

TE Verg Bescheid 2007/5/3 VKS-1960/07

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.05.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

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

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §165 Abs1

BVergG 2006 §237 Abs3

BVergG 2006 §252 Abs7 und 9

BVergG 2006 §254 Abs3

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

1. BVergG 2006 § 237 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 237 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 237 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 252 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 254 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

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 eines Messsystems für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und eines Rad-Flotten-Management-Systems, Ausschreibungsnummer 2006/S 46-04837, durch die Antragsgegnerin, Wiener Linien GmbH & Co KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.)eins,
Die Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2007 wird für nichtig erklärt.
1. 2.)2,
Die einstweilige Verfügung vom 27.3.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von EUR 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 19, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 2, 12 Abs. 1 Z 1, 19 Abs. 1, 165 Abs. 1, 237 Abs. 3, 252 Abs. 7 und 9, 254 Abs. 3 BVergG 2006 Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a., Sub-Litera, d, d., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 19, Absatz eins, 165, Absatz eins, 237, Absatz 3, 252, Absatz 7 und 9, 254 Absatz 3, BVergG 2006

Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & 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/S 46-048370, im Amtsblatt der Stadt Wien am 11.3.2006 zur Nr. 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 Stellung eines Teilnahmeantrages am Verfahren beteiligt. Nachdem dieser Antrag positiv bewertet worden ist, ist die Antragstellerin 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 sei, den Zuschlag einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Mit der Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin als Beilage eine Kopie der Bewertung ihres Angebotes übermittelt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 20.3.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Darin

macht die Antragstellerin vor allem geltend, die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Investitionskosten“ durch die Antragsgegnerin sei nicht nachvollziehbar. Dieses Kriterium werde mit 60 % bewertet. Im Zuge der Angebotsbewertung habe die Auftraggeberin in die Bewertung auch ein Kennzeichnungssystem für die Rad-Flotten-Management-Software einbezogen. Auf Grund der Vorgehensweise der Antragsgegnerin im Rahmen des Verhandlungsverfahrens sei allerdings nicht klar ersichtlich gewesen, ob dieses Kennzeichnungssystem überhaupt als Teil der Leistung nachgefragt wird und wie viele Exemplare dieses Kennzeichnungssystems tatsächlich nachgefragt werden. Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens habe die Antragsgegnerin vielmehr die Bieter aufgefordert, verschiedene Zusatzangebote zu stellen, ohne aber klar zu machen, ob und mit welcher Menge sie diese zusätzlichen Leistungen dann auch tatsächlich nachfragen werde. So habe die Antragsgegnerin neben dem erwähnten Kennzeichnungssystem die Bieter etwa auch aufgefordert, Angebote für Serviceleistungen zu legen, die dann aber nicht in die Bewertung einbezogen worden seien. Dadurch habe sich die Antragsgegnerin eine genaue Festlegung des Auftragsgegenstandes vorbehalten, was dieser eine manipulative Bewertung der Angebote ermöglicht hat, sodass eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht erfolgen hätte können. Zum Kennzeichnungssystem für die Rad-Flotten-Management-Software führt die Antragstellerin aus, dass – mangels klarer Vorgaben durch die Auftraggeberin – die Antragstellerin dieses System in einer Preisstaffel von 10, 500 und 1000 Einheiten angeboten habe. Erst nachträglich sei für die Antragstellerin aus der Bestbieterermittlung ersichtlich gewesen, dass die Antragsgegnerin der Angebotsbewertung eine Nachfrage von 3.000 Einheiten zugrunde gelegt habe. Hätte die Antragsgegnerin von vornherein klar gemacht, wie viel Einheiten sie tatsächlich verlange, so hätte die Antragstellerin einen besseren Preis anbieten können. Unzutreffend und nicht nachvollziehbar sei die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Rad-Flotten-Management-Software“, das mit 15 % gewichtet wäre. Dabei habe die Antragstellerin 9 von 15 möglichen Punkten erhalten, obwohl ihr Angebot sämtliche Anforderungen in Bezug auf Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung und Export in bestehende Datenbank (SAP-System) erfüllt, teilweise übererfüllt habe. Letztlich ermögliche keines der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung. Dies gelte insbesondere für das Zuschlagskriterium „Rad-Flotten-Management-Software“. Im Lastenheft werde zwar für dieses Kriterium eine Gewichtung von 15 % festgelegt, es bleibe jedoch völlig offen, nach welcher Methode im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums das Angebot bewertet werden soll. Dazu gebe es mehrere Methoden, die naturgemäß zu unterschiedlichen Ergebnissen führen müssten. Eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung sei mangels Festlegung auf eine dieser möglichen Methoden nicht möglich. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 20.3.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, VWRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Darin macht die Antragstellerin vor allem geltend, die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Investitionskosten“ durch die Antragsgegnerin sei nicht nachvollziehbar. Dieses Kriterium werde mit 60 % bewertet. Im Zuge der Angebotsbewertung habe die Auftraggeberin in die Bewertung auch ein Kennzeichnungssystem für die Rad-Flotten-Management-Software einbezogen. Auf Grund der Vorgehensweise der Antragsgegnerin im Rahmen des Verhandlungsverfahrens sei allerdings nicht klar ersichtlich gewesen, ob dieses Kennzeichnungssystem überhaupt als Teil der Leistung nachgefragt wird und wie viele Exemplare dieses Kennzeichnungssystems tatsächlich nachgefragt werden. Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens habe die Antragsgegnerin vielmehr die Bieter aufgefordert, verschiedene Zusatzangebote zu stellen, ohne aber klar zu machen, ob und mit welcher Menge sie diese zusätzlichen Leistungen dann auch tatsächlich nachfragen werde. So habe die Antragsgegnerin neben dem erwähnten Kennzeichnungssystem die Bieter etwa auch aufgefordert, Angebote für Serviceleistungen zu legen, die dann aber nicht in die Bewertung einbezogen worden seien. Dadurch habe sich die Antragsgegnerin eine genaue Festlegung des Auftragsgegenstandes vorbehalten, was dieser eine manipulative Bewertung der Angebote ermöglicht hat, sodass eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung nicht erfolgen hätte können. Zum Kennzeichnungssystem für die Rad-Flotten-Management-Software führt die Antragstellerin aus, dass – mangels klarer Vorgaben durch die Auftraggeberin – die Antragstellerin dieses System in einer Preisstaffel von 10, 500 und 1000 Einheiten angeboten habe. Erst nachträglich sei für die Antragstellerin aus der Bestbieterermittlung ersichtlich gewesen, dass die Antragsgegnerin der Angebotsbewertung eine Nachfrage von 3.000 Einheiten zugrunde gelegt habe. Hätte die Antragsgegnerin von vornherein klar gemacht, wie viel Einheiten sie tatsächlich verlange, so hätte die Antragstellerin einen besseren Preis anbieten können. Unzutreffend und nicht nachvollziehbar sei die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium „Rad-Flotten-Management-Software“, das mit 15 % gewichtet wäre. Dabei habe die Antragstellerin 9 von 15 möglichen Punkten

