz des Bewertungsvorganges komme schon deshalb besondere Bedeutung zu, als die Stadt Wien zu 34 % an der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beteiligt sei. Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin dadurch hervorgestochen habe, dass sie zusätzlich eigene Ideen eingebracht und Verbesserungsvorschläge geäußert hat „gestehe sie zu, dass sie in die Bewertung Umstände einbezogen hat, die in den Ausscheidungsunterlagen nicht offen gelegt gewesen seien.“

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand 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 7.7.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich eines Baumanagerauftrages zur Sanierung einer Wohnhausanlage in Wien 21. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Preis mit 55 % und die Qualität mit 45 % gewichtet wurden. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ ist wiederum in 4 Subkriterien untergliedert. Insgesamt haben sich 13 Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Das Ende der Angebotsfrist war der 26.9.2008, 8.30 Uhr, die Angebotseröffnung fand am gleichen Tage ab 10.30 Uhr statt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin preislich als an 2. Stelle liegend verlesen.

Die Ausschreibungsunterlagen sind in das Angebotsformblatt MBBD-SR75, die Beilage A-Verfahrensbestimmungen, Beilage B-Baumanagervertrag und Angebot zur Honorarermittlung, Beilage C, Angaben zum Objekt und in die Beilage D-Mustertext Datenschutzvereinbarung, gegliedert. Zur Abwicklung des Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin Arch. *** als außenstehende Expertin beigezogen, die sowohl die Ausschreibungsunterlagen vorbereitet als auch in der Folge die Prüfung der Angebote und die Vorbereitung der Sitzung der Bewertungskommission vorgenommen hat.

Nach dem Inhalt der Niederschrift über die Angebotseröffnung wurde diese von Arch. ***, einem Mitarbeiter ihres Büros sowie vom Mitarbeiter der Antragsgegnerin *** durchgeführt. Nach der Anwesenheitsliste für die Qualitätsbewertungskommission vom 26. November 2008 war bei dieser Sitzung auch der Mitarbeiter der Antragsgegnerin *** anwesend, jedoch nicht stimmberechtigt.

Folgende Festlegungen aus den Ausschreibungsunterlagen werden als für das Nachprüfungsverfahren bedeutsam im Folgenden wiedergegeben:

1. „5.Ziffer 5

Kriterien für die Bestbieterermittlung

Die Ermittlung des besten Angebotes erfolgt unter all jenen Angeboten, welche für die Wahl des Zuschlages in Betracht kommen (= unter allen gültigen Angeboten). Aus diesen wird das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot von einer Bewertungskommission in Form einer Nutzwert- bzw. Multifaktoranalyse festgestellt (=Bestbieterprinzip).

Nach folgenden Grundsätzen wird vorgegangen:

Gesamtpunkteanzahl: 1000

+Gewichtung des angebotenen Preises 55% -> 550 Gesamtpunkte Preis. Die Ermittlung der zu erreichenden Preispunkte (x) ergibt sich nach folgender Berechnung:

$$x = 550 * \text{günstigster Angebotspreis} / \text{jeweiliger Angebotspreis}$$

Die rechnerische Ermittlung der Preispunkte für jedes Angebot erfolgt nach der Qualitätsbeurteilung; zwecks größtmöglicher Objektivität sind der Kommission die angebotenen Preise während der Qualitätsbeurteilung noch nicht bekannt.

+Gewichtung der Qualität des Angebote 45 % -> 450 Gesamtpunkte Qualität. Durch eine Kommission erfolgt eine qualitätsbezogene Punktezuordnung für jeden Bieter.

Es werden vier Hauptgruppen mit der nachfolgend angeführten Gewichtung beurteilt:

-Bewertung der dargestellten Mieterbetreuung (Methoden, Umfang und Team) 44% von 450 Punkten -> Gesamtpunkte 198

-Bewertung der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz 28% von 450 Punkten -> Gesamtpunkte 126

-Bewertung der organisatorischen Konzepte und der dargestellten

Verfahrensabwicklung

16 % von 450 Punkten -> Gesamtpunkte 72

-Bewertung des zur Bauabwicklung bzw. der -durchführung angebotenen

Projektteams

12 % von 450 Punkten -> Gesamtpunkte 54

Die Auswertung der durch die Kommission ermittelten und beurteilten bzw. durch die in den Angeboten beschriebenen Gesamtqualität zu den einzelnen Qualitätswerten wird nach folgendem Prinzip durchgeführt:

Das jeweilige Angebot mit der besten Qualität erhält die volle Punkteanzahl. Die Anderen werden im Verhältnis dazu ermittelt.

Hinweis im Punkt 6 unbedingt beachten!!

1. 6.Ziffer 6

Hinweise zur Angebotserstellung bezüglich Qualitätsbeurteilung:

Bitte beachten Sie Folgendes:

Ein Schwerpunkt bei der Beurteilung des Angebotes ist neben dem Angebotspreis die Qualität der angebotenen Leistungen.

Bei der Qualitätsbewertung werden beispielsweise die Qualität des angebotenen Arbeitsteams für die Baudurchführung sowie die dargestellten Leistungen bei der Mieterbetreuung beurteilt. Unter anderem erfolgt auch eine Bewertung der angeführten Lösungsansätze und Konzepte.

Auf folgende Punkte sollte in der Angebotslegung daher eingegangen werden:

Schilderung des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufs der erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten. Ausführliche Darstellung der Zusammenarbeit und Koordination mit den Mietern, den Mietervertretern sowie den Behörden (terminliches und organisatorisches Gerüst). Angabe der Zusammensetzung und der Qualität des vorgesehenen Projektteams sowohl im Bezug auf Bauabwicklung Baudurchführung als auch der Mieterbetreuung. Grundsätzliches Konzept für die Lösung von bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Problemen.

Beilagen

MD BD – SR 75 (Ausschreibungsmantelbogen)

BEILAGE B: Baumanagervertrag und das Angebot zur Honorarermittlung

BEILAGE C: Angabe zum Objekt

BEILAGE D: Mustertext Datenschutzvereinbarung"

Den Ausschreibungsunterlagen ist insbesondere nicht zu entnehmen, aus wie viel Personen die Bewertungskommission besteht, wie sie sich personell zusammensetzt und wie konkret die Bewertung durchgeführt werden soll.

