

ZAHL
20001-SVKS/67/21-2009

DATUM
30.6.2009

CHIEMSEEHOF
☒ POSTFACH 527, 5010 SALZBURG
vks@salzburg.gv.at
FAX (0662) 8042 – 3111
TEL (0662) 8042 -

BETREFF
Bescheid

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg erlässt durch den Richter des Landesgerichtes Salzburg Dr. Friedrich Gruber als Vorsitzenden sowie Dr. Franz Hirnsperger und Dr. Martin Huber als Beisitzer in der

- Vergabesache:** Offenes Verfahren: "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem"
- Antragstellerin:** S [REDACTED] AG, [REDACTED]
[REDACTED]
- vertreten durch:** Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt, Ernest-Thun-Str. 12, 5020 Salzburg
Fax: 0662 - 87 61 57 - 22; E-Mail: kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at
- Antragsgegnerin:** S [REDACTED] GmbH, [REDACTED]
[REDACTED]
Ausschreibende Stelle:
T [REDACTED] GmbH,
[REDACTED]
[REDACTED]
- vertreten durch:** [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- mitbeteiligte Partei:** K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen,
[REDACTED]
[REDACTED]
- vertreten durch:** [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

DAS LAND IM INTERNET: www.salzburg.gv.at

AMT DER SALZBURGER LANDESREGIERUNG • VERGABEKONTROLLSENAT

☒ POSTFACH 527, 5010 SALZBURG • TEL (0662) 8042-0* • FAX (0662) 8042-2160 • MAIL post@salzburg.gv.at • DVR 0078182

nach der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009 nachstehenden

BESCHEID:

1. Die Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 in der Ausschreibung "Parkabfertigungsanlage Salzburger Altstadtgarage A + B samt Instandhaltung (Wartung und Inspektion, Instandsetzung)", lautend, der "K [REDACTED] GesmbH Ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] wird der Zuschlag erteilt, wird für **nichtig erklärt**.
2. Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von € 2.400,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

Rechtsgrundlagen: §§ 2, 14 und 26 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 idF LGBl Nr. 58/2009 iVm Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006 idF BGBl II Nr 125/2009.

Begründung:

Die S [REDACTED] GmbH führt ein offenes Vergabeverfahren betreffend die "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem" durch. Die Bekanntmachung erfolgte am 24.4.2009 als Verfahren im Unterschwellenbereich "Bekanntmachung - Sektoren" unter lieferanzeiger.at/auftrag.at.

Mit Schreiben vom 4.6.2009 gab die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "Fa K [REDACTED] GesmbH Ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] bekannt.

Am 10.6.2009 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin erachte sie sich in folgenden Rechten verletzt:

- Im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG.

- Im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung.
- Im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten einschließlich Angeboten, deren Angebotspreis nicht angemessen ist oder deren Bieter nicht befugt sind, sowie von Angeboten, die nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 118 BVergG verlesen worden sind.
- Im Recht auf Zuschlagserteilung an (sie als) richtige Bestbieterin.

Sie beantragte, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und die Antragsgegnerin zum Ersatz der Gebühren zu verpflichten.

Hinsichtlich ihres Schadens führte sie aus, dass ihr - sollte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden - ein Schaden von insgesamt zumindest € 51.600,00 an marktüblichem entgangenen Gewinn, frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung drohe. Weiters handle es sich bei diesem Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt.

Zum Sachverhalt führte die Antragstellerin aus, dass sie zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, wodurch auch ihr Interesse am Vertragsabschluss evident sei.

Am 18.05.2009 seien die Angebote eröffnet und das Angebotseröffnungsprotokoll verfasst worden. Vor Ablauf der Angebotsfrist seien zwei Angebote eingelangt, wobei eines davon das ihre gewesen sei. Es sei unklar, ob die mitbeteiligte Partei oder die S [REDACTED] GmbH das weitere Angebot gelegt habe. Verlesen worden seien gemäß Angebotseröffnungsprotokoll lediglich das Angebot der Antragstellerin sowie ein Angebot der "S [REDACTED]". Bei der Eröffnung der Angebote sei auf Bieterseite neben den Mitarbeitern der Antragstellerin auch Herr C [REDACTED] welcher als Mitarbeiter der "S [REDACTED]" aufgetreten sei, anwesend gewesen.

Aus dem Angebot der "S [REDACTED]" sei ein Gesamtpreis von € 499.830,63 verlesen worden, darin enthalten ein Betrag aus Leistungsgruppe (LG) 19 Wartungs- und Instandhaltungskosten mit € 105.813,30.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009 laute auf die "K [REDACTED] GmbH" und weise als Vergabesummen für die Errichtung netto € 394.017,33 und Wartung für 10 Jahre netto € 105.813,30 aus. Als Gesamtzahl der erreichten Punkte für Preis und Qualität gemäß Ausschreibung "Abschnitt 1" sei (offenbar für den Bestbieter) eine Punktezahl von 92,67 angegeben worden.

Auf Anfrage der Antragstellerin zu den Gründen für die Ablehnung ihres Angebots sei ihr am 5.6.2009 wie folgt geantwortet worden:

"Sehr geehrter Herr M [REDACTED]

Bezug nehmend auf Ihr Mail darf ich Ihnen im Anhang die Auswertung der Zuschlagskriterien für beide Bieter übermitteln.

Da beide Angebote in formeller wie auch in technischer Sicht dem Auftraggeberentwurf Abschnitt 1 bis Abschnitt 7 in allen Punkten entsprochen haben, war kein Angebot gemäß BVergG 2006 auszuscheiden. Aus diesem Grunde wurde der Bestbieter anhand der Zuschlagskriterien ermittelt. Für weitere Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dipl.-Ing. H [REDACTED]

Eine verbale schriftliche Begründung für die Zuschlagsentscheidung sei nicht abgegeben worden.

Daraus würden sich folgende Rechtswidrigkeiten ergeben, welche die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung zur Folge hätten:

- Unzulässige Zuschlagsentscheidung:

Die S [REDACTED] GmbH sei sowohl Auftraggeber als auch ausschreibende Stelle. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei jedoch von der T [REDACTED] [REDACTED] GmbH abgegeben worden. Sie enthalte keinen Verweis darauf, dass die T [REDACTED] im Vollmachtsverhältnis oder als ausschreibende Stelle der Auftraggeberin S [REDACTED] GmbH handle, vielmehr werde in der Zuschlagsentscheidung die S [REDACTED] GmbH mit keinem Wort erwähnt.

Überdies enthalte die Zuschlagsentscheidung keine ausreichende Begründung, warum ihr Angebot nicht zum Zug gekommen sei. Selbst über Nachfrage sei ihr lediglich eine Tabelle mit zahlenmäßiger Punktedarstellung übermittelt worden, ohne dass die einzelnen Gründe verbal dargelegt worden wären. Nach § 131 BVergG seien die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten, wobei in den schriftlichen Darlegungen des Auftraggebers im Einzelnen verbal ausgeführt werden müsse, warum eine bestimmte Bewertung vorgenommen worden sei.

Aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung aus formalen Gründen rechtswidrig.

- Beabsichtigter Zuschlag auf ein Angebot, das nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 118 BVergG verlesen worden sei:

Die K [REDACTED] GmbH sei als Rechtsobjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit (Kapitalgesellschaft GmbH) unter Firmenbuchnummer [REDACTED] beim Handelsgericht [REDACTED] eingetragen und nicht ident mit ihrer Gesellschafterin [REDACTED]

Amtsgericht Obwohl gemäß dem Angebotseröffnungsprotokoll lediglich ein Angebot der S GmbH verlesen worden sei, sei der Zuschlag nunmehr auf ihre Tochtergesellschaft K GmbH erfolgt. Mangels Verlesung des für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebots sei die Zuschlagsentscheidung ebenfalls rechtswidrig.

- Sonstige Mängel des Vergabeverfahrens, welche auf die Zuschlagsentscheidung zugreifen:

Der überwiegende Teil der Leistung sei die Lieferung eines Parkzugangssystems, allfällige Bauleistungen seien untergeordnet und mit weniger als 2 % des Leistungsumfanges zu bewerten, sodass in Wirklichkeit eine Lieferleistung und keine Bauleistung ausgeschrieben sei und somit die Ausschreibung einer Lieferleistung im Oberschwellenbereich notwendig gewesen wäre.