erhalten, obwohl ihr Angebot sämtliche Anforderungen in Bezug auf Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung und Export in bestehende die Datenbank (SAP-System) erfüllt, teilweise übererfüllt habe. Letztlich ermögliche keines der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung. Dies gelte insbesondere für das Zuschlagskriterium „Rad-Flotten-Management-Software“. Im Lastenheft werde zwar für dieses Kriterium eine Gewichtung von 15 % festgelegt, es bleibe jedoch völlig offen, nach welcher Methode im Rahmen dieses Zuschlagskriteriums das Angebot bewertet werden soll. Dazu gebe es mehrere Methoden, die naturgemäß zu unterschiedlichen Ergebnissen führen müssten. Eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung sei mangels Festlegung auf eine dieser möglichen Methoden nicht möglich.

Die Antragstellerin habe schon deshalb ein Interesse am Vertragsabschluss, weil sie im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot und später im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ein Letztangebot gelegt habe, die beide ausschreibungskonform gewesen wären. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde sie die Chance auf Erzielung eines unternehmerischen Gewinns sowie die Möglichkeiten zur Durchführung eines wichtigen Referenzprojektes verlieren. Zur Höhe des Schadens führt sie aus, dass ihr an unternehmerischem Gewinn jeweils 5 % des Umsatzes entgehen würden, sowie ein Deckungsbeitrag zu den Gemeinkosten. Dazu kämen die Kosten für die Beteiligung an der vorliegenden Ausschreibung.

Die von ihr zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 27.3.2007, VKS-1960/07, antragsgemäß erlassen. Dazu kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und dessen Ab- bzw. Zurückweisung beantragt. Im Einzelnen führt sie aus, bei dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand „Messsysteme für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und Rad-Flotten-Management-System“ handelt es sich um eine Einheit aus einer ortsfesten Anlage und einer genau auf das Messsystem abgestimmten Management-Software, die eine elektronische Ausarbeitung und Auswertung der Messergebnisse ermögliche. Die dafür erforderliche Wagenerkennung in Form der Transponder sei ein Teil des Messsystem für Radprofilzustand-, -parameter und -verschleiß. Ohne Transponder könnten die gemessenen Radprofil- und Radverschleißzustände nicht dem jeweiligen Rad bzw. Drehgestell zugeordnet werden. Die Zuschlagskriterien seien entsprechend der Bestimmung des § 237 Abs. 3 BVergG 2006 gewichtet und bekannt gegeben worden. Eine Bestbieterermittlung sei dadurch unzweifelhaft möglich und auch durch die Antragsgegnerin erfolgt. Eine Pflicht zur Bekanntgabe der Bewertungsmethode sei vergaberechtlich nicht geboten. Letztlich seien auch die Zuschlagskriterien nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von einem der Bieter angefochten worden. Das Angebot der Antragstellerin sei korrekt bewertet worden, zumal „die zu beschaffende Leistung aus einem integrierten System eines Radprofilzustandmesssystems, die eine Wagenerkennung beinhaltet und einer Rad-Flotten-Management-Software“ bestehe. Das Radprofilmesssystem und die Rad-Flotten-Management-Software könnten ohne eine Wagenerkennung unter keinen, wie auch immer gearteten Umständen funktionieren. Die Wagenerkennung stelle somit einen Teil des Systems dar, was sich auch aus Punkt 2.1 des Lastenheftes ergebe. Obwohl in den Ausschreibungsunterlagen die Wagenerkennung gefordert worden sei, sei diese von der Antragstellerin nicht angeboten worden. Darauf sei die Antragstellerin im Zuge der Verhandlungsrunde hingewiesen und zur Abgabe eines Angebotspreises für die Wagenerkennung aufgefordert worden. Keine Relevanz für die Investitionskosten hätte die anzuschaffende Stückzahl für die Wagenerkennung für die Angebotsreihung gehabt. Der Preis für die Wagenerkennung sei anzugeben gewesen, da das zu beschaffende Gesamtsystem ohne die Wagenerkennung nicht funktionsfähig wäre. Es sei für alle Bieter klar gewesen, dass die Wagenerkennung selbst anzubieten sei, nicht jedoch, ob der Preis für die Wagenerkennung separat anzugeben oder im Gesamtpreis einzukalkulieren war. Die Antragsgegnerin habe diesen Umstand erkannt und darauf hin – zur Aufrechterhaltung der Vergleichbarkeit der Angebote – in der ersten Verhandlungsrunde von allen Bietern die Abgabe eines separat ausgewiesenen Preises für die Wagenerkennung in Form von Transpondern gefordert. Für den Fall, dass sich dieser Preis bei gewissen Stückzahlen verändert, sei von der Antragsgegnerin von allen Bietern gefordert worden, dass die Preise in einer Staffelung endend mit einer Höchststückzahl, ab der der Preis gleich bleibt, bekannt zu geben sei. Der Grund, warum keine genaue zu beschaffende Stückzahl nachgefragt worden sei, liege darin, dass sich die Menge der Transponder, die an den Schienenfahrzeugen angebracht werden, nach der Anzahl der zu beschaffenden Messsysteme richte. Jedenfalls werde ein Messsystem beschafft mit der Option auf bis zu 7 weitere Messsysteme. Daher sei von der Antragsgegnerin von

