

ZAHL
20001-SVKS/67/46-2009

DATUM
29.9.2009

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 Dkfm. Bernd Gaubinger und Mag. Dr. Manfred Huber als Beisitzer in der

- Vergabesache:** Offenes Verfahren: "Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen A und B inkl. Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem"
- Antragstellerin:** K [REDACTED] Wien
- vertreten durch:** [REDACTED]
- Antragsgegnerin:** Salzburger Parkgaragen GmbH, Gstättingasse 15, 5020 Salzburg
Fax: 0662 - 84 03 34; E-Mail: spg@aon.at
Vergebende Stelle:
T [REDACTED] GmbH,
[REDACTED]
- vertreten durch:** [REDACTED]
- mitbeteiligte Partei:** S [REDACTED] AG, [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

nach der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2009 nachstehenden

B E S C H E I D:

Die Anträge, der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg möge

1. die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 13.8.2009, mit der das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wurde, für nichtig erklären und
2. die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 13.8.2009, der S [REDACTED] AG, [REDACTED] [REDACTED] den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären,

werden **zurückgewiesen**.

Begründung:

Die Salzburger Parkgaragen 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 www.lieferanzeiger.at/auftrag.at.

Mit Schreiben vom 13.8.2009 gab die Antragsgegnerin das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin und Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbeteiligten "*Firma* [REDACTED] bekannt.

Am 20.8.2009 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Sie erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- Im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres ausschreibungs- und vergabekonformen Angebots.
- Im Recht auf Erteilung des Zuschlags an sie als eigentliche Bestbieterin im gegenseitlichen Vergabeverfahren.
- Im Recht auf rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin.
- Im Recht auf Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote, insbesondere von Angeboten, die Ausschreibungsbestimmungen widersprechen oder deren Preis nachträglich geändert wurde.
- Im Recht auf ordnungsgemäße Beendigung des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG.

Sollte ihr der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein Schaden von zumindest über € 51.600,00 an marktüblichem entgangenen Gewinn, frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie für die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Zudem handle es sich bei diesem Auftrag um ein wichtiges Referenzprojekt.

Zu ihrer Antragslegitimation verwies die Antragstellerin auf die Ausführungen im Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg vom 30.6.2009, wonach auch einem auszuscheidenden Bieter die Antragslegitimation zukomme, wenn kein Bieter für die Zuschlagsentscheidung in Frage komme und die Ausschreibung zu widerrufen sei.

Zur bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor:

Die Mitbeteiligte habe nicht alle in der Ausschreibung geforderten Nachweise der Befugnis erbracht. Sie habe ein unvollständiges bzw fehlerbehaftetes Angebot gelegt und sei daher auszuscheiden. Die Mitbeteiligte habe keinen Nachweis über die Befähigung zur Durchführung von Tätigkeiten des Baumeistergewerbes vorgelegt, obwohl dies in den technischen Vertragsbestimmungen der Ausschreibungen unter Punkt 4.4.15.3 ausdrücklich gefordert worden sei. Dies habe die Antragstellerin in dem zu GZ 20001-SVKS/67/2-2009 geführten Nachprüfungsverfahren selbst vorgebracht.

In der mündlichen Verhandlung vom 30.6.2009 vor dem Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg habe die Antragsgegnerin einen weiteren Ausscheidungsgrund für das Angebot der Mitbeteiligten behauptet. Im Begleitschreiben der Mitbeteiligten zu ihrem Angebot sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Austausch von Computern nicht inkludiert sei. Aus Punkt 4.12 der technischen Vertragsbestimmungen und den Prioritätsregelungen in Punkt 4.6.2 der Ausschreibung ergebe sich jedoch, dass die Zurverfügungstellung und der Austausch von Computern erfasst seien. Das Angebot der Mitbe-

teiligten widerspreche der Ausschreibung und sei auch aus diesem Grund auszuscheiden.

