

TE Verg Bescheid 2007/2/22 VKS-38/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §19 Abs1

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

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

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §68 Abs1 Z1

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs3 Z5

AVG §74 Abs2

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

1. BVergG 2006 § 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 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** Aktiengesellschaft, ***, vertreten durch Singer Fössl, Rechtsanwälte OEG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Errichtung und den Betrieb eines virtuellen Firmennetzes (GSM), Ausschreibungsnummer AUS 06F200-Mobiltelefonnetz (GSM), durch die Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 14 – ADV, Rathausstraße 1, 1082 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Die Anträge der Teilnahmeberechtigten auf Vernehmung von ***, *** und *** als Zeugen werden abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2006 wird abgewiesen.
1. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 16.1.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 12 Abs. 1 Z 2, 19 Abs. 1, 68 Abs. 1 Z 1, 123, 125, 129 Abs. 1 und 345 Abs. 3 Z 5 BVergG 2006 sowie § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 19,

Absatz eins, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6 und 39 WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 19, Absatz eins, 68, Absatz eins, Ziffer eins, 123, 125, 129, Absatz eins und 345 Absatz 3, Ziffer 5, BVergG 2006 sowie Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, MA 14 – ADV (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), hat als öffentliche Auftraggeberin die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Errichtung und zum Betrieb eines virtuellen Firmennetzes (GSM) am 18.7.2006 in Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Zl. 2006-S 134-143745, ordnungsgemäß bekannt gemacht. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Stadt Wien erfolgte am 27.7.2006 (Amtsblatt Nr. 30/06) sowie auf der Homepage der Antragsgegnerin. Der Dienstleistungsauftrag sollte zum 1.1.2007 auf unbestimmte Dauer abgeschlossen werden und der Errichtung und dem Betrieb eines virtuellen Firmennetzes mit einem voraussichtlichen Anfangsbestand von ca. 7.000 Mobiltelefonen samt Bereitstellung der erforderlichen Hardware dienen. Der geschätzte Auftragswert (berechnet auf 4 Jahre) beträgt rund EUR 6,5 Millionen. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. Als Zuschlagskriterien sind vorgesehen der Preis mit 92 % und die sekundengenaue Abrechnung mit 8%. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.9.2006.

Am Vergabeverfahren haben sich die 3 größten österreichischen Mobilfunkunternehmen durch Legung von Angeboten, darunter die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Mit der der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommenen Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2006 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag dem mit seinem Angebot preislich an erster Stelle liegenden Unternehmen erteilen zu wollen. Das Angebot dieses Unternehmens erfülle alle technischen Musskriterien und sei das Preisgünstigste.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.1.2007 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. Darin macht die Antragstellerin geltend, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. wegen spekulativer Preisgestaltung sowie wegen Nichterfüllung von Musskriterien auszuschneiden. Insbesondere wird dazu ausgeführt, der auf Grund der Vorausschreibung aus dem Jahre 2003 abgeschlossene Dienstleistungsauftrag habe mit 31.12.2006 geendet. Eine Neuvergabe des Leistungsgegenstandes sei bisher nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin habe deshalb eine „Überbrückungsausschreibung“ für die Zeitdauer von einem Jahr ab der Auftragserteilung vorgenommen. Dabei handle es sich um eine nach den vergaberechtlichen Bestimmungen unzulässige Parallelausschreibung, weil der Leistungsgegenstand die selben Mobiltelefonleistungen wie die gegenständliche Ausschreibung zum Inhalt habe. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 4.1.2007 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. Darin macht die Antragstellerin geltend, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. wegen spekulativer Preisgestaltung sowie wegen Nichterfüllung von Musskriterien auszuschneiden. Insbesondere wird dazu ausgeführt, der auf Grund der Vorausschreibung aus dem Jahre 2003 abgeschlossene Dienstleistungsauftrag habe mit 31.12.2006 geendet. Eine Neuvergabe des Leistungsgegenstandes sei bisher nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin habe deshalb eine „Überbrückungsausschreibung“ für die Zeitdauer von einem Jahr ab der Auftragserteilung vorgenommen. Dabei handle es sich um eine nach den vergaberechtlichen Bestimmungen unzulässige Parallelausschreibung, weil der Leistungsgegenstand die selben Mobiltelefonleistungen wie die gegenständliche Ausschreibung zum Inhalt habe.

Im Gegenstand selbst macht die Antragstellerin geltend, der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis sei nicht plausibel zusammengesetzt. Obwohl der nunmehrige Mobilfunkvertrag eine um ein Drittel längere Laufzeit von 48 Monaten und einen Anfangsbestand von 7.000 SIM-Karten (dies sei eine Vermehrung um 40 %) aufweise, betrage der angebotene Preis EUR 3,079.825,-- (netto) gegenüber dem seinerzeit von der Antragstellerin angebotenen Preis von EUR 3,521.595,--. Unter Berücksichtigung der Portierungskosten ergebe sich bei einem

gewichteten Vergleich des bisher von der Antragstellerin angebotenen „alten Preises“ mit dem nun von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen „neuen Preis“ eine Preisreduktion von 55,17 %; ohne Berücksichtigung der Portierungskosten von 53,15 %. Diese Preisreduktion sei weder durch die Preisentwicklung am Mobilfunkmarkt noch sonst betriebswirtschaftlich erklärbar, zumal auch der Leistungsumfang der gegenständlichen Ausschreibung erweitert wurde. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen und in deren Folge auszuschneiden gewesen. Da bei der vorliegenden Ausschreibung zumindest bei 3 Positionen Fremdleistungskosten und Gerätekosten anfallen (auf die die Zuschlagsempfängerin keinen Einfluss habe) wären diese in der Kalkulation entsprechend auszuweisen. Dabei handelt es sich um die Position 5 des Kurzleistungsverzeichnisses „benötigte Endgeräte (neu + Austausch) in 48 Monaten“, die Position 7 „Mobiltelefon Gesprächsentgelt in 48 Monaten“ und die Position 9 „Kosten und Rufnummernportierung“. Allein bei Berücksichtigung der unter diesen Positionen auszuweisenden Fremdleistungskosten würde sich ein Betrag von rund EUR 5,14 Millionen errechnen. Da die Fremdleistungskosten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Grund des Angebotspreises nicht enthalten sein könnten, wäre dieses Angebot schon allein auf Grund dieser Fakten „wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. einer nicht nachvollziehbaren Kalkulation in den wesentlichen Positionen auszuschneiden gewesen. Da dies nicht erfolgt ist, ist die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, weil allein die Fremdleistungskosten um ca. EUR 2,06 Millionen höher sind, als der Angebotspreis“ der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die Antragsgegnerin habe auch eine angezeigte vertiefte Angebotsprüfung offenbar nicht vorgenommen. Die Prüfung der Preisangemessenheit hätte auch unter Berücksichtigung der Judikatur zu § 1 UWG vorgenommen werden müssen. Jedenfalls werde der angerufene Senat auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht die Vorgangsweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu beurteilen haben. Die Antragsgegnerin habe auch eine angezeigte vertiefte Angebotsprüfung offenbar nicht vorgenommen. Die Prüfung der Preisangemessenheit hätte auch unter Berücksichtigung der Judikatur zu Paragraph eins, UWG vorgenommen werden müssen. Jedenfalls werde der angerufene Senat auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht die Vorgangsweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu beurteilen haben.

Die Auftraggeberin habe auch die erforderlichen technischen Prüfungen noch nicht (vollständig) durchgeführt, sodass auch aus diesem Grund die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei. So sei die lange Frist der sogenannten „Überbrückungsausschreibung“ bis zumindest Juni/Juli 2007 nicht anders zu qualifizieren, als dass die Auftraggeberin offenkundig selbst Zweifel habe, ob die Rufnummernportierung überhaupt erfolgreich abgewickelt werden könne. Aus den Umständen der Vergabe zeige sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenbar eine Portierung nicht entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen gewährleisten könne. Diese Fristen würden gemäß Punkt 9.1 der Ausschreibung für die Abnahmebereitschaft für die Direkt-Verbindung 8 Wochen, für die Abnahmebereitschaft VPN-Tool, Einschulung und Testgerätebeistellung zwei Wochen betragen. Ausgehend von dem in der Ausschreibung vorgesehenen Leistungsbeginn per 1.1.2007 sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin, selbst unter Gewährung einer Nachfrist von ein bis zwei Wochen, spätestens Mitte März 2007 in der Lage sein, die angebotenen Leistungen auch tatsächlich vollumfänglich anzubieten. In Wahrheit gewähre die Antragsgegnerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin „aber eine wettbewerbsverzerrende und rechtswidrige Nachfrist bis zumindest Juli 2007 (möglicherweise aber auch bis Ende 2007 oder länger), obwohl es sich bei der Rufnummernportierung nunmehr schon um einen technischen Standardgeschäftsfall handelt“. Das Angebot, auf das der Zuschlag erfolgen soll, sei auch deshalb nicht zuschlagsfähig, weil die Portierung in der angebotenen Zeit nicht erbracht werden könne und somit die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben sei.