jedem Bieter ein Angebot des günstigsten Wagenerkennungspreises, und wenn dieser sich mit der Stückzahl verändere, eines Staffelpreises endend mit einer Höchststückzahl, ab der sich der Preis nicht weiter verändern werde, gefordert worden. Die maximale Stückzahl von Wagenerkennungs-Transpondern, die die Antragsgegnerin beschaffen kann, liege bei 3.000 Stück, da jedes Schienenfahrzeug der Antragsgegnerin mit 2 Transpondern auszustatten sei und die Schienenfahrzeugflotte der Antragsgegnerin 1.500 Fahrzeuge umfasse. Bei der Bewertung der Angebote habe sich die Antragsgegnerin genau an die in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Kriterien gehalten. Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin hätte keine echte Chance auf den Zuschlag, weil auch dann, wenn der Preis für die Wagenerkennung bei den Investitionskosten nicht einzuberechnen gewesen wäre, dies keine Auswirkungen auf die Reihung des Angebotes der Antragstellerin gehabt hätte. Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und dessen Ab- bzw. Zurückweisung beantragt. Im Einzelnen führt sie aus, bei dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand „Messsysteme für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß und Rad-Flotten-Management-System" handelt es sich um eine Einheit aus einer ortsfesten Anlage und einer genau auf das Messsystem abgestimmten Management-Software, die eine elektronische Ausarbeitung und Auswertung der Messergebnisse ermögliche. Die dafür erforderliche Wagenerkennung in Form der Transponder sei ein Teil des Messsystem für Radprofilzustand-, -parameter und -verschleiß. Ohne Transponder könnten die gemessenen Radprofil- und Radverschleißzustände nicht dem jeweiligen Rad bzw. Drehgestell zugeordnet werden. Die Zuschlagskriterien seien entsprechend der Bestimmung des Paragraph 237, Absatz 3, BVergG 2006 gewichtet und bekannt gegeben worden. Eine Bestbieterermittlung sei dadurch unzweifelhaft möglich und auch durch die Antragsgegnerin erfolgt. Eine Pflicht zur Bekanntgabe der Bewertungsmethode sei vergaberechtlich nicht geboten. Letztlich seien auch die Zuschlagskriterien nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von einem der Bieter angefochten worden. Das Angebot der Antragstellerin sei korrekt bewertet worden, zumal „die zu beschaffende Leistung aus einem integrierten System eines Radprofilzustandmesssystems, die eine Wagenerkennung beinhaltet und einer Rad-Flotten-Management-Software" bestehe. Das Radprofilmesssystem und die Rad-Flotten-Management-Software könnten ohne eine Wagenerkennung unter keinen, wie auch immer gearteten Umständen funktionieren. Die Wagenerkennung stelle somit einen Teil des Systems dar, was sich auch aus Punkt 2.1 des Lastenheftes ergebe. Obwohl in den Ausschreibungsunterlagen die Wagenerkennung gefordert worden sei, sei diese von der Antragstellerin nicht angeboten worden. Darauf sei die Antragstellerin im Zuge der Verhandlungsrunde hingewiesen und zur Abgabe eines Angebotspreises für die Wagenerkennung aufgefordert worden. Keine Relevanz für die Investitionskosten hätte die anzuschaffende Stückzahl für die Wagenerkennung für die Angebotsreihung gehabt. Der Preis für die Wagenerkennung sei anzugeben gewesen, da das zu beschaffende Gesamtsystem ohne die Wagenerkennung nicht funktionsfähig wäre. Es sei für alle Bieter klar gewesen, dass die Wagenerkennung selbst anzubieten sei, nicht jedoch, ob der Preis für die Wagenerkennung separat anzugeben oder im Gesamtpreis einzukalkulieren war. Die Antragsgegnerin habe diesen Umstand erkannt und darauf hin – zur Aufrechterhaltung der Vergleichbarkeit der Angebote – in der ersten Verhandlungsrunde von allen Bietern die Abgabe eines separat ausgewiesenen Preises für die Wagenerkennung in Form von Transpondern gefordert. Für den Fall, dass sich dieser Preis bei gewissen Stückzahlen verändere, sei von der Antragsgegnerin von allen Bietern gefordert worden, dass die Preise in einer Staffelung endend mit einer Höchststückzahl, ab der der Preis gleich bleibt, bekannt zu geben sei. Der Grund, warum keine genaue zu beschaffende Stückzahl nachgefragt worden sei, liege darin, dass sich die Menge der Transponder, die an den Schienenfahrzeugen angebracht werden, nach der Anzahl der zu beschaffenden Messsysteme richte. Jedenfalls werde ein Messsystem beschafft mit der Option auf bis zu 7 weitere Messsysteme. Daher sei von der Antragsgegnerin von jedem Bieter ein Angebot des günstigsten Wagenerkennungspreises, und wenn dieser sich mit der Stückzahl verändere, eines Staffelpreises endend mit einer Höchststückzahl, ab der sich der Preis nicht weiter verändern werde, gefordert worden. Die maximale Stückzahl von Wagenerkennungs-Transpondern, die die Antragsgegnerin beschaffen kann, liege bei 3.000 Stück, da jedes Schienenfahrzeug der Antragsgegnerin mit 2 Transpondern auszustatten sei und die Schienenfahrzeugflotte der Antragsgegnerin 1.500 Fahrzeuge umfasse. Bei der Bewertung der Angebote habe sich die Antragsgegnerin genau an die in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Kriterien gehalten. Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin hätte keine echte Chance auf den Zuschlag, weil auch dann, wenn der Preis für die Wagenerkennung bei den Investitionskosten nicht einzuberechnen gewesen wäre, dies keine Auswirkungen auf die Reihung des Angebotes der Antragstellerin gehabt hätte.