Nach der am 26.9.2008 erfolgten Angebotseröffnung sind die abgegebenen Angebote offenbar von der externen Sachverständigen Arch. *** geprüft worden. Als Ergebnis dazu findet sich für jedes Angebot eine Zusammenstellung, in wie weit die Angebote den Forderungen der Auftraggeberin entsprechen. Diese Blätter weisen folgenden Text auf:

BAUMANAGERVERTRÄGE WIENER WOHNEN – VORPRÜFUNG

Projekt: 21., Pragerstraße 93-99

Bieter: ***

Mieterbetreuung (1)

Forderungen

+Mieterinformationslokal: Öffnungszeiten: min. 1 x/Woche – auch während Bauvorbereitung; Angabe wann Inbetriebnahme

+Zusammensetzung und fachliche Qualifikation des Teams +Telefonhotline: min. MO – FR 8 – 17 h

+Min 4 x jährlich allgemeine Mieterinformation, Durchführung von Mieterversammlungen

+Erhebung der Wünsche der Mieter mittels Fragebögen + Auswertung, Umsetzungsvorschläge

Mieterbetreuung (2)

Forderungen

+Koordinierung der Umsetzung der mit den Mietern getroffenen Vereinbarungen +Auskünfte und Hilfe bei aktuellen Problemen (während Bauführung) +Ausführliche Darstellung der Zusammenarbeit und Koordination mit den Mietern /- vertretern

+Huckepack: bei der Erhebung der Mieterwünsche auch konkr. Einrichtungs- und Ausstattungsvorschläge; auch hinsichtlich Zentralhzgseinb.

Bautechn., gestalterische + ästhetische Kompetenz

Forderungen

+Grundsätzliches Konzept für die Lösung von bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Problemen

Organisatorisches Konzept

Forderungen

+Schilderung des geplanten zeitlichen und organisatorischen Ablaufes der Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten (terminl. + organisator. Gerüst) +Ausführliche Darstellung der Zusammenarbeit mit den Behörden

Projektteam am BAU

Forderungen

+Angabe der Zusammensetzung und der Qualität des vorgesehenen Projektteams

Diesen Forderungen (die sich in den AU nur teilweise finden) wurden jeweils die Angaben der Bieter gegenübergestellt.

Diese Unterlagen, die offenbar – Näheres ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen – von der externen Sachverständigen Arch. *** angefertigt wurden, waren die Grundlage für die Präsentation der Angebote in der Sitzung der Bewertungskommission vom 26.11.2008. Aus den Vergabeakten ist nicht dokumentiert, welche Personen aus welchem Bereich für die Bewertungskommission bestimmt wurden. Es findet sich lediglich eine Anwesenheitsliste für die Qualitätsbewertungskommission vom 26.11.2008, der entnommen werden kann, dass an diesem Tag 11 Personen bei dieser Sitzung anwesend gewesen sind. Es sind dazu die Abteilung oder Dienststelle der sie angehören angeführt sowie jeweils der Familienname. Bei 6 Personen, die auf dieser Liste aufscheinen findet sich am linken Rand ein Sternchen mit dem Hinweis darauf, dass es sich bei diesen Personen um „stimmberechtigte Mitglieder" gehandelt hat. Von den stimmberechtigten Mitgliedern gehören zwei „WW21" an, ein Mitglied „WWDION" und ein Mitglied „WW". Das fünfte Mitglied gehört der Abteilung oder Dienststelle „Wohnfonds" an. Als sechstes Mitglied ist angeführt „Arch. ***". Damit steht fest, dass die externe Sachverständige Arch. ***, die nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27.4.2009 alle Angebote einer inhaltlichen Prüfung unterzogen hat, auch stimmberechtigtes Mitglied der Bewertungskommission gewesen ist. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin hat Arch. *** die Bieterangaben zu den Qualitätskriterien auf ihre Richtigkeit und Plausibilität hin überprüft und für die Bewertungskommission aufbereitet. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27.4.2009 wurden die Ergebnisse dieser Prüfung der fachkundigen Bewertungskommission „vom externen Sachverständigen (hier: dem Architekturbüro ***) zunächst die einzelnen Angebote im Rahmen einer Powerpoint-Präsentation in alphabetischer Reihenfolge kurz präsentiert". Zur Beantwortung allfälliger Fragen der Mitglieder stand *** zur Verfügung. Dieser Ablauf ist in den Vergabeakten in der Niederschrift über Sitzung der „Qualitätsbewertungskommission und ihr Ergebnis vom 20. Jänner 2009 (!) dokumentiert. Er ergibt sich – wie bereits ausgeführt – auch aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin.

In den Vergabeakten finden sich sodann sechs Stimmzettel, die jeweils mit der Stampiglie der Antragsgegnerin und dem Datumstempel 26.11.2008 versehen sind.

Diese Stimmzettel haben folgende Form:

„BAUMANAGERVERTRÄGE WIENER WOHNEN – VORPRÜFUNG

Projekt: 21; Prager Straße 93-99

Tranche 3

§ 18Tranche 3 Paragraph 18

NHK - € 5,0 Mio.

Stimmzettel

Bewertung

bestes Angebot = 5

schlechtestes Angebot = 1

Bewertung der

Bewertung der

Bewertung der

dargestellten

bautechnischen organisatorischen Bewertung des zur

Mieterbetreuung

gestalterischen Konzepte und der Bauabwicklung

Methoden+Umfang+ und ästhetischen Verfahrensab- angebotenen

Bieter

Team

Kompetenz

wicklung

Projektteams

1....usw.

.....

