

TE Verg Bescheid 2007/9/6 VKS-5363/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs1

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §165 Abs1

BVergG 2006 §267 Abs1

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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHIED

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Inc., ***, vertreten durch bpv- Hügel Rechtsanwälte OEG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Messsystemen für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und eines Radflotten-Management-Systems, Ausschreibungsnummer 2006/S46-04837, durch die Antragsgegnerin, Wiener Linien GmbH und Co KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 11.7.2007 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 31.7.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 1, 163, 165 Abs. 1, 267 Abs. 1 BVergG 2006 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 163, 165, Absatz eins, 267, Absatz eins, BVergG 2006

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH und Co KG (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) hat als öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich tätig ist, die Fertigung, Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung von bis zu 8 ortsfesten Messsystemen für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß für die U-Bahn- und Straßenbahnfahrzeuge der Wiener Linien und eine Rad-Flotten-Management-Software, in die Messsysteme integriert werden, öffentlich ausgeschrieben. Zunächst soll ein Messsystem angeschafft werden, bei Entsprechung besteht die Option zur Lieferung von 7 weiteren Messsystemen innerhalb von 3 Jahren. Die Absendung zur EU-weiten Bekanntmachung erfolgte am 3.3.2006, die Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 8.3.2006, GZ 2006/S46-048370, im Amtsblatt der Stadt Wien am 11.3.2006 zur Nummer 11. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens erfolgen soll. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wonach als Zuschlagskriterien die Investitionskosten mit 60%, die Genauigkeit der Kenngrößenermittlung mit 15%, die Drehgestellerkennung mit 5%, die Radsatzerkennung mit 5% und die Rad-Flotten-Management-Software mit 15% gewichtet sind.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin durch Abgabe eines Teilnahmeantrages am Verfahren beteiligt. Nachdem dieser Antrag positiv bewertet worden ist, ist die Antragstellerin mit 5 weiteren Unternehmen zur Legung eines Angebotes aufgefordert worden und hat nach Durchführung von zwei Verhandlungsrunden ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 6.3.2007 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, wonach beabsichtigt war, den Zuschlag einem anderen Unternehmen zu erteilen.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Antrag auf deren Nichtigklärung vom 20.3.2007 angefochten. Über diesen Antrag wurde das Verfahren zu VKS – 1960/07 eingeleitet und schließlich dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2007 mit Bescheid vom 3.5.2007 stattgegeben. Zum Vorbringen der Parteien in diesem Vorverfahren sowie zur Begründung dieser Entscheidung kann auf den Inhalt dieses, den Beteiligten zugekommenen Bescheides, verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

In der Folge hat die Antragsgegnerin mit dem nachstehend wiedergegebenen Schreiben vom 1.6.2007 das Vergabeverfahren fortgesetzt und die im Aufhebungsbescheid als mangelhaft dargestellten Zuschlagskriterien und Bewertungsmethoden berichtigt bzw. erläutert. Gleichzeitig hat sie die Bieter zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes („Last and best Offer“) bis 15.6.2007, 12.00 Uhr, aufgefordert. Das Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Ausschreibung „Auftrag zur Lieferung eines Messsystems für Radprofilzustand, - parameter und –verschleiß und eines Rad-Flotten-Managementsystems“

Sehr geehrter !

Die getroffene und am 06.03.2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung wurde in einem Verfahren vor dem Vergabekontrollsenat in Wien am 03.05.2007 wegen mangelnder Transparenz der Zuschlagskriterien und Fehlen einer Aufforderung zu einem „Last and best Offer“ für nichtig erklärt.

Das Verhandlungsverfahren tritt somit in das Stadium vor der Zuschlagsentscheidung zurück. In Behebung der aufgezeigten Mängel geben wir nachstehende Informationen bekannt:

1. 1.Ziffer eins

Zuschlagskriterien und Bewertungsmethoden

Kriterium	Gewichtung	Bewertungsmethode
Investitionskosten bestehend aus *):	60 %	(2-(Investitionskosten des zu gewichtenden Angebotes/ Investitionskosten des niedrigsten Angebotes))
Pos. 1. 1 Anlage		
Pos. 2. 2.-8. Anlage		
Pos. 3. 500 Transponder	*60%	
Pos. 4. 2500 Transponder		
Pos. 5. 1 Transponderlesegerät		
Pos. 6. 7 Transponderlesegeräte		
*) Diese Positionen sind jeweils einzeln auszupreisen!		
Genauigkeit der Kenngrößenermittlung	15%	Bei positiver Bewertung werden 15% berechnet, bei negativer Bewertung 0% (Jurybewertung).
Drehgestellerkennung	5%	Bei positiver Bewertung werden 5% berechnet, bei negativer Bewertung 0% (Jurybewertung).
Radsatzerkennung	5%	Bei positiver Bewertung werden 5% berechnet, bei negativer Bewertung 0% (Jurybewertung).
Rad-Flotten-Management-Software	15%	Insgesamt 10 möglich erreichbare Punkte (Jurybewertung):
- Benutzerfreundlichkeit	0 - 4 Punkte	
- Trendanalyse zur Reprofilierungs-optimierung	0 - 4 Punkte	

- Export in bestehende Datenbank

(SAP-System)

0 - 2 Punkte

Gegenstand und Ausschlag gebend für die Bewertung der Investitionskosten sind die angebotenen

- -Strichaufzählung
Preis für alle 8 Messsysteme (bestehend aus Pos. 1. und 2.)
- -Strichaufzählung
Preis für 3000 Transponder (bestehend aus Pos. 3. und 4.)
- -Strichaufzählung
Preis für 8 Lesegeräte (bestehend aus Pos. 5. und 6.)