Die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft hat sich mit Schriftsatz 22.3.2007, eingelangt in der Geschäftsstelle des VKS am 26.3.2007, am Verfahren beteiligt und die Abweisung der Anträge der

Antragstellerin begehrt. Im Detail führt sie aus, es sei für jeden Bieter im Hinblick auf die in der Ausschreibung unter Punkt 2.1. angeführte Zieldefinition und die Beschreibung unter Punkt 3.1. (Ablauf der Radmessung) erkennbar gewesen, dass jeder einzelne Radsatz im Dauerbetrieb automatisch identifiziert und den Fahrzeugen zugeordnet werden können soll. Damit sei klar gewesen, dass ein „Kennzeichnungssystem“ Teil der nachgefragten Leistung sei. Die Bewertung aller Angebote sei auf der Grundlage der bekanntgegebenen Kriterien offenbar objektiv erfolgt, die Bemängelung der Ausschreibungsunterlagen hätte rechtzeitig erfolgen müssen, was die Antragstellerin nicht getan habe.

In Ihrer Äußerung vom 3.4.2007 hat die Antragstellerin den Standpunkt wiederholt, dass die Wagenerkennung in Form der Transponder ein Teil des Messsystems für Radprofilzustand, -parameter und -verschleiß wäre, durch keinerlei Festlegungen in der Ausschreibung gedeckt wäre. Entgegen der Darstellung der Antragsgegnerin sei weiterhin von nicht transparenten Zuschlagskriterien auszugehen, die eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung verhindern würden.

Dieser Stellungnahme ist die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 3.4.2007 und die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 20.4.2007 unter Wiederholung ihrer bereits bekannten Standpunkte entgegen getreten.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten, 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 einer ortsfesten Radprofilmessanlage, die in der Lage ist, 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 Fahrzeugzeug- 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. Grenzwertüberschreibungen 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 Reprofilierungsoptimierung, Export in bestehende Datenbank (SAP-System).

Nach Stellung eines Teilnahmeantrages neben 7 weiteren Bewerbern 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. Den Vergabeakten ist nicht zu entnehmen, wann und in welcher Form die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die 5 eingeladenen Bieter erfolgt ist. Jedenfalls wurden von den Teilnehmern 1 bis 4 sowie dem Teilnehmer 6 ein Angebot abgegeben. Der Teilnehmer 6 ist die Antragstellerin, Teilnehmerin 4 die Teilnahmeberechtigte.

Nach der Niederschrift über die Angebotseröffnung vom 9.8.2006 hat sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte ein Angebot nur für ein System abgegeben, wobei bei beiden Bietern in der Niederschrift festgehalten wurde, „Preis für Option auf bis zu 7 weiteren Anlagen fehlt“.

Die erste Verhandlungsrunde hat die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin am 4.10.2006, mit der Teilnahmeberechtigten am 19.10.2006, mit den übrigen Bietern am 3.10.2006 bzw. 10.10.2006 geführt.

Über Inhalt und Ergebnisse der ersten Verhandlungsrunde wurden Protokolle verfasst. Aus dem Verhandlungsprotokoll vom 4.10.2006 zwischen Auftraggeberin und Antragstellerin geht hervor, dass die Auspreisung der optionalen 7 weiteren Messsysteme als erforderlich bezeichnet wurde, sowie dass für die Wagen- und Drehgestellerkennung mittels Transpondern stückzahlabhängige Staffelpreise nachzureichen sind.

