

TE Verg Bescheid 2008/1/24 VKS-8644/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.2008

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §12 Abs1

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z5

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa und Z20 litd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2 und Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §80 Abs3

BVergG 2006 §118 Abs4

BVergG 2006 §122

BVergG 2006 §128

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §345 Abs1

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 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 Sen. Präs. des OLG Wien *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Lieferung eines fabrikneuen Radladers, MA 48/V3-4768/2007, durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, Technischer Einkauf, Einsiedlergasse 2, 1050 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2007, wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 6.12.2007, verlängert mit Bescheid vom 15.1.2008, wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 1.200,--

innen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 12 Abs. 1, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 5, 25 Abs. 1, 31, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa und Z 20 lit. d, 3 Abs. 1 Z 1, 5, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 19 Abs. 1, 80 Abs. 3, 118 Abs. 4, 122, 128, 131, 345 Abs. 1 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 12, Absatz eins, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 5, 25, Absatz eins, 31, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a und Ziffer 20, Litera d, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 3, 19, Absatz eins, 80, Absatz 3, 118, Absatz 4, 122, 128, 131, 345, Absatz eins, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Magistratsabteilung 48 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zum Ankauf eines fabrikneuen Radladers. Die Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien ist am 2.8.2007 ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei nach den Ausschreibungsunterlagen zur Bewertung der Angebote fünf Zuschlagskriterien vorgesehen sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2007, 13.30 Uhr. Die Zuschlagsfrist betrug ein Monat.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch fristgerechte Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren beteiligt.

Mit Schreiben vom 12.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Unternehmens mitgeteilt. Über Ersuchen der Antragstellerin vom 21.11.2007, ihre jene Informationen zu übermitteln, die in eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 131 BVergG 2006 aufzunehmen sind, hat ihr die Antragsgegnerin am gleichen Tage eine als „Auswertung“ bezeichnete Aufstellung übermittelt, aus der sich die Reihung des Angebotes der Antragstellerin an zweiter Stelle ergibt. Am 22.11.2007 hat die Antragstellerin abermals ersucht, ihr die Beurteilung der Angebote anhand der festgelegten Kriterien zu übermitteln. Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin am 23.11.2007 insofern nachgekommen, als sie der Antragstellerin die „Bewertungen zur Ausschreibung“ übermittelt hat. Diese Sendung ist der Antragstellerin am 23.11.2007 zugekommen. Mit Schreiben vom 12.11.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Unternehmens mitgeteilt. Über Ersuchen der Antragstellerin vom 21.11.2007, ihre jene Informationen zu übermitteln, die in eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 131, BVergG 2006 aufzunehmen sind, hat ihr die Antragsgegnerin am gleichen Tage eine als „Auswertung“ bezeichnete Aufstellung übermittelt, aus der sich die Reihung des Angebotes der Antragstellerin an zweiter Stelle ergibt. Am 22.11.2007 hat die Antragstellerin abermals ersucht, ihr die Beurteilung der Angebote anhand der festgelegten Kriterien zu übermitteln. Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin am 23.11.2007 insofern nachgekommen, als sie der Antragstellerin die „Bewertungen zur Ausschreibung“ übermittelt hat. Diese Sendung ist der Antragstellerin am 23.11.2007 zugekommen.

Gegen die Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 30.11.2007 eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin zunächst zur Rechtzeitigkeit vor, erst mit der Übersendung der Unterlagen vom 23.11.2007 sei eine den vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechende Zuschlagsentscheidung vorgelegen. Die Stillhaltefrist könne daher erst mit diesem Tag zu laufen beginnen, weshalb ihr am 30. November 2007 eingelangter Antrag rechtzeitig wäre. In der Sache selbst macht die Antragstellerin geltend, die Zuschlagsentscheidung sei mangels objektiv nachvollziehbarer und transparenter Angebotsbewertung in mehrfacher Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet. Das von der Antragsgegnerin gewählte Bewertungsschema sei überhaupt nicht geeignet, eine eindeutige, nachvollziehbare Zuschlagsentscheidung zu treffen. Ein rechtskonformes Vergabeverfahren verlange jedenfalls eine nachvollziehbare Bewertung anhand der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien. Sei es aufgrund dieser Zuschlagskriterien nicht möglich, eine transparente und nachvollziehbare Bewertung durchzuführen, so könne es auch nicht zu einer vergaberechtskonformen Zuschlagsentscheidung kommen. Insbesondere führt die Antragstellerin aus, bei der Angebotsbewertung seien einige für das Preisangebot der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin verlesen und in der Niederschrift zur Angebotsöffnung vermerkten Preisteile rechtswidriger Weise nicht berücksichtigt worden, sondern sei die Antragsgegnerin von einem geringeren zivilrechtlichen Preis als Berechnungsgrundlage der Bewertung nach dem Zuschlagskriterium „Preis“ ausgegangen. Sollten jedoch die drei zusätzlich verlesenen Preise bei der Angebotsbewertung nicht zu berücksichtigen sein, würde es sich beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um ein nach den Ausschreibungsunterlagen unzulässiges Abänderungs- oder Alternativangebot handeln.

Nach dem von der Auftraggeberin gewählten Bewertungsschema sei „ganz offensichtlich eine nachvollziehbare Bewertung anhand der .. festgelegten Zuschlagskriterien nicht möglich“. Es sei auch keine Methode festgelegt worden, nach welcher das Bestangebot anhand der Zuschlagskriterien zu ermitteln wäre. Ebenso fehle eine Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander. Beim Zuschlagskriterium sei letztlich nicht der vom Bieter anzugebende Preis ausschlaggebend, sondern die Bewertung jenes Betrages der sich aus dem Listenpreis abzüglich eines Rabattes ergibt. Der Listenpreis sei jedoch von den Bietern in ihren Angeboten nicht zwingend anzugeben gewesen, sondern nur ein Nettopreis. Im Zuge der Angebotseröffnung seien nur die zivilrechtlichen Angebotspreise, aber nicht der Listenpreis und auch nicht ein angebotener Rabatt verlesen worden. Der Antragstellerin sei daher auch nicht bekannt, welche Listenpreise von der Auftraggeberin für die Bewertung unter diesem ersten Zuschlagskriterium herangezogen worden seien. Auch bei den weiteren Zuschlagskriterien, die von einer Kommission bewertet wurden, sei nicht erkennbar, wie die Punktevergabe erfolgen sollte, insbesondere ob die im Dokument „Zuschlagskriterien für Radlader“ angeführten Punkte pro Unterkriterium verteilt werden oder nicht. Schließlich sei völlig unklar, was unter dem Zuschlagskriterium „Qualitätsversprechen“ bewertet werden soll und wie viele Punkte hier insgesamt erreicht werden können. Im Dokument „Zuschlagskriterien für Radlader“ sei lediglich angegeben, dass für jeden erreichten Punkt 0,2 Punkte abgezogen werden, nicht allerdings wie viele Punkte maximal erreicht werden können. Eine vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote anhand der Angaben in der Ausschreibungsunterlage sei daher nicht möglich. Wenn auch die Ausschreibungsbestimmungen diesbezüglich nicht angefochten worden seien, verlange ein rechtskonformes Vergabeverfahren „jedenfalls eine nachvollziehbare Bewertung anhand der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien“. Sei es auf Grund der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Kriterien objektiv nicht möglich, eine transparente und nachvollziehbare Bewertung durchführen zu können, so sei letztlich die Ausschreibung aus zwingenden Gründen zu widerrufen. Diese Umstände lägen gegenständlich vor, weshalb die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären wäre.