Die Vorgangsweise der Antragsgegnerin bei der Abwicklung der Ausschreibung würde auch eine unzulässige spekulative Preisgestaltung zulassen. Nach der Ausschreibung sei der abzuschließende Mobilfunkvertrag unbefristet, wobei ein beiderseitiger Kündigungsverzicht für 36 Monate bestehe. Ab dem 37. Vertragsmonat würden die Ausschreibungsbedingungen eine einvernehmliche Neufestsetzung der Angebotspreise vorsehen. Dem gegenüber seien in den Positionen 3 bis 8 des Kurz-LV die Entgelte für jeweils 48 Monate ab Vertragsabschluss bewertungsrelevant. Dies führe im Ergebnis dazu, dass „obwohl die Angebote auf Basis eines 48-Monatsvergleichs bewertet wurden, bereits ab dem 37. Vertragsmonat“ vom Zuschlagsempfänger eine Vertragsanpassung gefordert werden könne. Schon deshalb werde nicht der „Bestbieter“ ermittelt, weil der in 48 Monaten zu zahlende reale Preis nicht dem bewerteten Preis entspricht. Dies bedeute im Ergebnis weiters, dass der künftige Vertragspartner an den bei weitem nicht kostendeckenden und spekulativen Angebotspreis nicht für 48 Monate, sondern nur für 36 Monate

gebunden sei. Diese Wettbewerbsverzerrung werde vorliegend noch dadurch verschärft, in dem die Laufzeit des Kündigungsverzichtes bereits mit dem Zuschlag beginne, die Verrechnung der Entgelte in den Positionen 3 bis 8 des Kurz-LV aber erst mit der Funktionsfähigkeit bzw. Abnahme des VPN. Da dies aber gemäß der eigenen Einschätzung der Antragsgegnerin frühestens im Juni/Juli 2007 der Fall sein werde, reduziere sich der effektive garantierte Kündigungsverzicht (und damit die angebotenen Fixpreise) auf weniger als 30 Monate (gegenüber 48 bewertungsrelevanten Monaten). Dass der Antragsgegnerin schon vor der Zuschlagserteilung klar gewesen sei, dass die dafür in Aussicht genommene Bieterin die ausgeschriebenen Leistungen nur mit massiver Verzögerung werde erbringen können, zeige sich an der Tatsache der „Überbrückungsausschreibung“. Durch diese Vorgangsweise der Antragsgegnerin bei der Ausschreibungsabwicklung werde die Antragstellerin massiv benachteiligt, weil sie selbstverständlich „ab dem Zeitpunkt des Zuschlages sämtliche Leistungen erbringen“ könnte und damit effektiv und zumindest ein halbes Jahr länger an die angebotenen Preise gebunden wäre. Das Vorgehen der Antragsgegnerin stelle einen klaren Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung dar.

Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass nach der gegenständlichen Ausschreibung auch Mitarbeiter der Wiener Wasserwerke versorgt werden sollen. In diesem Zusammenhang sei auf die fehlende Netzabdeckung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Wildalpen und Gusswerk hinzuweisen. Die Antragstellerin sei in der Lage diese Gebiete mit ihrem Netz abzudecken, was jedoch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht gewährleisten könne. Auch würde es für portierte Rufnummern keine Garantien geben, „dass diese bei zukünftigen DATA-Solutions auch uneingeschränkt Funktionen haben werden“.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde ihr ein beträchtlicher Schaden, den sie mit rund EUR 110.000,- beziffert (entgangener Gewinn, frustrierte Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren, Aufwendungen für Rechtsberatung im Vorfeld des Nachprüfungsantrages) entstehen. Weiters würde sie einen für sie wichtigen Referenzauftrag verlieren. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt worden, die Gebühren seien entrichtet worden.

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition hat die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Diesem Begehren wurde mit Bescheid vom 16.1.2007 entsprochen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 12.1.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigerklärung ihrer Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und ausgeführt, eine unzulässige Parallelausschreibung würde nicht vorliegen. Der vorangegangene Leistungsvertrag sei mit 31.12.2007 (richtig 31.12.2006) befristet gewesen. Im Zuge der Bestbieterermittlung im Dezember 2006 sei absehbar gewesen, dass der anfechtungsgegenständliche Leistungsvertrag nicht „nahtlos“ an den Vorvertrag anschließen werde können, weil nicht die Antragstellerin als bisherige Auftragnehmerin sondern ein neuer Auftragnehmer als Zuschlagsempfänger ermittelt worden sei. Die Umstellung eines Firmennetzwerkes von über 7.000 Handys bedeute einen nicht unerheblichen Administrationsaufwand. Die Antragsgegnerin rechne mit einer Umstellungsphase von ca. 20 Kalenderwochen. Zur Überbrückung sei daher erforderlich gewesen, für den Zeitraum ab dem 31.12.2006 bis zur Inbetriebnahme des Firmennetzwerkes durch den neuen Auftragnehmer, längstens aber für den Zeitraum von 12 Monaten, die von der Antragsgegnerin benötigten Mobiltelefonleistungen weiter vom bisherigen Auftragnehmer (der Antragstellerin) zu beziehen und diesen „Zusatzauftrag“ vergaberechtskonform zu vergeben. Die Leistungsgegenstände in der vorliegenden Ausschreibung und in der „Überbrückungsausschreibung“ seien nicht ident. Im Übrigen hätte die Antragstellerin, die letztlich Nutznießerin dieser „Überbrückungsausschreibung“ sei, mit den von ihr behaupteten Gründen die Durchführung des „Überbrückungsverfahrens“ rechtzeitig anfechten müssen.

Die von der Antragstellerin behauptete nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot liege nicht vor. Tatsache sei, dass sich die Entgelte für Mobilfunktelefonie zwischen 2003 und 2006 drastisch reduziert hätten, der im Vergleich zum Bestbieter von 2003 nunmehrige geringere Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspiegle „schlicht die Marktentwicklung“. Die angebotenen Preise seien auf ihre Angemessenheit und Plausibilität im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung geprüft worden. Ausgeschrieben seien Mobiltelefonleistungen für 7.000 bis 9.000 Handys; der Leistungsvertrag sei unbefristet, sodass der Bewertung die Leistung für 48 Monate zu Grunde zu legen gewesen sei. Setze man den zu erwartenden Durchschnittswert von ca. 8.500 Handys voraus, würde dies 408.000 Gebührenmonate als Berechnungsgrundlage ergeben. Angesichts „dieses großen Multiplikators“ sei leicht erkennbar,

„dass auch schon geringste Preisunterschiede zu großen Differenzen bei den Angebotspreisen führen" müssten. Ein Unterschied von lediglich 10 Cent bedinge etwa einen über EUR 40.000,-- teureren Gesamtpreis. Nun würden die Angebote des in Aussicht genommenen Bestbieters und der Antragstellerin nicht bloß um 10 Cent sondern – erklärbar – viel deutlicher auseinander liegen. Bereits geringfügige unterschiedliche kalkulatorische Einschätzungen der Bieter würden daher auf Grund des großen Multiplikators zu deutlich unterschiedlichen Angebotspreisen führen.

Die Annahme der Antragstellerin hinsichtlich der Fremdleistungsgebühren seien unzutreffend. Es sei zwar richtig, dass die Zusammenschaltungsentgelte für die Mobilterminierung behördlich geregelt seien. Nirgendwo sei jedoch reglementiert, „dass der eine Mobilnetzanbieter dem anderen für eine Mobilterminierung nicht geringere Kosten in Rechnung stellen darf". Ebenso wenig sei behördlich festgelegt, dass ein Mobilnetzbetreiber seinen Endkunden nicht geringere Kosten verrechnen dürfe. Ein Blick auf den aktuellen Markt zeige, dass Endkunden gerade mit Angeboten geworben werden, die deutlich unter dem behördlich festgesetzten Tarifen liegen würden. Dass Verbindungen sogar in Netze eben jener Anbieter, denen man die Endkunden gerade abgeworben habe, kostenfrei möglich seien, habe zwei simple geschäftspolitische Gründe: Da bekannt sei, dass sich Personen die häufig miteinander telefonieren, aus Kostengründen nach Möglichkeit den gleichen Netzbetreiber aussuchen, erleichtere das Angebot einer kostengünstigen oder kostenlosen Verbindung in das „Alt-Netz" dem Endkunden zum Einen dem Wechsel zu einem neuen Anbieter. Zum Anderen hoffen Anbieter gerade auf Grund dieses „couple-effects", dass das Beispiel Schule mache. Dies bedeute im Ergebnis, dass die Anbieter damit rechnen würden, dass neben dem ersten Endkunden kurz- und mittelfristig auch die mit diesem verbundenen Personen den Anbieter wechseln werden. Damit vervielfache sich das Kundenpotential, während sich gleichzeitig die vom neuen Anbieter auf Grund der Interconnection-Festlegungen zu zahlenden Gebühren für Mobilterminierungen ins „Alt-Netz" verringern. Mit ihrem Angebot habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin diesem gängigen Geschäftsmodell entsprochen. Sie biete daher die Verbindung ins Netz des bisherigen Anbieters – den marktgängigen Verkaufsmethoden folgend – günstig an, gleiche diesen wirtschaftlichen Nachteil aber durch entsprechende Aufschläge für Verbindungen in andere Netze aus. Wie die aufklärenden Auskünfte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zeigen würden, rechtfertige sich diese Vorgangsweise in der – auf Erfahrungswerten beruhenden – Annahme, dass sich Verbindungen in das „Alt-Netz" (und damit die zu subventionierenden Anteile) nach dem Wechsel des Anbieters deutlich verringern werden. Die Antragstellerin habe im Gegensatz dazu die Terminierung in das Netz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 15,83 Cent (ohne USt) angeboten, während die präsumtive Zuschlagsempfängerin in das Netz der Antragstellerin Terminierungsentgelte von 3,6 Cent vorgesehen habe. Angesichts der großen Multiplikatoren wirke sich ein solcher Unterschied, der allein auf dem unternehmerischen Wagnis der kalkulatorischen Einschätzung des jeweiligen Bieters beruhe, im Endergebnis gravierend aus.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auch auf Grund der Ergebnisse der vertieften Prüfung nicht als unterpreisig zu erkennen. Unter Zitierung zahlreicher Rechtsprechung führt die Antragsgegnerin dazu aus, dass auch ein nicht kostendeckender Angebotspreis aus Markteinführungsrabatten oder wegen großen Interesses an der Erlangung von Referenzprojekten erklärt werden könne. Eine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens dürfe durch einen ungewöhnlich niedrigen Preis jedoch nicht gegeben sein, weil dies im Widerspruch zum Gebot der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit des Preises stehen würde. Über Aufforderung der Auftraggeberin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Kalkulation in einer Excel-Liste offengelegt und ihre Kalkulation eingehend begründet. Aus der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Angebotskalkulation gehe hervor, dass der kumulierte Jahres-Deckungsbeitrag auf Basis der der Angebotsbewertung zu Grunde liegenden vier Jahre klar positiv sei. Im Zuge der Angebotsprüfung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin unmissverständlich klargestellt, dass ihr primäres Ziel die Erhöhung des Marktanteils im Bereich Business/Gouvernement und die Positionierung bzw. Etablierung gegenüber dem derzeitigen Marktführer sei. Ein weiteres Ziel sei es, öffentlichen Organisationen wie die Auftraggeberin als Referenzkunden zu gewinnen, um so eine Erhöhung der Weiterempfehlungsrate zu erreichen. Allein diese Ziele wären der Grund für die präsumtive Zuschlagsempfängerin gewesen, zu derart günstigen Konditionen anzubieten. Dies sei – auch nach der Judikatur des Vergabekontrollsenates – nicht unzulässig. Jedenfalls sei nach der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Kalkulation auf die (Mindest-)Vertragslaufzeit gesehen sogar von einem positiven Deckungsbeitrag auszugehen. Die vorgelegte Kalkulation sei in sich stimmig und nachvollziehbar, es hätten sich für die Antragsgegnerin keine Gründe dafür ergeben, deren Richtigkeit anzuzweifeln. Schon auf Grund dieser positiven Deckungsbeiträge und den plausiblen Begründungen sei daher davon auszugehen, dass die präsumtiven Zuschlagsempfängerin kostendeckend und mithin zu angemessenen Preisen angeboten habe.