Aus dem Verhandlungsprotokoll mit der Teilnahmeberechtigten vom 19.10.2006 geht hervor, dass auch diese aufgefordert wurde, Staffelpreise für die Transponder anzugeben, da im Angebot nur 1000 Stück ausgepreist wurden. Beiden Protokollen ist nicht zu entnehmen, wie genau die Staffelung der Transponder gestaltet sein soll. Daneben wurden noch weitere Fragen an die Bieter in den Protokollen festgehalten.

Aus den Vergabeakten ist nicht ersichtlich, dass Abschriften der Protokolle oder der zusammengefasste Inhalt der 1. Verhandlungsrunde den jeweiligen Bietern mitgeteilt worden wäre.

Mit Schreiben vom 12.10.2006 hat die Antragstellerin einzelne Fragen aus der

1. 1.Ziffer eins

Verhandlungsrunde beantwortet. Mit Schreiben vom 19.12.2006 hat sie stückzahlabhängige Staffelpreise für die Wagen- und Drehgestellerkennung mittels Transpondern in zwei Optionen für jeweils 1, 10, 500 und 1000 Stück angegeben.

Mit Schreiben vom 26.10.2006 hat die Teilnahmeberechtigte ein Haupt- und ein Alternativangebot vorgelegt und die Staffelpreise für Transponder in zwei Optionen für jeweils 1 bis 499, 500 bis 999, 1000 bis 5000 Stück angeboten.

In der Folge hat die Antragsgegnerin eine 2. Verhandlungsrunde durchgeführt und zwar mit der Antragstellerin am 16.1.2006, mit der Teilnahmeberechtigten am 15.1.2006. Mit den drei übrigen Bietern wurden die Verhandlungsrunden am 15.1.2006, 16.1.2006 und 19.1.2006 durchgeführt. Protokolle hinsichtlich dieser 2. Gesprächsrunde finden sich in den Vergabeakten nicht, ebenso wenig eine Dokumentation darüber, ob und in welche Form den Bietern die Ergebnisse dieser 2. Runde mitgeteilt worden wären. Ebenso wenig findet sich in den Vergabeakten eine Aufforderung an die Bieter ein „last and best offer“ zu legen.

Schließlich enthalten die Vergabeakten eine „Niederschrift über die Angebotsprüfung“, Erstelldatum 5.3.2007. In dieser wird zunächst allgemein der Gegenstand der Vergabe und der Verlauf des Vergabeverfahrens chronologisch dargestellt. Obwohl ein Abschnitt dieser Niederschrift mit „Verhandlungsrunden“ überschrieben ist, finden sich dazu inhaltlich keine Ausführungen.

In dem mit „Angebotsprüfung“ überschriebenen Abschnitt werden vier „Bewerter“ namentlich angeführt. Sodann werde die einzelnen Zuschlagskriterien allgemein dargestellt, ohne dass dabei auch nur auf ein konkretes Angebot Bezug genommen wird. Diesbezüglich sind aber im Anhang der Niederschrift Rechentabellen angeschlossen, aus denen sich zu jedem einzelnen Kriterium das Ergebnis der Bewertung ergibt, sowie die Zusammenfassung der einzelnen Bewertungen. Danach hat die Teilnahmeberechtigte 97 Punkte, die Antragstellerin 93,85 Punkte erreicht. Eine unterschiedliche Bewertung dieser beiden Angebote ist beim Preis und beim Kriterium „Rad-Flotten-Management-Software“ erfolgt. Alle übrigen Kriterien wurden gleich bewertet.

Das Zuschlagskriterium Rad-Flotten-Management-Software (Gewichtung 15 %) weist Unterkriterien auf, wie Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung und Export in bestehende Datenbank (SAP-System), wobei nach den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich ist, wie diese Unterkriterien gewichtet werden. Diesbezüglich ist in der Niederschrift über die Angebotsbewertung festgehalten, „für die Benutzerfreundlichkeit konnte von den 4 Bewertern der Wert Q4.1 zwischen 0 bis 4 unter Berücksichtigung folgender Punkte gesetzt werden:

Eignung für kommunikatives Ziel – die vom Anbieter vermittelten Informationen entsprechen dem vom Benutzer erwarteten

Eignung für Wahrnehmung und Verständnis – die Informationen werden leicht verständlich und korrekt vermittelt.

Eignung für Informationsfindung – Informationen können trotz Unkenntnis über Themengebiete leicht gefunden werden.

Eignung für Benutzerbeteiligung – das Programm soll zur Benutzung motivieren und die Aufmerksamkeit des Benutzers erregen.

Für die Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung konnte von den 4 Bewertern der Wert Q4.2 zwischen 0 bis 4 unter Berücksichtigung folgender Punkte gesetzt werden:

Softwareunterstützung bei der Optimierung des Reprofilierungsintervalls. Grafische Unterstützung bei der Bestimmung der kleinstmöglichen Flächenverlustes.

Für den Export in bestehende Datenbank (SAP-System) konnte von den 4 Bewertern der Wert Q4.3. zwischen 0 bis 2 unter Berücksichtigung folgender Punkte gesetzt werden:

Vermeidung redundanter Datenbildung

Lösungsansätze für die Realisierung der Schnittstelle". Die Zusammenführung der Bewertungen der Punkte Q4.1., Q4.2., Q4.3. erfolgte durch die Aufsummierung dieser drei Werte und die Bildung des arithmetischen Mittelwertes. Die Gewichtung dieses Wertes ist sodann mit dem Zusammenhang $Q4 \times 15$ ermittelt worden.