Durch diese Entscheidungen der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als eigentliche Bestbieterin, in ihrem Recht auf Ausscheiden nicht ausschreibungskonformer Angebote sowie in ihrem Recht auf Durchführung einer nachvollziehbaren und transparenten Bewertung der Angebote und letztlich in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung verletzt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden von rund Eur 25.000,-- (entgangener Deckungsbeitrag, frustrierte Kosten der Angebotslegung inklusive Kosten für die Feststellung des Radladers) zu entstehen.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde – nach Prüfung der Frage der Rechtzeitigkeit – mit Bescheid vom 6.12.2007 erlassen. Die Dauer der Wirksamkeit dieser einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 15.1.2008 verlängert. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieser den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung Stellung genommen und dessen Abweisung begehrt. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin aus, der Antrag auf Nichtigerklärung wäre verspätet gestellt worden, da der Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 12.11.2007 mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt wäre „ihr keinen Zuschlag zu erteilen“. Die zusätzlichen Informationen vom 23.11.2007 seien „kulanter Weise zur Verfügung gestellt worden, nicht jedoch, um ein früheres Versäumnis nachzuholen“. Soweit die Antragstellerin die Zuschlagskriterien bemängelt, hätte sie diese rechtzeitig bekämpfen müssen, was jedoch nicht geschehen sei.

Ein Alternativangebot liege nicht vor, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe „selbstständig und ungefragt“ auf die Möglichkeiten hingewiesen, gegebenenfalls zusätzliche Sonderleistungen gegen Aufpreis erbringen zu wollen. Dieser

Hinweis sei einem dem Angebot beigelegten selbstständigen Schreiben zu entnehmen gewesen. Die Sonderleistungen seien bei der Beurteilung des gegenständlichen Angebotes sowohl in technischer als auch rechnerischer Hinsicht nicht berücksichtigt worden. Selbst bei rechnerischer Berücksichtigung der Aufpreise hätte dies an der Reihung der Angebote nichts geändert.

Ungeachtet des Umstandes, dass die nunmehr behaupteten Mängel bei den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nicht rechtzeitig bekämpft wurden, führt die Antragsgegnerin aus, dass keines der von ihr gewählten Kriterien „für sich genommen offenkundig geeignet (sei) ein willkürliches Auswahllement darzustellen oder in der gemeinsamen Anwendung mit den anderen ein solches zu generieren“. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander würde sich aus der Punktebandbreite der Beurteilungsskala ergeben. Eine kleinere Bandbreite habe demnach eine entsprechend kleinere Gewichtung als eine größere Bandbreite. Bei der Gesamtbewertung der Angebote seien alle Bewertungspunkte zusammengezählt worden. Die Beurteilungsskala sei integraler Bestandteil des zu jedem einzelnen Kriterium nachgebildeten Subkriterienkataloges. Die Zuschlagskriterien und deren Verhältnis zueinander seien Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Die gegenständlichen Beurteilungen seien durch eine Kommission bestehend aus vier Fachleuten gemeinsam vorgenommen worden, um subjektive Elemente so weit wie möglich zu verringern. Hätten für die Antragstellerin tatsächlich Unklarheiten bestanden, wäre sie verpflichtet gewesen, eine Aufklärung zu verlangen oder eine Berichtigung der Ausschreibung zu beantragen. Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass der Listenpreis bei der Angebotseröffnung nicht verlesen worden sei, werde auf § 118 BVergG 2006 verwiesen, wonach nur der Gesamtpreis und der Angebotspreis zu verlesen sei. Durch Übermittlung der Auswertung sei jedenfalls der Listenpreis bekannt gemacht worden. Ungeachtet des Umstandes, dass die nunmehr behaupteten Mängel bei den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nicht rechtzeitig bekämpft wurden, führt die Antragsgegnerin aus, dass keines der von ihr gewählten Kriterien „für sich genommen offenkundig geeignet (sei) ein willkürliches Auswahllement darzustellen oder in der gemeinsamen Anwendung mit den anderen ein solches zu generieren“. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander würde sich aus der Punktebandbreite der Beurteilungsskala ergeben. Eine kleinere Bandbreite habe demnach eine entsprechend kleinere Gewichtung als eine größere Bandbreite. Bei der Gesamtbewertung der Angebote seien alle Bewertungspunkte zusammengezählt worden. Die Beurteilungsskala sei integraler Bestandteil des zu jedem einzelnen Kriterium nachgebildeten Subkriterienkataloges. Die Zuschlagskriterien und deren Verhältnis zueinander seien Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen. Die gegenständlichen Beurteilungen seien durch eine Kommission bestehend aus vier Fachleuten gemeinsam vorgenommen worden, um subjektive Elemente so weit wie möglich zu verringern. Hätten für die Antragstellerin tatsächlich Unklarheiten bestanden, wäre sie verpflichtet gewesen, eine Aufklärung zu verlangen oder eine Berichtigung der Ausschreibung zu beantragen. Soweit die Antragstellerin bemängelt, dass der Listenpreis bei der Angebotseröffnung nicht verlesen worden sei, werde auf Paragraph 118, BVergG 2006 verwiesen, wonach nur der Gesamtpreis und der Angebotspreis zu verlesen sei. Durch Übermittlung der Auswertung sei jedenfalls der Listenpreis bekannt gemacht worden.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei dem Verfahren beigetreten. In diesem Schriftsatz führt die Teilnahmeberechtigte aus, die Antragsgegnerin habe um ein möglichst hohes Maß an Transparenz zu gewährleisten zur Bewertung der angebotenen Radlader sogar spezielle Formulare samt Erläuterungen verwendet. Auf diese Weise habe die Antragsgegnerin eine faire und nachvollziehbare Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien vorgenommen. Auf Grund dieses „fair und transparent durchgeführten Vergabeverfahrens“ sei das Angebot der Teilnahmeberechtigten als bestes Angebot mit dem besten Gesamtergebnis ermittelt worden. Die Teilnahmeberechtigte habe daher ein Recht, den Zuschlag zu erhalten.

Ergänzend zu dem eingangs wieder gegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Lieferung eines fabrikneuen Radladers. Die Kundmachung im Amtsblatt der Stadt Wien vom 2.8.2007 ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei nach den

Ausschreibungsunterlagen insgesamt fünf Zuschlagskriterien vorgesehen sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2007,

13.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Die Zuschlagsfrist ist mit einem Monat festgelegt.

Insgesamt haben sich fünf Unternehmer durch Legung von Angeboten, darunter die Antragstellerin, am Verfahren beteiligt.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

Zuschlagskriterien für Radlader

MA 48-7.3.3/V3-4768/2007

1, Preis / pro € 1000 / 1 Punkt

2, Bedienfreundlichkeit und Servicefreundlichkeit für die jeweilige Einsatzart/ Formular 2B+2Ba

3, Besondere Umweltschutzinitiativen das Gerät betreffend/ Formular 3BU + 3BUa

4, Zusatztechnik am Fahrzeug/Gerät – Formular ZT

5, Qualitätsversprechen

Zuschlagskriterien einzeln

1, Der Preis wird gegliedert in dem er mit 1. Punkt per € 1000 nach Listenpreis bewertet wird. Für Rabatt auf den Listenpreis wird pro € 1000 jeweils wieder 1 Punkt abgezogen.

Das bedeutet dass ein Zusammenspiel von Listenpreis und Rabatt notwendig ist für die Ermittlung der Gesamtpunkte in Bewertungskriterium 1

Die Bezeichnungen sind Listenpreis=LP und Rabatt=R

Berechnung = $LP/1000 - R/1000$

2, Bedienfreundlichkeit und Servicefreundlichkeit, Skala von -1(Sehr gut), 0(gut) und +1(weniger gut)

Diese Bewertung wird im Zeitraum eines Monats nach der Anbotseröffnung ermittelt. Dafür ist es notwendig dass der Bieter ein Gerät der gewünschten Klasse für mindestens 3 Arbeitstage in folge zu Testzwecken unentgeltlich zur Verfügung stellt. Die Bewertung wird durch eine Kommission durchgeführt die gesondert dafür bereitgestellt wird.