Hinzu komme, dass eine Bekanntmachung für Sektoren verwendet und als Haupttätigkeiten des Auftraggebers "Strom" angegeben worden sei. Die Antragsgegnerin sei aber zweifellos kein Stromproduzent, sondern Parkraumverwerter, welcher keine Sektorentätigkeit ausübe. Auch aus diesem Grund sei die Bekanntmachung unrichtig erfolgt und das Vergabeverfahren (mangels EU-weiter Bekanntmachung) intransparent und mangelhaft. Die Ausschreibung sei daher nichtig. Dieser Mangel sei zwar präkludiert, aber so gravierend und den wesentlichen Grundsätzen des Vergabeverfahrens wie Transparenz, Bietergleichbehandlung und fairem, lauterem Wettbewerb widersprechend, dass damit auch die Zuschlagsentscheidung von einem Mangel betroffen sei, der zu ihrer Nichtigkeit führen müsse.

Mangels rechtsgültiger und transparenter Ausschreibung sei daher auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

- Mangelnde technische Leitungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin K GmbH, offenbar unrichtige Referenzangaben:

Soweit der K GmbH, der Tochtergesellschaft der S GmbH Deutschland, der Zuschlag erteilt werden solle, könne diese nach Branchenkenntnis der Antragstellerin keine ausreichenden Referenzen und auch keine ausreichende Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des ausgeschriebenen Leistungsumfanges vorweisen.

Sie müsse sich daher in ihrem Angebot auf Referenzen der Muttergesellschaft S GmbH berufen bzw diese auch als Subunternehmerin genannt haben. Soweit sie sich auf Referenzen der Muttergesellschaft berufe, sei dies nur zulässig, soweit diese eine ausreichende Zurverfügungstellungserklärung abgegeben habe. Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund habe die tatsächliche Ver-

ffügbarkeit für den Bieter zur Voraussetzung. Allein die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, reiche zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus. Schon auf Grundlage der im Eröffnungsprotokoll und der Zuschlagsentscheidung unterschiedlich angegebenen Unternehmensbezeichnungen lege eine unzulässige Vermischung der Ressourcen der Muttergesellschaft S [REDACTED] GmbH und ihrer Tochter K [REDACTED] GmbH nahe.

Eine unrichtige Zurechnung eines von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojektes oder einer sonstigen Angabe zu ihrer technischen Leistungsfähigkeit würden aber den auf Gleichbehandlung ausgerichteten Vergabe-grundsätzen zuwiderlaufen. Soweit im Angebot der K [REDACTED] GmbH eine Zurverfügungstellungserklärung der S [REDACTED] GmbH nicht abgegeben oder Referenzangaben unzulässig vermischt worden seien, sei die Wertung der Referenzen unzulässig und wäre das Angebot mangels Nachweis der technischen Leitungsfähigkeit auszuschneiden.

Gemäß der Ausschreibung sei überdies eine Hotline gefordert (Ausschreibungsunterlagen Punkt 4.6.6.4 und 4.6.6.5, Abschnitt 4, Seite 109), wonach im Störfall kurzfristig reagiert werden könne. Der Antragstellerin sei bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH Österreich über keine solche Hotline verfüge, sondern ausschließlich die S [REDACTED] GmbH [REDACTED]. Soweit im Angebot die S [REDACTED] GmbH bezüglich dieser Hotline nicht als Subunternehmer genannt werde, sei dies ebenfalls unzulässig und wäre das Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden.

Überdies sei der Antragstellerin aus der Branche bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH Österreich keine eigenen Rechner (welche Ausschreibungsgegenstand seien) herstelle oder produziere, sondern vielmehr ihre Muttergesellschaft S [REDACTED] GmbH. Soweit diese wiederum für die Ausschreibung nicht als Subunternehmer bezüglich der Rechner genannt sei, wäre das Angebot ebenfalls auszuschneiden, da der Leistungsumfang diesbezüglich jedenfalls über 2% liege und es sich bei diesem Auftrag tatsächlich um einen Lieferauftrag handle und somit die Lieferung der Rechner als wesentlicher Teil des Auftrages eine Subunternehmerleistung darstelle.

- Offenbar mangelnde Befugnis der S [REDACTED] GmbH als Subunternehmerin (oder Bieterin?):

Soweit die K [REDACTED] GmbH ihre Muttergesellschaft als Subunternehmerin genannt habe, sei es fraglich, ob diese die ausreichende Befugnis in Österreich aufweisen könne. Der Antragstellerin sei nicht bekannt, welche Gewerbeberechtigungen diese aufweise.

Wenn eine grenzüberschreitende Tätigkeit, wie hier der Fall, ein im § 94 GewO ange-

führtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen seien, zum Gegenstand habe, so habe der Dienstleister gemäß § 373a Abs 4 GewO dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen. Dabei habe er diesen über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren sowie umfangreiche Urkunden vorzulegen. Erst wenn bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit keine Reaktion des Bundesministers erfolge, dürfe die grenzüberschreitende Tätigkeit erbracht werden (§ 373a Abs 5 Z 3 GewO).

Für die S [REDACTED] GmbH bestehe als allfällige Zuschlagsempfängerin, jedenfalls aber als allenfalls benannte Subunternehmerin mit Sitz in Deutschland für das Anbieten von grenzüberschreitenden Tätigkeiten gemäß § 94 GewO das Erfordernis der Anzeige gemäß § 373a Abs 4 GewO, und zwar auch dann, wenn es sich bei der K [REDACTED] GmbH und der S [REDACTED] GmbH um konzernverbundene Unternehmen handle.

Auch wenn die §§ 20 Abs 1 bzw 129 Abs 1 Z 11 BVergG lediglich auf das Erfordernis der Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß § 373c GewO, aber nicht auf das Erfordernis einer Anzeige und der damit verbundenen Entscheidung des Bundesministers gemäß § 373a Abs 5 Z 2 GewO verweisen würden, sei in Hinblick darauf, dass die Ausübung einer reglementierten Tätigkeit durch einen in § 373a GewO genannten Dienstleister erst nach einer vom Bundesminister durchzuführenden Überprüfung auf Grundlage der vorzulegenden Urkunden gemäß § 373 Abs 4 iVm Abs 5 Z 2 GewO und der darauf basierenden behördlichen Entscheidung zulässig sei. Das Angebot eines Bieters sei in analoger Anwendung des § 129 Abs 1 Z 11 BVergG auszuschneiden, wenn er nicht vor Ablauf der Angebotsfrist die für grenzüberschreitende Dienstleistungen erforderliche Anzeige gemäß § 373a Abs 4 GewO erstattet habe.

Soweit der Antragstellerin bekannt sei, habe die S [REDACTED] GmbH eine solche Dienstleistungsanzeige nicht abgegeben, weshalb das Angebot auszuschneiden sei, wenn S [REDACTED] GmbH als maßgeblicher Subunternehmer genannt worden sei bzw ein Zuschlag auf die S [REDACTED] GmbH erfolgen solle.

- Spekulative/unplausible Zusammensetzung des Angebotspreises:
Wie der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen sei, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die LG 19 Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten mit einem Betrag von lediglich € 105.813,30 angeboten. Die Antragstellerin habe dagegen einen Betrag von € 205.648,00 angeboten, sohin fast 100 % über dem Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Die Antragstellerin habe hinsichtlich Wartung und Instandhaltungsarbeiten beim ausgeschriebenen Leistungsgegenstand jahrzehntelange Erfahrung und äußerst knapp kalkuliert. Es sei in der Branche bekannt, dass die K [REDACTED] GmbH üblicherweise in der Position Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten nicht günstiger kalkulieren könne als die Antragstellerin. Daher sei ein Unterschreiten des von der Antragstellerin angebotenen Preises in LG 19 nur durch wegspekulieren einzelner Positionen oder Anwendung eines unrichtigen Indexschlüssels oder durch nicht kaufmännische Kalkulation denkbar. Es liege somit nahe, dass die Antragsgegnerin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, wozu sie aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Preises in LG 19 verpflichtet gewesen wäre.

Der Vergabekontrollsenat werde ersucht, die Position LG 19 Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten im Angebot der K [REDACTED] GmbH zu prüfen, insbesondere, ob die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, sowie weiters eine Prüfung der Kalkulation und die Preisangemessenheit in Form einer Plausibilitätsprüfung durchzuführen.

§ 19 Abs 1 letzter Satz BVergG normiere den Grundsatz der Preisangemessenheit.

Demnach dürften Aufträge nur zu angemessenen Preisen vergeben werden. Angebote, deren Preise in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stünden, seien auszuschneiden (§ 129 Abs 1 Z 3 BVergG). Der Preis für die LG 19 Wartungs- und Installationsarbeiten stehe in auffallendem Missverhältnis zu den in LG 19 tatsächlich geforderten Positionen (Ausschreibungsunterlagen Abschnitt 6, Punkt 7.2., Seiten 99 ff).