Gegenstand des ersten Abrufes aus dem Gesamtauftrag sind ein Messsystem inklusive Fahrzeugerkennungssystem bestehend aus 500 Fahrzeugtranspondern und einem Lesegerät.

Die Jurybewertung der Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Drehgestellerkennung, Radsatzerkennung und Rad-Flotten-Management-Software erfolgt in Form einer ausführlichen verbalen Begründung.

1. 2.Ziffer 2

Last and Best Offer

Wir fordern Sie hiermit zur Abgabe eines letztgültigen Angebotes („last and best offer“) auf.

Die Angebotsfrist endet mit 15.06.2007, 12:00 Uhr.

Das Angebot ist rechtsgültig gezeichnet in einem verschlossenen Umschlag, der ? mit dem Kennwort „Nicht öffnen! Letztgültiges Angebot zur Vergabe „Auftrag zur Lieferung eines Messsystems für Radprofilzustand, -parameter und –verschleiß und eines Rad-Flotten-Managementsystems“ „,

- -Strichaufzählung
dem Namen (der handelsrechtlichen Firma) des Bieters und
- -Strichaufzählung
dem Datum und der Uhrzeit des Ablaufes der Angebotsfrist versehen ist, einzureichen.

Verspätet eingelangte Angebote werden nicht berücksichtigt und unbearbeitet retourniert. Die Öffnung der Bewerbungen erfolgt kommissionell. Die Bewerber sind nicht berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen."

Auf Grund der Anfrage eines Mitbewerbers hat die Antragsgegnerin am 14.6.2007 eine weitere Richtigstellung vorgenommen, die wie folgt lautet:

„Ausschreibung „Auftrag zur Lieferung eines Messsystems für Radprofilzustand, - parameter und –verschleiß und eines Rad-Flotten-Managementsystems"

Bieterverständigung

Verlängerung der Angebotsfrist

Sehr geehrter Bieter!

Es wurde der WIENER LINIEN GmbH & Co KG eine Bieteranfrage vorgelegt, in der behauptet wird, dass der Leistungsgegenstand unklar beschrieben sei. Insbesondere sei unklar, ob sich der Leistungsgegenstand auf den Kauf eines Messsystems für Radprofilzustand, -parameter und –verschleiß und eines Rad-Flotten-Management-Systems beziehe oder auf 8 Messsysteme, was im Schreiben der WIENER LINIEN GmbH & Co KG vom 29.05.2007 dargelegt sei.

Die WIENER LINIEN GmbH & Co KG nimmt dazu wie folgt Stellung:

Leistungsgegenstand ist der Kauf eines Messsystems für Radprofilzustand, - parameter und –verschleiß und eines Rad-Flotten-Management-Systems mit Option auf den Kauf von bis zu 7 weiteren Messsystemen. Ausschlaggebend für die Zuschlagsentscheidung sind die Zuschlagskriterien wie sie im Schreiben der WIENER LINIEN GmbH & Co KG vom 29.5.2007 (gemeint ist die Aufforderung vom 1.6.2007) dargelegt sind. Hierbei sind hinsichtlich der Bewertung der Investitionskosten die Preise für 8 Messsysteme, 3000 Transponder und 8 Lesegeräte ausschlaggebend.

Das bedeutet, dass mit Erteilung des Zuschlags an den erstgereihten Bieter zunächst ein Messsystem für

Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und ein Radflotten-Managementsystem zum dem im Angebot angegebenen Preis beschafft wird. Der Abruf der Option auf den Kauf von bis zu 7 weiteren Messsystemen, ist im Zeitraum 1. Quartal 2009 bis spätestens Ende 2010 vorgesehen.

Da diese Klarstellung aus Sicht der WIENER LINIEN GmbH & Co KG für die Erstellung des letztgültigen Angebotes („last and best offer“) von Bedeutung ist, wird die Frist zur Einreichung desselben um 14 Tage verlängert.

Die Angebotsfrist endet somit am 29.06.2007, 12.00 Uhr

Das Angebot ist rechtsgültig gezeichnet in einem verschlossenen Umschlag, der

- -Strichaufzählung
mit dem Kennwort „Nicht öffnen! Letztgültiges Angebot zur Vergabe „Auftrag zur Lieferung eines Messsystems für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und eines Rad-Flotten-Managementsystems“..
- -Strichaufzählung
dem Namen (der handelsrechtlichen Firma) des Bieters und
- -Strichaufzählung
dem Datum und der Uhrzeit des Ablaufes der Angebotsfrist versehen ist, einzureichen.
- -Strichaufzählung
Haben Sie bereits ein Angebot eingereicht, so können Sie durch eine zusätzliche, rechtsgültig gefertigte Erklärung ihr Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Die Angebotsänderung oder –ergänzung ist eindeutig mit dem Vermerk „Angebotsänderung“ oder „Angebotsergänzung“ zu versehen.
- -Strichaufzählung
Ergibt sich bei der Angebotsänderung oder –ergänzung ein neuer Gesamtpreis, ist auch dieser anzugeben.
- -Strichaufzählung
Die Angebotsänderung oder –ergänzung ist nach den oben genannten Vorschriften für das Übermitteln von Angeboten bis zum Ende der Angebotsfrist zu übermitteln.
- -Strichaufzählung
Ein Rücktritt vom bereits eingelangten Angebot ist der WIENER LINIEN GmbH & Co KG bis zum Ende der Angebotsfrist nachweislich zur Kenntnis zu bringen. In diesem Fall können Sie die Rückstellung Ihres Angebotes verlangen.
- -Strichaufzählung
Verspätet eingelangte Angebote werden nicht berücksichtigt und unbearbeitet retourniert.