Formular 2B + 2Ba

3, Besondere Umweltschutzinitiativen auf das Gerät bezogen. Was macht der Bieter um das angebotene Gerät permanent dem Umweltschutz anzupassen.

Zusätzliche Frage: Gibt es Tauschteile (trägt zur Entlastung der Umwelt bei) Dabei werden Angaben verglichen, die den Bereich der Forschung betreffen aber auch angaben über Abgasverhalten, Lärm, Verbrauch, Recycling, etc. Pro Sparte steht jeweils eine Skala von 3 Werten zur Verfügung.

Verbrauch:

Wert 1= Volllast

Wert 2= optimaler Drehmoment

Wert 3= 500 U/min über optimalem Drehmoment

Als Basis wird ein Durchschnittsverbrauch von 15l/Std angenommen, pro Liter wird ein Wert von -1,5oder +1,5 gerechnet.

Abgasverhalten:

Wert 1= Volllast etc.

Formular 3BU

4, Zusatztechnik am Fahrzeug

Die zu Bewertenden Zusatztechnischen Ausrüstungen bzw. Gegebenheiten am Fahrzeug die sowohl der Gesundheit des Fahrers dienen als auch die Arbeit mit dem Gerät erleichtern.

5, Qualitätsversprechen

Dadurch wird vom Bieter beschrieben was dem Kunden durch das Produkt ermöglicht wird ohne andere Bieter schlecht zu machen, also keine Vergleichsdaten. Damit entscheidet der Konsument was ihm wichtig ist! Technische Kriterien laut Vorgabenkatalog!

Für jeden erreichten Punkt werden 0,2 Punkte abgezogen Formular 4Qv

Die Vergabe der Punkte wird nach der Abgabe der Angebote gemacht. Dazu ist es notwendig dass die Bieter nach dieser Abgabe einen Termin mit dem Referenten vereinbaren und ihr Gerät direkt beim Anwender vorführen.

Diese Vorführungen sollten in einem Zeitraum von 2-3 Wochen nach Angebotseröffnung stattfinden und sind Teil der Zuschlagsfrist die in den Ausschreibungsunterlagen angegeben ist.

Die grau hinterlegten Felder in den Kriterienformularen sind vom Bieter wahrheitsgemäß auszufüllen.

Auf einem Beiblatt zu diesen Zuschlagskriterien werden die technischen Anforderungen an das Gerät dargestellt.

Den Bestimmungen über die Zuschlagskriterien sind insgesamt fünf Formblätter, die nachstehend wiedergegeben werden, angeschlossen. Ein Formblatt zum Kriterium 5 „Qualitätsversprechen“ wird bei diesem Kriterium zwar angeführt (Formular 4 Qv), ist in den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht enthalten.

Formular 2B/ Bedienfreundlichkeit

Bieter

Bewertung sehr gut=(-15) gut=(0) nicht so gut=(+15)

Kriterien

Instrumente	Sehr gut	gut	nicht so gut
-------------	----------	-----	--------------

Übersicht

Anordnung

Summe

Erreichbarkeit

Fahrersitz

Federung

Verstellmögl.

Summe

Halt

Sicht

vorne

seitlich

hinten

Summe

Höhe

Lenkung

Verstellbarkeit

leichtgängig

Summe

Ansprechverh.

Joystick

Übersicht

Summe

Ansprechverh.

Ablage

Möglichkeiten

Summe

Größe

Die Gesamtsumme beträgt

Die Kommission

Der Nutzer: Der Referent: Der Sachverständige:

Formular 2Ba / Servicefreundlichkeit

Bieter

Kriterium	-20	0	20
-----------	-----	---	----

Motorraum	Sehr gut	gut	nicht so gut
-----------	----------	-----	--------------

Übersicht

Anordnung

Erreichbarkeit

Summe

Keilriementausch

Vorderachse

Zugängigkeit

Ölbefüllung

Summe

Abschmierung

Hinterachse

Zugängigkeit

Öbefüllung

Summe

Abschmierung

Hubgerüst

Zugängigkeit

Abschmierung

Lagerung

Summe

Verwendung

vorhandener

Anbaugeräte

Die Gesamtsumme beträgt

Die Kommission

Der Nutzer: Der Referent: Der Sachverständige:

Formular 3BU/ Umweltschutz

Bieter

Volllast=(a), optimales Drehmoment=(b), 500 U/min über optimal=c

Kriterium Mittelwert pro 1/10 Einheit +/- 1,5

Umwelt 1 a b c

Lärm

Lärm subjektiv

HC

CO

Nox

Verbrauch

Summe

Abgasverhalten

Umwelt 2 Möglichkeit ja= -1,5 nein=+1,5

ja nein

Biotreibstoff

Summe

Biohydrauliköl

Umwelt 3 Recyclingfähigkeit/ per 10%= (-1)

bis 35% bis 70% bis 100%

Motor

Fahrgestell

Summe

Anbauteile

Die Gesamtsumme beträgt

Die Kommission

Der Nutzer: Der Referent: Der Sachverständige:

Formular 3BUa/ Umweltschutz 2

Bieter

Kriterium -10 10

Tauschteile erhältlich ja nein

Lichtmaschine

Starter

Turbo
Kolbenstangen
Hubzylinder
Zylinder allgemein
Achsen
Hydraulikpumpe
Eispritzdüsen
Kraftstoffförderpumpe

Summe

Wasserpumpe
Öldiagnose
Motoröl

Die Gesamtsumme beträgt

Die Kommission

Der Nutzer: Der Referent: Der Sachverständige:

Formular ZT/ Zusatztechnik

Bieter

Kriterium	-25	0	25
Kabine	sehr gut	gut	nicht so gut
Kabinendichtheit			
Kriterium	10		10
Staubfilter ja/nein			
Pollenfilter ja/nein			
Sonstiges	-10		10
Sonnenschutz			
Einstieg			
Scheibenwischer			
Wischer hinten			

Summe

Vibrationen Kabine
Kühlung
Wendelüfter
Kühlerzugängigkeit

Techniker bei bis 4 Std. bis 8 Std. bis 12 Std. bis 24 Std. über 24 Std.

Schaden kommt in -2 -1 0 1 2

Die Gesamtsumme beträgt

Die Kommission

Der Nutzer: Der Referent: Der Sachverständige:

Im Angebotsdeckblatt MD-BD-SR75, war auf Seite 5 der Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer und als Summe der Angebotspreis (zivilrechtliche Preis) anzugeben.

Im Zuge der Angebotsöffnung am 30.8.2007, bei der fünf Angebote zur Verlesung gelangten, wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 209.880,--, jenes der Teilnahmeberechtigten mit EUR 172.800,-- verlesen. In der Spalte „Zivilrechtlicher Preis“ ist beim Angebot der Teilnahmeberechtigten weiters eingetragen „7.500 Komfort, 7.300 Havy Duty, 7.800 Sicherheit“. Weiters ist beim Angebot der Teilnahmeberechtigten vermerkt, dass „Beilagen SR75 fehlen; CAT95OH Ausstattungspakete zusätzlich“.

Die Mehrzahl der Seiten des Angebotes der Teilnahmeberechtigten sind gelocht. Es finden sich aber auch in dem in den Vergabeakten erliegenden Angebot Seiten, die eine Lochung nicht aufweisen (Kopie des Formulars 3BU-Umweltschutz, technische Beschreibung des angebotenen Radladers, datiert mit 30.8.2007, die Beilage 13.06, 13.07, 13.08 sowie ein mit 30.8.2007 datiertes Blatt überschrieben mit „Folgende Sonderausrüstung gegen Aufpreis möglich“), wobei aus den Vergabeakten nicht ersichtlich ist, ob diese Beilagen bereits mit dem Angebot abgegeben wurden und übersehen wurde, sie zu lochen bzw. wann sie zum Angebot genommen wurden. Irgendwelche Nachforderungen betreffend das Angebot der Teilnahmeberechtigten aber auch das Angebot der Antragstellerin sind in den Vergabeakten nicht dokumentiert.