(in den 4 Spalten haben die Mitglieder der Kommission jeweils ihre „Noten“ eingetragen)

Die in den Vergabeakten erliegenden Stimmzettel sind namentlich nicht bezeichnet bzw. gefertigt, eine Zuordnung von welchem der stimmberechtigten Mitglieder der Kommission sie stammen, ist nicht möglich. Ein Protokoll über die Sitzung der Bewertungskommission vom 26.11.2008 findet sich erst als Niederschrift vom 20.1.2009 in den Vergabeakten. Im Anschluss an die Stimmzettel enthalten die Vergabeakten zwei Tabellen, von denen eine mit „Vorgaben zur Bewertung“ überschrieben ist, in der tabellarisch dargestellt alle 13 Angebote angeführt sind. Eine weitere Tabelle betrifft nur mehr 5 Angebote, darunter das Angebot der Teilnahmeberechtigten sowie der Antragstellerin. Nach dieser mit „Übersicht bis Reihung“ bezeichneten Tabelle hat die Teilnahmeberechtigte 450 Qualitätspunkte und 432,17 Preispunkte, sohin 882,17 erreicht; sie wurde damit an 1. Stelle gereiht. Die Antragstellerin hat 282 Qualitätspunkte und 530 Preispunkte, sohin 812 Gesamtpunkt erreicht und wurde damit an 5. Stelle gereiht. Beide Tabellen sind mit 26.11.2008 abgestempelt.

In den Vergabeakten findet sich sodann eine Niederschrift „gemäß § 128 Abs. 1 BVergG 2006 über die Qualitätsbewertungskommission und ihr Ergebnis“ vom 20.1.2009, ohne dass aus den (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten ersichtlich wäre, welche Bearbeitung der Angebote zwischen der Bewertungssitzung am 26.11.2008 und dem Tag der Errichtung der Niederschrift (20.1.2009) erfolgt sind. In den Vergabeakten findet sich sodann eine Niederschrift „gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 über die Qualitätsbewertungskommission und ihr Ergebnis“ vom 20.1.2009, ohne dass aus den (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten ersichtlich wäre, welche Bearbeitung der Angebote zwischen der Bewertungssitzung am 26.11.2008 und dem Tag der Errichtung der Niederschrift (20.1.2009) erfolgt sind.

In der Niederschrift vom 20.1.2009 wird eingangs zunächst festgehalten, dass mit der Prüfung der Angebote und der Durchführung der anschließenden Qualitätsbewertungskommission ein externes Architekturbüro (Arch. ***) beauftragt wurde. Die rechnerische und sachliche Prüfung der Angebote erfolgte durch das beauftragte Architekturbüro. In dieser Niederschrift wird erstmals (Seite 2) die Zusammensetzung der Kommission aus 6 stimmberechtigten Teilnehmern festgehalten, ohne dass die Namen dieser Kommissionsmitglieder angeführt werden. Daran anschließend wird der Bewertungsvorgang wie im Folgenden wiedergegeben, dargestellt:

Die Kommission setzte sich aus 6 stimmberechtigten Teilnehmern zusammen.

1 x WIENER WOHNEN Direktion

1 x Wohnfonds Wien

2 x WIENER WOHNEN für den 21. Bezirk

1 x externer Sachverständiger (Zivilingenieur)

1 x WIENER WOHNEN Direktion – Technik

Die Präsentation der Angebote erfolgte durch das beauftragte externe Architekturbüro und zwar durch Frau Arch. ***. Die Vorgehensweise war dabei wie folgt:

+Frau Arch. *** erläutert den anwesenden Jurymitgliedern gemeinsam mit Frau Ing. *** zunächst das Bewertungssystem sowie die Gewichtung der vier Qualitätskriterien lt. Beilage A Pkt. 5. der Ausschreibungsunterlagen,

wobei darauf hingewiesen wird, dass dem Zuschlagskriterium Qualität insgesamt eine Gewichtung von 45% (= max 450 Punkte) zukommt:

1. 1.Ziffer eins

Bewertung der dargestellten Mieterbetreuung (Methoden, Umfang und Team), in den Präsentationsunterlagen kurz „Mieterbetreuung“ genannt; 44% von 450 Punkten = Gesamtpunkte 198

1. 2.Ziffer 2

Bewertung des zur Bauabwicklung bzw. der Baudurchführung angebotenen Projektteams, in den Präsentationsunterlagen kurz „Projektteam“ genannt; 28% von 450 Punkten = Gesamtpunkte 126

1. 3.Ziffer 3

Bewertung der organisatorischen Konzepte und der dargestellten Verfahrensabwicklung, in den Präsentationsunterlagen kurz „Organisatorisches Konzept“ genannt;

16% von 450 Punkten = Gesamtpunkte 72

1. 4.Ziffer 4

Bewertung der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz, in den Präsentationsunterlagen kurz „Bautechn., gestalt. und ästh. Kompetenz“ genannt;

12% von 450 Punkten = Gesamtpunkte 54

+Es wird der Qualitätsbewertungskommission das ausschreibungsgegenständliche Projekt vorgestellt (1 Power Point-Folie mit Fotos der Wohnhausanlage sowie Größe, Baujahr, geschätzten Herstellkosten). Allfällige Fragen einzelner Mitglieder der Qualitätsbewertungskommission zum Projekt werden von Frau Arch. *** beantwortet.

+Arch. *** präsentiert der Qualitätsbewertungskommission jeden Bieter in alphabetischer Reihenfolge und zwar jeweils anhand einer Gegenüberstellung der in der Ausschreibung geforderten Angaben mit den in den Angebotsunterlagen enthaltenen Angaben; weiters wird mindestens 1 Referenzprojekt pro Bieter präsentiert und näher erläutert (gesamt 6 bis 8 Power Point-Folien pro Bieter)

+Parallel dazu werden der Jury die gesamten Original-Unterlagen jedes Bieters, insbesondere die Angaben zu den Qualitätskriterien, zur Verfügung gestellt, wobei die maßgeblichen Stellen in den Unterlagen mit farbigen Reitern markiert sind. Arch. *** ist mit jedem der Angebote vertraut; sie hat die einzelnen Angebote im Vorfeld sorgfältig und gewissenhaft auf die Inhalte und die Preisgestaltung überprüft. Somit wird jede Frage der Jurymitglieder umgehend, objektiv und genau beantwortet und jedes Mitglied der Kommission kann sich umfassend informieren.