Wären alle diese Positionen tatsächlich und kaufmännisch erklärbar richtig ausgepreist worden, hätte sich in dieser Position ein wesentlich höherer Preis ergeben müssen.

Allein aus der Verwendung eines anderen Indexschlüssels würden sich solche Unterschiede nicht ohne weiteres erklären lassen, da es sich bei dieser Position vor allem um "Man-Power" Leistungen handle, welche ausschließlich durch Angestellte oder sonst beauftragte Personen durchgeführt werden könnten und wiederum unter arbeitsrechtlichen Vorgaben gewisse Mindestkosten verursachen würden. Derartige Preisunterschiede würden sich nur durch unzulässige Nachlässe oder Auslassen einzelner Positionen oder kaufmännisch nicht nachvollziehbarer Einzelpositionen erklären lassen.

Dazu sei auch der in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Leistungsgruppe 19 umfangreich umschriebene Leistungsumfang zu berücksichtigen. Für Branchenkenner sei nicht denkbar, dass die umfangreichen Leistungen auf 10 Jahre mit einem Wartungs- und Instandhaltungsaufwand von lediglich € 105.813,30 abgewickelt werden könnten.

Offenbar seien auch die unter Punkt 4.6.6.13 angeführten Garantierfüllungen der

spezifizierten Verfügbarkeitskriterien nicht entsprechend bewertet und die diesbezüglichen Kosten einfach wegspekuliert worden. Hier sei offenbar die unter Punkt 4.6.6.13 angeführte Verfügbarkeitsformel mit angeknüpften Vertragsstrafen kaufmännisch nicht ausreichend berücksichtigt und auch nicht berücksichtigt worden, dass die tatsächliche Verfügbarkeit und damit auch die Bereitstellungskosten in der Ausschreibung mit 8.760 Stunden angegeben seien (Abschnitt 4, Seite 112).

Sollten seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, welche die Parkanlagen schon seit mehreren Jahren betreue, Berechnungsgrundlagen herangezogen worden sein, welche nicht in der Ausschreibung bekannt gemacht worden seien und ihr ausschließlich aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit im Objekt der Ausschreibung bekannt sein, ohne dass diese Umstände den anderen Bietern zur Kenntnis gebracht worden seien, so sei dies ebenfalls unzulässig und das Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden, da damit eine Wettbewerbsverzerrung und Wettbewerbswidrigkeit (unzulässige Bieterbevorzugung wider den Grundsatz der Bietergleichbehandlung) vorliege.

Die Antragsgegnerin erwiderte:

Sie führe bezüglich des Bauauftrages "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A + B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem" ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich durch, welches versehentlich unter der Angabe "Sektoren" bekannt gemacht worden sei. Es hätten lediglich zwei Bieter Angebote gelegt. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin habe sie das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin laut Adressaufkleber mit "Firma K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] [REDACTED] mit einem Gesamtpreis von € 499.830,63 verlesen. In der Niederschrift (Angebotsöffnungsprotokoll) sei bezüglich des Namens des Bieters versehentlich "nur" S [REDACTED] allerdings mit der eindeutigen Adresse des Bieters, der Firma C [REDACTED] GesmbH, nämlich [REDACTED] festgehalten worden.

Der Antragstellerin mangle es an der Antragslegitimation, weil ihr Angebot aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen wäre. Außerdem sei aus der Ausschreibungsunterlage sehr klar zu entnehmen, dass Subunternehmer, die für die Substituierung der Eignung benötigt würden, gleichzeitig mit Angebotslegung namhaft gemacht werden müssten. Die technischen Vertragsbestimmungen würden unter Punkt 4.4.15.3 "Anlagenaufbau" ausdrücklich vorsehen, dass - sofern die baulichen Leistungen nicht selbst erbracht werden könnten oder dürften - eine entsprechende Firma aus dem Baugewerbe zu beschäftigen sei. Da sie aufgrund der Befugnis der Antragstellerin sowie der von dieser namhaft gemachten Subunternehmer berechnete Zweifel am Vorhandensein der für die

vorweg beschriebenen Leistungen notwendigen Befugnisse geübt habe, habe die T [REDACTED] GmbH mit Schreiben vom 22.5.2009 die Antragstellerin eingeladen, die für die durchzuführenden Bau- und Schlosserarbeiten notwendige Befugnis durch Beibringung entsprechender Gewerberegisterauszüge nachzuweisen. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen, zumal weder sie selbst noch die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer die zur Ausführung dieser Leistungen notwendigen Befugnisse hätten. In ihrem Antwortschreiben vom 29.5.2009 weise die Antragstellerin vielmehr darauf hin, dass die Namhaftmachung solcher Subunternehmer bzw Vorlage entsprechender Befugnisnachweise entbehrlich sei, zumal der prozentuelle Anteil der Leistung ohnedies unter 2 % des Auftrages liege. Dabei übersehe sie offensichtlich, dass die Namhaftmachung notwendiger Subunternehmer unabhängig vom prozentuellen Leistungsanteil zu erfolgen habe.

Mit Aufklärungsschreiben vom 22.5.2009 habe sie die Antragstellerin im Zusammenhang mit der unter Punkt 4 angeführten Frage um Aufklärung gebeten, warum sie für Materiallieferungen gemäß Positionen 01.17.02010, 01.18.01090 und 01.19.81040 unterschiedliche Materialaufschläge angeboten habe, obwohl es sich hierbei um gleiche Leistungen unterschiedlicher Leistungsgruppen bzw Obergruppen handle. Im Zusammenhang mit dieser Aufklärungsthematik habe die Antragstellerin eine Liste präsentiert, in welcher sie einleitend auf einen redaktionellen Fehler ihrerseits bezüglich der angesprochenen Positionen aufmerksam gemacht und gleichzeitig eine Preisberichtigung vorgenommen habe. Auf ein Angebot, das auf einem Irrtum beruhe, könne jedoch niemals ein Zuschlag erfolgen.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009 machte die Antragsgegnerin einen weiteren Ausscheidungsgrund geltend. Es sei zu Tage getreten, dass die Antragstellerin zu ihrem Angebot vom 15.5.2009 ein Begleitschreiben abgegeben habe, in dem sie ua in der Position OG 01/LG 19 im letzten Satz ausführe, dass der Austausch von Computern im S [REDACTED] Softwarewartungsvertrag nicht inkludiert sei. Im Hinblick darauf, dass der Austausch von Computern sehr wohl zum Umfang der ausgeschriebenen Leistung gehöre, widerspreche das Angebot den Ausschreibungsunterlagen und sei daher auch aus diesem Grunde auszuschneiden.

Nach der Judikatur des VwGH habe die Vergabekontrollbehörde den Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden worden sei, mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, weil bei einem Angebot, das auszuschneiden sei, schon von vornherein – ohne dazu auf den Inhalt des Nachprüfungsantrages eingehen zu müssen - feststehe, dass dem Bieter durch die geltend gemachte Rechtsverletzung kein Schaden entstanden sein oder drohen könne. Dieser

Grundsatz gelte ausnahmslos selbst dann, wenn nur zwei Angebote abgegeben worden seien.

Im Übrigen würden sämtliche im Nachprüfungsantrag dargestellten Nichtigkeitsgründe bzw Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen bzw keinerlei Relevanz für den Ausgang dieses Vergabeverfahrens haben.

Die Antragstellerin sei durch die irrtümliche Bekanntmachung als Sektorenauftrag in keinem subjektiven Recht verletzt worden und mangle es ihr daher auch an der erforderlichen Beschwer. Überdies sei diesbezüglich jedenfalls Präklusion eingetreten.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei dieser Auftrag sehr wohl als Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren, der aufgrund des geschätzten Auftragswertes von € 712.000,-- dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sei. Es handle sich nicht um einen Lieferauftrag, wie die Antragstellerin behauptete. Auch hier sei darauf hinzuweisen, dass der VwGH von einer umfassenden Präklusionswirkung der Antragsfristen ausgehe, ohne danach zu differenzieren, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder einen sonstigen Rechtsverstoß handle.