Dem Angebot der Teilnahmeberechtigten war auch ein Blatt angeschlossen, das gelocht wurde und das Ausstattungspakete mit Preisen enthält. Es handelt sich dabei um jene Beträge, die im Zuge der Angebotseröffnung verlesen und in der Niederschrift vermerkt wurden, die Preise sind jedoch in dieser Beilage ohne Mehrwertsteuer angegeben. Bei jenem Blatt, datiert mit 30.8.2007 überschrieben mit „Folgende Sonderausrüstung gegen Aufpreis möglich“ werden Bruttolistenpreise angegeben, wobei die daraus ableitbaren Nettopreise deutlich über jenen liegen, die im Beiblatt zum Angebot angeführt wurden. Bei Gegenüberstellung der beiden Blätter betreffend die Sonderausrüstungen zeigt sich auch, dass im Ausstattungspaket „Havy Duty-Paket“ mehr Ausstattungsdetails angeführt sind (Motor- und Getriebeschutzbleche an Maschinenunterseite, Selbstsperrdifferenziale) sowie beim Sicherheitspaket, in dem mit dem Angebot abgegebenen Blatt insgesamt acht zusätzliche Ausstattungselemente angeführt sind, während in dem mit 30.8.2007 datierten, nicht gelochten Blatt, beim Sicherheitspaket nur angeführt ist „Xenon-Scheinwerfer“.

In der Folge wurden die Angebote anhand der angeschlossenen, teilweise von den Bietern ausgefüllten Formulare von vier Angehörigen der Antragsgegnerin bewertet, die als Kommission bezeichnet werden und als „Der Nutzer, Der Referent, Der Sachverständige“ bezeichnet werden. In den Vergabeakten findet sich keine Dokumentation darüber, wann und mit welchen Personen die Bewertungskommission bestellt wurde, welche Qualifikation sie aufweisen und ob es sich dabei ausschließlich um Angehörige der Antragsgegnerin handelt oder etwa auch um einen externen Sachverständigen.

Eine nicht datierte Niederschrift zur Auswertung der einzelnen Angebote findet sich in den Vergabeakten. Von den fünf Bietern wurden danach drei Bieter ausgeschieden und zwar mit der Begründung, dass „sie keine Radlader gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung vorgeführt haben. Da seit der Angebotseröffnung bereits zehn Wochen vergangen sind, ist die Ausscheidung berechtigt.“ Diese Niederschrift ist nur von *** und *** unterfertigt, bei denen es sich offenbar um Mitglieder der Bewertungskommission handeln dürfte. Sodann finden sich zwei Niederschriften über die Angebotsprüfung, gleichfalls undatiert, eine betreffend das Angebot der Teilnahmeberechtigten, eine betreffend das Angebot der Antragstellerin. Diese Niederschriften, die ebenfalls von *** und *** unterfertigt sind, haben folgenden Inhalt:

Lieferung eines fabrikneuen Radladers

*** GmbH

Niederschrift über die Angebotsprüfung

1. a) Litera a

finanziell-wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Der Bieter *** GmbH ist mit dem Firmencode *** im ANKÖ eingetragen. Aufgrund der aktuellen Daten erscheint

die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben.

1. b)Litera b

berufliche Zuverlässigkeit:

Aufgrund der Daten im ANKÖ vorhanden.

1. c)Litera c

Befugnis:

Der Bieter verfügt über die Berechtigung Handel o.n.B.

1. d)Litera d

technische Leistungsfähigkeit:

Aufgrund der Daten im ANKÖ vorhanden.

Lieferung eines fabrikneuen Radladers

*** GmbH

Niederschrift über die Angebotsprüfung

1. a)Litera a

finanziell-wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Der Bieter *** GmbH ist mit dem Firmencode *** im ANKÖ eingetragen. Aufgrund der aktuellen Daten erscheint die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben.

1. b)Litera b

berufliche Zuverlässigkeit:

Aufgrund der Daten im ANKÖ vorhanden.

1. c)Litera c

Befugnis:

Der Bieter verfügt über die Berechtigung Handel o.n.B.

1. d)Litera d

technische Leistungsfähigkeit:

Aufgrund der Daten im ANKÖ vorhanden.

Die in der Niederschrift zur Auswertung der einzelnen Angebote erwähnte Beilage (Bewertung erfolgt laut Beilage) findet sich nicht bei den Niederschriften über die Angebotsbewertung. Allenfalls könnte es sich dabei um die mit „Auswertung“ überschriebene Unterlage handeln, die der Antragstellerin über deren Ersuchen von der Antragsgegnerin nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung am 21.11.2007 übermittelt worden ist. Aus dieser ergibt sich, dass das Gerät der Antragstellerin mit einem „Angebotswert“ von minus 53, jenes der Teilnehmereberechtigten mit minus 240 bewertet wurde. Eine Zusammenfassung der Bewertungen nach den einzelnen Kriterien ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ebenso ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen welche Mitglieder welche Punktzahl konkret bei den einzelnen Subkriterien der Bewertungsformulare vergeben haben. Ein Formblatt 4Qv wurde nicht zur Verfügung gestellt und dementsprechend auch nicht einer Bewertung unterzogen. Jedenfalls konnte nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht festgestellt werden, ob konkret zu diesem Kriterium eine Bewertung vorgenommen worden ist. In der der Antragstellerin übermittelten Auswertung wird beim Kriterium Qualität sowohl der Teilnehmereberechtigten als auch der Antragstellerin ein Punkt zuerkannt. Nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung steht auch fest, dass nicht festgehalten wurde, welche Beurteilung die einzelnen Mitglieder der Kommission zu den einzelnen Subkriterien jeweils vergeben haben. Es seien zwar Handzettel verwendet worden, deren Inhalt wurde aber nicht übertragen oder der Niederschrift angeschlossen (Protokoll Seite 4 unten).

Bei der Bewertung des Kriteriums Preis wurde bei der Antragstellerin von deren Angebotspreis mit Mehrwertsteuer von EUR 209.880,--, bei der Teilnehmereberechtigten von EUR 172.800,-- ausgegangen. Aus der Beilage zur Niederschrift

der Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten ergibt sich jedoch, dass die Antragsgegnerin auch die Zusatzpakete (Komfortpaket, Havy Duty-Paket sowie Sicherheitspaket) beauftragen wollte, und zwar mit der Begründung, dass der sodann errechnete Gesamtpreis inklusive USt. von EUR 199.920,-- (noch immer unter dem Angebot der Firma Volvo EUR 209.880,-- inkl. USt.) liegt. Tatsächlich hat die Antragsgegnerin, wie sich aus der der Antragstellerin übermittelten Auswertung ergibt, der Bewertung des Preises nur den im Angebot von der Teilnahmeberechtigten angeführten zivilrechtlichen Preis von EUR 172.800,--, der auch im Zuge der Angebotseröffnung verlesen wurde, zugrunde gelegt. Obwohl auch die Preise für die Sonderausstattungen verlesen wurden, fanden diese bei der Beurteilung des Preises offenbar keine Berücksichtigung.

Am 12.11.2007 hat die Antragsgegnerin die nachstehend wiedergegebene als Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 bezeichnete Mitteilung an die Antragstellerin gerichtet. Diese ist der Antragstellerin am 16.11.2007 im Faxwege Am 12.11.2007 hat die Antragsgegnerin die nachstehend wiedergegebene als Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 bezeichnete Mitteilung an die Antragstellerin gerichtet. Diese ist der Antragstellerin am 16.11.2007 im Faxwege

zugegangen.