Die Öffnung der Bewerbungen erfolgt kommissionell. Die Bewerber sind nicht berechtigt an der Öffnung teilzunehmen.

Mit diesen Schreiben vom 14.6.2007 wurde die Angebotsfrist mit 29.6.2007, 12.00 Uhr, festgelegt."

Von den fünf verbliebenen Bietern haben vier ein Last and best Offer fristgerecht gelegt, die Antragstellerin hat kein Angebot abgegeben, sie hat ihr Angebot auch nicht ergänzt oder abgeändert und hat auch nicht erklärt, von ihrem bereits gelegten Angebot zurückzutreten.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 11.7.2007 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Zuschlag der Teilnahmeberechtigte erteilen zu wollen. Mit der Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin als Beilage die Kopie der Bewertung des Angebotes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens sowie ihres Angebotes übermittelt. Danach hat das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen insgesamt 97 Punkte, die Antragstellerin 85,74 Punkte erreicht.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 25.7.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf ordnungsgemäße und nachvollziehbare Bestbieterermittlung, auf Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung im Zuge des Vergabeverfahrens sowie auf Nichterteilung des Zuschlages an einen Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, verletzt. Die Verletzung dieser Rechte erblickt die Antragstellerin darin, dass die Zuschlagskriterien so definiert wären, dass eine eindeutige und

nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich wäre, Angebote falsch bewertet wurden und die Auftraggeberin dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen Wettbewerbsvorteile eingeräumt habe, die sich bei der Zuschlagserteilung ausgewirkt hätten und das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, auszuschneiden gewesen wäre. Nachdem die erste Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden sei, wäre es der Antragsgegnerin nicht gelungen, die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten dadurch zu sanieren, dass nach den Festlegungen in der Einladung zur neuerlichen Legung eines Last and best Offers vom 1.6.2007 für die qualitativen Zuschlagskriterien eine Jurybewertung vorgesehen war, weil die Festlegung des „wie“ der Bewertung nichts darüber aussage, nach welchem Bewertungsmaßstab die Jury vorzugehen habe. Die Antragsgegnerin hätte den aus der nicht nachvollziehbaren Festlegung der Zuschlagskriterien resultierenden Vergabeverstoß nur dadurch sanieren können, dass sie die Zuschlagskriterien auch inhaltlich präzisiert „was freilich eine Wiederholung der gesamten Verhandlungsphase der Ausschreibung (und nicht bloss die Aufforderung zur Legung eines neuen Last and best Offers) erforderlich gemacht hätte.“ Dies sei nicht erfolgt. Die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Investitionskosten“ und „Radflottenmanagement-Software“ sei nicht nachvollziehbar. Hier hätte die Antragstellerin eine höhere Punkteanzahl erreichen müssen. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass die Auftraggeberin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässigerweise Wettbewerbsvorteile eingeräumt habe, weil die anzubietende Software auf einen bereits von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an die Auftraggeberin gelieferten Software aufbaue. Letztlich macht die Antragstellerin – wie bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VKS – 1960/07 – geltend, dass für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen habe nur ein Alternativangebot gelegt, welches aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen wäre. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 25.7.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie sei in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf ordnungsgemäße und nachvollziehbare Bestbieterermittlung, auf Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung im Zuge des Vergabeverfahrens sowie auf Nichterteilung des Zuschlages an einen Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, verletzt. Die Verletzung dieser Rechte erblickt die Antragstellerin darin, dass die Zuschlagskriterien so definiert wären, dass eine eindeutige und nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht möglich wäre, Angebote falsch bewertet wurden und die Auftraggeberin dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen Wettbewerbsvorteile eingeräumt habe, die sich bei der Zuschlagserteilung ausgewirkt hätten und das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden soll, auszuschneiden gewesen wäre. Nachdem die erste Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden sei, wäre es der Antragsgegnerin nicht gelungen, die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten dadurch zu sanieren, dass nach den Festlegungen in der Einladung zur neuerlichen Legung eines Last and best Offers vom 1.6.2007 für die qualitativen Zuschlagskriterien eine Jurybewertung vorgesehen war, weil die Festlegung des „wie“ der Bewertung nichts darüber aussage, nach welchem Bewertungsmaßstab die Jury vorzugehen habe. Die Antragsgegnerin hätte den aus der nicht nachvollziehbaren Festlegung der Zuschlagskriterien resultierenden Vergabeverstoß nur dadurch sanieren können, dass sie die Zuschlagskriterien auch inhaltlich präzisiert „was freilich eine Wiederholung der gesamten Verhandlungsphase der Ausschreibung (und nicht bloss die Aufforderung zur Legung eines neuen Last and best Offers) erforderlich gemacht hätte.“ Dies sei nicht erfolgt. Die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Investitionskosten“ und „Radflottenmanagement-Software“ sei nicht nachvollziehbar. Hier hätte die Antragstellerin eine höhere Punkteanzahl erreichen müssen. Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass die Auftraggeberin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässigerweise Wettbewerbsvorteile eingeräumt habe, weil die anzubietende Software auf einen bereits von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an die Auftraggeberin gelieferten Software aufbaue. Letztlich macht die Antragstellerin – wie bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VKS – 1960/07 – geltend, dass für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen habe nur ein Alternativangebot gelegt, welches aus diesem Grunde auszuschneiden gewesen wäre.