Selbst für den Fall, dass der Auftrag wider Erwarten als Lieferauftrag und damit im Oberschwellenbereich liegend zu qualifizieren wäre, könne dieser Umstand in Folge Präklusion nicht mehr releviert werden.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin seien die Angebote beider Bieter vollkommen richtig verlesen worden. Der Umstand, dass die diesbezüglich aufgenommene Niederschrift Unvollständigkeiten aufweise, und anstelle des verlesenen Bieters 'Firma K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] [REDACTED] "nur" S [REDACTED] [REDACTED] enthalte, sei aus rechtlicher Sicht irrelevant. Es sei der Antragstellerin zuzustimmen, dass Fehler bei der Angebotsverlesung, die für den Ausgang des Verfahrens maßgeblich seien, unter Umständen nicht sanierbar seien könnten. Dies sei hier aber nicht der Fall. Die Angebote seien vollkommen richtig und korrekt verlesen worden, ausschließlich die Niederschrift weise Unvollständigkeiten in Bezug auf den detaillierten Firmenwortlaut der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf.

Ungeachtet der Verlesung des Angebotes und der Protokollierung in der Niederschrift sei das Angebot auch stets nur in seiner Gesamtheit zu verstehen. Sämtliche zum Thema Angebotsverlesung ergangenen Entscheidungen hätten Fälle betroffen, in denen unrich-

tige Preise verlesen worden seien bzw Angebote gar nicht verlesen worden seien. Der unvollständigen bzw unrichtigen Protokollierung der Verlesung würde von der Judikatur völlig zu Recht keinerlei Bedeutung beigemessen. Ziel und Zweck der Verlesung der Angebote sei es, den bei Angebotsöffnung anwesenden Bietern die Möglichkeit einzuräumen, die Gesamtpreise bzw Angebotspreise zu errechnen. Abgesehen von diesem Transparenzgedanken liege der Sinn der Verlesung von relevanten Angebotsbestandteilen darin, Manipulationen zB durch Austausch von Angeboten zu vermeiden.

Dem Transparenzgedanken sowie dem Ziel, Manipulationen hintanzuhalten, habe die Antragsgegnerin in diesem Fall jedenfalls Rechnung getragen. Es seien tatsächlich nur zwei Angebote eingelangt, die vollkommen korrekt unter detaillierter Angabe der Bieteranschrift und des angebotenen Gesamtpreises verlesen worden seien. Die unvollständige Protokollierung der Geschäftsbezeichnung des präsumtiven Bieters vermöge an der Zuordenbarkeit des Angebotes an die F [REDACTED] GesmbH nichts zu ändern, zumal die Anschrift auch korrekt angeführt worden sei und sich die Bietervertreter wechselseitig sehr gut gekannt hätten. Der Antragstellerin sei jedenfalls bewusst gewesen, dass der Vertreter der Mitbeteiligten, C [REDACTED] C [REDACTED] dem Unternehmen "[REDACTED] ein S [REDACTED] Unternehmen" zuzurechnen sei und könne dies darüber hinaus auch aus der im Protokoll angeführten Adresse ersehen werden. Abgesehen davon müsste er auch, ebenso wie sein Kollege, die exakte Verlesung der Angebote wahrgenommen haben. Da die Angebote im Anschluss an die Eröffnung gekennzeichnet und sicher verwahrt worden seien, habe die Gefahr, dass das Angebot der präsumtiven Bestbieterin nachträglich ausgetauscht und verändert werde, de facto nie bestanden. Der Vorwurf der Antragstellerin, die Zuschlagsentscheidung laute auf ein nicht verlesenes Angebot, sei daher unhaltbar.

Die Behauptung, es fehle eine Begründung der Zuschlagsentscheidung bzw diese sei unzureichend, sei unzutreffend.

Die Zuschlagsentscheidung sei durch die Firma T [REDACTED] GmbH als Vertreterin der Antragsgegnerin an die Antragstellerin übermittelt worden.

Im Hinblick darauf, dass aus einer Zuschlagsentscheidung noch keinerlei Rechtsansprüche abgeleitet werden könnten und sie bis zur Zuschlagserteilung jederzeit zurückgenommen oder abgeändert werden könne, schade es nach Auffassung des VwGH nicht, wenn sie von einem unzuständigen Organ getroffen bzw bekannt gegeben werde. Da in der Bekanntmachung der Wortlaut "S [REDACTED] GmbH vertreten durch T [REDACTED] GmbH" angeführt sei, habe der Antragstellerin klar

sein müssen, dass die T [REDACTED] GmbH mit Wissen und Willen der Auftraggeberin tätig werde.

Die präsumtive Bestbieterin habe die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte technische Leistungsfähigkeit ausreichend belegen können und verfüge über sämtliche zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Befugnisse, teils durch Substituierung, wobei die maßgeblichen Subunternehmer gleichzeitig mit dem Angebot namhaft gemacht und Verfügbarkeitserklärung ausschreibungskonform vorgelegt worden seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei durch die T [REDACTED] GmbH geprüft worden und habe teilweise eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden. Hinsichtlich der Prüfung existiere ein detailliertes und umfangreiches Prüfprotokoll.

Die mitbeteiligte Partei brachte vor:

Sie hege begründete Zweifel an der beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin und gehe davon aus, dass ihr Angebot auszuschneiden gewesen sei. Ihr Nachprüfungsantrag erscheine somit unzulässig.

Sie habe an diesem Vergabeverfahren teilgenommen. Ihren firmenbuchmäßigen Sitz habe sie in Wien. Ihre [REDACTED] [REDACTED] Alleineigentümerin der Mitbeteiligten sei die deutsche S [REDACTED] GmbH. Die Mitbeteiligte verwende im Geschäftsverkehr ua auf ihrer Firmenstapile, auf ihrem Briefpapier und bei ihrem Internetauftritt zusätzlich zu ihrer Firma "K [REDACTED] mbH" die Geschäftsbezeichnung "ein S [REDACTED] Unternehmen". Die von der mitbeteiligten Partei vertriebenen Systeme seien in den relevanten Verkehrskreisen unter "S [REDACTED] Systeme" bekannt.

Im Zuge der Angebotsöffnung am 18.5.2009 seien vor der Kommission die Angebote der Antragstellerin und der Mitbeteiligten verlesen und protokolliert worden. Als Vertreter der Mitbeteiligten sei C [REDACTED] anwesend gewesen. Dieser sei seit 1992 Arbeitnehmer der Mitbeteiligten. Im Zuge der Angebotsöffnung seien die Firmen- und Geschäftsanschriften beider Bieter sowie deren Angebote verlesen worden. Dabei sei für das Angebot der Mitbeteiligten zwar richtig und vollständig "K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen" abgelesen worden, in der Niederschrift sei jedoch verkürzt "S [REDACTED] festgehalten worden.

Zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin brachte sie vor:

Der Antragstellerin selbst fehle die Befugnis zur Ausübung der ausgeschriebenen Tätigkeiten. Der Bauauftrag erfordere ua die Erbringung von Tätigkeiten, welche den reglementierten Gewerben (Handwerk) des Baumeisters und des Spenglers vorbehalten seien. Sollte die Antragstellerin keine entsprechend befähigten, berechtigten und leistungsfähigen Subunternehmen ihrem Angebot namhaft gemacht haben, sei ihr Angebot auszuscheiden. In diesem Falle fehle es ihr nach der ständigen Judikatur der Vergabekontrollbehörden an der Antragslegitimation. Der Nachprüfungsantrag sei daher zurückzuweisen.

Zu den vermeintlichen Rechtswidrigkeiten:

Zunächst sei festzuhalten, dass die Zuschlagsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des VwGH eine bloße Wissensklärung und keine Willenserklärung darstelle. Aus diesem Grunde würde selbst die Abgabe einer Zuschlagsentscheidung durch eine unzuständige Stelle nicht schaden. Ein solcher Fall liege hier jedoch nicht vor. Der Antragstellerin müsse die Vertretung der Antragsgegnerin durch die T [REDACTED] GmbH bekannt gewesen sein. Eine nicht schriftlich erteilte Vollmacht werde gemäß § 1029 ABGB nach dem Gegenstand und der Natur des Geschäftes beurteilt. Es genüge, dass sich eine rechtsgeschäftliche Erklärung für den Erklärungsempfänger erkennbar auch auf einen Dritten, also den Vertretenden, beziehe.

Die T [REDACTED] GmbH sei im Zuge des Vergabeverfahrens bereits vor Öffnung der Angebote in Vertretung der Antragsgegnerin in Erscheinung getreten. Mit Schreiben vom 11.5.2009, Betreff: "Erste Nachsendung. Kommentare zu Bieterfragen" habe sie namens der Antragsgegnerin zu bestimmten Fragen, welche die Bieter zur Ausschreibung gestellt hätten, Stellung genommen. Der Antragstellerin sei spätestens seit dem Schreiben vom 11.5.2009 bekannt gewesen, dass die T [REDACTED] GmbH die Antragsgegnerin vertrete.