Lieferung eines fabrikneuen Radladers

Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006
Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006

Firma

Wien, 12. November

2007

*** GmbH

Per Fax: ***

Sehr geehrte Firmenleitung!

Die Magistratsabteilung 48 gibt Ihnen gemäß § 131 BVergG 2006 i.d.g. Fassung bekannt, dass beabsichtigt ist, Ihrem Unternehmen keinen Zuschlag gemäß den Zuschlagskriterien der Ausschreibung für die von Ihnen angebotene Leistung zu erteilen. Die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes des Unternehmens *** GmbH Die Magistratsabteilung 48 gibt Ihnen gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 i.d.g. Fassung bekannt, dass beabsichtigt ist, Ihrem Unternehmen keinen Zuschlag gemäß den Zuschlagskriterien der Ausschreibung für die von Ihnen angebotene Leistung zu erteilen. Die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes des Unternehmens *** GmbH

sind

Bestes Gesamtergebnis

Die Stillhaltefrist gem. § 132 BVergG 2006 endet am 26. NOV. 2007 Die Stillhaltefrist gem. Paragraph 132, BVergG 2006 endet am 26. NOV. 2007

Wir danken für Ihr Angebot.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin am 19. November 2007 ein E-Mail an die Antragstellerin abgesetzt, in dem sie darauf hingewiesen hat, dass die Mitteilung vom 12.11.2007 nicht den Bestimmungen des § 131 BVergG 2006 entspricht, insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht mitgeteilt wurden. Daraufhin hat die Antragsgegnerin am 19. November 2007 ein E-Mail an die Antragstellerin abgesetzt, in dem sie darauf hingewiesen hat, dass die Mitteilung vom 12.11.2007 nicht den Bestimmungen des Paragraph 131, BVergG 2006 entspricht, insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht mitgeteilt wurden.

Als Reaktion darauf hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 21.11.2007 im Faxwege die Auswertung betreffend das Angebot der Antragstellerin sowie der Teilnahmeberechtigten übermittelt. Darin wurden die jeweils bei den einzelnen Kriterien erreichten Punkte angeführt, sowie die erreichte Gesamtpunkteanzahl. Der Wert des Angebotes der Antragstellerin wurde mit minus 53, jener der Teilnahmeberechtigten mit minus 240 angegeben. Die Auswertung trägt den Hinweis darauf, dass der Zuschlag der Teilnahmeberechtigten erteilt werde. Als Begründung wird angeführt: „Bestbieter auf Grund der Punkte (- 240) die in der Ausschreibung formuliert und beschrieben wurden“.

Daraufhin hat sich die Antragstellerin mit E-Mail vom 22.11.2007 für die Übermittlung der Auswertungsergebnisse bedankt und darauf hingewiesen, dass es sich „bei der Anzahl der daraus ersichtlichen Punkte .. um Pauschalangaben, die sich auf die gesamte Punkteanzahl eines jeweiligen Formulars beziehen" handelt. Es sei das gute Recht der Antragstellerin auch zu erfahren, wie die einzelnen Kriterien, die auf den Formularen detailliert angeführt sind, bewertet werden. Die Antragstellerin hat daher die Antragsgegnerin ersucht „uns diese ausgefüllten Formulare des Bestbieters und das Formular für unsere Maschine mit ihren Bewertungen umgehend zukommen zu lassen".

Diesem Ersuchen hat die Antragsgegnerin insoweit entsprochen, als sie der Antragstellerin im Faxwege am 23.11.2007 die Bewertungsblätter übermittelt hat.

Abschließend ist festzustellen, dass den Vergabeakten, außer dem wiedergegebenen Schriftverkehr kein Schriftverkehr mit den Bietern zu entnehmen ist, insbesondere keine Aufforderungen zur Nachreichung von Unterlagen, die nach dem Akteninhalt tatsächlich erfolgt sein dürfte.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung ist am 30.11.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat auf Grund des Inhaltes der (vollständig?) vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2008. Nach dem Inhalt der äußerst unübersichtlich geführten Vergabeakten war als erwiesen anzunehmen, dass den Angeboten, vor allem dem Angebot der Teilnahmeberechtigten, Beilagen angeschlossen sind, die im Anschluss an die Angebotseröffnung durch Lochung nicht gesichert wurden. Wann diese, teilweise mit dem Ende der Angebotsfrist datierten Unterlagen zu den Vergabeakten gelangten, konnte auch im Zuge der mündlichen Verhandlung nicht geklärt werden. Dass die Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt worden sein dürften, ergibt sich auch aus der Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung, dass die Mitglieder der Kommission zu den einzelnen Subkriterien die Bewertung zwar auf Handzetteln festgehalten hätte, diese jedoch nicht übertragen oder der Niederschrift angeschlossen wurden. Der Antragsgegnerin ist es auch nicht gelungen eine schlüssige Erklärung dafür zu geben, warum die Niederschriften über die Auswertung der einzelnen Angebote nicht datiert wurden. Den Akten ist auch nicht zu entnehmen, wann von welchen Unternehmen eine Probestellung des Gerätes vorgenommen wurde und wann die den Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen Formulare zu den einzelnen Zuschlagskriterien ausgefüllt wurden.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Anschaffung eines Radladers. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip anhand der von der Antragsgegnerin festgelegten Zuschlagskriterien erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Anschaffung eines Radladers. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip anhand der von der Antragsgegnerin festgelegten Zuschlagskriterien erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein

Verfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Zunächst war die Rechtzeitigkeit der Antragstellung zu prüfen. Nach § 131 BVergG 2006 hat der Auftraggeber den verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist sowie grundsätzlich die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Diesen Anforderungen hat die von der Antragsgegnerin als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Mitteilung vom 12.11.2007, die der Antragstellerin im Faxwege am 16.11.2007 zugegangen ist, zweifellos nicht entsprochen. Die Antragstellerin hat daher zutreffend die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Bestimmung des § 131 BVergG 2006 aufgefordert, die fehlenden Angaben mitzuteilen. Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin letztlich am 23.1.2007 durch Übermittlung der „Bewertungen zur Ausscheidung“ nachgekommen. Diese ist der Antragstellerin auch am gleichen Tage zugekommen. Damit war die Antragstellerin erst ab 23.11.2007 in der Lage zu prüfen, ob Gründe für eine Anfechtung der Zuschlagserteilung vorliegen oder nicht. Nur eine, den Bestimmungen des § 131 BVergG 2006 entsprechende Zuschlagsentscheidung löst den Beginn der daran geknüpften Stillhaltefrist aus (vgl. VKS Wien 9.8.2006, VKS – 2064/06 ua.). Der am 30.11.2007 eingelangte Nichtigerklärungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007, wie bereits mit Bescheid über die einstweilige Verfügung vom 6.12.2007 erkannt wurde. Zunächst war die Rechtzeitigkeit der Antragstellung zu prüfen. Nach Paragraph 131, BVergG 2006 hat der Auftraggeber den verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist sowie grundsätzlich die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Diesen Anforderungen hat die von der Antragsgegnerin als Zuschlagsentscheidung bezeichnete Mitteilung vom 12.11.2007, die der Antragstellerin im Faxwege am 16.11.2007 zugegangen ist, zweifellos nicht entsprochen. Die Antragstellerin hat daher zutreffend die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die Bestimmung des Paragraph 131, BVergG 2006 aufgefordert, die fehlenden Angaben mitzuteilen. Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin letztlich am 23.1.2007 durch Übermittlung der „Bewertungen zur Ausscheidung“ nachgekommen. Diese ist der Antragstellerin auch am gleichen Tage zugekommen. Damit war die Antragstellerin erst ab 23.11.2007 in der Lage zu prüfen, ob Gründe für eine Anfechtung der Zuschlagserteilung vorliegen oder nicht. Nur eine, den Bestimmungen des Paragraph 131, BVergG 2006 entsprechende Zuschlagsentscheidung löst den Beginn der daran geknüpften Stillhaltefrist aus (vergleiche VKS Wien 9.8.2006, VKS – 2064/06 ua.). Der am 30.11.2007 eingelangte Nichtigerklärungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007, wie bereits mit Bescheid über die einstweilige Verfügung vom 6.12.2007 erkannt wurde.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist aber auch im Ergebnis berechtigt, weil die Antragsgegnerin ein in mehrfacher Hinsicht mangelhaftes Vergabeverfahren geführt hat.