Mit Schriftsatz vom 1.8.2007 hat sich das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei des Verfahrens (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) am Nachprüfungsverfahren beteiligt und die Zurückweisung, in eventu Abweisung, der Anträge der Antragstellerin begehrt. Im Einzelnen führt sie aus, es sei zu bezweifeln, ob die Antragstellerin überhaupt noch ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Diese habe nämlich auf Grund der im fortgesetzten Vergabeverfahren erfolgten Aufforderung ein „Last an best Offer“ zu legen, ein solches nicht abgegeben.

Aus diesem Grund würde es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot würde überdies nicht den Festlegungen der Antragsgegnerin in der Mitteilung vom 1.6.2007 entsprechen, wonach ausdrücklich gefordert war, dass im Last and best Offer die Preise für 500 Transponder (Pos. Pkt. 3) und 2500 Transponder (Pos. Pkt. 4) anzubieten waren. Diese Festlegung der Antragsgegnerin in der Mitteilung vom 1.6.2007 sei von der Antragstellerin offenbar nicht angefochten worden, das ursprünglich gelegte Angebot würde diesen Festlegungen nicht entsprechen, weshalb es nicht zu berücksichtigen wäre. Eine mangelhafte Bewertungsmethode liege nicht vor, zumal die Antragstellerin die Zuschlagskriterien nicht rechtzeitig angefochten hätte. Die Zuschlagskriterien seien geeignet, eine unbedenklich Bestbietermittlung zu ermöglichen. Mit Schriftsatz vom 1.8.2007 hat sich das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Partei des Verfahrens (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) am Nachprüfungsverfahren beteiligt und die Zurückweisung, in eventu Abweisung, der Anträge der Antragstellerin begehrt. Im Einzelnen führt sie aus, es sei zu bezweifeln, ob die Antragstellerin überhaupt noch ein Interesse am Vertragsabschluss habe. Diese habe nämlich auf Grund der im fortgesetzten Vergabeverfahren erfolgten Aufforderung ein „Last and best Offer“ zu legen, ein solches nicht abgegeben. Aus diesem Grund würde es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation fehlen. Das von der Antragstellerin gelegte Angebot würde überdies nicht den Festlegungen der Antragsgegnerin in der Mitteilung vom 1.6.2007 entsprechen, wonach ausdrücklich gefordert war, dass im Last and best Offer die Preise für 500 Transponder (Pos. Pkt. 3) und 2500 Transponder (Pos. Pkt. 4) anzubieten waren. Diese Festlegung der Antragsgegnerin in der Mitteilung vom 1.6.2007 sei von der Antragstellerin offenbar nicht angefochten worden, das ursprünglich gelegte Angebot würde diesen Festlegungen nicht entsprechen, weshalb es nicht zu berücksichtigen wäre. Eine mangelhafte Bewertungsmethode liege nicht vor, zumal die Antragstellerin die Zuschlagskriterien nicht rechtzeitig angefochten hätte. Die Zuschlagskriterien seien geeignet, eine unbedenklich Bestbietermittlung zu ermöglichen.

Soweit die Antragstellerin geltend mache, ihr Angebot sei bei den Zuschlagskriterien Investitionskosten und Radflottenmanagement-Software unrichtig bewertet worden, sei dies vergaberechtlich ohne Bedeutung, weil das Angebot der Antragstellerin selbst bei Erhalt der vollen Punkteanzahl nicht vorgereicht hätte werden können. Der von der Antragstellerin behauptete Wettbewerbsvorteil der Teilnahmeberechtigten sei nicht gegeben, weil die von der Antragsgegnerin bisher verwendete Software nicht die Grundlage für die auf Grund der Ausschreibung anzubietende Software gewesen sei. Soweit die Antragstellerin abermals behaupte, die Teilnahmeberechtigte habe nur ein unzulässiges Alternativangebot gelegt, sei dies unrichtig, wie bereits im ersten Verfahrensgang festgestellt worden sei.

Mit Schriftsatz vom 2.8.2007 hat die Antragsgegnerin gleichfalls die Anweisung der Anträge der Antragstellerin begehrt und im einzelnen ausgeführt, dass sie nach der Entscheidung des Vergabekontrollsenates vom 3.5.2007 im Verfahren VKS – 1960/07, mit Schreiben vom 1.6.2007 die nachgefragte Anzahl von Transpondern sowie den zuschlagserheblichen Preis näher definiert habe. Mit diesem Schreiben seien den Bietern die einzelnen Kriterien, deren Gewichtung sowie die dafür vorgesehene Bewertungsmethode mitgeteilt worden. Diese Festlegungen seien nicht angefochten worden. Auf Grund einer Bieteranfrage habe die Antragsgegnerin schließlich mit Schreiben vom 14.6.2007 – unter gleichzeitiger Verlängerung der Angebotsfrist – zur Präzisierung des Auftragsumfanges weitere Festlegungen bekannt gegeben. Auch diese Festlegungen seien nicht angefochten worden. Die von der Antragsgegnerin gewählte Bewertungsmethode sei korrekt und zulässig, sie sei auch geeignet, eine nachvollziehbare Bestbietermittlung zu ermöglichen. Die Antragstellerin habe kein Last and best Offer gelegt, es sei daher bei der Angebotsbewertung ihr im ersten Verfahrensabschnitt gelegtes Angebot bewertet worden. Auf Grund der Angebotsbewertung komme die Antragstellerin mit ihrem Angebot im fortgesetzten Vergabeverfahren an dritter Stelle zu liegen. Selbst wenn deren Angebot hinsichtlich der Radflottenmanagement – Software besser bzw. mit der vollen Punkteanzahl zu bewerten gewesen wäre, bliebe die Reihung des Angebotes der Antragstellerin auf Grund des hohen Angebotspreises unverändert. Eine Einräumung eines unzulässigen Wettbewerbsvorteiles an die Teilnahmeberechtigte wurde entschieden bestritten. Zusammenfassend führt die Antragsgegnerin aus, „dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Verhandlungsverfahrens .. bekannt gegeben oder auch nur angedeutet hat, dass sie der Ansicht ist, dass die Zuschlagskriterien oder die Bewertungsmethoden nicht transparent oder nicht hinreichend genau seien oder das aus ihrer Sicht eine Bestbietermittlung nicht möglich sei. Sie hat es unterlassen, den Weg der Anfechtung der Ausschreibung oder der Aufforderung zur Legung eines letztgültigen Angebotes zu wählen.“ Auch der (zweiten) Aufforderung zur Legung eines letztgültigen Angebotes habe die Antragstellerin nicht entsprochen, deren Verhalten lasse aus Sicht der Antragsgegnerin kein Interesse am Vertragsabschluss erkennen.