Die Mitbeteiligte sei mit Schreiben vom 22.5.2009 um Aufklärung gebeten worden, warum sie für Materiallieferungen gemäß den Positionen 01.17.02010, 01.18.01090 und 01.19.81840 unterschiedliche Materialaufschläge angeboten habe, obwohl es sich dabei um gleiche Leistungen unterschiedlicher Leistungsgruppen bzw Obergruppen handle. Die Mitbeteiligte habe daraufhin eine Liste präsentiert, in welcher sie einleitend auf einen redaktionellen Fehler ihrerseits aufmerksam gemacht habe. Sie habe gleichzeitig eine Preisberichtigung vorgenommen. Auf ein Angebot, das auf einem Irrtum beruhe, könne jedoch niemals ein Zuschlag erfolgen. Auch aus diesem Grunde wäre die Mitbeteiligte auszuscheiden gewesen.

Letztlich behauptete die Antragstellerin, dass ein weiterer unbehebbarer Mangel des Angebotes der Mitbeteiligten vorliege. Ihr Firmenwortlaut sei im Angebotseröffnungsprotokoll vom 18.5.2009 nicht vollständig wiedergegeben worden. Auf Seite 6 der Niederschrift, auf der die verlesenen Angaben zum Angebot der Mitbeteiligten festgehalten worden seien, sei als Firmenwortlaut lediglich "S [REDACTED]" ohne Hinzufügung der Rechtsform protokolliert. Ein Unternehmen mit der Bezeichnung "S [REDACTED]" alleine gebe es allerdings nicht. Auch deswegen sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Hinsichtlich des Angebotes der Mitbeteiligten liege damit ein unbehebbarer Mangel vor. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbeteiligten sei mit Rechtswidrigkeit belastet. Dies habe zur Folge, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren aus zwingenden Gründen hätte widerrufen müssen, da kein Bieter im Vergabeverfahren verbleibe.

In ihrer Ausscheidungsentscheidung stütze sich die Antragsgegnerin unzutreffender Weise auf den Bescheid des Vergabekontrollsenates Salzburg vom 30.6.2009 und auf § 129 Abs 1 Z 7 BVergG. Nach der zuletzt genannten Bestimmung seien den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen worden seien und nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote sowie Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen würden, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben worden seien oder nicht behebbar seien, auszuscheiden. Angebote dürften allein aus den in § 129 BVergG taxativ aufgezählten Gründen ausgeschieden werden. Ein Ausscheiden aus anderen Gründen sei damit unzulässig. Der Vergabekontrollsenat Salzburg habe in seinem Bescheid gerade nicht festgestellt, dass das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei und zutreffender Weise nicht festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbareren Mangel behaftet sei. Die Antragsgegnerin interpretiere den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg falsch, wenn sie darin lese, dass das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungs-

konform sei. Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg rüge lediglich den Mangel der Niederschrift zur Angebotseröffnung, der jedoch der Antragstellerin nicht angelastet werden könne.

Die Antragsgegnerin erwiderte:

Am 13.8.2009 habe die T [REDACTED] GmbH als Vertreterin der Auftraggeberin der Antragstellerin per Telefax mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde und die Auftraggeberin beabsichtige, der Firma S [REDACTED] den Zuschlag zu erteilen.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die Auftraggeberin auf Grund der Entscheidung des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg vom 30.6.2009 verhalten gewesen, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Nach Auffassung des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg sei das Angebot der Antragstellerin mit einem unbehebbareren Mangel behaftet, weshalb eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin unzulässig sei. Der Umstand, dass das Bundesvergabegesetz keine Möglichkeit eröffne, gegen die Niederschrift der Angebotseröffnung den Gegenbeweis anzutreten und das Protokoll der uneingeschränkten Beweiskraft habe, sei vom Vergabekontrollsenat Salzburg als Argumentation für die Mangelhaftigkeit herangezogen worden. Basierend auf diesem Erkenntnis habe sie die Antragstellerin nach § 129 Abs 1 Z 7 ausgeschieden. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragstellerin, wonach die Mitbeteiligte, die Firma S [REDACTED] AG, auszuschneiden wäre, sei zu bemerken, dass der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg die Antragslegitimation der S [REDACTED] AG im vorangegangenen Verfahren bejaht habe, dass unter Berücksichtigung der einhelligen Judikatur des Verwaltungsgesichtshofes dies so zu verstehen sei, dass das Angebot der Mitbeteiligten als ausschreibungskonform gewertet worden sei. Darüber hinaus würden die ausgeschriebenen Leistungen dringend benötigt und bleibe nach dem vorweg zitierten Erkenntnis des Vergabekontrollsenates Salzburg nur noch das Angebot der Firma S [REDACTED] AG übrig. Die gestellten Anträge mögen daher zurück-, in eventu abgewiesen werden.