Letztlich könne diese Bieterin nachvollziehbar darlegen, dass sie bei Auftragserteilung, nicht zuletzt auf Grund von Erfahrungswerten und Studien, mittelfristig mit einem Zuwachs im sonstigen Bereich rechne, sei es auf Grund eines durch die VPN-Teilnehmer „veranlassten“ Providerwechsels oder auf Grund des sich nachweislich ändernden Callmix-Verhaltens. Diese mittelbaren betriebswirtschaftlichen Vorteile seien logisch nachvollziehbar und würden auch mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten. Obwohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Möglichkeiten nicht in ihrer vorgelegten Kalkulation einbezogen, habe, habe sie dennoch nachweislich positive Deckungsbeiträge als erzielbar dargestellt.

Der Vorwurf, die Antragsgegnerin habe die Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß vorgenommen, sei daher unzutreffend. Diesbezüglich werde auf den Inhalt der Vergabeakten verwiesen.

Nach den Ergebnissen der technischen Angebotsprüfung sei die Antragsgegnerin auch davon ausgegangen, dass der in Aussicht genommene Bestbieter die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vertragskonform erfüllen könne. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin werde dazu auch nicht die Portierung aller bisherigen GSM-Nummern erforderlich sein. Da die überwiegende Anzahl aller Anrufe über die Telefonanlage auf das Handy des jeweiligen Mitarbeiters weiter geroutet werde, bedeute die nunmehr notwendige Zuteilung einer neuen Nummer für den Nutzer keinen besonderen Nachteil. Die Antragsgegnerin gehe daher davon aus, dass ein Großteil der GSM-Nummern gar nicht portiert werden müsse.

Soweit die Antragstellerin geltend mache, die Ausschreibungsunterlagen würden die Abgabe von Spekulationsangeboten ermöglichen, verweist die Antragsgegnerin darauf, dass dies rechtzeitig innerhalb der Anfechtungsfrist des WVRG geltend gemacht hätten werden müssen.

Zur Netzabdeckung führt die Antragsgegnerin aus, dass als Mindestkriterium eine österreichweite 90 %ige Netzabdeckung verlangt werde, die von allen Bietern ohne weiters erfüllt werde. Auch die Antragstellerin verfüge nicht überall „wo Dienststellen der Stadt Wien loziert sind, über eine vollständige Netzabdeckung (z.B. die Außenstellen der MA 49 und der MA 31 in Nasswald)“.

Der Vorwurf, dass es für portierte Rufnummern keine Garantien gebe, dass diese bei zukünftigen „DATA-Solutions“ auch uneingeschränkt Funktionen haben werden, sei wenig spezifiziert. Sollte damit der mobile Zugang von Notebooks über Datenkarten ins Internet gemeint sein, sei der Antragstellerin entgegen zu halten, dass eine Rufnummernportierung für diese Funktionalitäten schlicht sinnlos wäre. Für den Nutzer sei es gleich „ob er mit seiner alten oder einer neu zugeteilten Rufnummer ins Internet“ gehe.

Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen hat sich mit Schriftsatz vom 12. Jänner 2007 als teilnahmeberechtigte Partei am Verfahren beteiligt und die Abweisung der Anträge der Antragstellerin beantragt. Sie vertritt darin ebenfalls die Ansicht, dass eine unzulässige „Parallel- bzw. Doppelausschreibung“ nicht vorliege, da die zur Überbrückung ausgeschriebenen Leistungen nicht mit jenen in der gegenständlichen Ausschreibung vergleichbar wären. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, würde die gegenständliche Zuschlagsentscheidung nicht mit Nichtigkeit belastet sein, sondern nur die zeitlich später eingeleitete Überbrückungsausschreibung. Überdies sei das diesbezügliche Vorbringen präkludiert.

Eine von der Antragstellerin behauptete nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Angebot der Teilnahmeberechtigten werde bestritten. Selbst wenn variable Kosten nicht gedeckt sein sollten oder gar der Deckungsbeitrag negativ sein sollte, könne der Preis betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und angemessen sein, wenn dies zu Markterschließungszwecken notwendig sei. Auch nicht kostendeckende Angebote könnten eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, etwa könnten niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, wegen der der Bieter zumindest seine Fixkosten decken will. Auch die Überlegung, sich mit dem Auftrag einen neuen Markt zu erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen zu wollen, rechtfertige nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden Preise, die nicht gänzlich kostendeckend seien. Selbst wenn im gegenständlichen Fall die variablen Kosten nicht abgedeckt oder die Deckungsbeiträge negativ sein sollten – was aber ohnedies nicht der Fall sei – wäre ein niedrigerer Preis mit der Notwendigkeit der Steigerung des Marktanteiles im Kundensegment des öffentlichen Bereiches jedenfalls betriebswirtschaftlich erklärbar und aus unternehmerischer Sicht sinnvoll. Eine knappe (wenn auch nicht negative) Kalkulation sei die effizienteste (und einzige) Möglichkeit, die Erfolgchancen bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand zu maximieren und den Marktanteil am Kundensegment des öffentlichen Bereiches zu steigern. Darüber hinaus würden durch die Gewinnung eines

namhaften Großkunden wie der Stadt Wien bedeutende wirtschaftliche Signale am Gesamtmarkt Österreich, sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Großkundenbereich, gesetzt, sodass der gegenständliche Auftrag auch einen besonders bedeutenden Referenzauftrag für die Teilnahmeberechtigte darstelle. Wie die Teilnahmeberechtigte im Rahmen der vertieften Angebotprüfung unter Vorlage der Detail- Angebotskalkulation dargelegt habe, sei ihr Angebotspreis insbesondere schon auf Grund des positiven Deckungsbeitrages betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Mit dem von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preisen und dem zu erwartenden Entgelt würden somit die der Leistungserbringung zurechenbaren variablen Kosten zur Gänze gedeckt und auch ein positiver Deckungsbeitrag erwirtschaftet. Die Qualifikation eines Angebotes als „Unterangebot“ dürfe nicht durch den Vergleich mit anderen Angeboten erfolgen. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit dürfe es nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden nur darauf ankommen, ob der Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat. Nicht richtig sei, dass im gegenständlichen Fall von der Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen wurde. Ebenso unrichtig seien die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Prüfung der Preisangemessenheit zwingend unter Berücksichtigung der Judikatur zu § 1 UWG durchzuführen sei. Eine von der Antragstellerin behauptete nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Angebot der Teilnahmeberechtigten werde bestritten. Selbst wenn variable Kosten nicht gedeckt sein sollten oder gar der Deckungsbeitrag negativ sein sollte, könne der Preis betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und angemessen sein, wenn dies zu Markterschließungszwecken notwendig sei. Auch nicht kostendeckende Angebote könnten eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, etwa könnten niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, wegen der der Bieter zumindest seine Fixkosten decken will. Auch die Überlegung, sich mit dem Auftrag einen neuen Markt zu erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen zu wollen, rechtfertige nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden Preise, die nicht gänzlich kostendeckend seien. Selbst wenn im gegenständlichen Fall die variablen Kosten nicht abgedeckt oder die Deckungsbeiträge negativ sein sollten – was aber ohnedies nicht der Fall sei – wäre ein niedrigerer Preis mit der Notwendigkeit der Steigerung des Marktanteiles im Kundensegment des öffentlichen Bereiches jedenfalls betriebswirtschaftlich erklärbar und aus unternehmerischer Sicht sinnvoll. Eine knappe (wenn auch nicht negative) Kalkulation sei die effizienteste (und einzige) Möglichkeit, die Erfolgchancen bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand zu maximieren und den Marktanteil am Kundensegment des öffentlichen Bereiches zu steigern. Darüber hinaus würden durch die Gewinnung eines namhaften Großkunden wie der Stadt Wien bedeutende wirtschaftliche Signale am Gesamtmarkt Österreich, sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Großkundenbereich, gesetzt, sodass der gegenständliche Auftrag auch einen besonders bedeutenden Referenzauftrag für die Teilnahmeberechtigte darstelle. Wie die Teilnahmeberechtigte im Rahmen der vertieften Angebotprüfung unter Vorlage der Detail- Angebotskalkulation dargelegt habe, sei ihr Angebotspreis insbesondere schon auf Grund des positiven Deckungsbeitrages betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Mit dem von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preisen und dem zu erwartenden Entgelt würden somit die der Leistungserbringung zurechenbaren variablen Kosten zur Gänze gedeckt und auch ein positiver Deckungsbeitrag erwirtschaftet. Die Qualifikation eines Angebotes als „Unterangebot“ dürfe nicht durch den Vergleich mit anderen Angeboten erfolgen. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit dürfe es nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden nur darauf ankommen, ob der Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat. Nicht richtig sei, dass im gegenständlichen Fall von der Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen wurde. Ebenso unrichtig seien die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Prüfung der Preisangemessenheit zwingend unter Berücksichtigung der Judikatur zu Paragraph eins, UWG durchzuführen sei.