Mit ihrer Äußerung vom 8.8.2007 hat die Teilnahmeberechtigte darauf hingewiesen, dass nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin, die Antragstellerin mit ihrem Angebot „nur an dritter Stelle gereiht worden“ sei. Selbst wenn man den Argumenten der Antragstellerin folgen würde, könnte auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden.

Zu diesen Schriftsätzen hat die Antragstellerin ihrerseits mit Äußerung vom 8.8.2007 Stellung genommen und unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte ausgeführt, dass sie „auf Grundlage der Einladung zur Legung eines neuen Last and best Offers ihr Angebot gegenüber ihrem Letztangebot nicht mehr weiter verbessert“ habe, wobei es sich um „eine kaufmännische Entscheidung“ gehandelt habe. Daraus könne nicht abgeleitet werden, dass sie am Vertragsabschluss kein Interesse mehr habe. Die Bewertungsmethode sei trotz der versuchten Verbesserung mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 1.6.2007 nach wie vor nicht nachvollziehbar, was schon für sich allein einen relevanten Mangel bewirke. Dies müsste zwingend zu einem Widerruf der Ausschreibung führen. Die im Zusammenhang mit der von der Antragstellerin kritisierten Bewertung der Angebote und die Tätigkeit der Jury Mitglieder führte die Antragstellerin als Zeugen die Mitarbeiter der Antragsgegnerin DI *** und DI ***. Die Anträge auf Vernehmung dieser Mitarbeiter der Antragsgegnerin als Zeugen wurden in der mündlichen Verhandlung vom 6.9.2007 zurückgezogen.

In einer von ihr als zweite Stellungnahme bezeichneten Äußerung vom 14. August 2007 hat die Antragsgegnerin abschließend zum Vorbringen der Antragstellerin Stellung genommen und vor allem ausgeführt, im Lastenheft seien die Zuschlagskriterien gewichtet sowie klar und ausführlich beschrieben worden. Die Bewertung der Angebote sei umfassend und unter Einbeziehung aller genannten Kriterien erfolgt. Letztlich verweist die Antragsgegnerin abermals darauf, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren fehlen würde.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, dessen Richtigkeit nicht bestritten wurde, der von den Beteiligten erstatteten Schriftsätze, die jeweils auch der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt wurden, sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Wiener Linien GmbH & Co. KG führen als Sektorenauftraggeber ein Verhandlungsverfahren nach Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages. Beabsichtigt ist die Beschaffung von ortsfesten Rasprofilmessanlagen, die in der Lage sind, den Radprofilzustand von darüber fahrenden Straßenbahn- bzw. U-Bahnfahrzeugen unabhängig von Fahrtrichtung, Witterungszustand und anderen üblichen Störeinflüssen, die im normalen Fahrbetrieb zu erwarten sind, automatisiert und präzise zu erfassen. Die unterschiedlichen Fahrzeug- und Radtypen (insbesondere auch Losräder) müssen verlässlich erkannt werden, jeder einzelne Radsatz soll im Dauerbetrieb automatisch identifiziert und den Fahrzeugen zugeordnet werden können. Die Auswertesoftware muss in der Lage sein, die präzisierten Radparameter zu ermitteln. Grenzwertüberschreitungen und Fehlerrapport müssen angezeigt werden können, die Werte zur Überwachung der Grenzen müssen im Programm einstellbar sein. Die Änderungen sind zu protokollieren, die Messsoftware muss zumindest eine Wagenerkennung, gegebenenfalls eine Drehgestell- und Radsatzerkennung, zur eindeutigen Identifikation des Messobjektes ermöglichen (z.B. zur Zuordnung der Laufleistung). Weiters wird ein Export der ermittelten Radparameter zur automatisierten Speicherung in einer Raddatenbank vorgesehen. Die Daten der identifizierten Radsätze sollen in die bestehende Raddatenbank (SAP-System) importiert werden können (Punkt 2.1. und Punkt 2. 1.2. des Lastenheftes).

Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wonach als Zuschlagskriterien die Investitionskosten mit 60%, die Genauigkeit der Kenngrößenermittlung mit 15%, die Drehgestellerkennung mit 5%, die Radsatzerkennung mit 5% und die Rad-Flotten-Management-Software mit 15% gewichtet sind (Punkt 1.6. Zuschlagskriterien des Leistungsheftes). Beim letztgenannten Kriterium wird weiters angeführt (ohne Angabe einer entsprechenden Bewertungszahl): Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofillierungsoptimierung, Export in bestehende Datenbank (SAP-System).