Eine mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung liege nicht vor. Ebenso sei es unrichtig, dass der Zuschlag auf ein unrichtig verlesenes Angebot erfolgen solle. Das Angebot der Mitbeteiligten sei im Namen der K [REDACTED] GesmbH abgegeben und mit deren Geschäftsstempel versehen worden. Auf dem Umschlag, in welchem das Angebot eingereicht worden sei, sei auf einem Adresskleber die Firmenbezeichnung "K [REDACTED] GesmbH, ein S [REDACTED] Unternehmen" mit der Geschäftsadresse "[REDACTED] [REDACTED]" angebracht. Von der Kommission sei bei der Angebotseröffnung auch verlesen worden, dass das Angebot von der K [REDACTED] GesmbH, einem [REDACTED] Unternehmen, abgegeben worden sei. Allen bei der Angebotsöffnung anwesenden Personen sei damals klar gewesen und habe klar sein müssen,

dass es sich bei dem verlesenen Angebot um jenes der K [REDACTED] GesmbH handle. Lediglich bei der Protokollierung der verlesenen Daten sei offenbar irrtümlich unter dem Feld "Name und Geschäftssitz des Bieters" verkürzt "S [REDACTED]" vermerkt worden.

Die irrtümliche Fehlprotokollierung vermöge keine Rechtswidrigkeit begründen, die zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen würde.

Im Zuge der Angebotsöffnung habe der Auftraggeber bzw die vergebende Stelle ua gemäß § 118 Abs 5 Z 1 BVergG 2006 den Namen und den Geschäftssitz des Bieters vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten. Diese Bestimmungen würden in erster Linie dazu dienen, die Angebote einzelnen Bietern zuzuordnen, nachträgliche Manipulationen der Angebote zu finden und die Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. In diesen Bestimmungen manifestierten sich das Transparenzgebot und der Grundsatz der Bekämpfung der Korruption. Dem Transparenzgebot sei durch die richtige Verlesung der Bieterangaben der mitbeteiligten Partei Genüge getan. Eine irrtümlich verkürzte Protokollierung der richtig verlesenen Bieterangaben vermöge keinen zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung berechtigenden Grund darzustellen. Allen bei der Angebotsöffnung Anwesenden sei unmissverständlich klar, dass das Angebot, welches verlesen worden sei, von der K [REDACTED] GesmbH abgegeben worden sei. Auch bleibe das verlesene Angebot - trotz irrtümlicher Fehlbezeichnung im Angebotseröffnungsprotokoll - eindeutig der mitbeteiligten Partei zuordenbar. Das müsse umso mehr gelten, als bei diesem Verfahren lediglich zwei Angebote eingereicht wurden und zur Verlesung gekommen seien.

Das Angebot der Mitbeteiligten könne in keiner Weise manipuliert oder nachträglich verändert werden. Ein übertriebenen Formalismus, der nicht im Schutzzweck der Norm des § 118 Abs 5 Z 1 BVergG 2006 gelegen sei, sei vom Gesetzgeber unzweifelhaft nie beabsichtigt gewesen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin handle es sich im vorliegenden Fall um einen Bauauftrag. Die in der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung zu diesem Vergabeverfahren enthaltenen Tätigkeiten und Leistungen stünden in einem untrennbaren Zusammenhang zu Bauinstallationen gemäß Anhang 1 zum BVergG 2006. Sie würden somit ex lege als Bauleistungen gelten.

Unabhängig davon, ob der der Ausschreibung zugrunde liegende Gegenstand als Bau- oder Lieferauftrag zu qualifizieren sei, sei die Antragstellerin jedoch keinesfalls durch eine "Fehlqualifikation" bzw "Fehlbekanntmachung" beschwert. Denn nach einhelliger

Ansicht in Judikatur und Lehre könne die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag die Verletzung von subjektiven Rechten geltend machen, also die Verletzung von Rechten, welche sie individuell in ihrer Rechtstellung beeinträchtigen würde. Genau dies sei aber keineswegs der Fall, da die Antragstellerin an der Ausschreibung durch Abgabe eines Angebotes teilgenommen habe. Für die Abgabe ihres Angebotes sei die Einordnung des Auftrags als Bau- oder Lieferauftrag völlig unerheblich.

Die Behauptungen der Antragstellerin, es mangle ihr an der technischen Leistungsfähigkeit bzw an der Befugnis, sei falsch. Die Antragstellerin habe in diesem Zusammenhang Mutmaßungen aufgestellt, die jeder Grundlage entbehren würden. Auch die Zusammensetzung ihres Angebotspreises sei weder spekulativ noch unplausibel. Sie habe ihre Kalkulation ordnungsgemäß erstellt und stimme diese mit sämtlichen betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Grundsätzen überein. Insgesamt beantrage sie, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück-, in eventu abzuweisen.

Folgender für die Entscheidung relevante

Sachverhalt

steht als erwiesen fest:

Im Aktenvermerk der T [REDACTED] GmbH vom 17.3.2009 wurde festgehalten, dass die S [REDACTED] GmbH beabsichtige, im Laufe des Jahres 2009 die bestehende Parkabfertigungsanlage der Altstadtgaragen A + B zu erneuern. Die Firma T [REDACTED] GmbH sei von der S [REDACTED] GmbH damit beauftragt, die Ausschreibungsunterlagen dafür zu erstellen. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes gemäß ÖNORM 1801 (Status Vorprojekt) von netto € 800.000,- (Errichtung und Wartung) und der Auftraggebervorgabe, gemäß BVergG 2006 in der geltenden Fassung auszuschreiben, werde als Vergabeverfahren ein offenes Verfahren für Bauleistungen im Unterschwellenbereich festgelegt.

Die entsprechende Ausschreibung wurde am 24.4.2009 als Verfahren im Unterschwellenbereich "Bekanntmachung – Sektoren" unter www.lieferanzeiger.at/auftrag.at bekanntgemacht. In der Bekanntmachung ist unter den Haupttätigkeiten des Auftraggebers angeführt: "Strom". Der Auftragsgegenstand wurde beschrieben mit "Altstadtgarage Salzburg-Parkraumbewirtschaftungsanlage". Der Auftrag wurde als Ausführung einer Bauleistung bezeichnet. Als Tag der Angebotsöffnung wurde der 18.5.2009 festgelegt.

Im Abschnitt 1 Z 1.2.1 der Ausschreibung ist als Auftraggeber (AG) die S [REDACTED] Gesellschaft m.b.H. [REDACTED] angeführt. Unter Punkt 1.3.1 der Ausschreibung scheint als vergebende Stelle ebenfalls die S [REDACTED] Gesellschaft m.b.H. auf, die unter Punkt 1.3.2 auch als abwickelnde Stelle angeführt ist.

Der Ausschreibungsgegenstand ist unter Punkt 1.3.3 wie folgt beschrieben:

"Parkabfertigungsanlage Salzburger Altstadt Garagen A + B samt Instandhaltung (Wartung und Inspektion, Instandsetzung).

Der Instandhaltungsvertrag ist ein eigenes Vertragswerk, das mit dem Herstellungsvertrag zur Ausschreibung und im Sinne Abschnitt 4 – technische Vertragsbestimmungen Instandhaltungsbestimmungen – zur Vergabe gelangt und daher auch von der Kalkulation des gesamten Vertrages umfasst sein muss.

Zur Abwicklung des Instandhaltungsvertrages wird festgehalten, dass die Vertragsbestimmungen des gegenständlichen Vertragswerkes ebenfalls Bestandteil des Instandhaltungsvertrages sind.

Der Instandhaltungsvertrag bleibt nach Abschluss des Herstellungsvertrages als eigenes Vertragswerk aufrecht.

Während des Gewährleistungszeitraumes wird vom AN die Instandhaltung nach den Regeln des Instandhaltungsvertrages im Rahmen des Herstellungsvertrages durchgeführt."

Unter Punkt 1.3.10 wurden die Zuschlagskriterien festgelegt: Gesamtpreis 75 %, Qualität 25 %.

Im Abschnitt 2 der Ausschreibung befindet sich die "Baubeschreibung", die sich wie folgt darstellt:

"2 Baubeschreibung

2.1 Bauumfang

2.1.1. Grundlagen

Die S [REDACTED] Gesellschaft mbH beabsichtigt in den Salzburger Altstadtgaragen A + B die bestehende Parkabfertigungsanlage zu erneuern.