Bereits im Zuge der Angebotseröffnung sind der Antragsgegnerin schwerwiegende Fehler insoweit unterlaufen, als nach der Aktenlage nicht alle zu einem Angebot gehörenden Bestandteile im Sinne des § 118 Abs. 4 BVergG 2006 so eindeutig gekennzeichnet wurden (zB gelocht wurden), dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. Hier ist vor allem auf das Angebot der Teilnahmberechtigten zu verweisen, das mehrere Seiten enthält, die durch Lochung nicht gesichert wurden, insbesondere jenes Blatt, das eine Aufstellung der Sonderausrüstungen gegen Aufpreis enthält. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, wie dieses Blatt sowie andere, nicht gelochte Blätter des Angebotes

zum Angebot gelangt sind, etwa ob diese Blätter nachgereicht wurden oder nicht. Dass etwa das Blatt mit der Aufstellung der möglichen Sonderausrüstungen bereits mit dem Angebot abgegeben worden sein dürfte, könnte aus der Datierung mit 30.8.2007 (=Angebotsende) geschlossen werden. Die Antragsgegnerin hat bei der Angebotseröffnung nur die im Angebotsdeckblatt angegebenen Angebotspreise (zivilrechtliche Preise) verlesen, nicht aber die von den Bietern anzugebenden Listenpreise, was im Hinblick auf das Zuschlagskriterium 1 (Preis) erforderlich gewesen wäre. Beim Angebot der Teilnahmeberechtigten erliegt eine technische Beschreibung des angebotenen Gerätes, datiert mit 30.8.2007, das einen Bruttolistenpreis aufweist. Diese Beilage ist jedoch nicht gelocht, sodass nicht festgestellt werden kann, ob sie tatsächlich bereits mit dem Angebot abgegeben wurde. Hingegen ist jenes Blatt, das die technische Ausstattung und den Bruttolistenpreis ausweist, im Angebot der Antragstellerin gelocht und damit gesichert worden. Schon unter Berücksichtigung dieser Umstände kann nicht ausgeschlossen werden, dass beim Angebot der Teilnahmeberechtigten diese Beilagen erst nach der Angebotsöffnung zu den Vergabeakten gelangt sind. Bereits im Zuge der Angebotseröffnung sind der Antragsgegnerin schwerwiegende Fehler insoweit unterlaufen, als nach der Aktenlage nicht alle zu einem Angebot gehörenden Bestandteile im Sinne des Paragraph 118, Absatz 4, BVergG 2006 so eindeutig gekennzeichnet wurden (zB gelocht wurden), dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. Hier ist vor allem auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten zu verweisen, das mehrere Seiten enthält, die durch Lochung nicht gesichert wurden, insbesondere jenes Blatt, das eine Aufstellung der Sonderausrüstungen gegen Aufpreis enthält. Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, wie dieses Blatt sowie andere, nicht gelochte Blätter des Angebotes zum Angebot gelangt sind, etwa ob diese Blätter nachgereicht wurden oder nicht. Dass etwa das Blatt mit der Aufstellung der möglichen Sonderausrüstungen bereits mit dem Angebot abgegeben worden sein dürfte, könnte aus der Datierung mit 30.8.2007 (=Angebotsende) geschlossen werden. Die Antragsgegnerin hat bei der Angebotseröffnung nur die im Angebotsdeckblatt angegebenen Angebotspreise (zivilrechtliche Preise) verlesen, nicht aber die von den Bietern anzugebenden Listenpreise, was im Hinblick auf das Zuschlagskriterium 1 (Preis) erforderlich gewesen wäre. Beim Angebot der Teilnahmeberechtigten erliegt eine technische Beschreibung des angebotenen Gerätes, datiert mit 30.8.2007, das einen Bruttolistenpreis aufweist. Diese Beilage ist jedoch nicht gelocht, sodass nicht festgestellt werden kann, ob sie tatsächlich bereits mit dem Angebot abgegeben wurde. Hingegen ist jenes Blatt, das die technische Ausstattung und den Bruttolistenpreis ausweist, im Angebot der Antragstellerin gelocht und damit gesichert worden. Schon unter Berücksichtigung dieser Umstände kann nicht ausgeschlossen werden, dass beim Angebot der Teilnahmeberechtigten diese Beilagen erst nach der Angebotsöffnung zu den Vergabeakten gelangt sind.

Weiters fällt auf, dass die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotseröffnung in der darüber errichteten Niederschrift beim Angebot der Teilnahmeberechtigten die Preise für drei zusätzliche Ausstattungspakete verlesen hat, die sie der letzten Seite des Angebotes, die auch gelocht worden ist, entnommen haben will. Während sie jedoch den Angebotspreis als zivilrechtlichen Preis für das Gerät verlesen hat, fehlt hinsichtlich der Zusatzausstattung der Hinweis, dass diese Beträge ohne Mehrwertsteuer angegeben wurden. Vergleicht man diese auf dem gelochten Blatt enthaltenen Preise (ohne USt.) für die dort beschriebenen Ausstattungspakete mit den in dem nicht gelochten Blatt überschrieben mit „Folgende Sonderausrüstung gegen Aufpreis möglich“, datiert mit 30.8.2007, enthaltenen Beiträgen, ergibt sich nicht nur eine wesentliche Abweichung des Inhaltes der Ausstattungspakete „Havy Duty-Paket“ und „Sicherheitspaket“ sondern auch, trotz des geringeren Umfanges dieser zuletzt genannten Ausstattungspakete, ein deutlich höherer Preis. In diesem Zusammenhang ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin bei der Bewertung des Kriteriums „Preis“ von dem von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Angebotspreis mit Mehrwertsteuer von EUR 172.800,-- ausgegangen ist und dabei nicht die Zusatzausrüstung im Betrag von zusammen EUR 27.120,-- berücksichtigt hat. Damit kommt sie auf einen Gesamtpreis inkl. USt. für das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Gerät von EUR 199.920,--. Dieser Betrag ist in der, der Antragstellerin am 23.11.2007 übermittelten Auswertung nicht angegeben, wobei überdies nach der Aktenlage nicht gesagt werden kann, zu welchem Zeitpunkt diese Auswertung angefertigt worden ist, zumal sie auch nicht der Niederschrift über die Angebotsprüfung angeschlossen ist.

Aus den Vergabeakten ist mangels entsprechender Dokumentation nicht ersichtlich, welcher Betrag der Bewertung des Kriteriums 1, Preis, zugrunde gelegt wurde. Eine nachvollziehbare Bewertung ist damit nicht gegeben.