Eine Darstellung dieser Wertungsmethode ist in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten, die Vergabeakten enthalten auch keinerlei Hinweis darauf, dass den Bietern dieses Bewertungssystem etwa im Zuge des Vergabeverfahrens mitgeteilt worden wäre. Die Vergabeakten, insbesondere dem Anhang zur Niederschrift über die Angebotsbewertung ist nicht im Einzelnen zu entnehmen, welche Punkte die Bewerber bei dem Kriterium Radflottenmanagement-Software bezüglich der 3 Subkriterien tatsächlich vergeben haben. Es ist jeweils pro Bewerber nur die für dieses Qualitätskriterium erzielte Gesamtpunktzahl angegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die von ihr vorgelegten Vergabeakten nicht vollständig sind, sie eine Übersendung der Protokolle über die einzelnen Verhandlungsrunden nicht für notwendig erachtet hat und eine Aufforderung zur Legung eines „last and best offer“ mündlich in der

1. 2.Ziffer 2

Verhandlungsrunde ergangen sei. Die Antragsgegnerin hat auch als richtig zugestanden, „dass sich diesbezüglich eine Dokumentation nicht in den Vergabeakten befindet.“

Mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrages am 20.3.2007 hat der Vergabekontrollsenat unter einem die Antragsgegnerin unter Hinweis auf § 12 Abs. 2 WVRG 2007 aufgefordert, die Akten des Vergabeverfahrens vollständig vorzulegen. Mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrages am 20.3.2007 hat der Vergabekontrollsenat unter einem die Antragsgegnerin unter Hinweis auf Paragraph 12, Absatz 2, WVRG 2007 aufgefordert, die Akten des Vergabeverfahrens vollständig vorzulegen.

Diese Feststellungen konnten vor allem auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten sowie die Erklärungen der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung getroffen werden. Danach war davon auszugehen, dass wesentliche Vorgänge des Vergabeverfahrens in den vorgelegten Akten nicht entsprechend dokumentiert sind, die Protokolle der beiden Verhandlungsrunden bzw. die Ergebnisse der dabei geführten Gespräche, den jeweiligen Bietern durch die Antragsgegnerin nicht mitgeteilt wurden und die Antragstellerin in einer nach den Akten nicht nachvollziehbaren Art und Weise die Bieter zur Legung eines „last and best offer“ aufgefordert haben will. Dass die Bewertung zumindest des Zuschlagskriteriums „Rad-Flotten-Management-Software“ „mit einer Gewichtung von 15 % ebenso wenig den Bietern mitgeteilt wurde, wie die Bewertung der dazu festgelegten Subkriterien, ergibt sich aus der Ausschreibung.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf den Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens (3.3.2006) sowie den Zeitpunkt der Antragstellung auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (20.3.2006) auf den gegenständlichen Sachverhalt sowie die Bestimmungen des BVergG 2006 als auch jene des BVergG 2007 anzuwenden sind.

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, die als Sektorenauftraggeberin im Sinne des § 165 Abs. 1 BVergG 2006 das gegenständliche Vergabeverfahren führt. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, die als Sektorenauftraggeberin im Sinne des Paragraph 165, Absatz eins, BVergG 2006 das gegenständliche Vergabeverfahren führt. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). 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 § 28 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss 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 beantragen, 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. dd 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 2006, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss 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 beantragen, 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, d, d, 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 2006, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 6.3.2007 zugegangen ist, ist der am 20.3.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die angefochtene Entscheidung der Antragstellerin am 6.3.2007 zugegangen ist, ist der am 20.3.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag ist im Ergebnis berechtigt, da die Antragsgegnerin ein in mehrfacher Hinsicht mangelhaftes Vergabeverfahren geführt hat. Zunächst ist der Antragsgegnerin vorzuwerfen, dass sie ihrer Verpflichtung nach § 12 Abs. 1 WVRG 2007 nicht nachgekommen. Gemäß dieser Bestimmung ist ein diesem Landesgesetz unterliegender Auftraggeber verpflichtet, dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Geschieht dies nicht, ist gemäß Abs. 2 leg. cit. der Senat berechtigt, auf Grund des Vorbringens des oder der nicht säumigen Beteiligten zu entscheiden. Einer neuerlichen Aufforderung zur vollständigen Vorlage der Vergabeakten bedurfte es nicht, weil die Antragstellerin bereits mit Übermittlung des Einleitenden Schriftsatzes auf diese Säumnisfolgen, nachweislich hingewiesen worden ist. Es war daher auf Grund des Verhaltes der Antragsgegnerin nicht möglich, die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung an Hand des Inhaltes der Vergabeakten nachzuvollziehen, sodass auch nicht gesagt werden kann, ob die Zuschlagsentscheidung im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen getroffen wurde oder nicht. Der Antrag ist im Ergebnis berechtigt, da die Antragsgegnerin ein in mehrfacher Hinsicht mangelhaftes Vergabeverfahren geführt hat. Zunächst ist der Antragsgegnerin vorzuwerfen, dass sie ihrer Verpflichtung nach Paragraph 12, Absatz eins, WVRG 2007 nicht nachgekommen. Gemäß dieser Bestimmung ist ein diesem Landesgesetz unterliegender Auftraggeber verpflichtet, dem Vergabekontrollsenat alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Geschieht dies nicht, ist gemäß Absatz 2, leg. cit. der Senat berechtigt, auf Grund des Vorbringens des oder der nicht säumigen Beteiligten zu entscheiden. Einer neuerlichen Aufforderung zur vollständigen Vorlage der Vergabeakten bedurfte es nicht, weil die Antragstellerin bereits mit