Im Zuge dieser Sanierungsarbeiten sind folgende Leistungen zu erbringen:

- *Errichtung von 1 Stück Leitrechneranlage für die Parkabfertigungsanlage*
- *Errichtung von 4 Stück Tickgeber im Einfahrtsbereich*
- *Errichtung von 4 Stück Absperrschrankeneinheiten Einfahrt*
- *Errichtung von 4 Stück Ticketnehmer im Ausfahrtsbereich*
- *Errichtung von 4 Stück Absperrschrankeneinheiten Ausfahrt*
- *Errichtung von 8 Stück Kassenautomaten*

- Lieferung und Inbetriebnahme von 6 Stück elektronischen Rabattierer
- Errichtung von 1 Bedienrechner für die zentrale Bedienung der Anlage (siehe 4.4.13)
- Errichtung von 3 Stück Handkassen
- Errichtung einer Sprechanlage für das gesamte System (Systemzentrale, Hauptsprechstellen, Nebensprechstellen)
- Errichtung einer Etagenzählanlage (siehe Punkt 4.4.10)
- Errichtung einer Kennzeichenerkennungssystem für sämtliche Ein- und Ausfahrten samt zugehöriger Auswerterechnereinheit
- Errichtung eines Parkleitsystem für die Garagen (siehe Punkt 4.4.12)
- Lieferung von passiven Transponderkarten
- Installation einer Software für Abrechnung, Report, Statistiken, usw.
- Integration der Anlage in die Abrechnungsumgebung ERP der Fa. Contipark
- Herstellen der gesamten Verkabelung (Energie und Daten) für die neue Anlage
- Durchführung von diversen Nebenleistungen
- Demontage und Entsorgung der bestehenden Anlage

Die gesamte Anlage ist so zu Konzeptionisieren, anzubieten und zu Errichten, dass die bestehenden Parkhäuser mit

- Garage A: ca. 635 Stellplätzen
- Garage B: ca. 655 Stellplätzen

und insgesamt ca. 4500 Einfahrten täglich verwaltet werden können."

Innerhalb der Angebotsfrist langten zwei Angebote ein. In die Liste der abgegebenen Angebote wurde als erster Anbieter eingetragen "K [REDACTED] GmbH", der Eingang des Angebotes erfolgte am 18.5.2009 um 8:30 Uhr. Als zweiter Anbieter scheint die "S [REDACTED]" in der Liste der abgegebenen Angebote auf. Eingangsdatum ist der 18.5.2009 um 9:15 Uhr.

Die Schlusserklärung im Angebot der mitbeteiligten Partei wurde vom Geschäftsführer der Mitbeteiligten Ing. Wolfgang Steiner unterfertigt. Sie wurde mit einer Firmenstapile versehen, die sich wie folgt darstellt:

"K [REDACTED] GesmbH

Ein S [REDACTED] Unternehmen

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] gindl-wien@scheidt-bachmann.at

[REDACTED] www.scheidt-bachmann.at

Beginn der Angebotseröffnung war der 18.5.2009, 10:45 Uhr. Die im Protokoll angeführte Kommission bestand aus sechs Personen, die namentlich angeführt sind und das Protokoll unterfertigten.

In dieses Protokoll über die Angebotseröffnung trugen sich drei weitere Personen offenbar selbst handschriftlich ein und unterfertigten dieses. Dieser Teil des Protokolls stellt sich wie folgt dar:

Weitere Teilnehmer an der Anbotseröffnung:

Name	Firma	Unterschrift
G	S	
H	S	RG
B	S AG	

Die Bieterübersicht zum Angebotseröffnungsprotokoll stellt sich wie folgt dar:

Bieterübersicht zum Angebotseröffnungsprotokoll

PARKABFERTIGUNGSANLAGE
SALZBURGER ALTSTADTGARAGEN A + B

Lfd. Nr.	Name und Geschäftssitz des Bieters	eingelangt am (Datum)	um (Uhrzeit)
1	S	18.05.09	08:30
2	S AG	18.05.09	09:15
3			
4			
5			
6			
7			
8			
9			
10			

Die Angebotseröffnungsprotokolle für die beiden Bieter zeigen folgendes Bild:

ANGEBOTSERÖFFNUNGSPROTOKOLL Bieter 1										
Bauvorhaben:		PARKABFERTIGUNGSANLAGE – SALZBURGER ALTSTADTGARAGEN A + B								
Name und Geschäftssitz des Bieters:										
Lfd. Nr.	eingelangt am:	17.05.08 08:30	um:	08:30	Uhr	Anbotsteile:	23	Abänderungs- angebote:	/	
1	Gesamtpreis (=Nettopreis in €)	Aufschlag/ Nachlass enthalten	Begleitschreiben Vorbehalte und Erklärungen	Ja	Nein	Zwingend verlangte Unterlagen beiliegend zum Anbot	abgegeben		Anmerkungen	
							Ja	Nein	Offensichtliche Anbotsmängel	Angebotsteil
AG Entwurf	€ 499.830,00%	Begleitschreiben	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Anbotsunterfertigung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
			Vorbehalte u. Erklärung Bieter			Bestandteile des Angebotes	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
					B Leistungsverzeichnis	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					A7 Erklärung des Bieters	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					Vadiumsnachweis	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					Kalkulationsformblätter K7	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
		Kalkulationsformblätter K3	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>						
		1. Berichtigung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>						
Abänderungs- angebot	€%	Beilagen zum Abänderungsanbot:							

ANGEBOTSERÖFFNUNGSPROTOKOLL Bieter 2										
Bauvorhaben:		PARKABFERTIGUNGSANLAGE – SALZBURGER ALTSTADTGARAGEN A + B								
Name und Geschäftssitz des Bieters:										
Lfd. Nr.	eingelangt am:	18.05.08	um:	08:15	Uhr	Anbotsteile:	17	Abänderungs- angebote:		
2	Gesamtpreis (=Nettopreis in €)	Aufschlag/ Nachlass enthalten	Begleitschreiben Vorbehalte und Erklärungen	Ja	Nein	Zwingend verlangte Unterlagen beiliegend zum Anbot	abgegeben		Anmerkungen	
							Ja	Nein	Offensichtliche Anbotsmängel	Angebotsteil
AG Entwurf	€ 642.814,79%	Begleitschreiben	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Anbotsunterfertigung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
			Vorbehalte u. Erklärung Bieter			Bestandteile des Angebotes	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
					B Leistungsverzeichnis	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					A7 Erklärung des Bieters	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					Vadiumsnachweis	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
					Kalkulationsformblätter K7	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>			
		Kalkulationsformblätter K3	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>						
		1. Berichtigung	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>						
Abänderungs- angebot	€%	Beilagen zum Abänderungsanbot:							

Im Vergabebericht der T [REDACTED] GmbH vom 2.6.2009 scheint als Bestbieter die Firma "K [REDACTED] GesmbH Ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] auf.

Über die Prüfung der Bieter und ihrer Angebote ist unter Punkt 4.1.6 festgehalten:
"Aufgrund der vorliegenden Unterlagen kann für die Bieter und die angegebenen Subunternehmer die Eignung durch die prüfende Stelle bestätigt werden."

Zu Punkt 4.3. ist ausgeführt:

"Sämtliche in Abschnitt 7 geforderten Unterlagen wurden durch alle Bieter mit dem Angebot abgegeben, die nachzureichenden Unterlagen wurden seitens der Bieter fristgerecht übermittelt. Somit ist kein Angebot auszuschneiden".

Mit Fax vom 4.6.2009, verfasst von der T [REDACTED] GmbH, unterfertigt von Dipl. Ing. H [REDACTED] erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Als ermittelter Bestbieter ist angeführt die "K [REDACTED] GesmbH ein S [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED]

Am 5.6.2009, also einen Tag nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, beantwortete Dipl. Ing. H [REDACTED] eine E-Mail von [REDACTED] M [REDACTED] (Vertreter der Antragstellerin) wie folgt:

"Sehr geehrter Herr M [REDACTED]"

Bezug nehmend auf Ihr Mail darf ich Ihnen im Anhang die Auswertung der Zuschlagskriterien für beide Bieter übermitteln.

*Da beide Angebote in formeller wie auch in technischer Sicht dem Auftraggeberentwurf Abschnitt 1 bis Abschnitt 7 in allen Punkten entsprochen haben, war **kein** [Anm: Hervorhebung im Original nicht vorhanden] Angebot gemäß BVergG 2006 auszuschneiden. Aus diesem Grunde wurde der Bestbieter anhand der Zuschlagskriterien ermittelt."*

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Einsichtnahme in den vorgelegten Vergabeakt, aus dem sich der relevante Sachverhalt lückenlos feststellen ließ.