Die Mitbeteiligte führte in ihren Einwendungen aus:

Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation, da sie zu Recht ausgeschieden worden sei. Im Vorverfahren sei festgestellt worden, dass das Angebot der Antragstellerin an einem unbehebbareren Mangel leide. Ein Mangel des Angebotes der Mitbeteiligten sei nicht

festgestellt worden. Die Bekämpfung der Ausscheidungsentscheidung sei daher bereits in Folge entschiedener Rechtsache nicht berechtigt.

Im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei von der fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin auch bezüglich der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung auszugehen. Ein ausgeschiedenes Angebot komme für die Zuschlagsentscheidung von vornherein gar nicht in Betracht. Dies bedeute, dass ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei, durch Rechtswidrigkeiten, welche das Verfahren betreffen, die Wahl eines nicht ausgeschiedenen Angebotes für den Zuschlag betreffen würden, nicht in seinen Rechten verletzt werden könne. Lediglich im Zuge der möglichen Überprüfung der Ausscheidungsentscheidung selbst müsse die Frage der Zulässigkeit des Ausscheidens geprüft werden. Über die Frage der Zulässigkeit des Ausscheidens sei im vorliegenden Verfahren aber bereits abgesprochen worden. Da damit die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens bindend festgelegt sei, fehle der Antragstellerin hinsichtlich der sonstigen behaupteten Rechtswidrigkeiten die Antragslegitimation.

Der Vergabekontrollsenat habe gerade nicht festgestellt, dass das Angebot der Mitbeteiligten auszuschneiden gewesen wäre, sodass dieses jedenfalls noch im vorliegenden Ausschreibungsverfahren verblieben sei. Schon auf Grund der bindenden Feststellungen im Vorbescheid stehe fest, dass lediglich ein zuschlagsfähiger Bieter im Vergabeverfahren verblieben sei und von der fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin als rechtsverbindlich ausgeschiedenen Bieter auszugehen sei. Tatsächlich könne der Antragstellerin ein Schaden im vorliegenden Fall auch deshalb nicht mehr entstehen, da keine Verpflichtung für den Auftraggeber bestehe, bei Verbleiben lediglich eines Bieters zu widerrufen. Mangels Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes im Sinne des § 139 Abs 1 BVergG könne der Antragstellerin somit kein Schaden entstehen. Letztlich wäre das Angebot der Antragstellerin auch wegen mangelnder Preisplausibilität auszuschneiden.

Die Mitbeteiligte habe alle Vorgaben der Ausschreibung erfüllt. Sie und ihre Subunternehmerin hätten über alle geforderten Befugnisse im maßgeblichen Zeitpunkt verfügt. Dazu sei festzuhalten, dass erstens die ausgeschriebenen (geringfügigen) Bauleistungen als gewerberechtliche Nebenrechte sowohl von der Mitbeteiligten als auch (und um so mehr) vom namhaft gemachten Subunternehmer (Elektroinstallateur) ausgeführt werden dürften. Davon unabhängig habe zweitens der von der Mitbeteiligten namhaft gemachte Subunternehmer als Elektroinstallateur ohnehin die erforderliche Befugnis zur Durchführung der Bohrungen und dem Herstellen von Schlitzten. Die Antragstellerin zitiere unrichtig, wenn sie ausführe, dass die Befähigung zur Durchführung von Tätigkeiten des **Baumeister**gewerbes gefordert worden sei. Tatsächlich würden die Ausschreibungsun-