Auch die technische Angebotsprüfung sei ordnungsgemäß von der Antragsgegnerin durchgeführt worden. Dabei sei ausdrücklich bestätigt worden, dass die Teilnahmeberechtigte die ausgeschriebenen Leistungen zu den Bestimmungen der Ausschreibung und innerhalb der darin vorgesehenen Leistungs- und Umsetzungsfristen erbringen kann und werde. Die technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten sei jedenfalls gegeben.

Soweit die Antragstellerin geltend mache, die Ausschreibungsbedingungen würden die Abgabe von Spekulationsangeboten ermöglichen, sei dies unrichtig. Selbst wenn man von deren Richtigkeit ausgehen wollte, wäre die diesbezügliche Bekämpfung verfristet. Die behauptete fehlende Netzabdeckung in Wildalpen und Gusswerk sei nicht gegeben, abgesehen davon handle es sich dabei nicht um Muss- oder Mindestanforderungen der Ausschreibung. Zur behaupteten fehlenden Garantie für Funktionsfähigkeit portierter Rufnummern bei Datasolutions führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass sie sämtliche in der Ausschreibung geforderten Funktionen und technischen

Anforderungen gewährleisten könne, wobei sie selbstverständlich allen portierten Kunden auch jene Produkte und Features zur Verfügung stelle, die auch von ihren sonstigen Kunden mit eigener Vorwahl genutzt werden können. Zum Nachweis für dieses Vorbringen hat die Teilnahmeberechtigte die Vernehmung ihrer Mitarbeiter ***, ***, und *** als Zeugen beantragt.

Mit Schriftsatz vom 22.1.2007 hat die Antragstellerin auf das Vorbringen der Antragsgegnerin in deren Schriftsatz vom 12.1.2007 repliziert und ihre bereits bekannten Standpunkte weiter ausgebaut. Insbesondere hat sie ausgeführt, dass nach der Stellungnahme der Antragsgegnerin entgegen dem Musskriterium M28 sowie der Position 9 des Kurz-LV der Ausschreibung von der Teilnahmeberechtigten offenbar beabsichtigt sei einen Großteil der Nummern gar nicht zu portieren.

Zum Terminierungsentgelt führt die Antragstellerin aus, dass dieses von der Telekomkontrollkommission reguliert werde, wobei es sich um jenes Entgelt handle, dass zwischen den Betreibern verrechnet werde. Endkundenentgelte würden hingegen dem Endkunden verrechnet und daher nicht als Terminierungsentgelt bezeichnet. Die jeweils von den Mobilfunkbetreibern verrechneten Terminierungskosten seien den Mitbewerbern bekannt. In der Praxis werde von den regulierten Preisen nicht abgewichen und erfolge eine diesbezügliche Verrechnung unter den Betreibern. Lediglich die Terminierung in das eigene Netz dürfe auf 0 gesetzt werden und es könnten auch Telefonate im eigenen Netz dem Kunden zu einem 0-Tarif angeboten werden. Die Endkundenentgelte seien nicht reguliert und könnten von dem jeweiligen Betreiber selbst festgelegt werden. Die Antragsgegnerin baue die Plausibilitätsprüfung der Preisgestaltung der Teilnahmeberechtigten offenbar ausschließlich auf jenen Telefonaten auf, welche diese durch den sogenannten „couple-effect“ zu gewinnen erhoffe (also letztlich die Privatgespräche der Bediensteten der Stadt Wien). Dabei werde aber vollkommen außer Acht gelassen, dass der Plausibilitätsprüfung primär nur jenes Telefonverhalten zu Grunde zu legen sei, wie es sich aus Position 7 der Ausschreibung ergebe. Ausschreibungsgegenständlich seien nur die Dienstgespräche der Bediensteten der Stadt Wien, die auch von der Auftraggeberin zu bezahlen seien. Daher sei auch das von der Auftraggeberin als Mengengerüst vorgegebene dienstliche Telefonverhalten maßgeblich zu prüfen und bei diesem werde sich allein durch einen Betreiberwechsel keine gravierende Veränderung ergeben. Nicht maßgeblich seien sohin die erhofften Zugewinne bei den Privatgesprächen, die durch ein sogenanntes „Bill-Splitting“ ohnehin von den Bediensteten der Stadt Wien selbst zu bezahlen seien. Terminierungsentgelte seien daher – wie im Angebot der Antragstellerin – nur insoweit zu berücksichtigen, als diese Dienstgespräche betreffen.

Weiterhin macht die Antragstellerin geltend, dass die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Verstoßes gegen das UWG zu prüfen gewesen wäre. Auch die Nachprüfungsbehörde hätte eine derartige Prüfung vorzunehmen.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, dass beim Angebot der Teilnahmeberechtigten die Antragsgegnerin in rechtswidriger Weise von der Erfüllung eines Musskriteriums (M28) absehen würde. Nach dem Kurz-LV seien von den Bietern auch die Kosten für die Portierung von 7.000 Rufnummern auszurechnen gewesen. Damit habe die Antragsgegnerin festgelegt, dass alle bisher bei ihr frei geschalteten Rufnummern zu portieren seien. Die Rufnummernportierung sei in der Ausschreibung sowohl ein Muss-Kriterium als auch preisbildend. Nunmehr habe die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 12.1.2007 mitgeteilt, dass die Portierung aller bisherigen GSM Nummern nicht erforderlich sei, dass ein Großteil der GSM – Nummern gar nicht portiert werden müssten, weil die jeweiligen Mitarbeiter ohnehin über die Nebenstellenanlage weiter „geroutet“ würden. Die zwingende Beibehaltung der Rufnummern würde also „von der Antragsgegnerin unter eklatantem Verstoß gegen die eigenen Ausschreibungsbedingungen und den Grundsatz der Bietergleichbehandlung von *** nicht verlangt“. Da das Angebot der Teilnahmeberechtigten von der Antragsgegnerin in rechtswidriger Weise wegen Nichterfüllung eines Musskriteriums nicht ausgeschieden worden sei, sei die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit einer nicht sanierbaren Rechtswidrigkeit behaftet, sodass die Zuschlagsentscheidung jedenfalls für nichtig zu erklären wäre. Nach wie vor hält die Antragstellerin die Abgabe von Spekulationsangeboten auf Grund der Ausschreibungsbestimmungen für möglich, weil beim Angebot der Teilnahmeberechtigten die Kündigungsmöglichkeit ab dem 37. Vertragsmonat „sicher eine Rolle gespielt haben“ dürfte. Weiterhin wird behauptet, die Teilnahmeberechtigte sei nicht in der Lage, die in der Ausschreibung verlangte Netzabdeckung während der gesamten Vertragslaufzeit vollständig und in gleichbleibender Qualität zu erbringen.

Im Schriftsatz vom 2.2.2007 hat die Antragsgegnerin dazu Stellung genommen und ihre bereits genannten Standpunkte dargelegt. Zur Frage der Netzabdeckung hat sie ergänzend vorgebracht, dass sowohl die Antragstellerin

als auch die Teilnahmeberechtigte eine mehr als 98 %ige Netzabdeckung aufweisen würden. Damit würde die Teilnahmeberechtigte über die in der Ausschreibungsunterlage geforderte Netzabdeckung von 90 % verfügen. Eine 100 %ige Netzabdeckung sei nicht verlangt.

Zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 22.1.2007 hat die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Schriftsatz vom 9.2.2007 Stellung genommen und ebenfalls ihr bis dahin erstattetes Vorbringen wiederholt. Jedenfalls habe die Teilnahmeberechtigte – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – die geforderten Musskriterien vollständig erfüllt. Die Erfüllung von Musskriterien sei ausschließlich aus Sicht des Bieters zu beurteilen. Es bleibe aber letztlich allein der Auftraggeberin überlassen, ob sie sich für oder gegen die Ausnutzung einer technischen Spezifikation – wie etwa der Rufnummernportierung – entscheidet. Erachte sie eine Rufnummernportierung (teilweise) für nicht erforderlich, so gebe es auch im Fall des Betreiberwechsels keine allgemeine gesetzliche oder gegenüber der *** bestehende Verpflichtung, die Nummern tatsächlich zu portieren. Das Musskriterium M28 werde von der Teilnahmeberechtigten erfüllt, zumal es sich bei der Rufnummernportierung um einen allgemeinen technischen Standard handle.

Am 20.2.2007 hat die Antragstellerin einen weiteren, als zweite Replik bezeichneten Schriftsatz eingebracht und darin ausgeführt, die Nichtumsetzung der Portierung sei vergaberechtsrelevant. Das Muss-Kriterium „Rufnummernportierung“ bewirke auch eine rechtliche Verpflichtung des Auftraggebers, die Rufnummernportierung tatsächlich durchzuführen, weil dieses Kriterium ja nicht nur im Vergabestadium sondern vor allem als zwingende Vertragsklausel relevant sei. In diesem Sinne bestimme auch das Muss-Kriterium M28, dass die bestehenden Rufnummern der Antragsgegnerin erhalten bleiben müssten. Wenn dies nur durch Rufnummernportierung realisiert werden könne, sei diese auch durchzuführen. Wenn die Antragsgegnerin nunmehr, noch bevor der Zuschlag endgültig erteilt wurde, erkläre, dass sie eigentlich etwas anderes beschaffen werde als ausgeschrieben, dann handle es sich dabei um eine im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung relevante Festlegung, die zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung führen müsse. Um sich die Möglichkeit des (nicht) Abrufes der Rufnummernportierung vorzubehalten, hätte die Antragsgegnerin den Leistungsgegenstand aus den Positionen 1 bis 8 des Kurz-LV bilden und die Position 9 des Kurz-LV als Option gestalten müssen. Da sie dies nicht getan habe sei sie an ihre Kriterien gebunden. Ein Kriterium, dass sich auf einen Leistungsteil beziehe, der ohnehin nicht zur Ausführung gelangen soll, diene nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes. Lege der Auftraggeber ein solches Kriterium dennoch fest, sei dies vergaberechtswidrig und damit auch die Zuschlagsentscheidung. Das Aufstellen von Muss-Kriterien und Zuschlagskriterien für Leistungsteile, die ohnehin nicht zur Ausführung gelangen sollen, führe überdies zur Unvergleichbarkeit der Angebote der Bieter. Dies deshalb, wie „der einzelne Bieter (etwa auf Grund eines Informationsvorsprunges) darauf vertrauen könne, dass bestimmte Leistungsteile ohnehin nicht zur Ausführung gelangen werden“. Diese Bieter könnten die auf diese Leistungsteile bezogenen Preispositionen besonders günstig und sogar nicht kostendeckend anbieten, da sie davon ausgehen können, dass diese Leistungsteile ohnedies nicht auszuführen sind.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung folgende weitere, ergänzende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, nämlich zur Errichtung und zum Betrieb eines virtuellen Firmennetzes (GSM). Die Kundmachung ist ordnungsgemäß und europaweit erfolgt. Der Dienstleistungsauftrag sollte zum 1.1.2007 auf unbestimmte Dauer abgeschlossen werden und der Errichtung und den Betrieb eines virtuellen Firmennetzes mit einem voraussichtlichen Anfangsbestand von ca. 7.000 Mobiltelefonen samt Bereitstellung der erforderlichen Hardware dienen. Der geschätzte Auftragswert (berechnet auf vier Jahre) beträgt rund EUR 6,5 Millionen. Es handelt sich somit um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstige Angebot erfolgen, wobei der Gesamtpreis mit 92 % und das technische Zuschlagskriterium S1:

sekundengenaue Abrechnung, mit 8 % gewichtet wurden. Das Ende der Angebotsfrist war der 4.9.2006.