Rechtlich ist auszuführen:

Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß § 1 Abs 1 S.VKG 2007.

Gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit aa) BVergG 2006 ist im offenen Verfahren die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers.

Gemäß § 14 S.VKG 2007 ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Einleitend ist festzuhalten, dass die Ausschreibung infolge Nichtbekämpfung bestandfest wurde. Die zu erbringende Leistung wurde als Bauauftrag im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Diese Einordnung ist zweifellos unzutreffend, es handelt sich jedenfalls um einen Liefer-/Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Dies ist hier aber nur insofern von Belang, als sich danach die Höhe der vom Antragsteller zu entrichtenden Pauschalgebühr richtet, die in diesem Fall von der Antragsgegnerin zu ersetzen ist.

Die gemäß § 19 S.VKG 2007 zu entrichtende Gebühr für Bauaufträge im Unterschwellenbereich beträgt € 2.500,--. Die für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu entrichtende Gebühr beträgt € 1.600,--. Durch Verbindung des Antrages mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhöhen sich diese Gebühren je um 50 %. Von der Antragstellerin wurden vor Stellung des Antrages Gebühren in Höhe von € 3.750,-- überwiesen. Da es sich, wie hier angeführt, um einen Liefer-/Dienstleistungsauftrag handelt, hätten die beizubringenden Gebühren richtigerweise € 2.400,-- betragen. Aus diesem Grunde wurde die Antragsgegnerin gemäß Spruchpunkt 2. zur Bezahlung eines Betrages von € 2.400 an die Antragstellerin verpflichtet, während die Rückzahlung des Differenzbetrages von € 1.350, -- an die Antragstellerin durch die Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates zu veranlassen ist.

Zur Antragslegitimation:

Die Antragsgegnerin und die mitbeteiligte Partei beantragten die Zurückweisung des Antrages unter Hinweis darauf, dass nach ständiger Judikatur des VwGH die Vergabe-

kontrollbehörde den Nachprüfungsantrages eines Bieters, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, mangels Antragslegitimation zurückzuweisen habe. Sie begründen dies damit, dass bei einem Angebot, welches auszuschneiden sei, schon von vornherein – ohne dazu auf den Inhalt des Nachprüfungsantrages eingehen zu müssen - feststehe, dass dem Bieter durch die geltend gemachte Rechtsverletzung kein Schaden entstanden sein könne bzw drohen könne. Dieser Grundsatz gelte ausnahmslos selbst dann, wenn nur zwei Angebote abgegeben worden seien. Von der Antragstellerin wurde in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BVA vom 27.4.2007, N/0021-BVA/13/2006-37 zitiert.

Die Behauptung, dass dieser Grundsatz ausnahmslos gelte, nämlich selbst dann, wenn nur zwei Angebote abgegeben worden seien, lässt sich aus dieser Entscheidung nicht ableiten. Zutreffend ist, dass gemäß § 21 Abs 1 S.VKG 2007 ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert angefechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, wenn er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbeereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der Vergabekontrollsenat Salzburg schließt sich in dieser Frage der Auffassung des UVS Burgenland an, die in der Entscheidung E VNP/11/2008.002/006 ausführlich und überzeugend begründet wurde. In einem ähnlich gelagerten Fall kam das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 11.2.2006, 15 N-128/05-34 zum selben Ergebnis.

Im Wesentlichen werden diese beiden Entscheidungen darauf gegründet, dass ein Antragsteller, obwohl er auszuschneiden ist, in besonders gelagerten Fällen dennoch einen Schaden erleiden kann. Dieser besonders gelagerte Fall ist dann gegeben, wenn kein Bieter für die Erteilung des Zuschlages in Frage kommt und die Ausschreibung daher gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu widerrufen ist. Anzumerken ist, dass die zitierte Entscheidung des Bundesvergabeamtes aufgrund der alten Rechtslage auf den ex lege-Widerruf des § 105 Abs 3 BVergG 2002 abstellte, was im Ergebnis aber keinen Unterschied macht.

Zutreffend wurde ausgeführt, dass der geforderte "*drohende Schaden*" im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages liege. Es sei nämlich zu erwarten, dass die im konkreten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen nach einem Widerruf neuerlich ausgeschrieben würden, wobei darauf verwiesen wurde, dass Vergabeverfahren nur dann durchzuführen seien, wenn die Absicht bestehe, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Dieser Grundsatz des Vergabeverfahrens findet sich nun in § 19 Abs 4 BVergG 2006.

Auf den vorliegenden Fall angewandt, bedeuten diese Grundsätze, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation in jedem Fall zukommt, und vom Vergabekontrollsenat nicht geprüft werden musste, ob die drei von der Antragsgegnerin erst im Nachprüfungsverfahren angezogenen Ausscheidungsgründe tatsächlich vorliegen oder nicht. Wäre das Ergebnis einer derartigen Prüfung, dass die behaupteten Ausscheidungsgründe nicht vorliegen, gäbe es keinen Zweifel an der Antragslegitimation. Wäre jedoch auch die Antragstellerin auszuschneiden, bliebe - weil wie unten darzustellen sein wird - kein Angebot für die Zuschlagserteilung übrig, sodass das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu widerrufen wäre. Wie oben angeführt, würde dann der Fall eintreten, dass auch die Antragstellerin die Möglichkeit hätte, sich am neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Zur Frage der Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009:

In diesem Zusammenhang brachte die Antragstellerin vor, es sei unklar, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die K [REDACTED] GesmbH oder die S [REDACTED] GesmbH am 18.5.2009 das weitere Angebot gelegt habe. Verlesen worden sei allerdings gemäß Angebotseröffnungsprotokoll lediglich das Angebot der Antragstellerin sowie ein Angebot der "S [REDACTED] [REDACTED]". Die zuletzt Genannte scheine auch in der Bieterübersicht zum Angebotseröffnungsprotokoll auf. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung laute allerdings auf die K [REDACTED] GesmbH, die als Rechtssubjekt mit eigener Rechtspersönlichkeit unter der Firmenbuchnummer [REDACTED] beim Handelsgericht Wien eingetragen sei. Die K [REDACTED] GesmbH sei nicht ident mit ihrer Gesellschafterin S [REDACTED] GesmbH, [REDACTED] [REDACTED]. Obwohl gemäß dem Angebotseröffnungsprotokoll lediglich ein Angebot der S [REDACTED] GesmbH verlesen worden sei, sei der Zuschlag nunmehr für ihre Tochtergesellschaft K [REDACTED] GesmbH erfolgt, deren Angebot aber nach § 118 BVergG 2006 nicht verlesen worden sei. Mangels Verlesung des für den Zuschlag in Betracht kommenden Anbots sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Dagegen vermeint die Antragsgegnerin, die Angebote beider Bieter seien vollkommen richtig verlesen worden. Der Umstand, dass die diesbezüglich aufgenommene Niederschrift Unvollständigkeiten aufweise, sei aus rechtlicher Sicht irrelevant. Der Antragstellerin sei zwar zuzustimmen, dass Fehler bei der Angebotsverlesung, die für den Ausgang des Verfahrens maßgeblich seien, unter Umständen nicht sanierbar sein könnten, dies sei hier aber gerade nicht der Fall. Die Angebote seien vollkommen richtig und korrekt verlesen worden. Ausschließlich die Niederschrift weise Unvollständigkeiten hinsichtlich

des detaillierten Firmenwortlauts der präsumentiven Zuschlagsempfängerin auf. Ungeachtet der Verlesung des Angebotes und der Protokollierung in der Niederschrift sei das Angebot stets nur in seiner Gesamtheit zu verstehen. Sämtliche zum Thema Angebotsverlesung ergangenen Entscheidungen hätten Fälle betroffen, in denen unrichtige Preise verlesen worden seien bzw Angebote, die gar nicht verlesen worden seien. Der unvollständigen bzw unrichtigen Protokollierung der Verlesung werde von der Judikatur zu Recht keinerlei Bedeutung beigemessen.

Die Mitbeteiligte stützt in ihrem Vorbringen naturgemäß das Vorbringen der Antragsgegnerin. Sie behauptete, dass alle Angebote korrekt verlesen worden seien und allen bei der Angebotseröffnung anwesenden Personen daher klar gewesen sei bzw klar sein haben müssen, dass es sich bei den verlesenen Angeboten um jenes der K [REDACTED] GesmbH gehandelt habe. Lediglich bei der Protokollierung der verlesenen Daten sei offenbar irrtümlich unter dem Feld "*Name und Geschäftssitz des Bieters*" verkürzt "S [REDACTED] [REDACTED]" vermerkt worden. Dem Transparenzgebot sei durch die richtige Verlesung der Bieterangaben der Mitbeteiligten Genüge getan worden. Eine irrtümlich verkürzte Protokollierung der richtig verlesenen Bieterangaben vermöge keinen zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung berechtigenden Grund darstellen.