terlagen davon sprechen, dass, falls der Auftragnehmer die baulichen Leistungen nicht selbst erbringen könne oder dürfe, er eine entsprechende Firma aus dem **Baugewerbe** (nicht: Baumeistergewerbe) zu beschäftigen habe. Die Ausschreibungsunterlagen würden somit keine Baumeisterbefugnis, sondern die Heranziehung einer befugten Firma aus dem Baugewerbe fordern. Dem habe die Mitbeteiligte durch die Namhaftmachung eines befugten Subunternehmers aus dem Baugewerbe (Elektroinstallateur; Anlagenbau) entsprochen. Zudem dürfe die Mitbeteiligte die von der Ausschreibung umfassten Bauleistungen (Bohrungen und Schlitzte) als Nebenrechte gemäß § 32 GewO selbst erbringen.

Es sei schlicht lebensfremd, für die hier ausgeschriebenen relevanten Leistungen gesondert einen Baumeister heranziehen zu müssen.

Bei den ausgeschriebenen Leistungen, die dem Baugewerbe zuzuordnen seien, handle es sich um Vor- bzw Vollendungsarbeiten, welche die eigene Leistung (Demontage, Neuerstellung und Montage der Parkfertigungsanlage samt Wartung) absatzfähig machen und wirtschaftlich sinnvoll ergänzen würden. Der Gesamtwert an der Gesamtangebotssumme betrage überdies nur 0,857 %.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass auf ein Angebot, dass mit einem Irrtum behaftet sei, nicht zugeschlagen werden dürfe, habe keine Grundlage im Gesetz. Es gebe keinen Ausscheidungstatbestand "Irrtum im Angebot". Die Antragstellerin vermeine, dass auf Grund offenbar irrtümlich unterschiedlicher Materialaufschläge das Angebot mit einem Irrtum behaftet sei und somit auf dieses kein Zuschlag erfolgen könne. Dabei übersehe sie aber, dass es sich bei dem aufgezeigten Umstand allenfalls um einen Rechenfehler handeln könnte, der gemäß den Ausschreibungsunterlagen nicht mit dem Ausscheiden bedroht sei, da die Summe der Absolutbeträge alle Berichtigungen (erhöhend oder vermindert) 2 % des ursprünglichen Gesamtpreises nicht übersteigen würden. Tatsächlich hätten irrtümlich unterschiedliche Materialaufschläge gar keinen Einfluss auf die Preisposition, sodass gar kein ausscheidungsrelevanter Rechenfehler vorliegen könne.

Überdies handle es sich bei diesem Fehler um einen unbeachtlichen Kalkulationsirrtum.

Zur behaupteten Vergabewidrigkeit durch den Begleitbrief. Die Antragstellerin behaupte, dass nach den Ausschreibungsunterlagen bezüglich Wartungs- und Installationsarbeiten die Verpflichtung bestanden hätte, Computer auszutauschen. In der zitierten Bestimmung sei aber von Software, nicht von Hardware, die Rede. Sie übersehe überdies, dass in einer normalen Wartungsverpflichtung denkmöglich nicht die Verpflichtung zur Lieferung von Computern enthalten sein könne. Das Begleitschreiben vom 15.5.2009 enthalte

keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen, wie von der Antragstellerin behauptet. Die Ausführungen im Begleitschreiben hätten sich ausschließlich auf die "OG: 01/LG: 19" bezogen, worauf die entsprechende Überschrift im Begleitschreiben und auch das Vorbringen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung im Vorverfahren hinweisen würden. Damit seien die in LG 19 ("*Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten*") ausgeschriebenen Leistungen angesprochen, deren technische Vertragsbedingungen unter Punkt 4.6 der Ausschreibungsunterlagen geregelt seien. Im Begleitschreiben sei lediglich klargestellt worden, dass die Lieferung von neuen Versionen von Microsoft Betriebssystemen oder ein dadurch allenfalls nötiger Austausch von gesamten Rechneinheiten (Computern) nicht inkludiert sei (diese seien im Rahmen der LG 19 in der Ausschreibung auch nicht gefordert), wenn die neue Software (zB in Folge einer späteren Systemumstellung) erhöhte Anforderungen an die Hardware stelle.

Die Identität der S [REDACTED] AG ergebe sich unzweifelhaft aus dem Protokoll über die Angebotseröffnung. Die Transparenz sei nicht gefährdet. Die S [REDACTED] AG werde auf den Seiten 2 und 4 des Angebotseröffnungsprotokolls vollständig genannt bzw vollständig firmenmäßig bezeichnet.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich nicht, dass die Blechverkleidungen vor Ort zuzuschneiden seien. Vielmehr seien die vorhandenen Bauausführungen der Altanlage zu nutzen. Es sei lediglich das Naturmaß zu nehmen. Das heiße hier aber nicht, dass die Blechteile vor Ort zugeschnitten werden müssten. Zur Gewerbeberechtigung der Mitbeteiligten werde auf das Bundesgesetzblatt II Nr 329/1999 verwiesen. Aus diesem ergebe sich, dass Blechbearbeitung und Schneidarbeiten von der Ausbildung, also vom Berufsbild umfasst seien.

Abschließend wurde die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der von der Antragstellerin gestellten Anträge beantragt.

Folgender

Sachverhalt

steht als erwiesen fest:

Im Aktenvermerk der T [REDACTED] GmbH vom 17.3.2009 wurde festgehalten, dass die Salzburger Parkgaragen GmbH beabsichtigt, im Laufe des Jahres 2009 die bestehende Parkabfertigungsanlage der Altstadtgaragen A + B zu erneuern. Die Firma T [REDACTED] GmbH sei von der Salzburger Parkgaragen Gesellschaft m.b.H damit beauftragt, die Ausschreibungsunterlagen dafür zu erstellen. Auf Grund des geschätzten Auftragswertes gemäß ÖNORM 1801 (Status Vorprojekt) von netto € 800.000,00 (Errichtung und Wartung) und der Auftraggebervorgabe, gemäß Bundesvergabegesetz 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 [REDACTED] bekannt gemacht. 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 Angebotseröffnung wurde der 18.5.2009 festgelegt.

Im Abschnitt 1 Ziffer 1.2.1 der Ausschreibung ist als Auftraggeber (AG) die Salzburger Parkgaragen Gesellschaft m.b.H (SPG) angeführt. Unter Punkt 1.3.1 der Ausschreibung erscheint als vergebende Stelle ebenfalls die Salzburger Parkgaragen 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 Salzburger Parkgaragen 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."

Im Abschnitt 4 der Ausschreibung "technische Vertragsbestimmungen" sind unter Punkt 4.4.15 die Nebenleistungen beschrieben.

Punkt 4.4.15.3 Anlagenaufbau lautet auszugsweise wie folgt:

"Kernbohrungen und Schneidarbeiten sind in Wänden, Decken und Böden aus Stahlbeton auszuführen einschließlich:

- Nachbessern der Betonoberfläche
- Reinigen der Bohrstellen
- Korrosionsschutz anbringen bei Durchschneiden von Bewehrungen
- Ordnungsgemäßes und sauberes Verschließen der hergestellten Schlitze samt Versiegelung.

Falls der AN die baulichen Leistungen nicht selbst erbringen kann oder nicht darf, hat er eine entsprechende Firma aus dem Baugewerbe zu beschäftigen. Kernbohrungen und Schlitze sind nach gesonderter Angabe des AG durchzuführen."