Am Vergabeverfahren haben sich die drei größten österreichischen Mobilfunkunternehmen durch Legung von Angeboten, darunter die Antragstellerin, beteiligt. Im Zuge der im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist vorgenommenen Angebotsöffnung wurde das Angebot der Antragstellerin mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Die folgenden Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen sind für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren von Bedeutung:

Im Abschnitt 7 „Leistungsverzeichnis“ werden unter Punkt 7.3 die technischen Anforderungen angeführt, wobei es sich um insgesamt 54 Kriterien handelt, die als Musskriterien bezeichnet sind. Unter dem Kriterium M27 wird verlangt, dass „Rufnummern anderer Mobilfunkprovider .. in das VPN übernommen werden können“. (VPN = Virtual Private Network / virtuelles Unternehmensnetz).

Unter M28 wird verlangt:

„Die bestehenden Rufnummern im VPN des AG müssen erhalten bleiben und durch den AN übernommen werden. Wenn dies nur durch Rufnummernportierung realisiert werden kann, ist diese durchzuführen und bei der Kalkulation der Pos. 9 zu berücksichtigen“.

Im Kurzleistungsverzeichnis (Abschnitt 7.7) werden unter Pos. 5 die Anzahl der benötigten Endgeräte (neu plus Austausch) in 48 Monaten angeführt, in der Pos. 7 werden die Mobiltelefongesprächsentgelte in 48 Monaten je nach Verbindungsart dargestellt, unter Pos. 9 sind die Kosten der Rufnummernportierung bei einer Menge von 7.000 Stück anzugeben.

Punkt 8.2 bestimmt zur Leistungserbringung:

„Die Dauer des Auftrages ist unbefristet. Es besteht ein beiderseitiger 36-monatiger Kündigungsverzicht. Danach kann der Vertrag unter Einhaltung einer 12-monatigen Frist schriftlich von beiden Vertragsparteien gekündigt werden“.

Nach Punkt 9.3 „Qualität der Leistungen“ hat der Auftragnehmer eine Netzabdeckung von mindestens 90 % in Österreich sicherzustellen. Weiters hat der Auftragnehmer generell sicherzustellen, „dass die vereinbarte Leistung während der gesamten Vertragslaufzeit vollständig und in gleichbleibender Qualität erbracht wird.“

Nach der Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 4.9.2006 wurde das Angebot der Teilnahmberechtigten mit der laufenden Nummer 1 mit einem Gesamtpreis (ohne USt) von EUR 3.079.825,80, jenes der Antragstellerin mit der laufenden Nummer 3 mit einem Gesamtpreis (ohne USt) von EUR 5.574.396,96 verlesen. Das Angebot des dritten Bieters wurde in weiterer Folge wegen verschiedener Mängel ausgeschieden.

Die Unterlagen der verbleibenden Bieter (Antragstellerin und Teilnahmberechtigte) wurden zur Überprüfung der technischen Forderungen den hierfür zuständigen Referaten übergeben. Da die Prüfung der Musskriterien bei beiden Bietern auf Grund widersprüchlicher Erklärungen und Unterlagen nur teilweise durchgeführt werden konnte, wurden beide schriftlich aufgefordert (Teilnahmberechtigte mit Schreiben vom 28.9.2006, Antragstellerin mit Schreiben vom 29.9.2006) Stellung zu nehmen. Da bei beiden Bietern nach der ersten Stellungnahme noch Fragen offenblieben, wurden beide nochmals schriftlich aufgefordert (Teilnahmberechtigte mit Schreiben vom 12.10.2006, Antragstellerin mit Schreiben vom 13.10.2006) Stellung zu nehmen. Mit diesen „zweiten“ Stellungnahmen beider Unternehmen konnten alle Unklarheiten beseitigt werden, sodass seitens der Vergabekommission festgestellt wurde, dass beide Bieter alle technischen Musskriterien gemäß dem Leistungsverzeichnis der Ausschreibung (Punkt 7.3) erfüllen.

Die Teilnahmberechtigte wurde im Zuge der zweiten Aufforderung zur Stellungnahme mit Schreiben vom 12.10.2006 auch aufgefordert, die Kalkulation ihres Angebotes für eine vertiefte Angebotprüfung gemäß § 125 BVergG 2006 offen zu legen. Diesem Ersuchen ist die Teilnahmberechtigte im Rahmen ihres Schreibens vom 18.10.2006 nachgekommen. In diesem wird unter anderem wie folgt ausgeführt: Die Teilnahmberechtigte wurde im Zuge der zweiten Aufforderung zur Stellungnahme mit Schreiben vom 12.10.2006 auch aufgefordert, die Kalkulation ihres Angebotes für eine vertiefte Angebotprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 offen zu legen. Diesem Ersuchen ist die Teilnahmberechtigte im Rahmen ihres Schreibens vom 18.10.2006 nachgekommen. In diesem wird unter anderem wie folgt ausgeführt:

„Betriebswirtschaftliche und marktpolitische Ziele [...] [...] ist gerade die Marktposition im Großkundensegment – gerade auch im Öffentlichen Bereich von Gemeinden, Bund, und (ehemaligen) Staatsnahen Unternehmen – deutlich schwächer. Ziel [...] ist es, diesen Marktanteil zu erhöhen.

Die effizienteste Möglichkeit der Steigerung des Marktanteils in diesem Kundensegment und vor allem im öffentlichen Bereich ist die Teilnahme an und Erreichung des Zuschlags in Öffentlichen Ausschreibungen. Dies gilt besonders für einen noch durch die historische Monopolsituation geprägten Markt. Durch besonders knappe Kalkulationen können hier die Erfolgchancen maximiert werden.

Durch die Kundengewinnung bekannter und namhafter Großkunden wie die Stadt Wien sollen am Gesamtmarkt Österreich Signale für den öffentlichen Bereich und auch private Großkunden gesetzt werden. [...] etabliert sich damit im Bereich Business/Government gegenüber dem derzeitigen Marktführer [...].

Ein weiteres Ziel ist es, solche öffentlichen Organisationen und namhafte Unternehmen als Referenzkunden [...] zu gewinnen. Durch den Einsatz dieser Referenzkunden [...] wird eine noch stärkere Breitenwirkung der Imageparameter [...] als Business-Vollanbieter erzeugt. Durch den höchsten Fokus auf die Kundengewinnung erreicht [...] im Bereich Business/Government ebenso eine Erhöhung der Weiterempfehlungsrate.

Weitere Vorteile für alle Beteiligten

Ein spezielles Angebot für das private Umfeld der Stadt Wien Mitarbeiter wird selbstverständlich ebenfalls geschnürt. Dies ermöglicht auch dem privaten Umfeld der Stadt Wien Mitarbeiter günstige [...] Telefonietarife. Durch diese Sonderkonditionen ist auch ein Zuwachs im Consumer-Bereich mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten.

64 % unserer Businesskunden nützen die Vorteile unserer Rechnungstrennung, da diese erhebliche Vorteile für die Mitarbeiter bringen. Dies sind zum Beispiel. [...]

Studien belegen, dass jeder neugewonnene VPN-Teilnehmer mittelfristig ca. 1,5 Privatkunden zum Providerwechsel veranlasst. Somit verändert sich selbstverständlich auch das Gesprächsverhalten, die Gespräche zum „neuen Anbieter“ und damit auch die Terminierungsentgelte nehmen deutlich zu. Erfahrungswerte zeigen, dass sich das Callmixverhalten um mindestens 15-17 % vom alten zugunsten des neuen Providers verändert. Dies gilt sowohl für berufliche, als auch für die private Telefonate.

Betriebswirtschaftlichkeit

Schon das oben gesagte war für uns Grund genug, Ihnen dieses günstige Angebot [...] zu legen. Wir wollen unsere Marktanteile im Bereich Business/Government erhöhen.

Um die Nachhaltigkeit in der Qualität der Leistungen und die Langfristigkeit sämtlicher Kundenbeziehungen aus Gesamtunternehmenssicht sicher zustellen, sehen wir neben diesen mittleren betriebswirtschaftlichen Vorteilen aber auch einen positiven Deckungsbeitrag als essentielle Grundlage unserer Kalkulation an. [...]

Zusammenfassend sehen wir unsere angebotenen Konditionen als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar an, welche Ihnen als preisbewusstes Unternehmen die Möglichkeit geben, gewaltige Einsparungen zu ihrer derzeitigen Lösung zu generieren und uns unserem Ziel Marktanteile am österreichischen Mobilfunkmarkt zu gewinnen, ein Stück näher bringen."