Die Angebotsunterlagen der einzelnen Bieter werden ohne Bekanntgabe des Preises jedem Jurymitglied vorgelegt!

+Im Anschluss an die Präsentation jedes Bieters vergeben die Kommissionsmitglieder geheim die Punkte auf anonymen Stimmzetteln, und zwar für jedes der vier bereits beschriebenen Qualitätskriterien.

Bei der Punktevergabe wird besonderes Augenmerk auf die Auseinandersetzung des jeweiligen Bieters mit dem vorliegenden Projekt gelegt.

Die Qualität der Angebote wird besonders bewertet hinsichtlich der Darstellung:

-Hat der Bieter sich mit der gegenständlichen Wohnhausanlage befasst oder wurden nur allgemeine Unterlagen geliefert?

-Hat der Bieter ein Konzept zur Mieterbetreuung, das auf die Besonderheiten der Anlage abgestimmt ist, oder nur ein allgemeines Konzept. -In welchem Ausmaß geht das Angebot in die Tiefe hinsichtlich wirtschaftlicher und technischer Lösungsansätze?

-Wie detailliert und genau ist ein eventuell beiliegender Projektablauf- und Bauzeitenplan auf das vorliegende Projekt abgestimmt? -Wie realistisch und schlüssig ist der Zeitablauf dargestellt? -Wie ist der Einsatz des bekannt gegebenen Projektteams, auch für die Mieterbetreuung, dargestellt?

Die Mitglieder der Qualitätsbewertungskommission werden darüber informiert, dass sie je Qualitätskriterium Punkte von 1 bis 5 verteilen können (Höchstpunkte für bestes Angebot = 5 Punkte; Erfüllung nur der Mindestanforderungen = 1 Punkte), je nachdem, wie hoch nach den Angaben im Angebot des jeweiligen Bieters der Erfüllungsgrad erreicht wird.

+Nach dem Ende der Abstimmung werden die von den Jurymitgliedern abgegebenen Stimmzettel je Bieter durch Arch. *** gemeinsam mit zwei Vertretern von Wiener Wohnen (Ing. ** und Ing. ***) kontrolliert, die vergebenen Punkte je Bieter addiert und sodann in Qualitätspunkte umgerechnet.

Der Bieter mit den durch die Qualitätsbewertungskommission vergebenen meisten Punkten innerhalb eines der vier Qualitätskriterien erhält die der Gewichtung entsprechende und in den Ausschreibungsunterlagen (Beilage A, Punkt 5) enthaltene Höchstpunkteanzahl; die übrigen Bieter erhalten im Verhältnis weniger Punkte.

Unmittelbar im Anschluss an die Auswertung der Qualitätspunkte werden die Preispunkte und die Qualitätspunkte im Vieraugenprinzip von Arch. *** und Vertretern von Wiener Wohnen (Ing. *** und Ing. ***) zusammen geführt, überprüft und in einer Matrix am Computer eingetragen.

Punktebewertung Qualität: Die Angebote mit der höchsten Qualität innerhalb des jeweiligen Kriteriums erhalten die höchstmögliche Punkteanzahl der Gewichtung dieser Qualität (z.B. Mieterbetreuung 198 Punkte), alle anderen dazu im Verhältnis der erreichten Punkteanzahl des eigenen Angebotes.

Punktebewertung Preis: Erfolgt ebenfalls nach demselben Prinzip. Der billigste Preis erhält die höchst mögliche Punkteanzahl (550 Punkte), alle anderen Angebote im Verhältnis des eigenen Preises.

Die rechnerische und sachliche Prüfung wurde bei allen Angeboten durchgeführt.

Aufgrund des Angebotsergebnisses und unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 123 Abs. 3 BVergG 2006 wird von Wiener Wohnen festgelegt, dass in der Folge die weitere Angebotsprüfung auf jene 5 Angebote beschränkt bleiben kann. Aufgrund des Angebotsergebnisses und unter Berücksichtigung der Vorgaben des Paragraph 123, Absatz 3, BVergG 2006 wird von Wiener Wohnen festgelegt, dass in der Folge die weitere Angebotsprüfung auf jene 5 Angebote beschränkt bleiben kann.

Die anonymen Stimmzettel aller Juryteilnehmer werden in einem Kuvert versiegelt und zum Vergabeakt beigelegt.

Der ermittelte Bestbieter wird den Juryteilnehmern, mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mitgeteilt.

Die Ermittlung des besten Angebotes ist in den Verfahrensbestimmungen als Teil der Angebotsunterlagen „Beilage A“ beschrieben.

Keinem der in den Vergabeakten erliegenden Stimmzettel ist eine verbale Begründung des jeweiligen Kommissionsmitgliedes für die Beurteilung bzw. Punktevergabe zu entnehmen.

In der Bewertungssitzung vom 26.11.2008 ist die Bewertung der Angebote auf Grundlage der Auswertung durch das Büro *** erfolgt. Die Unterlagen bezüglich der einzelnen Angebote wurde in der Kommission dargelegt, aber nicht diskutiert, insbesondere hat eine Gegenüberstellung oder ein Vergleich mit den Angeboten untereinander nicht stattgefunden. Die Punktevergabe beim Kriterium Qualität erfolgte ausschließlich auf Grund der von den Mitgliedern der Kommission ausgefüllten Stimmzettel, die jedoch – wie bereits erwähnt – keinerlei verbale Begründung enthalten.

Der Niederschrift angeschlossen ist als Abschnitt zwei ein Motivenbericht, in dem zu den einzelnen Angeboten jeweils standardisiert festgehalten wird, dass im Zuge der Prüfung der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Arch. *** keine Mängel festgestellt wurden. Sodann wird zum Angebot der Teilnahmeberechtigten sowie der Antragstellerin festgehalten, wie viele Punkte sie bei den Qualitätskriterien bzw. beim Kriterium Preis erhalten haben. Der Motivenbericht zu jedem einzelnen Angebot endet jeweils mit dem Satz: „Die Dokumentation der Angebotsprüfung liegt dem Vergabeakt bei“. Obwohl in der nachträglich errichteten Niederschrift über die Angebotsprüfung festgehalten wird, dass die externe Sachverständige Frage beantwortet hat, gibt es kein Protokoll über die Diskussion über die Angebote. Es wird daher nicht sichtbar, wie die Kommission zu ihrer Entscheidung gelangte.