Dazu ist auszuführen:

Der Rechtsansicht der Antragsgegnerin sowie der Mitbeteiligten ist nicht zu folgen: Gemäß § 118 Abs 1 BVergG 2006 sind die Angebote bei offenen und bei nicht offenen Verfahren am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

Für das Verhandlungsverfahren ist im § 118 Abs 2 BVergG 2006 ausdrücklich angeführt, dass keine "*formalisierte Öffnung*" der Angebote erforderlich ist. Daraus folgt, dass in allen anderen Fällen die "*formalisierte Öffnung*", wie sie im Übrigen in § 118 BVergG 2006 festgelegt ist, zu erfolgen hat.

Gemäß § 118 Abs 5 BVergG 2006 **sind** aus den Angeboten – auch aus Alternativ- und Abänderungsangeboten – folgende Angaben zu verlesen **und** in der Niederschrift festzuhalten:

1. Namen und Geschäftssitz des Bieters;
2. Der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreis oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;
3. Wesentliche Erklärungen der Bieter;
4. Sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als den Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

Aus der Formulierung des Abs 5 leg. cit. ist erkennbar, dass es sich in diesem Fall um eine zwingende Bestimmung handelt. Daraus folgt, dass nicht nur die Verlesung zwingend ist, sondern auch die Errichtung einer Niederschrift. Gleichfalls zwingend festzuhalten sind in dieser Niederschrift der Name und der Geschäftssitz des Bieters, gleich dem Gesamtpreis oder dem Angebotspreis mit allfälligen Nachlässen und Aufschlägen. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass zahlreiche Entscheidungen ergingen, die Fälle betrafen, in denen unrichtige Preise verlesen wurden bzw Angebote gar nicht verlesen wurden. Diese Fehler bzw Unterlassungen stellen mangels Wiederholbarkeit der Angebotseröffnung nach Lehre und Rechtsprechung einen unbehebaren Mangel dar.

Für die Behauptung der Antragsgegnerin, der unvollständigen bzw unrichtigen Protokollierung der Verlesung werde von der Judikatur völlig zu Recht keinerlei Bedeutung beigemessen, finden sich keine Belegstellen. Solche wurden von der Antragsgegnerin auch nicht zitiert.

Die Antragsgegnerin liefert insbesondere kein Argument dafür, weshalb die in § 118 Abs 5 BVergG 2006 enthaltenen Gebote – zu Verlesen und in der Niederschrift festzuhalten – nicht von gleichrangiger Bedeutung sein sollten. Nach Auffassung des Senates dienen nämlich **beide** im selben Satz enthaltenen die Angebotseröffnung betreffenden Gebote nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens, sondern haben auch "*präventive Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote*". In diesem Zusammenhang ist auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.12.2004, 2004/04/100 zu verweisen. Dort wurde Folgendes ausgeführt:

"Werden Teile des Angebotes in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, so ist die gemäß § 14 Abs 1 Stmk Vergabe-Nachprüfungsgesetz 2003 geforderte Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation (etwa durch nachträgliche Änderung des Angebotes) vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigerklärung ohnehin schon aufgrund dieser Manipulation – die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß § 21

BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einer für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw erleichtert würde."

Es ist also keinesfalls Aufgabe der Vergabekontrollinstanzen, Überlegungen darüber anzustellen, wie im konkreten Einzelfall Manipulationen konkret stattfinden könnten. Es genügt, dass in irgendeiner Art die Möglichkeit dazu besteht. Diese Möglichkeit ist im Hinblick darauf, dass hinsichtlich eines Angebotes zwei verschiedene Rechtspersönlichkeiten aufscheinen, nämlich zwei Kapitalgesellschaften in Form der "K[REDACTED] Gesellschaft m.b.H." mit der Geschäftsanschrift [REDACTED] [REDACTED] und deren alleiniger Gesellschafterin, der S[REDACTED] GmbH, eingetragen zu [REDACTED] gegeben.

Folge der zwingenden Bestimmung des § 118 Abs 5 BVergG 2006 ist also auch, dass Fehler, die bei Errichtung der Niederschrift im Zuge der Angebotseröffnung gemacht wurden, nicht sanierungsfähig sind.

Der Auffassung, dass die gemäß § 118 Abs 5 BVergG 2006 verfasste Niederschrift zwar den vollen Beweis liefert, der Gegenbeweis der Unrichtigkeit des bezeugten Vorganges aber zulässig ist, ist nicht zu folgen. Vergleicht man die Bestimmung des § 118 Abs 5 BVergG 2006 mit den einschlägigen Bestimmungen des AVG 1991, so zeigt sich, dass § 14 AVG 1991 die Regelungen enthält, was in die Niederschrift aufzunehmen ist. § 15 AVG 1991 legt im ersten Satz ausdrücklich fest, dass, soweit Einwendungen nicht erhoben wurden, die Niederschrift vollen Beweis liefert; im zweiten Satz wird die Möglichkeit des Gegenbeweises eröffnet. Gerade diese Möglichkeit bietet das BVergG 2006 nicht. Eine dem zweiten Satz des § 15 Satz 2 AVG 1991 vergleichbare Bestimmung fehlt. Daraus ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber der im Zuge der Angebotseröffnung zu errichtenden Niederschrift uneingeschränkte Beweiskraft zuerkannt hat. Der Sinn dieser Regelung liegt offenbar darin, dass es dem Gesetzgeber darauf ankam, unnötige Verzögerungen im Vergabeverfahren hintanzuhalten. Er wollte damit vermeiden, dass aufwändige Beweisverfahren über klar geregelte Vorgangsweisen herbeigeführt werden können und damit Verfahren unnötig verzögert werden. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch die Bestimmung des § 118 Abs 6 letzter Satz BVergG 2006, nach welcher den Bietern, die an der Öffnung der Angebote teilnahmen, auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen ist. Damit räumte der Gesetzgeber den Bietern Kontrollrechte ein, die jedenfalls ausreichen, um Fehler, wie hier begangen, zu vermeiden. Von diesem Kontrollrecht machte der anwesende Vertreter der Mitbeteiligten offenbar aber keinen oder nicht aus-

reichend Gebrauch, sodass ihr selbst dann, wenn die Verlesung richtig erfolgt wäre, die unzutreffende Protokollierung zuzurechnen wäre.

Zusammengefasst fehlt in der anlässlich der Angebotseröffnung verfassten Niederschrift der Name des Bieters, der für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen ist. Damit liegt ein unbehebbarer Mangel vor. Die Zuschlagsentscheidung war allein aus diesem Grunde für nichtig zu erklären, sodass sich ein Eingehen auf die weiteren von der Antragstellerin angezogenen Rechtswidrigkeiten erübrigt.

Für den Vergabekontrollsenat:

Dr. Friedrich Gruber

Vorsitzender

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist eine weitere Berufung unzulässig (§ 2 Abs 2 S.VKG 2007).

Hinweis:

Im Sinne des § 61 a AVG wird auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder Verfassungsgerichtshof hingewiesen. Solche Beschwerden sind innerhalb einer Frist von 6 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides einzubringen. Für solche Beschwerden besteht das Formerfordernis der Unterschrift eines Rechtsanwaltes (siehe § 24 Abs. 2 VwGG 1985 und § 17 Abs. 2 VfGG 1953). Auf die sich aus diesen beiden Gesetzen ergebende Verpflichtung, bei Erhebung von solchen Beschwerden eine Gebühr von € 180 zu entrichten, wird hingewiesen.

Zustellverfügung (per E-Mail):

Dieser Bescheid wird per E-Mail mit dem Auftrag zugestellt, den Empfang umgehend zu bestätigen.

1. **Antragstellerin:**

■■■■■ G, ■■■■■
 p.A. Rechtsanwalt Dr. Philipp Götzl, Ernest-Thun-Str. 12, 5020 Salzburg
 E-Mail: kontakt@rechtsanwalt-salzburg.at

2. **Antragsgegnerin:**

■■■■■ GmbH, ■■■■■
 ■■■■■
 ■■■■■

3. **Mitbeteiligte Partei:**

■■■■■ GesmbH, ■■■■■
 p.A. ■■■■■
 ■■■■■