Nach Stellung eines Teilnahmeantrages wurde die Antragstellerin neben 4 weiteren Bewerbern am 31.5.2006 von der Antragsgegnerin aufgefordert, entsprechend den Ausschreibungsunterlagen bis 14.7.2006 ein Angebot abzugeben. Teilangebote waren nicht zugelassen, jedoch Alternativ- und Abänderungsangebote neben ausschreibungsgemäßen Angeboten (Seite 1 des Anschreibens). Insgesamt wurden 5 Angebote abgegeben.

Nach dem die zunächst von der Antragsgegnerin gefasste Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2007 mit Bescheid des VKS vom 3.5.2007, VKS – 1960/07, für nichtig erklärt worden war, hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren mit Schreiben vom 1.6.2007, dessen Inhalt bereits eingangs wiedergegeben wurde, fortgesetzt. Darin wurden die Bieter aufgefordert, ein Last and best Offer bis 15.6.2007, 12.00 Uhr abzugeben. Diese Aufforderung ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Auf Grund einer Bieteranfrage hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.6.2007, das inhaltlich ebenfalls eingangs wiedergegeben worden ist, eine weitere Klarstellung vorgenommen und die Angebotsfrist bis 29.6.2007, 12.00 Uhr verlängert. Auch dieses Schreiben ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Die Festlegungen in diesem Schreiben wurden von der Bieterin nicht bekämpft.

Während der zweiten Phase des Vergabeverfahrens hat die Antragstellerin keinerlei Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen. Deshalb sah sich Herr Ing. *** (Mitarbeiter der Antragsgegnerin) veranlasst, die Antragstellerin anzurufen und sie zu fragen, ob von ihr „noch etwas kommen wird“. Gesprächspartner war der Mitarbeiter der Antragstellerin Herr ***, der erklärte, sie hätten die Aufforderung zur Legung eines Last and best Offer erhalten, ob ein neues Angebot gelegt werde, könne nicht gesagt werden (übereinstimmendes Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 6.9.2007).

Tatsächlich hat die Antragstellerin bis 29.6.2007 kein „neues“ Last and best Offer gelegt, aber auch nicht eine Erklärung dahingehend abgegeben, ihr vor der Entscheidung des Vergabekontrollsenates gelegtes Last and best Offer aufrecht zu erhalten, abzuändern oder zu ergänzen.

Dennoch hat die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsbewertung dieses von der Antragstellerin im ersten Verfahrensabschnitt gelegte Angebot berücksichtigt. In der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 11.7.2007 wird zunächst festgestellt, dass die vorliegenden fünf Angebote formal entsprechen und keine rechnerischen Fehler aufweisen würden. Im Rahmen der Prüfung und Bewertung anhand der Zuschlagskriterien, die ausführlich, verbal begründet und nachvollziehbar festgehalten wurden, wurde als Ergebnis die Bieterreihung festgestellt, dass das Angebot der Teilnehmberechtigten mit einem Angebotspreis von EUR 2.550.000,-- an erster Stelle gereiht, das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von EUR 2.901.199,-- an dritter Stelle gereiht wurde. Bei den einzelnen Bewertungskriterien wurde das Angebot der Teilnehmberechtigten beim Kriterium „Investitionskosten (Angebotswert) mit 60 Punkten, jenes der Antragstellerin mit 51,74 Punkten bewertet. Bei den Kriterien Genauigkeit der Kenngrößenermittlung (Gewichtung 15 %), Drehgestellerkennung (Gewichtung 5 %) und Radsatzerkennung (5 %) haben sowohl die Teilnehmberechtigten als auch die Antragstellerin jeweils die höchste Punktzahl erreicht. Lediglich beim Kriterium „Radflottenmanagement-Software (Gewichtung 15 %)“ wurde das Angebot der Teilnehmberechtigten mit 12 Punkten, jenes der Antragstellerin mit 9 Punkten bewertet. Die Bewertung des Kriteriums „Investitionskosten“ ist nach der angegebenen Formel richtig erfolgt.

Die Bewertung der Letztangebote anhand der Zuschlagskriterien wurde von vier sachkundigen Bewertern durchgeführt. Der Niederschrift über die Angebotsprüfung ist auch eine detaillierte verbale Begründung insbesondere zum Zuschlagskriterium „Radflottenmanagement-Software“ jedes einzelnen Bewerbers angeschlossen. Selbst unter der Annahme, dass die Antragstellerin beim Kriterium „Radflottenmanagement“ die volle Punktzahl von 12 erreicht hätte, würde sich an der Reihung der Angebote keine Änderung ergeben. Die Antragstellerin hätte unter dieser Annahme statt 85,74 Punkten 88,74 Punkte erreicht, und wäre damit weiterhin an dritter Stelle zu reihen gewesen.

Dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot im fortgesetzten Vergabeverfahren an dritter Stelle gereiht wurde, hat sie erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 2.8.2007) erfahren.