Abschließend wird der Vergabevorschlag wie folgt formuliert:

„Wahl des Angebotes für den Zuschlag gemäß § 130 BVergG 2006 bzw. für die Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006; „Wahl des Angebotes für den Zuschlag gemäß Paragraph 130, BVergG 2006 bzw. für die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006;

Die Bestbieterermittlung erfolgte unter allen eingegebenen gültigen Angeboten unter Zugrundelegung der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien (siehe Beilage „Punktebewertung“). Nach der Angebotsprüfung der für

das offene Verfahren über die gegenständlichen Ziviltechnikerleistung wurde das Angebot des Bieters *** Gesellschaft *** m.b.H., ***, für die zu erbringenden Leistungen auf Grund des Ergebnisses der Punktebewertung gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien (siehe Vergabeverfahrensbestimmungen und Ergebnis der Punktebewertung) als Bestangebot ermittelt.

Der zivilrechtliche Preis des Bestbieters beträgt *** EUR.

Die Preisangemessenheit der zur Vergabe gelangenden Angebote wurde von Frau Arch. *** überprüft und bestätigt."

Die offenbar als Original im Akt erliegende Niederschrift vom 20.1.2009 trägt lediglich die Fertigung der „Referentin: Ing. ***/Referat ****", nicht jedoch der ebenfalls angeführten Leiterin des Referats/*** Ing.***. Obwohl vorgesehen hat der Leiter der Dion. *** den Einsichtsvermerk nicht gezeichnet.

Mit Schreiben vom 18.2.2009 hat die Antragsgegnerin die Bieter im Hinblick auf den drohenden Ablauf der Zuschlagsfrist um Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote ersucht. Sowohl die Teilnahmeberechtigten als auch die Antragstellerin haben der Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote um zwei Monate zugestimmt.

Mit Schreiben vom 30.2.2009 wurden die Angebote von zwei Bieter ausgeschieden.

Schließlich findet sich in den Vergabeakten die Zuschlagsentscheidung vom 1.4.2009, die der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen ist.

Über Ersuchen der Antragstellerin vom 9.4.2009, ihr die Gründe für die unterschiedliche Punktevergabe mitzuteilen, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10. April 2009 geantwortet, in dem sie im Wesentlichen den Inhalt der Niederschrift vom 20. Jänner 2009 über den Bewertungsvorgang mitgeteilt hat.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 15.4.2009 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 auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend § 12 Abs. 1 WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Danach war festzustellen, dass die Beilage A der Ausschreibungsunterlagen außer den Punkten 5 und 6 keinerlei Bestimmungen über die Kriterien für die Bestbieterermittlung enthält, den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen ist, aus wie vielen Mitgliedern die von der Antragsgegnerin eingesetzte Bewertungskommission besteht und wie der Bewertungsvorgang durchgeführt werden soll. Der in der Niederschrift vom 20. Jänner 2009 dargelegte Bewertungsvorgang ist auch nicht andeutungsweise den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen. Insbesondere war auf Grund der Aktenlage, aber auch auf Grund des Vorbringens der Antragsgegnerin festzustellen, dass eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung nicht erfolgt ist, die anonym nach Punkten vorgenommene Bewertung der Angebote mittels Stimmzettel von den einzelnen Mitgliedern der Kommission nicht näher begründet wurde und dass insbesondere im Zuge des Bewertungsvorganges am 26.11.2008 eine Diskussion zu den und ein Vergleich mit den einzelnen Angeboten nicht stattgefunden hat (***). Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten, wobei angenommen wurde, dass diese entsprechend Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 vollständig vorgelegt worden sind. Danach war festzustellen, dass die Beilage A der Ausschreibungsunterlagen außer den Punkten 5 und 6 keinerlei Bestimmungen über die Kriterien für die Bestbieterermittlung enthält, den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen ist, aus wie vielen Mitgliedern die von der Antragsgegnerin eingesetzte Bewertungskommission besteht und wie der Bewertungsvorgang durchgeführt werden soll. Der in der Niederschrift vom 20. Jänner 2009 dargelegte Bewertungsvorgang ist auch nicht andeutungsweise den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen. Insbesondere war auf Grund der Aktenlage, aber auch auf Grund des Vorbringens der Antragsgegnerin festzustellen, dass eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung nicht erfolgt ist, die anonym nach Punkten vorgenommene Bewertung der Angebote mittels Stimmzettel von den einzelnen Mitgliedern der Kommission nicht näher begründet wurde und dass insbesondere im Zuge des Bewertungsvorganges am 26.11.2008 eine Diskussion zu den und ein Vergleich mit den einzelnen Angeboten nicht stattgefunden hat (***).

Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27.4.2009 war den Vergabeakten auch eindeutig zu

entnehmen, dass die externe Sachverständige Arch. *** sehr wohl als stimmberechtigtes Mitglied in der Sitzung vom 26.11.2008 tätig geworden ist. Abermals entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin hat zumindest Arch. *** die Preissituation der zu bewertenden Angebote gekannt, wie sich auch aus der Niederschrift vom 20.1.2009 ergibt (Arch. *** ist mit jedem der Angebote vertraut; sie hat die einzelnen Angebote im Vorfeld sorgfältig und gewissenhaft auf die Inhalte und die Preisgestaltung überprüft, Seite 3). Die Argumentation in diesem Zusammenhang, die Bewertung der Angebote sei durch eine Angehörige ihres Büros erfolgt, vermag nicht zu überzeugen. Dazu kommt, dass nach dem Inhalt der Niederschrift über die Angebotseröffnung diese von *** geleitet worden ist. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass vor Bewertung die Angebote der Bieter nicht anonymisiert worden sind. Im Hinblick auf die Beteiligung der Stadt Wien mit 34 % an der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem Umstand, dass von den sechs Stimmberechtigten Kommissionsmitgliedern fünf beruflich in einem Naheverhältnis zur Antragsgegnerin bzw. zur Stadt Wien stehen, kann eine unsachliche Bewertung objektiv gesehen nicht ausgeschlossen werden. Der große zeitliche Abstand zwischen der Sitzung der Bewertungskommission vom 26.11.2008 und der Errichtung der Niederschrift über die Angebotsbewertung am 20.1.2009 ist nach der Aktenlage nicht erklärbar. Bei der Niederschrift vom 20.1.2009 dürfte es sich nach deren Inhalt, zumal hier der Bewertungsvorgang dargestellt wird, um eine nachträglich verfasste Niederschrift zur Sitzung vom 26.11.2008 handeln. Dass eine verbale Bewertung nicht erfolgt ist, wurde von der Antragsgegnerin zugestanden und ist nach der Aktenlage eindeutig erwiesen. Die Beteiligung der Stadt Wien mit 34 % an der Teilnahmeberechtigten ist durch das offene Firmenbuch nachgewiesen (***).