Es trifft zu, dass die von der Antragsgegnerin gewählten fünf Zuschlagskriterien nicht innerhalb der Frist des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 angefochten worden sind, obwohl sie nicht den Voraussetzungen des § 2 Z 20 lit. d sublit. aa BVergG

2006 entsprechen bzw. entgegen der Bestimmungen des § 80 Abs. 3 BVergG 2006 nicht im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung gewichtet worden sind (vgl. Elsner BVergG 2006, Rz 195F, Rd 353). Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang in ihrer Stellungnahme vom 7.12.2007 vorgebracht, die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander würde sich aus der Punktebandbreite der Beurteilungsskala ergeben. Eine kleinere Bandbreite habe demnach eine entsprechend kleinere Gewichtung als eine größere Bandbreite. Bei der Gesamtbewertung der Angebote seien alle Bewertungspunkte zusammengezählt worden. Die Zuschlagskriterien und deren Verhältnis zueinander seien Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen (Seite 5 des Schriftsatzes). Dass die Antragsgegnerin entsprechend diesem Vorbringen bei der Bewertung der Angebote vorgegangen wäre und damit zu einem eindeutigen, nicht willkürlichem Ergebnis gelangt ist, kann aus den Vergabeakten nicht nachvollzogen werden. Es trifft zu, dass die von der Antragsgegnerin gewählten fünf Zuschlagskriterien nicht innerhalb der Frist des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 angefochten worden sind, obwohl sie nicht den Voraussetzungen des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 entsprechen bzw. entgegen der Bestimmungen des Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 nicht im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung gewichtet worden sind (vergleiche Elsner BVergG 2006, Rz 195F, Rd 353). Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang in ihrer Stellungnahme vom 7.12.2007 vorgebracht, die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zueinander würde sich aus der Punktebandbreite der Beurteilungsskala ergeben. Eine kleinere Bandbreite habe demnach eine entsprechend kleinere Gewichtung als eine größere Bandbreite. Bei der Gesamtbewertung der Angebote seien alle Bewertungspunkte zusammengezählt worden. Die Zuschlagskriterien und deren Verhältnis zueinander seien Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen gewesen (Seite 5 des Schriftsatzes). Dass die Antragsgegnerin entsprechend diesem Vorbringen bei der Bewertung der Angebote vorgegangen wäre und damit zu einem eindeutigen, nicht willkürlichem Ergebnis gelangt ist, kann aus den Vergabeakten nicht nachvollzogen werden.

Die Angebote wurden entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen, von der Antragsgegnerin aufgelegten Formblättern von einer Kommission bewertet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass den Vergabeakten die Zusammensetzung dieser Kommission nicht zu entnehmen ist, sodass nicht geprüft werden konnte, ob bei deren Zusammensetzung der Bestimmung des § 122 BVergG 2006 entsprochen worden ist. Bei der Vergabe von Aufträgen hat der Auftraggeber grundsätzlich die Bestimmungen des 19 Abs. 1 BVergG 2006 einzuhalten. Danach sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Die Angebote wurden entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen, von der Antragsgegnerin aufgelegten Formblättern von einer Kommission bewertet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass den Vergabeakten die Zusammensetzung dieser Kommission nicht zu entnehmen ist, sodass nicht geprüft werden konnte, ob bei deren Zusammensetzung der Bestimmung des Paragraph 122, BVergG 2006 entsprochen worden ist. Bei der Vergabe von Aufträgen hat der Auftraggeber grundsätzlich die Bestimmungen des 19 Absatz eins, BVergG 2006 einzuhalten. Danach sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2001, RsC19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07 ua). 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 einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, 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. ZVB 2006/60 und die dort zitierte Judikatur). Im gegenständlichen Vergabeverfahren war in den Ausschreibungsunterlagen eine ziffernmäßige Bewertung der Zuschlagskriterien hinsichtlich des Zuschlagskriteriums 1 „Preis“ vorgesehen. Dazu war es jedenfalls notwendig, dass die einzelnen Bieter auch ihre Listenpreise bekannt zu geben hatten. Dies ist bei dem Angebot der Antragstellerin, in Folge der vorhandenen Lochung, in unbedenklicher Weise geschehen. Ob die

Teilnahmeberechtigte auch bereits im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ihren Listenpreis angegeben hat, steht nach der Aktenlage – wie bereits oben ausgeführt – nicht unzweifelhaft fest. Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vergleiche EuGH 18.10.2001, RsC19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS – 1960/07 ua). 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 einen bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, 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 ZVB 2006/60 und die dort zitierte Judikatur). Im gegenständlichen Vergabeverfahren war in den Ausschreibungsunterlagen eine ziffernmäßige Bewertung der Zuschlagskriterien hinsichtlich des Zuschlagskriteriums 1 „Preis“ vorgesehen. Dazu war es jedenfalls notwendig, dass die einzelnen Bieter auch ihre Listenpreise bekannt zu geben hatten. Dies ist bei dem Angebot der Antragstellerin, in Folge der vorhandenen Lochung, in unbedenklicher Weise geschehen. Ob die Teilnahmeberechtigten auch bereits im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ihren Listenpreis angegeben hat, steht nach der Aktenlage – wie bereits oben ausgeführt – nicht unzweifelhaft fest.

Hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien (Bedienfreundlichkeit und Servicefreundlichkeit für die jeweilige Einsatzart, besondere Umweltschutzinitiativen das Gerät betreffend Zusatztechnik am Fahrzeug/gerät und Qualitätsversprechen) erfolgte die Bewertung durch eine aus vier Mitgliedern bestehende „Kommission“, deren Angehörige als „Der Nutzer, Der Referent, Der Sachverständige“ bezeichnet wurden. Die Mitglieder dieser Kommission sollten die vier genannten Kriterien anhand der mit den Ausschreibungsunterlagen übermittelten Formulare durch Einsetzen von Zahlen bewerten. Bereits hier ist darauf zu verweisen, dass nach dem Akteninhalt aber auch nach dem Vorbringen der Parteien das beim Kriterium „Qualitätsversprechen“ angeführte Formular 4Qv nicht zur Verfügung gestellt wurde, ein solches Formular sich auch nicht in den Vergabeakten befindet. Die von den vier Bewertern vorgenommene Benotung der beiden verbliebenen Angebote (Angebot der Antragstellerin und Angebot der Teilnahmeberechtigten), wurde auf den Tabellen durchgeführt. Diese Tabellen sind bei den Angeboten verblieben und wurden nicht der nicht datierten Niederschrift zur Auswertung der einzelnen Angebote angeschlossen. Weder aus den Tabellen (die gleichfalls nicht datiert wurden), noch aus der Niederschrift ist eine verbale Begründung, wie die einzelnen Punktezahlen erreicht wurden, zu entnehmen. Nach ständiger Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden ist bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote eine detaillierte Darstellung der Gründe dieser Bewertung 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 seinen schriftlichen Darlegungen ausführen muss, warum und mit welchem Ergebnis eine bestimmte Bewertung vorgenommen wurde. Bei qualitativen Zuschlagskriterien muss sich der Auftraggeber mit den wesentlichen Angebotsinhalten argumentativ auseinandersetzen und, Bezug nehmend auf die relativen Unterschiede zwischen den Angeboten, das Ergebnis seiner Punktbewertung nachvollziehbar begründen. Daraus ergibt sich, dass sich einerseits die verbale Beurteilung in der ziffernmäßigen Bewertung widerspiegeln muss, bzw. logischerweise andererseits die ziffernmäßige Bewertung mit der verbalen Begründung im Einklang stehen muss. Im Falle der Heranziehung mehrerer Bewerter – wie im gegenständlichen Fall – muss die von diesen jeweils vorgenommene verbale Beurteilung auch ihrer jeweils ziffernmäßigen Bewertung zuordenbar sein und dieser entsprechen. Andernfalls ist die Überprüfung im Hinblick auf deren Übereinstimmung und Nachvollziehbarkeit in Frage gestellt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass jeder Auftraggeber dazu verhalten ist, seine Bestbieterermittlung mit einer detaillierten verbalen Begründung zu versehen (vgl. auch BVA 31.1.2006, o4N-119/05 ua). Nur dann, wenn diesen Anforderungen entsprochen wurde, liegt eine § 128 BVergG 2006 entsprechende Niederschrift über die Prüfung der Angebote vor. Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung der Angebote, bzw. der diesbezügliche Akteninhalt, genügt in keiner Weise diesen dargestellten Anforderungen, sodass nicht gesagt werden kann, ob die Zuschlagsentscheidung – selbst unter Zugrundelegung der Ansicht der Antragsgegnerin, dass die von ihr gewählten Kriterien durchaus vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen – tatsächlich auf den Bestbieter lautet oder nicht. Hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien (Bedienfreundlichkeit und Servicefreundlichkeit für die jeweilige Einsatzart, besondere Umweltschutzinitiativen das Gerät betreffend Zusatztechnik am Fahrzeug/gerät und Qualitätsversprechen) erfolgte die Bewertung durch eine aus