Die zugunsten der Teilnehmberechtigten lautende Zuschlagsentscheidung vom 11.7.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 25.7.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates Wien eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach § 18 WVRG 2007. Die zugunsten der Teilnehmberechtigten lautende Zuschlagsentscheidung vom 11.7.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 25.7.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates Wien eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren nach Paragraph 18, WVRG 2007.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem aufgrund des Inhaltes der sorgfältig geführten Vergabeakten,

deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, des Vorbringens der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass im Zuge der Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Antragsgegnerin mit ihrem Schreiben vom 1.6.2007 die Zuschlagskriterien und Bewertungsmethoden näher definiert hat und mit Schreiben vom 14.6.2007, aufgrund eines Aufklärungsersuchens eines Bieters, den Leistungsgegenstand detailliert erläutert hat. Nach dem Inhalt der Vergabeakten war aber auch festzustellen, dass nach dem Ergebnis der Bewertung der im zweiten Verfahrensabschnitt gelegten „last and best offer“ die Antragstellerin mit ihrem zunächst gelegten, in der Folge weder ergänzten noch abgeänderten Angebot, das dennoch von der Antragsgegnerin in die Bewertung einbezogen wurde, an dritter Stelle gereiht wurde. Dass die Antragstellerin nach Aufhebung der ersten Zuschlagsentscheidung sich am weiteren Vergabeverfahren nicht beteiligt hat, wurde von ihr in der mündlichen Verhandlung zugestanden. Dass weder die Ausschreibungsbestimmungen noch sonstige Festlegungen der Antragsgegnerin im Zuge des Verhandlungsverfahrens von der Antragstellerin oder sonst einem Bieter angefochten worden wären, ergibt sich aus den Vergabeakten. Die von der Antragstellerin zunächst gestellten Beweisanträge auf Vernehmung von zwei Mitarbeitern der Antragsgegnerin als Zeugen wurden von ihr in der mündlichen Verhandlung zurückgezogen. Dass selbst bei Zugrundelegung der Standpunkte der Antragstellerin sich an der Bewertung ihres Angebotes und damit der Reihung ihres Angebotes an dritter Stelle keine Änderung ergeben würde, ergibt sich aus der eingehenden dokumentierten, übersichtlich und ausreichend begründeten Angebotsbewertung.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie übt eine Sektorentätigkeit im Sinne der §§ 164, 169 BVergG 2006 durch zur Verfügungstellung von Verkehrsleistungen aus. Auf die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind daher die Bestimmungen des dritten Teiles des BVergG 2006 anzuwenden. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages (§ 5 BVergG 2006) im Oberschwellenbereich, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens erfolgen soll. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wonach als Zuschlagskriterium die Investitionskosten mit 60 %, die Genauigkeit der Kenngrößenermittlung mit 15 %, die Trägestellerkennung mit 5 %, die Radsatzerkennung mit 5 % und die Radflottenmanagement-Software mit 15 % gewichtet sind. 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 um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie übt eine Sektorentätigkeit im Sinne der Paragraphen 164, 169, BVergG 2006 durch zur Verfügungstellung von Verkehrsleistungen aus. Auf die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind daher die Bestimmungen des dritten Teiles des BVergG 2006 anzuwenden. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages (Paragraph 5, BVergG 2006) im Oberschwellenbereich, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens erfolgen soll. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wonach als Zuschlagskriterium die Investitionskosten mit 60 %, die Genauigkeit der Kenngrößenermittlung mit 15 %, die Trägestellerkennung mit 5 %, die Radsatzerkennung mit 5 % und die Radflottenmanagement-Software mit 15 % gewichtet sind. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

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

sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren 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 ist der Antragstellerin am 11.7.2007 zugegangen. Ihr am 25.7.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Die angefochtene Entscheidung ist der Antragstellerin am 11.7.2007 zugegangen. Ihr am 25.7.2007 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

Nach den Feststellungen war das Angebot der Antragstellerin bei Bewertung der abgegebenen „last and best offer“ mit einer erreichten Punktezahl von 85,74 an dritter Stelle, jenes der Teilnehmereberechtigten mit einer Punkteanzahl von 97 an erster Stelle zu reihen. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren selbst angegeben, ihr vor der Aufhebung der ersten Zuschlagsentscheidung gelegtes Angebot aufrecht erhalten und trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.6.2007 ein neues Letztangebot im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens nicht gelegt zu haben. Die Antragstellerin hat auch angegeben, ihr zunächst gelegtes Angebot weder ergänzt noch abgeändert zu haben. Wenn auch die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens von der Reihung ihres Angebote im zweiten Bewertungsvorgang erfahren hat, hat sie die Richtigkeit dieser Reihung weder in ihrem schriftlichen Vorbringen noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung in Zweifel gezogen oder gar bestritten. Geht man aber von der festgestellten Reihung des Angebotes der Antragstellerin aus, so mangelt es ihr, wie zutreffend sowohl von der Teilnehmereberechtigten als auch von der Antragsgegnerin erkannt wurde, an der für eine erfolgreiche Antragstellung notwendigen Legitimation. Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 ist erforderlich, dass dem eine Entscheidung anfechtenden Unternehmer durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet im Ergebnis, dass bei Nichtigerklärung der bekämpften, gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers der Antragsteller mit seinem Angebot zum Zuge kommen müsste. Kommt das Angebot eines Unternehmers für den Zuschlag aber aufgrund seiner Reihung, selbst bei Stattgebung seines Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, nicht in Frage, so fehlt es ihm von vornherein an der erforderlichen Antragslegitimation (vgl. VwGH 27.9.2000, Zl. 2000/04/0050; VKS - 1471/06; VKS - 3066/06; VKS - 2726/06 uva.). Da die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsbewertung mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht wurde, kann ihr der von ihr behauptete Schaden selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht entstehen, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung zurückzuweisen war. Nach den Feststellungen war das Angebot der Antragstellerin bei Bewertung der abgegebenen „last and best offer“ mit einer erreichten Punktezahl von 85,74 an dritter Stelle, jenes der Teilnehmereberechtigten mit einer Punkteanzahl von 97 an erster Stelle zu reihen. Die Antragstellerin hat im Nachprüfungsverfahren selbst angegeben, ihr vor der Aufhebung der ersten Zuschlagsentscheidung gelegtes Angebot aufrecht erhalten und trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 1.6.2007 ein neues Letztangebot im Zuge des fortgesetzten Vergabeverfahrens nicht gelegt zu haben. Die Antragstellerin hat auch angegeben, ihr zunächst gelegtes Angebot weder ergänzt noch abgeändert zu haben. Wenn auch die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens von der Reihung ihres Angebote im zweiten Bewertungsvorgang erfahren hat, hat sie die Richtigkeit dieser Reihung weder in ihrem schriftlichen Vorbringen noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung in Zweifel gezogen oder gar bestritten. Geht man aber von der festgestellten Reihung des Angebotes der Antragstellerin aus, so mangelt es ihr, wie zutreffend sowohl von der Teilnehmereberechtigten als auch von der Antragsgegnerin erkannt wurde, an der für eine erfolgreiche Antragstellung notwendigen Legitimation. Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 ist erforderlich, dass dem eine Entscheidung anfechtenden Unternehmer durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dies bedeutet im Ergebnis, dass bei Nichtigerklärung der bekämpften, gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers der Antragsteller mit seinem Angebot zum Zuge kommen müsste. Kommt das Angebot eines Unternehmers für den Zuschlag aber aufgrund seiner Reihung, selbst bei Stattgebung seines Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, nicht in Frage, so fehlt es ihm von vornherein an der erforderlichen Antragslegitimation