Über die daraufhin vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung wurde nach sachverständiger Prüfung der Unterlagen der in den Vergabeakten erliegende Amtsvermerk vom 17.11.2006 angefertigt. Dieser Aktenvermerk hat folgenden Wortlaut:

„Das im Vergabeakt vorliegende Dokument „Berechnung des geschätzten Auftragswertes“ weist einen geschätzten Auftragswert von EUR 6,5 Mio aus. Der Angebotspreis von *** liegt doch deutlich unter diesem geschätzten Auftragswert. Auch die *** liegt um EUR 1 Mio unter dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert; lediglich *** liegt rd. EUR 1 Mio darüber.

Aufgrund des Umstandes, dass *** mehr als die Hälfte unter dem vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert liegt, wurde die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung erforderlich. Es wurde daher *** zur Offenlegung der Kalkulation und zur Klarstellung aufgefordert.

Die „Offenlegung der Kalkulation“ und der „Betriebswirtschaftlichen und marktpolitischen Ziele von ****“ im Fax vom 18.10.2006 erschienen plausibel. *** erklärt, den Marktanteil im Großkundensegment, insb. im öffentlichen Bereich, erhöhen zu wollen und deshalb knapp kalkuliert haben. Die Stadt Wien sei ein wichtiger Referenzkunde. Außerdem erwarte sich *** durch die Sonderkonditionen (günstige Tarife im privaten Umfeld der Stadt Wien) einen Zuwachs im Consumerbereich, was auch durch Studien belegbar sei. All diese Erwägungen von *** sind nachvollziehbar. Überdies hat *** auch seine Kalkulation offen gelegt; aus dieser Kalkulation ist zu ersehen, dass *** trotz knapper Kalkulation auf die Vertragslaufzeit – zumindest aber auf die für die Preisberechnung maßgeblichen 4 Jahre – insgesamt einen positiven Deckungsbeitrag erzielt.

In Zusammenschau mit der Begründung des VKS im Bescheid vom 07.11.2003, VKS – 8242/03, zur vergleichbaren Situation der *** im Rahmen der letzten Ausschreibung, besteht daher kein Grund, an der Richtigkeit und Plausibilität der Angaben von *** zu zweifeln.

Vielmehr hat der VKS damals bei praktisch gleichem Sachverhalt (mit vertauschten Rollen) ausgesprochen, dass sogar nicht kostendeckende Angebote zulässig sein können.

Als Begründung wurde angeführt, dass es nach den vergaberechtlichen Bestimmungen und auch nach der Judikatur des EuGH sogar zulässig sei, Leistungen zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten.

Gemäß § 125 Abs. 1 BVergG 2006 sind Angebote auf die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sind, zu prüfen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise Zweifel, ist Aufklärung zu verlangen. Dieser Verpflichtung zur Aufklärung ist die MA14 nachgekommen. Bei dieser Prüfung der Angemessenheit der Preise wurde von vergleichbaren Werten ausgegangen, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den aktuell relevanten Marktverhältnissen (vgl. die 0-Cent-Tarife aller großen Anbieter). Ob aber letztlich ein Preis angemessen ist, kann – so der VKS – nicht nur auf Grund der Kostendeckung festgestellt werden. Selbst nicht kostendeckende Angebote können eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, so können etwa niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, wegen der der Bieter zumindest seine Fixkosten decken will. Auch die Überlegung, sich mit dem ausschreibungsgegenständlichen Auftrag einen neuen Markt erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen zu wollen, rechtfertigt Preise, die nicht gänzlich kostendeckend sind. Gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 sind Angebote auf die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sind, zu prüfen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise Zweifel, ist Aufklärung zu verlangen. Dieser Verpflichtung zur Aufklärung ist die MA14 nachgekommen. Bei dieser Prüfung der Angemessenheit der Preise wurde von vergleichbaren Werten ausgegangen, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den aktuell relevanten Marktverhältnissen (vergleiche die 0-Cent-Tarife aller großen Anbieter). Ob aber letztlich ein Preis angemessen ist, kann – so der VKS – nicht nur auf Grund der Kostendeckung festgestellt werden. Selbst nicht kostendeckende Angebote können eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, so können etwa niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, wegen der der Bieter zumindest seine Fixkosten decken will. Auch die Überlegung, sich mit dem ausschreibungsgegenständlichen Auftrag einen neuen Markt erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen zu wollen, rechtfertigt Preise, die nicht gänzlich kostendeckend sind.

Entsprechende Begründungen hat *** in plausibler Weise erbracht.

Ein Ausscheiden des Angebots wegen „Unterpreisigkeit“ aufgrund nicht-plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 wäre rechtswidrig. Ein Ausscheiden des Angebots wegen „Unterpreisigkeit“ aufgrund nicht-plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 wäre rechtswidrig.

Die Prüfung hat weiters ergeben, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte das Sollkriterium „sekundengenaue Abrechnung“ erfüllen, wofür beide die dafür vorgesehene Höchstpunktzahl erhalten haben.

In den Vergabeakten findet sich sodann eine Niederschrift zur Angebotsprüfung vom 20.12.2006 in dem die Prüfung der Angebote detailliert dargestellt werden und in dem abschließend festgestellt wird, dass auf Grund der vorgegebenen Zuschlagskriterien (Gesamtpreis 92 %, sekundengenaue Abrechnung 8 %) die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Angebot als Bestbieterin ermittelt wurde.

Die zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten lautende Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Als Begründung für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin wurde ausgeführt: „Ihr Angebot wurde aus folgenden Gründen abgelehnt: Angebot ist wirtschaftlich nachgereicht“.

Bereits im Jahr 2003 hat die Antragsgegnerin nach den Bestimmungen des Wiener Landesvergabegesetzes die Errichtung und den Betrieb eines virtuellen Firmennetzes (GSM) mit einem Anfangsstand von ca. 5.000 Mobiltelefonen für ihre Dienststellen ausgeschrieben. In diesem Verfahren ist die Antragstellerin als Bestbieterin hervorgegangen und

hat dementsprechend den Zuschlag erhalten. Die Zuschlagsentscheidung wurde seinerzeit von der Teilnahmeberechtigten als nichtig angefochten. Im Zuge des daraufhin durchgeführten Nachprüfungsverfahrens zu VKS – 8242/03, wurde deren Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben. Daraufhin ist der Dienstleistungsauftrag an die Antragstellerin bis 31.12.2006 vergeben worden.

Im Zuge des gegenständlichen Vergabeverfahrens hat sich für die Antragsgegnerin im Hinblick darauf, dass nicht die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt wurde sondern die Teilnahmeberechtigte im Dezember 2006 die Notwendigkeit ergeben, bis zur Vergabe des gegenständlichen Auftrages eine Überbrückung in der Versorgung der Angehörigen ihrer Dienststellen zu finden. Dazu hat sie am 6.12.2006 mit der Antragstellerin ein Verhandlungsverfahren zur Erbringung von Mobiltelefonleistungen (Mobiltelefonnetzüberbrückung) für mindestens sechs, höchstens aber zwölf Monate geführt. Dieses Verfahren hat dazu gedient, die nach Ablauf des Vertrages aus dem Jahre 2003 weiterhin benötigten Mobiltelefonleistungen für eine zeitlich befristete Übergangsphase zu beziehen. Diese Leistungen sollen nur bis zu jenem Zeitpunkt von der Antragstellerin auf Grund des „Überbrückungsvertrages“ bezogen werden, bis zu dem von der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin das ausgeschriebene Netz eingerichtet sein wird. Auf Grund des mit der Antragstellerin abgeschlossenen, zeitlich befristeten „Überbrückungsvertrages“ erbringt diese weiterhin die notwendigen Mobiltelefonleistungen.

Der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 4.1.2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Entrichtung der Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragsgegnerin wurde von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich vor allem aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass die Antragsgegnerin entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sehr wohl eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten vorgenommen hat. Weiters konnte als erwiesen angenommen werden, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Teilnahmeberechtigte die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Musskriterien erfüllen. Die diesbezüglichen Prüfvorgänge sind eingehend und nachvollziehbar dokumentiert, die Auswertung der Angebotsprüfung ist eingehend schriftlich dokumentiert. Insbesondere auf Grund der mit Schreiben der Teilnahmeberechtigten vom 18.10.2006 abgegebenen Stellungnahme samt Beilagen war auf Grund der darin dargestellten Kalkulation als erwiesen anzunehmen, dass jedenfalls im vierten Vertragsjahr ein positiver Deckungsbeitrag vorhanden sein wird. Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang auch nachvollziehbar dargestellt, warum nach den Ergebnissen der Angebotsprüfung von einer spekulativen Preiskalkulation nicht die Rede sein kann.

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Schriftsatz vom 12.1.2007 die im Spruch Punkt 2 genannten Angestellten als Zeugen für die Richtigkeit ihres Vorbringens geführt. Im Hinblick auf den Inhalt der Vergabeakten aber auch den Umstand, dass die Zeugen auch zur Frage des Vorliegens eines Verstoßes nach § 1 UWG geführt wurde, hat sich die Vernehmung der genannten drei Zeugen als entbehrlich erwiesen. Der diesbezüglich gestellte und in der mündlichen Verhandlung aufrecht erhaltene Antrag auf Vernehmung dieser Personen als Zeugen war daher wegen des ausreichend geklärten Sachverhalts als nicht erforderlich, abzuweisen. Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem Schriftsatz vom 12.1.2007 die im Spruch Punkt 2 genannten Angestellten als Zeugen für die Richtigkeit ihres Vorbringens geführt. Im Hinblick auf den Inhalt der Vergabeakten aber auch den Umstand, dass die Zeugen auch zur Frage des Vorliegens eines Verstoßes nach Paragraph eins, UWG geführt wurde, hat sich die Vernehmung der genannten drei Zeugen als entbehrlich erwiesen. Der diesbezüglich gestellte und in der mündlichen Verhandlung aufrecht erhaltene Antrag auf Vernehmung dieser Personen als Zeugen war daher wegen des ausreichend geklärten Sachverhalts als nicht erforderlich, abzuweisen.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sowie den Zeitpunkt des Einlangens des Antrages auf Nichtigklärung sowohl die Bestimmungen des BVergG 2006 als auch jene des WVRG 2007 anzuwenden sind.

Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungen im Sinne des § 6 BVergG 2006 im

Oberschwellenbereich ordnungsgemäß ausgeschrieben und bekanntgemacht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Die Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Nachprüfungsantrag ist am 4.1.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangt. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist erfolgt, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Unstrittig ist, dass es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 6, BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ordnungsgemäß ausgeschrieben und bekanntgemacht. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Die Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Nachprüfungsantrag ist am 4.1.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangt. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist erfolgt, die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurden entrichtet.

Zunächst war auf den Einwand der Antragstellerin einzugehen, wonach die Antragsgegnerin neben dem gegenständlichen Vergabeverfahren unzulässigerweise über dieselbe Leistung ein Parallelverfahren zur Vergabe der Mobiltelefonieleistungen führt. Dadurch wären die gegenständlich ausgeschrieben Leistungen dem Vergabewettbewerb bereits entzogen, weshalb im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Zuschlag nicht möglich wäre.

Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin im Hinblick auf den drohenden Ablauf des mit der Antragstellerin im Jahr 2003 geschlossenen Dienstleistungsauftrages diese mit Schreiben vom 6.12.2006 zu einem Verhandlungsverfahren zum Abschluss eines „Überbrückungsvertrages“ eingeladen. Gegenstand dieses Vergabeverfahrens war die Erbringung jener Mobiltelefonieleistungen ab 1.1.2007, wie sie von der Antragstellerin bis 31.12.2006 erbracht worden sind, um eine reibungslose Versorgung zu gewährleisten. Nach den Feststellungen erbringt die Antragstellerin auf Grund dieser im Dezember 2006 geführten Verhandlungen ab 1.1.2007 die Mobiltelefonieleistungen weiterhin bis zur Auftragserteilung an den neuen Auftragnehmer.

Gemäß § 20 des diesbezüglich weiterhin anzuwendenden WVRG 2003 hätte die Antragstellerin diese ihre Bedenken gegen die Einleitung des von der Antragsgegnerin geführten Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Aufforderung zur Angebotsabgabe geltend machen müssen. Da dies nicht rechtzeitig geschehen ist, war auf die im nunmehrigen Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründe nicht näher einzugehen. Selbst wenn man aber mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass es sich bei der „Überbrückungsausschreibung“ um eine unzulässige Parallel- bzw. Doppelausschreibung ein und desselben Leistungsgegenstandes handeln würde, könnte dies nur zur Folge haben, dass dieses später durchgeführte Vergabeverfahren für nichtig zu erklären wäre und dieser Umstand somit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren ohne Bedeutung ist. Gemäß Paragraph 20, des diesbezüglich weiterhin anzuwendenden WVRG 2003 hätte die Antragstellerin diese ihre Bedenken gegen die Einleitung des von der Antragsgegnerin geführten Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Aufforderung zur Angebotsabgabe geltend machen müssen. Da dies nicht rechtzeitig geschehen ist, war auf die im nunmehrigen Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründe nicht näher einzugehen. Selbst wenn man aber mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass es sich bei der „Überbrückungsausschreibung“ um eine unzulässige Parallel- bzw. Doppelausschreibung ein und desselben Leistungsgegenstandes handeln würde, könnte dies nur zur Folge haben, dass dieses später durchgeführte Vergabeverfahren für nichtig zu erklären wäre und dieser Umstand somit für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren ohne Bedeutung ist.

Zusammengefasst liegt das Schwergewicht des Anfechtungsbegehrens der Antragstellerin darin, dass diese die Ansicht vertritt, das Angebot der Teilnahmeberechtigten wäre wegen einer nichtplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen. In diesem Zusammenhang wirft sie der Antragsgegnerin vor, eine § 125 BVergG 2006 entsprechende vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen zu haben. Zusammengefasst liegt das Schwergewicht des Anfechtungsbegehrens der Antragstellerin darin, dass diese die Ansicht vertritt, das Angebot der

Teilnahmeberechtigten wäre wegen einer nichtplausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen. In diesem Zusammenhang wirft sie der Antragsgegnerin vor, eine Paragraph 125, BVergG 2006 entsprechende vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen zu haben.

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe einer ausgeschriebenen Leistung an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Nach § 125 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebenen oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 leg.cit. vertieft prüfen, wenn „... nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen“ (Abs. 3 Z 3 leg.cit.). Diesen vergaberechtlichen Vorgaben hat die Antragsgegnerin in einem sorgfältig geführten Vergabeverfahren entsprochen und die Ergebnisse detailliert und nachvollziehbar dokumentiert. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 hat die Vergabe einer ausgeschriebenen Leistung an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Nach Paragraph 125, Absatz eins und 2 BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebenen oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 leg.cit. vertieft prüfen, wenn „... nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen“ (Absatz 3, Ziffer 3, leg.cit.). Diesen vergaberechtlichen Vorgaben hat die Antragsgegnerin in einem sorgfältig geführten Vergabeverfahren entsprochen und die Ergebnisse detailliert und nachvollziehbar dokumentiert.

Wie aus dem Inhalt der Vergabeakten ersichtlich hat die Teilnahmeberechtigte über Aufforderung der Antragsgegnerin nicht nur ihre Kalkulation offengelegt sondern auch eingehend erklärt und dargestellt, welche Überlegungen sie ihrer Kalkulation zugrunde gelegt hat. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit ist nicht auf einen Vergleich von Angebotssummen abzustellen sondern allein darauf, ob ein Auftragnehmer mit den ihm zum Zeitpunkt der Ausschreibung zur Verfügung stehenden Mitteln im individuellen wirtschaftlichen Umfeld gesehen, in der Lage sein wird, die gewünschte Leistung zu erbringen. Eine beträchtliche Preisdifferenz zwischen dem billigsten und dem nachfolgenden Angebot ist für sich allein daher kein Merkmal für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis (vgl. ZVB 2002, 119). Aus den von der Antragstellerin vorgenommenen Preisgegenüberstellungen kann somit für die Frage der Preisangemessenheit grundsätzlich nichts gewonnen werden. Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, ist nur darauf abzustellen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat (BVA 19.1.1998, N-1/98-15, BVA 16.1.2004, 14N- 97/03-58 ua). Die Prüfung der Angemessenheit der Preise hat unter Berücksichtigung aller einen Bieter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und der individuellen Umstände zu erfolgen (BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58). Selbst nicht kostendeckende Angebotspreise können sich aus Markteinführungsüberlegungen oder wegen großen Interesses zur Erlangung von Referenzprojekten oder zur Auslastung eines Unternehmen erklärbar sein, wobei jedoch eine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens durch den ungewöhnlich niedrigen Preis nicht gegeben sein darf, weil dies im Widerspruch zum Gebot der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der Preise stünde (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Rz. 69 zu § 94, VKS Wien 7.11.2003, VKS – 8242/03, BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8). Wie aus dem Inhalt der Vergabeakten ersichtlich hat die Teilnahmeberechtigte über Aufforderung der Antragsgegnerin nicht nur ihre Kalkulation offengelegt sondern auch eingehend erklärt und dargestellt, welche Überlegungen sie ihrer Kalkulation zugrunde gelegt hat. Bei der Prüfung der Preisangemessenheit ist nicht auf einen Vergleich von Angebotssummen abzustellen sondern allein darauf, ob ein Auftragnehmer mit den ihm zum Zeitpunkt der Ausschreibung zur Verfügung stehenden Mitteln im individuellen wirtschaftlichen Umfeld gesehen, in der Lage sein wird, die gewünschte Leistung zu erbringen. Eine beträchtliche Preisdifferenz zwischen dem billigsten und dem nachfolgenden Angebot ist für sich allein daher kein Merkmal für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis vergleiche ZVB 2002, 119). Aus den von der Antragstellerin vorgenommenen Preisgegenüberstellungen kann somit für die Frage der Preisangemessenheit grundsätzlich nichts gewonnen werden. Bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, ist nur darauf abzustellen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat (BVA 19.1.1998, N-1/98-15, BVA 16.1.2004, 14N- 97/03-58 ua). Die Prüfung der Angemessenheit der Preise hat unter Berücksichtigung

aller einen Bieter zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und der individuellen Umstände zu erfolgen (BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58). Selbst nicht kostendeckende Angebotspreise können sich aus Markteinführungsüberlegungen oder wegen großen Interesses zur Erlangung von Referenzprojekten oder zur Auslastung eines Unternehmen erklärbar sein, wobei jedoch eine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens durch den ungewöhnlich niedrigen Preis nicht gegeben sein darf, weil dies im Widerspruch zum Gebot der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der Preise stünde (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, Rz. 69 zu Paragraph 94,, VKS Wien 7.11.2003, VKS – 8242/03, BVA 16.6.2003, 09N-49/03-8).

Die von der Teilnahmeberechtigten im Zuge der vertieften Angebotsprüfung abgegebenen Erklärungen und die Offenlegung ihrer Kalkulation sind nachvollziehbar und im Sinne der soeben zitierten Judikatur durchaus schlüssig. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht hat die vertiefte Angebotsprüfung sohin ergeben, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten plausibel und nachvollziehbar ist. Aus deren Kalkulation ist auch ersichtlich, dass dieses Unternehmen unter Bedachtnahme auf die Mindestvertragsdauer von vier Jahren ebenfalls kostendeckende Preise angeboten hat und dies durch Offenlegung der Kalkulation auch entsprechend nachweisen konnte. Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die angegebene Preise nicht kostendeckend wären, wäre dies unter dem Aspekt vertretbar, dass sich ein Unternehmen mit dem ausschreibungsgegenständlichen Auftrag einen neuen Markt erschließen oder einen wichtigen Referenzkunden erlangen will. Es sieht sich daher der Senat nicht veranlasst, von seiner Entscheidung zu VKS – 8242/03 vom 7.11.2003, deren Inhalt den Parteien als Parteien des Nachprüfungsverfahrens aus dem Jahre 2003 bekannt ist, abzugehen.