vier Mitgliedern bestehende „Kommission“, deren Angehörige als „Der Nutzer, Der Referent, Der Sachverständige“ bezeichnet wurden. Die Mitglieder dieser Kommission sollten die vier genannten Kriterien anhand der mit den Ausschreibungsunterlagen übermittelten Formulare durch Einsetzen von Zahlen bewerten. Bereits hier ist darauf zu verweisen, dass nach dem Akteninhalt aber auch nach dem Vorbringen der Parteien das beim Kriterium „Qualitätsversprechen“ angeführte Formular 4Qv nicht zur Verfügung gestellt wurde, ein solches Formular sich auch nicht in den Vergabeakten befindet. Die von den vier Bewertern vorgenommene Benotung der beiden verbliebenen Angebote (Angebot der Antragstellerin und Angebot der Teilnahmeberechtigten), wurde auf den Tabellen durchgeführt. Diese Tabellen sind bei den Angeboten verblieben und wurden nicht der nicht datierten Niederschrift zur Auswertung der einzelnen Angebote angeschlossen. Weder aus den Tabellen (die gleichfalls nicht datiert wurden), noch aus der Niederschrift ist eine verbale Begründung, wie die einzelnen Punkteanzahlen erreicht wurden, zu entnehmen. Nach ständiger Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden ist bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote eine detaillierte Darstellung der Gründe dieser Bewertung 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 seinen schriftlichen Darlegungen ausführen muss, warum und mit welchem Ergebnis eine bestimmte Bewertung vorgenommen wurde. Bei qualitativen Zuschlagskriterien muss sich der Auftraggeber mit den wesentlichen Angebotsinhalten argumentativ auseinandersetzen und, Bezug nehmend auf die relativen Unterschiede zwischen den Angeboten, das Ergebnis seiner Punktebewertung nachvollziehbar begründen. Daraus ergibt sich, dass sich einerseits die verbale Beurteilung in der ziffernmäßigen Bewertung widerspiegeln muss, bzw. logischerweise andererseits die ziffernmäßige Bewertung mit der verbalen Begründung im Einklang stehen muss. Im Falle der Heranziehung mehrerer Bewerter – wie im gegenständlichen Fall – muss die von diesen jeweils vorgenommene verbale Beurteilung auch ihrer jeweils ziffernmäßigen Bewertung zuordenbar sein und dieser entsprechen. Andernfalls ist die Überprüfung im Hinblick auf deren Übereinstimmung und Nachvollziehbarkeit in Frage gestellt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass jeder Auftraggeber dazu verhalten ist, seine Bestbieterermittlung mit einer detaillierten verbalen Begründung zu versehen (vergleiche auch BVA 31.1.2006, o4N-119/05 ua). Nur dann, wenn diesen Anforderungen entsprochen wurde, liegt eine Paragraph 128, BVergG 2006 entsprechende Niederschrift über die Prüfung der Angebote vor. Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung der Angebote, bzw. der diesbezügliche Akteninhalt, genügt in keiner Weise diesen dargestellten Anforderungen, sodass nicht gesagt werden kann, ob die Zuschlagsentscheidung – selbst unter Zugrundelegung der Ansicht der Antragsgegnerin, dass die von ihr gewählten Kriterien durchaus vergaberechtlichen Anforderungen entsprechen – tatsächlich auf den Bestbieter lautet oder nicht.

Die Antragsgegnerin hat von den insgesamt fünf gelegten Angeboten drei Angebote deshalb ausgeschieden, weil von diesen Bietern eine Probestellung der angebotenen Geräte nicht erfolgt ist. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob und wann eine Probestellung der Geräte durch die Antragstellerin bzw. die Teilnahmeberechtigte erfolgte. Die Antragstellerin hat dazu unwidersprochen vorgebracht, ein Gerät entsprechend den Ausschreibungsbedingungen zur Verfügung gestellt zu haben. Ob dies auch die Teilnahmeberechtigte getan hat, ist nach der Aktenlage nicht erwiesen. Nach Darstellung der Antragsgegnerin sei eine derartige Probestellung sehr wohl erfolgt, es gebe darüber auch Aufzeichnungen, die allerdings nicht vorgelegt wurden (Seite 7 des Protokolls). Diesbezüglich ist die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 12 Abs. 1 WVRG 2007 zu verweisen, wonach ein diesem Landesgesetz unterliegender Auftraggeber verpflichtet ist, dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Auf diese Bestimmung wurde die Antragsgegnerin mit Übermittlung des einleitenden Schriftsatzes nachweislich hingewiesen. Wenn sie ungeachtet dieses Hinweises die Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt hat (Aufzeichnungen über die Probestellung, Handzettel der Kommissionsmitglieder), so hat sie diesen Umstand zu vertreten. Die Antragsgegnerin hat von den insgesamt fünf gelegten Angeboten drei Angebote deshalb ausgeschieden, weil von diesen Bietern eine Probestellung der angebotenen Geräte nicht erfolgt ist. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob und wann eine Probestellung der Geräte durch die Antragstellerin bzw. die Teilnahmeberechtigte erfolgte. Die Antragstellerin hat dazu unwidersprochen vorgebracht, ein Gerät entsprechend den Ausschreibungsbedingungen zur Verfügung gestellt zu haben. Ob dies auch die Teilnahmeberechtigte getan hat, ist nach der Aktenlage nicht erwiesen. Nach Darstellung der Antragsgegnerin sei eine derartige Probestellung sehr wohl erfolgt, es gebe darüber auch Aufzeichnungen, die allerdings nicht vorgelegt wurden (Seite 7 des Protokolls). Diesbezüglich ist die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 zu verweisen, wonach ein diesem Landesgesetz unterliegender Auftraggeber verpflichtet ist, dem

Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Auf diese Bestimmung wurde die Antragsgegnerin mit Übermittlung des einleitenden Schriftsatzes nachweislich hingewiesen. Wenn sie ungeachtet dieses Hinweises die Vergabeakten nicht vollständig vorgelegt hat (Aufzeichnungen über die Probestellung, Handzettel der Kommissionsmitglieder), so hat sie diesen Umstand zu vertreten.

Die vorgelegten Vergabeakten haben ergeben, dass die Antragsgegnerin bei Durchführung des Vergabeverfahrens in mehrfacher und gravierender Weise gegen zwingende Bestimmungen des BVergG 2006 verstoßen hat. Es war dem Senat nicht möglich, anhand der vorgelegten Vergabeakten sowie der von der Antragsgegnerin gegebenen Erklärungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung ihre Zuschlagsentscheidung nachzuvollziehen und auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Dazu hätte es einer eingehenden und gründlichen Dokumentation über die Prüfung der Angebote bedurft. Darüber hinaus bestehen massive Zweifel darüber, ob insbesondere das Angebot der Teilnahmeberechtigten nachträglich Änderungen erfahren hat, weil eine diesbezügliche eindeutige Sicherung der Angebotsunterlagen fehlt. Aus all diesen Gründen war daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, wie aus dem Spruche ersichtlich, stattzugeben.

Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 7.12.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmeberechtigte, die mit Schriftsatz vom 7.12.2007 dem Verfahren beigetreten ist, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls als präsumtive Zuschlagsempfängerin Partei des gegenständlichen Verfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 6.12.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 6.12.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

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

Schlagworte

Mangelhaftes Vergabeverfahren; Angebotsprüfung; Verletzung des Transparenzgrundsatzes.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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