vergleiche VwGH 27.9.2000, Zl. 2000/04/0050; VKS - 1471/06; VKS - 3066/06; VKS - 2726/06 uva.). Da die Antragstellerin nach den Ergebnissen der Angebotsbewertung mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht wurde, kann ihr der von ihr behauptete Schaden selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht entstehen, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung zurückzuweisen war.

Im Hinblick darauf, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation fehlt, erübrigt sich ein Eingehen auf die von ihr sonst behaupteten Rechtswidrigkeiten. Anzumerken ist jedoch, dass das sorgfältig und nachvollziehbar dokumentierte Bewertungsverfahren eindeutig ergeben hat, dass die Antragstellerin bei Bewertung der Kriterien „Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Trägestellerkennung, Radsatzerkennung, Radflottenmanagement-Software“ jeweils mit der Höchstpunktzahl nur um 3 Punkte mehr erreicht hätte, wobei sich durch diesen angenommenen Punktegewinn eine Änderung in der Reihung der Angebote nicht ergeben hätte. Selbst wenn daher ein Fehler in der Angebotsbewertung vorgelegen wäre, wäre dies unbeachtlich gewesen, weil eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers nur dann als nichtig zu erklären ist, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war (§ 26 Abs. 1 WVRG 2007). Soweit die Antragstellerin versucht die Zuschlagskriterien als ungeeignet darzustellen, ist zunächst darauf zu verweisen, dass weder die Bestimmungen in der Ausschreibung im Rahmen der Fristen des § 24 WVRG 2007 angefochten wurden noch die Festlegungen der Antragsgegnerin in ihren Schreiben vom 1.6.2007 und vom 14.6.2007. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin vertritt der Senat die Ansicht, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Bewertungsmethode im Zusammenhang mit den Festlegungen der Antragstellerin im fortgesetzten Verfahren (Schreiben vom 1.6.2007 und 14.6.2007) jedenfalls geeignet waren, eine in jeder Richtung nachvollziehbare Bestbieterermittlung zu ermöglichen. Damit hat die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach § 267 Abs. 1 BVergG 2006 auf mängelfreie Art und Weise entsprochen, weshalb auch inhaltlich die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung den vergaberechtlichen Bestimmungen entspricht. Im Hinblick darauf, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Antragslegitimation fehlt, erübrigt sich ein Eingehen auf die von ihr sonst behaupteten Rechtswidrigkeiten. Anzumerken ist jedoch, dass das sorgfältig und nachvollziehbar dokumentierte Bewertungsverfahren eindeutig ergeben hat, dass die Antragstellerin bei Bewertung der Kriterien „Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Trägestellerkennung, Radsatzerkennung, Radflottenmanagement-Software“ jeweils mit der Höchstpunktzahl nur um 3 Punkte mehr erreicht hätte, wobei sich durch diesen angenommenen Punktegewinn eine Änderung in der Reihung der Angebote nicht ergeben hätte. Selbst wenn daher ein Fehler in der Angebotsbewertung vorgelegen wäre, wäre dies unbeachtlich gewesen, weil eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers nur dann als nichtig zu erklären ist, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war (Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2007). Soweit die Antragstellerin versucht die Zuschlagskriterien als ungeeignet darzustellen, ist zunächst darauf zu verweisen, dass weder die Bestimmungen in der Ausschreibung im Rahmen der Fristen des Paragraph 24, WVRG 2007 angefochten wurden noch die Festlegungen der Antragsgegnerin in ihren Schreiben vom 1.6.2007 und vom 14.6.2007. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin vertritt der Senat die Ansicht, dass die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Bewertungsmethode im Zusammenhang mit den Festlegungen der Antragstellerin im fortgesetzten Verfahren (Schreiben vom 1.6.2007 und 14.6.2007) jedenfalls geeignet waren, eine in jeder Richtung nachvollziehbare Bestbieterermittlung zu ermöglichen. Damit hat die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach Paragraph 267, Absatz eins, BVergG 2006 auf mängelfreie Art und Weise entsprochen, weshalb auch inhaltlich die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung den vergaberechtlichen Bestimmungen entspricht.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 31.7.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

Verhandlungsverfahren; last an best offer; geeignete Zuschlagskriterien.

Dokumentnummer

VERGT_20070906_5363_07_00

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