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 eines Baumanagervertrages zur Instandsetzung einer Städtischen Wohnhausanlage in Wien 21. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Preis (gewichtet mit 55 %) und die Qualität (gewichtet mit 45 %) vorgesehen sind. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ ist wiederum in vier Subkriterien untergliedert, nämlich in die Bewertung der dargestellten Mieterbetreuung (44 %), der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz (28%), der organisatorischen Konzepte und der dargestellten Verfahrensabwicklung (16 %) und des zur Bauabwicklung bzw. der – durchführung der angebotenen Projektteams (12 %). 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 eines Baumanagervertrages zur Instandsetzung einer Städtischen Wohnhausanlage in Wien 21. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei als Zuschlagskriterien der Preis (gewichtet mit 55 %) und die Qualität (gewichtet mit 45 %) vorgesehen sind. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ ist wiederum in vier Subkriterien untergliedert, nämlich in die Bewertung der dargestellten Mieterbetreuung (44 %), der bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Kompetenz (28%), der organisatorischen Konzepte und der dargestellten Verfahrensabwicklung (16 %) und des zur Bauabwicklung bzw. der – durchführung der angebotenen Projektteams (12 %).

Das Ende der Angebotsfrist war der 26.9.2008, 8.30 Uhr. Insgesamt haben sich 13 Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat 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 Nichtigerklärung 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 Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat 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 Nichtigerklärung 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 1.4.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung ist am 15.4.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die angefochtene Entscheidung vom 1.4.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung ist am 15.4.2009 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt.

Der Antrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Zunächst ist davon auszugehen, dass die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Beilage A-Verfahrensbestimmungen, mangels Anfechtung bestandfest geworden sind. Im Punkt 5 werden die Kriterien für die Bestbieterermittlung dargestellt, wobei das Kriterium „Qualität“ in vier, von der Antragsgegnerin als Hauptgruppen, bezeichnete Unterkriterien geteilt ist, die jeweils eine unterschiedliche Gewichtung erfahren. In den Ausschreibungsunterlagen wird eher beiläufig unter Punkt 5 ausgeführt, dass die Auswertung durch eine Kommission erfolgen soll. Aus wie viel Personen aus welchen Bereichen sich die Kommission zusammensetzt, ist den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht zu entnehmen. Im Punkt 5 wird auf Punkt 6 hingewiesen, der mit „Hinweise zur Angebotserstellung bezüglich Qualitätsbeurteilung“ überschrieben ist. Hier fällt zunächst auf, dass die im Punkt 5 dargestellten Unterkriterien und die Hinweise in Punkt 6 weit enger gehalten sind, als die der Bewertung zu Grunde gelegten weiteren Kriterien, wie sie sich aus den einzelnen Datenblättern zu den einzelnen Angeboten für die Sitzung vom 26.11.2008 ergeben. So ist etwa beim Unterkriterium „Mieterkriterium 1“ als Forderung angeführt:

Mieterinformationslokal Öffnungszeiten; mindestens vier mal jährliche allgemeine Mieterinformation, Durchführung von Mieterversammlungen; Erhebungen der Wünsche der Mieter mittels Fragebögen und Auswertung, Umsetzungsvorschläge.

Zum Unterkriterium bautechnische, gestalterische und ästhetische Kompetenz werden in dem Auswertungsblatt als Forderungen etwa angeführt, grundsätzliches Konzept für die Lösung von bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Problemen. Ähnliche Erweiterungen der Anforderungen sind auch beim organisatorischen Konzept feststellbar. Warum diese Forderungen nicht bereits in der Ausschreibungsunterlage aufgenommen wurden, damit die Bieter ihre Angebote entsprechend ausrichten können, vermochte die Antragsgegnerin nicht zu erklären. Nach Ansicht des Senates ist diese aus den Auswertungsbögen sich ergebende Erweiterung der Unterkriterien vergaberechtlich nicht gedeckt, zumal sie sich inhaltlich als Interpretation (die freilich den Bietern nicht mitgeteilt wurde) der eigenen Kriterien darstellen. Die Antragsgegnerin ist bei der Festlegung der Kriterien für die Zuschlagserteilung zwar grundsätzlich frei. Die Kriterien müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, müssen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes respektieren und dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsmessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. Die Kriterien müssen so festgelegt sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Alle Zuschlagskriterien müssen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden. An diese Festlegungen ist die Auftraggeberin bei der Bewertung der Angebote zwingend gebunden (vgl. Elsner BVergG 2006/2 RZ 443). Das Verfahren hat nun ergeben, dass die Bewertung der Angebote nach weiteren Forderungen erfolgt ist, die in der Festlegung des Punktes 5 bzw. in den