Übermittlung des Einleitenden Schriftsatzes auf diese Säumnisfolgen, nachweislich hingewiesen worden ist. Es war daher auf Grund des Verhaltes der Antragsgegnerin nicht möglich, die von ihr getroffene Zuschlagsentscheidung an Hand des Inhaltes der Vergabeakten nachzuvollziehen, sodass auch nicht gesagt werden kann, ob die Zuschlagsentscheidung im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen getroffen wurde oder nicht.

Unabhängig davon sind der Antragsgegnerin schwerwiegende Fehler bei der Abwicklung des von ihr gewählten Verhandlungsverfahrens unterlaufen, die ebenfalls für sich allein betrachtet, zu einer Nichtigklärung ihrer Zuschlagsentscheidung führen müssen. Wenn auch die Auftraggeberin im Sektorenbereich tätig wurde, ist sie dennoch verpflichtet, die Grundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 einzuhalten. Danach sind Aufträge über 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. Unabhängig davon sind der Antragsgegnerin schwerwiegende Fehler bei der Abwicklung des von ihr gewählten Verhandlungsverfahrens unterlaufen, die ebenfalls für sich allein betrachtet, zu einer Nichtigklärung ihrer Zuschlagsentscheidung führen müssen. Wenn auch die Auftraggeberin im Sektorenbereich tätig wurde, ist sie dennoch verpflichtet, die Grundsätze des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 einzuhalten. Danach sind Aufträge über 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 Rechtsprechung des EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2001, RsC 19/00 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 einem bestimmten Bieter einen 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 des Zuschlagskriteriums Investitionskosten (Gewichtung 60 %) in mathematisch nachvollziehbarer Form möglich. Hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien (Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Drehgestellerkennung, Radsatzerkennung, Rad-Flotten-Management-Software mit den Unterkriterien Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung und Export in bestehende Datenbank) erfolgte die Bewertung durch eine aus 4 Mitgliedern bestehende „als Bewerter“ bezeichnete zusammengesetzte Kommission in Form einer Vergabe von ganzzahligen Noten, wobei die Beurteilungsskala bei den Kriterien Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Drehgestellerkennung und Radsatzerkennung mit 0 oder 1 festgelegt wurde. Dem entgegen wurde beim Zuschlagskriterium Rad-Flotten-Management-Software eine Beurteilungsskala von 0 bis 4 bei der Benutzerfreundlichkeit und Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung, von 0 bis 2 beim Export in bestehende Datenbank (SAP) festgelegt. Die von den 4 Bewertern vorgenommene Benotung der 5 Angebote wurde nach der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 5.3.2007 in den dieser Niederschrift angeschlossenen Tabellen angeführt. Weder aus den Tabellen noch aus der Niederschrift ist jedoch eine verbale Begründung, wie die einzelnen Punktezahlen erreicht wurden, zu entnehmen. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote eine detaillierte Darstellung der Gründe dieser Bewertung erforderlich, um die gerichtliche 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, bezugnehmend 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 gerichtliche 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, 04N-119/05u.a.). 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 tatsächlich auf den Bestbieter lautet oder nicht. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (EuGH 18.10.2001, RsC 19/00 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 einem bestimmten Bieter einen 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 des Zuschlagskriteriums Investitionskosten (Gewichtung 60 %) in mathematisch nachvollziehbarer Form möglich. Hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien (Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Drehgestellerkennung, Radsatzerkennung, Rad-Flotten-Management-Software mit den Unterkriterien Benutzerfreundlichkeit, Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung und Export in bestehende Datenbank) erfolgte die Bewertung durch eine aus 4 Mitgliedern bestehende „als Bewerter“ bezeichnete zusammengesetzte Kommission in Form einer Vergabe von ganzzahligen Noten, wobei die Beurteilungsskala bei den Kriterien Genauigkeit der Kenngrößenermittlung, Drehgestellerkennung und Radsatzerkennung mit 0 oder 1 festgelegt wurde. Dem entgegen wurde beim Zuschlagskriterium Rad-Flotten-Management-Software eine Beurteilungsskala von 0 bis 4 bei der Benutzerfreundlichkeit und Trendanalyse zur Reprofilierungsoptimierung, von 0 bis 2 beim Export in bestehende Datenbank (SAP) festgelegt. Die von den 4 Bewertern vorgenommene Benotung der 5 Angebote wurde nach der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 5.3.2007 in den dieser Niederschrift angeschlossenen Tabellen angeführt. Weder aus den Tabellen noch aus der Niederschrift ist jedoch eine verbale Begründung, wie die einzelnen Punkteanzahlen erreicht wurden, zu entnehmen. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden ist bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote eine detaillierte Darstellung der Gründe dieser Bewertung erforderlich, um die gerichtliche 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, bezugnehmend 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 gerichtliche 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, 04N-119/05u.a.). 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 tatsächlich auf den Bestbieter lautet oder nicht.