Die Strukturen des relevanten Marktes auf dem Mobilfunksektor haben sich in den letzten Jahren dahingehend verändert, dass auf Grund der Konkurrenzsituation und eines starken Preisverfalls bei sämtlichen Anbietern die Tendenz besteht, in verschiedenen Sektoren insbesondere bei Privatkunden sogenannte „0-Tarife“ anzubieten. Unter Bedachtnahme auf dieses von allen Mobilfunkbetreibern an den Tag gelegte Marktverhalten ist das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin in der Größenordnung von EUR 3.079.825,80 durchaus plausibel erklärbar. Insbesondere das Argument der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe die Terminierungsentgelte unrichtig kalkuliert, geht ins Leere, weil es sich bei diesen Entgelten, sofern sie nicht vertraglich sondern bescheidmäßig durch die entsprechende Kontrollbehörde festgelegt worden sind, nicht um Fixentgelte sondern um Maximalentgelte handelt, die zwar nicht überschritten, sehr wohl aber unterschritten werden können. Dazu kommt, dass die Teilnahmeberechtigte durchaus nachvollziehbar darlegen konnte, dass sie bei Auftragserteilung (was sie durch Erfahrungswerte und Studien untermauerte) mittelfristig mit einem Zuwachs im Consumerbereich rechnen kann, sei es auf Grund eines durch die VPN-Teilnehmer veranlassten Providerwechsels oder auf Grund des sich nachweislich ändernden Callmix-Verhaltens.

Soweit im Zusammenhang mit der Prüfung der Preisangemessenheit die Antragstellerin geltend macht, die Vergabekontrollbehörde wäre auch verpflichtet „unter Berücksichtigung der Judikatur zu § 1 UWG“ eine Prüfung der Preisangemessenheit vorzunehmen, kann ihr nicht gefolgt werden. Ob von einem Mitbewerber ein Verhalten gesetzt wird, dass gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstößt, ist von den dafür zuständigen Zivilgerichten zu beurteilen und nicht von den Vergabekontrollbehörden. Die Bestimmung in § 341 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006 bedeutet, dass eine Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens nur dann zulässig ist, wenn die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat (vgl. Elsner BVergG 2006 Rz. 621). Daraus kann aber keine, wie von der Antragstellerin gewünschte, Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde zur Beurteilung des Vorliegens wettbewerbsrechtlicher Verstöße abgeleitet werden. Nur im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung nach Bestimmungen des UWG wäre dieser Umstand vergaberechtlich zu berücksichtigen und könnte gegebenenfalls zu einem Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 führen. Soweit im Zusammenhang mit der Prüfung der Preisangemessenheit die Antragstellerin geltend macht, die Vergabekontrollbehörde wäre auch verpflichtet „unter Berücksichtigung der Judikatur zu Paragraph eins, UWG“ eine Prüfung der Preisangemessenheit vorzunehmen, kann ihr nicht gefolgt werden. Ob von einem Mitbewerber ein Verhalten gesetzt wird, dass gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstößt, ist von den dafür zuständigen Zivilgerichten zu beurteilen und nicht von den Vergabekontrollbehörden. Die Bestimmung in Paragraph 341, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 bedeutet, dass eine Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens nur dann zulässig ist, wenn die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat vergleiche

Elsner BVergG 2006 Rz. 621). Daraus kann aber keine, wie von der Antragstellerin gewünschte, Verpflichtung der Nachprüfungsbehörde zur Beurteilung des Vorliegens wettbewerbsrechtlicher Verstöße abgeleitet werden. Nur im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung nach Bestimmungen des UWG wäre dieser Umstand vergaberechtlich zu berücksichtigen und könnte gegebenenfalls zu einem Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 führen.

Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, „die Vorgangsweise der Auftraggeberin bei der Abwicklung der Ausschreibung, den Zuschlag des Leistungsvertrages und den Erfüllungsfristen“ würden im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Ausschreibung „dem erfolgreichen Bieter eine unzulässige spekulative Preisgestaltung“ ermöglichen. Damit meint die Antragstellerin die Bestimmungen in Punkt 8.2 der Ausschreibung, wonach der Mobilfunkvertrag unbefristet geschlossen werden soll jedoch ein beiderseitiger Kündigungsverzicht für 36 Monate zu vereinbaren ist. Ab dem 37. Vertragsmonat wäre eine einvernehmliche Neufestsetzung der Angebotspreise möglich, was zu einer spekulativen Preisgestaltung genützt werden könnte. Soweit sich die Antragstellerin damit gegen Bestimmungen in der Ausschreibung wendet, hätte sie dies rechtzeitig im Rahmen der Frist des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. a WVRG tun müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind daher verfristet. Unabhängig davon erweist sich der Vorwurf, die Bestbieterin könnte nach Ablauf von 36 Monaten ihre Entgelte neu festsetzen, als haltlos, weil ab dem 37. Monat nur eine einvernehmliche Neufestsetzung der Entgelte unter Bedachtnahme auf die Ausschreibungsbedingungen möglich ist und unter Bedachtnahme auf wirtschaftliche Erwägungen nicht anzunehmen ist, dass die Antragsgegnerin bereits im 37. Monat einer neuen Festsetzung der Tarife zustimmen werde. Kommt es aber nicht zu einer einvernehmlichen Regelung so bleibt für eine vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses nur die in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehene Kündigungsmöglichkeit. Die Antragstellerin hat auch vorgebracht, „die Vorgangsweise der Auftraggeberin bei der Abwicklung der Ausschreibung, den Zuschlag des Leistungsvertrages und den Erfüllungsfristen“ würden im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Ausschreibung „dem erfolgreichen Bieter eine unzulässige spekulative Preisgestaltung“ ermöglichen. Damit meint die Antragstellerin die Bestimmungen in Punkt 8.2 der Ausschreibung, wonach der Mobilfunkvertrag unbefristet geschlossen werden soll jedoch ein beiderseitiger Kündigungsverzicht für 36 Monate zu vereinbaren ist. Ab dem 37. Vertragsmonat wäre eine einvernehmliche Neufestsetzung der Angebotspreise möglich, was zu einer spekulativen Preisgestaltung genützt werden könnte. Soweit sich die Antragstellerin damit gegen Bestimmungen in der Ausschreibung wendet, hätte sie dies rechtzeitig im Rahmen der Frist des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, WVRG tun müssen, was jedoch nicht geschehen ist. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind daher verfristet. Unabhängig davon erweist sich der Vorwurf, die Bestbieterin könnte nach Ablauf von 36 Monaten ihre Entgelte neu festsetzen, als haltlos, weil ab dem 37. Monat nur eine einvernehmliche Neufestsetzung der Entgelte unter Bedachtnahme auf die Ausschreibungsbedingungen möglich ist und unter Bedachtnahme auf wirtschaftliche Erwägungen nicht anzunehmen ist, dass die Antragsgegnerin bereits im 37. Monat einer neuen Festsetzung der Tarife zustimmen werde. Kommt es aber nicht zu einer einvernehmlichen Regelung so bleibt für eine vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses nur die in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehene Kündigungsmöglichkeit.

Die von der Antragsgegnerin gemäß § 125 BVergG 2006 vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung hat trotz der von der Teilnahmeberechtigten vorgenommenen knappen Kalkulation die Angemessenheit der angebotenen Preise ergeben. Das Prüfverfahren ist umfangreich, eingehend und detailliert geführt und nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert worden. Hinweise dafür, dass eine spekulative Preisgestaltung im Angebot der Teilnahmeberechtigten erfolgte, sind nicht gegeben. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt und ebenso wie die Antragstellerin alle Musskriterien erfüllt. Was die von der Antragstellerin behauptete mangelnde Netzabdeckung durch die Teilnahmeberechtigte betrifft, genügt der Hinweis darauf, dass nach den Ausschreibungsbedingungen eine österreichweite Netzabdeckung von 90 % verlangt ist, die jedenfalls von der Teilnahmeberechtigten erfüllt wird. Die von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung hat trotz der von der Teilnahmeberechtigten vorgenommenen knappen Kalkulation die Angemessenheit der angebotenen Preise ergeben. Das Prüfverfahren ist umfangreich, eingehend und detailliert geführt und nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert worden. Hinweise dafür, dass eine spekulative Preisgestaltung im Angebot der Teilnahmeberechtigten erfolgte, sind nicht gegeben. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte über die geforderte technische Leistungsfähigkeit verfügt und ebenso wie die Antragstellerin

alle Musskriterien erfüllt. Was die von der Antragstellerin behauptete mangelnde Netzabdeckung durch die Teilnahmeberechtigte betrifft, genügt der Hinweis darauf, dass nach den Ausschreibungsbedingungen eine österreichweite Netzabdeckung von 90 % verlangt ist, die jedenfalls von der Teilnahmeberechtigten erfüllt wird.

Das Nachprüfungsverfahren hat sohin ergeben, dass sich die Antragsgegnerin bei Prüfung der Angebote durchaus im Rahmen der Bestimmungen der §§ 123f BVergG 2006 gehalten hat, Gründe für ein Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeberechtigten im Sinne des § 129 Abs. 1 BVergG 2006 nicht hervorgekommen sind, der Prüfvorgang eingehend und nachvollziehbar dokumentiert ist, weshalb dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Erfolg zu versagen war. Das Nachprüfungsverfahren hat sohin ergeben, dass sich die Antragsgegnerin bei Prüfung der Angebote durchaus im Rahmen der Bestimmungen der Paragraphen 123 f, BVergG 2006 gehalten hat, Gründe für ein Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeberechtigten im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, BVergG 2006 nicht hervorgekommen sind, der Prüfvorgang eingehend und nachvollziehbar dokumentiert ist, weshalb dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Erfolg zu versagen war.

Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 16.1.2007 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 16.1.2007 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 19 Abs. 1 WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren der Antragstellerin gründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007; die dort genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid mit seiner wesentlichen Begründung im Anschluss an die mündliche Verhandlung vom 22.2.2007 öffentlich zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der schriftlichen Erlassung (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 22.2.2007 öffentlich zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der schriftlichen Erlassung (Zustellung) des Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung; plausibler Preis; Prüfung des Angebotes - Umfang.

Dokumentnummer

VERGT_20070222_38_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