Hinweisen Punkt 6 der Beilage A zu den Ausschreibungsunterlagen nur teilweise ihre Deckung finden. Bereits damit erweist sich das Ergebnis des Bewertungsvorganges als mangelhaft. Der von der Antragsgegnerin in der Niederschrift vom 20.1.2009 dargestellte Bewertungsvorgang ist jedenfalls den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Zum Unterkriterium bautechnische, gestalterische und ästhetische Kompetenz werden in dem Auswertungsblatt als Forderungen etwa angeführt, grundsätzliches Konzept für die Lösung von bautechnischen, gestalterischen und ästhetischen Problemen. Ähnliche Erweiterungen der Anforderungen sind auch beim organisatorischen Konzept feststellbar. Warum diese Forderungen nicht bereits in der Ausschreibungsunterlage aufgenommen wurden, damit die Bieter ihre Angebote entsprechend ausrichten können, vermochte die Antragsgegnerin nicht zu erklären. Nach Ansicht des Senates ist diese aus den Auswertungsbögen sich ergebende Erweiterung der Unterkriterien vergaberechtlich nicht gedeckt, zumal sie sich inhaltlich als Interpretation (die freilich den Bietern nicht mitgeteilt wurde) der eigenen Kriterien darstellen. Die Antragsgegnerin ist bei der Festlegung der Kriterien für die Zuschlagserteilung zwar grundsätzlich frei. Die Kriterien müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen, müssen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes respektieren und dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Sie müssen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsmessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten. Die Kriterien müssen so festgelegt sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Alle Zuschlagskriterien müssen in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden. An diese Festlegungen ist die Auftraggeberin bei der Bewertung der Angebote zwingend gebunden (vergleiche Elsnar BVerfG 2006/2 RZ 443). Das Verfahren hat nun ergeben, dass die Bewertung der Angebote nach weiteren Forderungen erfolgt ist, die in der Festlegung des Punktes 5 bzw. in den Hinweisen Punkt 6 der Beilage A zu den Ausschreibungsunterlagen nur teilweise ihre Deckung finden. Bereits damit erweist sich das Ergebnis des Bewertungsvorganges als mangelhaft. Der von der Antragsgegnerin in der Niederschrift vom 20.1.2009 dargestellte Bewertungsvorgang ist jedenfalls den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen.

Nach § 130 Abs. 2 BVerfG 2006 hat der Auftraggeber die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Dadurch soll die Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung gewährleistet sein. Daraus leitet sich das Erfordernis einer eingehenden verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung (eine lediglich aus der Angabe von Bewertungspunkten bestehende Begründung genügt jedenfalls nicht) ab, die sich als Ausfluss des Gebotes einer objektiven Nachvollziehbarkeit der Begründung darstellt. Eine unzureichende Begründung verhindert die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung. Sie ist schon deshalb rechtswidrig und für nichtig zu erklären, weil die nicht objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung insofern von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer neuerlichen Bestbieterermittlung ein anderer Bieter für die Möglichkeit des Zuschlags in Betracht kommen würde (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVerfG 2006, RZ 21 zu § 130). Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass bei der Bewertung der Angebote von den Mitgliedern der Bewertungskommission mit Stimmzetteln vorgegangen wurde, in die zu jedem Angebot in der Spalte des jeweiligen Unterkriteriums zum Kriterium Qualität nach dem umgekehrten Schulnotensystem Punkte eingesetzt wurden. Eine verbale Begründung, wie das einzelne Kommissionsmitglied zu dieser Bewertung gekommen ist, ist unstrittiger Weise nicht erfolgt. Die diesbezüglichen Ausführungen der Antragsgegnerin, eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung sei nicht möglich gewesen, „weil auf Grund der anonymen Abstimmung schon wesensgemäß eine einheitliche, von allen Mitgliedern der Bewertungskommission mitgetragene verbale Begründung gar nicht möglich ist“ (Schriftsatz vom 27.4.2009, Seite 9), vermögen nicht zu überzeugen. Warum auch bei dem von der Antragsgegnerin gewählten Abstimmungsvorgang auf den anonym abgegebenen Stimmzetteln zu den einzelnen Kriterien nicht eine kurze verbale Begründung möglich gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Nach Paragraph 130, Absatz 2, BVerfG 2006 hat der Auftraggeber die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Dadurch soll die Überprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung gewährleistet sein. Daraus leitet sich das Erfordernis einer eingehenden verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung (eine lediglich aus der Angabe von Bewertungspunkten bestehende Begründung genügt jedenfalls nicht) ab, die sich als Ausfluss des Gebotes einer objektiven Nachvollziehbarkeit der Begründung darstellt. Eine unzureichende Begründung verhindert die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung. Sie ist schon deshalb rechtswidrig und für nichtig zu erklären, weil die nicht objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung insofern von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer neuerlichen Bestbieterermittlung ein

anderer Bieter für die Möglichkeit des Zuschlags in Betracht kommen würde vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, RZ 21 zu Paragraph 130,). Nun hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass bei der Bewertung der Angebote von den Mitgliedern der Bewertungskommission mit Stimmzetteln vorgegangen wurde, in die zu jedem Angebot in der Spalte des jeweiligen Unterkriteriums zum Kriterium Qualität nach dem umgekehrten Schulnotensystem Punkte eingesetzt wurden. Eine verbale Begründung, wie das einzelne Kommissionsmitglied zu dieser Bewertung gekommen ist, ist unstrittiger Weise nicht erfolgt. Die diesbezüglichen Ausführungen der Antragsgegnerin, eine verbale Begründung des Ergebnisses der Bestbieterermittlung sei nicht möglich gewesen, „weil auf Grund der anonymen Abstimmung schon wesensgemäß eine einheitliche, von allen Mitgliedern der Bewertungskommission mitgetragene verbale Begründung gar nicht möglich ist“ (Schriftsatz vom 27.4.2009, Seite 9), vermögen nicht zu überzeugen. Warum auch bei dem von der Antragsgegnerin gewählten Abstimmungsvorgang auf den anonym abgegebenen Stimmzetteln zu den einzelnen Kriterien nicht eine kurze verbale Begründung möglich gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich.