Weiters stellt einen wesentlichen Mangel des Vergabeverfahrens dar, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, gemäß § 254 Abs. 3 BVergG 2006 den Bietern den Abschluss des Verhandlungsverfahrens vorab bekannt zu geben (vgl. Lindner, Das Verhandlungsverfahren und seine praktische Bedeutung, RBA 2001, 2i5). Dazu wäre die Antragsgegnerin schon deshalb verpflichtet gewesen, weil entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht erfolgt sind. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden. Im Sinne der gebotenen Transparenz hat diese Aufforderung jedoch in einer

dokumentierten, nachvollziehbaren Form zu geschehen. Da dies gegenständlich nicht der Fall war, die von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung behauptete „mündliche Aufforderung“ in der Aktenlage weder festgehalten ist noch sonst sich ein Vermerk dazu findet, bedeutet auch dies einen wesentlichen Verfahrensmangel, weil dadurch die Bieter nicht in der Lage waren, die Ergebnisse der beiden Verhandlungsrunden entsprechend in ihrem „last and best offer“ einzuarbeiten. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin auch verpflichtet gewesen wäre, die Ergebnisse der 2. Verhandlungsrunde entsprechend in den Vergabeakten zu dokumentieren und die Ergebnisse dieser Verhandlungsrunden bzw. Abschriften der darüber errichteten Protokolle, den Bietern mitzuteilen oder zumindest in den Akten konkret festzuhalten, welche Ergänzungen ihrer Angebote von den Bietern noch nachzubringen sind. Den vorgelegten Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, ob die Antragsgegnerin die Bestimmungen des § 252 Abs. 7 und 9 BVergG 2006 eingehalten hat oder nicht. In dem von der Antragsgegnerin fortzusetzenden Vergabeverfahren wird aber auch zu prüfen sein, ob die Teilnehmerebene im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ein ausschreibungsgemäßes Angebot gelegt hat oder tatsächlich – wie von ihr auch so bezeichnet – nur ein Alternativangebot. Ein solches wäre aber nach den Ausschreibungsbedingungen nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig gewesen. Eine diesbezügliche Prüfung konnte vom Senat mangels entsprechender Unterlagen nicht vorgenommen werden. Weiters stellt einen wesentlichen Mangel des Vergabeverfahrens dar, dass es die Antragsgegnerin unterlassen hat, gemäß Paragraph 254, Absatz 3, BVergG 2006 den Bietern den Abschluss des Verhandlungsverfahrens vorab bekannt zu geben vergleiche Lindner, Das Verhandlungsverfahren und seine praktische Bedeutung, RBA 2001, 215). Dazu wäre die Antragsgegnerin schon deshalb verpflichtet gewesen, weil entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht erfolgt sind. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden. Im Sinne der gebotenen Transparenz hat diese Aufforderung jedoch in einer dokumentierten, nachvollziehbaren Form zu geschehen. Da dies gegenständlich nicht der Fall war, die von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung behauptete „mündliche Aufforderung“ in der Aktenlage weder festgehalten ist noch sonst sich ein Vermerk dazu findet, bedeutet auch dies einen wesentlichen Verfahrensmangel, weil dadurch die Bieter nicht in der Lage waren, die Ergebnisse der beiden Verhandlungsrunden entsprechend in ihrem „last and best offer“ einzuarbeiten. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin auch verpflichtet gewesen wäre, die Ergebnisse der 2. Verhandlungsrunde entsprechend in den Vergabeakten zu dokumentieren und die Ergebnisse dieser Verhandlungsrunden bzw. Abschriften der darüber errichteten Protokolle, den Bietern mitzuteilen oder zumindest in den Akten konkret festzuhalten, welche Ergänzungen ihrer Angebote von den Bietern noch nachzubringen sind. Den vorgelegten Vergabeakten ist auch nicht zu entnehmen, ob die Antragsgegnerin die Bestimmungen des Paragraph 252, Absatz 7 und 9 BVergG 2006 eingehalten hat oder nicht. In dem von der Antragsgegnerin fortzusetzenden Vergabeverfahren wird aber auch zu prüfen sein, ob die Teilnehmerebene im Zeitpunkt der Angebotseröffnung ein ausschreibungsgemäßes Angebot gelegt hat oder tatsächlich – wie von ihr auch so bezeichnet – nur ein Alternativangebot. Ein solches wäre aber nach den Ausschreibungsbedingungen nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig gewesen. Eine diesbezügliche Prüfung konnte vom Senat mangels entsprechender Unterlagen nicht vorgenommen werden.

Da der Senat nicht in der Lage war, den Argumenten der Antragsgegnerin sowie der nach § 22 Abs. 2 WVRG 2007 teilnehmerebene Partei zu folgen, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie aus dem Spruche ersichtlich, stattzugeben. Da der Senat nicht in der Lage war, den Argumenten der Antragsgegnerin sowie der nach Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 teilnehmerebene Partei zu folgen, war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wie aus dem Spruche ersichtlich, stattzugeben.

Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 27.3.2007 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 27.3.2007 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 WVRG 2007. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die

mündliche Verhandlung vom 3.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 3.5.2007 öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens; mangelnde Transparenz der Angebotsprüfung; Einhaltung der Grundsätze des § 19 Abs. 1 BvergG 2006; verbale Begründung der Bewertung; Bekanntgabe des Abschlusses des Verhandlungsverfahrens.

Dokumentnummer

VERGT_20070503_1960_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