Zum Bewertungsvorgang selbst ist weiters auszuführen, dass eine Diskussion zum Inhalt der einzelnen Angebote nicht stattgefunden hat. In der Niederschrift ist auch diesbezüglich nichts festgehalten. Gemäß § 128 Abs. 1 BVergG 2006 ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Dieser Anforderung wird die lange nach der Sitzung der Bewertungskommission am 20.1.2009 angelegte Niederschrift nur teilweise gerecht. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in den Vergabeakten sechs Stimmzettel erliegen, wobei nicht mehr feststellbar ist von welchem Mitglied welcher Stimmzettel mit welcher Bewertung abgegeben wurde. Wie bereits erwähnt findet sich auch zu den einzelnen Stimmzetteln bzw. zu den einzelnen Punktevergaben keine verbale Begründung, die eine nachträgliche Überprüfung zuließe. Letztlich sind dem Teil 2 der Niederschrift vom 20.1.2009, überschrieben mit „Motivenbericht“, lediglich die zu den beiden Zuschlagskriterien erreichten Punkte zu entnehmen, nicht jedoch die für die Beurteilung des jeweils konkreten Angebotes maßgeblichen Umstände. Bis auf die Bezeichnung des Bieters und die jeweils erreichte Punktzahl erweist sich der Inhalt des jeweiligen Motivenberichtes für jedes Angebot praktisch gleich. Zum Bewertungsvorgang selbst ist weiters auszuführen, dass eine Diskussion zum Inhalt der einzelnen Angebote nicht stattgefunden hat. In der Niederschrift ist auch diesbezüglich nichts festgehalten. Gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Dieser Anforderung wird die lange nach der Sitzung der Bewertungskommission am 20.1.2009 angelegte Niederschrift nur teilweise gerecht. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in den Vergabeakten sechs Stimmzettel erliegen, wobei nicht mehr feststellbar ist von welchem Mitglied welcher Stimmzettel mit welcher Bewertung abgegeben wurde. Wie bereits erwähnt findet sich auch zu den einzelnen Stimmzetteln bzw. zu den einzelnen Punktevergaben keine verbale Begründung, die eine nachträgliche Überprüfung zuließe. Letztlich sind dem Teil 2 der Niederschrift vom 20.1.2009, überschrieben mit „Motivenbericht“, lediglich die zu den beiden Zuschlagskriterien erreichten Punkte zu entnehmen, nicht jedoch die für die Beurteilung des jeweils konkreten Angebotes maßgeblichen Umstände. Bis auf die Bezeichnung des Bieters und die jeweils erreichte Punktzahl erweist sich der Inhalt des jeweiligen Motivenberichtes für jedes Angebot praktisch gleich.

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten nicht geprüft werden kann, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2001, RsC-19/00). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt vor allem bei der Wahl des Angebotes, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, fundamentale Bedeutung zu, sodass die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Angebot den Zuschlag erteilen will, objektiv nachvollziehbar sein muss. Bei der ziffernmäßigen Bewertung der Angebote bedarf es daher einer detaillierten verbalen Darstellung für die Gründe dieser Bewertung, um die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen (vgl. BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30 uva). Eine Qualitätsbeurteilung, wie sie gegenständlich die Antragsgegnerin nach dem von ihr (nachträglich) gewählten Schulnotensystem vorgenommen hat, ist ohne verbale Begründung mangelhaft. In der Niederschrift über die Bewertung wären daher die von den einzelnen Mitgliedern der Kommission vergebenen Punkte mit einer entsprechenden verbalen Begründung festzuhalten gewesen. Dies ist, wie sich eindeutig aus dem Inhalt der Vergabeakten ergibt und auch dem Vorbringen der Antragsgegnerin entspricht, nicht geschehen. Nach der Niederschrift der Angebotsbewertung ist daher nicht feststellbar und nachträglich nachprüfbar, wie die einzelnen Mitglieder der Bewertungskommission zu den von ihnen eingesetzten Zahlen kommen, weil Ausführungen dazu, wie das einzelne Mitglied der Bewertungskommission unter Zugrundelegung der verbalen Beurteilung die Qualität

bewertet hat zur Gänze fehlen (vgl. VKS-2373/06 ua). Da die Antragsgegnerin diesen Vorgaben nicht entsprochen hat, erweist sich der Bewertungsvorgang als intransparent und damit in einem Ausmaß mangelhaft, der zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen musste. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten nicht geprüft werden kann, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2001, RsC-19/00). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt vor allem bei der Wahl des Angebotes, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, fundamentale Bedeutung zu, sodass die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Angebot den Zuschlag erteilen will, objektiv nachvollziehbar sein muss. Bei der ziffernmäßigen Bewertung der Angebote bedarf es daher einer detaillierten verbalen Darstellung für die Gründe dieser Bewertung, um die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen (vergleiche BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30 uva). Eine Qualitätsbeurteilung, wie sie gegenständlich die Antragsgegnerin nach dem von ihr (nachträglich) gewählten Schulnotensystem vorgenommen hat, ist ohne verbale Begründung mangelhaft. In der Niederschrift über die Bewertung wären daher die von den einzelnen Mitgliedern der Kommission vergebenen Punkte mit einer entsprechenden verbalen Begründung festzuhalten gewesen. Dies ist, wie sich eindeutig aus dem Inhalt der Vergabeakten ergibt und auch dem Vorbringen der Antragsgegnerin entspricht, nicht geschehen. Nach der Niederschrift der Angebotsbewertung ist daher nicht feststellbar und nachträglich nachprüfbar, wie die einzelnen Mitglieder der Bewertungskommission zu den von ihnen eingesetzten Zahlen kommen, weil Ausführungen dazu, wie das einzelne Mitglied der Bewertungskommission unter Zugrundelegung der verbalen Beurteilung die Qualität bewertet hat zur Gänze fehlen (vergleiche VKS-2373/06 ua). Da die Antragsgegnerin diesen Vorgaben nicht entsprochen hat, erweist sich der Bewertungsvorgang als intransparent und damit in einem Ausmaß mangelhaft, der zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen musste.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 21.4.2009 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 21.4.2009 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 dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Bestbieterprinzip; Bewertungskommission; Naheverhältnis zu Auftraggeberin; keine verbale Begründung der Zuschlagsentscheidung; mangelnde Transparenz;

Zuletzt aktualisiert am

05.02.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>