Im Leistungsverzeichnis (Abschnitt 6) finden sich die Nebenleistungen in der Obergruppe 1, Leistungsgruppe 15. Das Leistungsverzeichnis stellt sich in diesem Punkt dar wie folgt:

"LG 15 Nebenleistungen

01 Z **Schlitz und Durchbrüche**

Mauerdurchbrüche oder Schlitz in tragendem, verputztem oder unverputztem Mauerwerk oder Stahlbetonkonstruktion werden nur im Einvernehmen mit dem Auftraggeber hergestellt. Alle Mauerdicken sind im Rohbaumaß angegeben. Übliche Nacharbeiten bei vorhandenen Durchbrüchen und Aussparungen, wie z.B. das Brechen der Kanten werden nicht gesondert verrechnet. Das anfallende Schuttmaterial wird ohne gesonderte Verrechnung bis zur Ladestelle im Baustellbereich transportiert. Wenn nicht anders angegeben sind auch der Abtransport von der Baustelle und die Entsorgung in die Einheitspreise einkalkuliert.

0103	Schlitz für ein Rohr, hergestellt in <i>verputztem oder unverputztem Stahlbeton. Inklusiv ordnungsgemäßen Verschließen nach der Rohreinbringung und wasserdichten Versiegelung, gemäß den Beschreibungen in Abschnitt 4.</i>			
0103A Z	Schlitz für Rohr DN 16			
		Lo	
		So	
	10,00 m	EH	€
0103B Z	Schlitz für Rohr DN 20			
		Lo	
		So	
	20,00 m	EH	€
0103C Z	Schlitz für Rohr DN 50			
		Lo	
		So	
	15,00 m	EH	€
0131	Loch (WL) bis 30 mm Durchmesser gebohrt in <i>Wänden aus Klinker, Beton, Mantelbeton (Beton) oder Stahlbeton (Stahlbet.) Festigkeitsklasse bis B300 oder aus Naturstein (Naturst).</i>			
0131F Z	WL 30mm Stahlbet. üb. 15 b. 30 cm <i>Wanddicke über 15 bis 30 cm</i>			
		Lo	
		So	
	20,00 ST	EH	€
0135	Loch (WL) mit einem Durchmesser über 30 mm <i>Bis 60 mm gebohrt in Wänden aus Klinker, Beton oder Mantelbeton (Beton) oder Stahlbeton (Stahlbet.) Festigkeitsklasse bis B300 oder aus Naturstein (Naturst.).</i>			
0135F Z	WL 60mm Stahlbet. üb. 15 b. 30cm <i>Wanddicke über 15 bis 30 cm</i>			
		Lo	
		So	
	4,00 ST	EH	€

0140 **Loch (WL) mit einem Durchmesser von 100 mm**
 Gebohrt in Wänden aus Klinker, Beton oder Mantelbeton (Beton)
 oder Stahlbeton (Stahlbet.) Festigkeitsklasse bis B300 oder aus Na-
 turstein (Naturst.).

0140D Z **WL 100mm Stahlbet. üb. 15 b.30cm**
 Wanddicke über 15 bis 30 cm

	Lo	
	So	
2,00 ST	EH	€

Summe LG: Nebenleistungen €"

Im Abschnitt 1 (Ausschreibungsgrundlagen) wird in Punkt 1.2.17.1 (Angebotsprüfung) darauf hingewiesen, dass sich im Abschnitt 7, Anhang 1, ein Verzeichnis der wesentlichen Positionen findet und für die darin angeführten Positionen die Detailkalkulation mit dem Angebot einzureichen ist.

Der Anhang 7.5.1 ergibt folgendes Bild:

"7.5.1 *Anhang: Wesentliche Positionen*

Für die genannten Positionen sind soweit gemäß Abschnitt 7, Punkt 7.3.1 verlangt, die K7-Blätter mit dem Angebot abzugeben.

OG	LG	Pos.Nr	Beschreibung der Leistung
01	09	1001A	Ticketgeber
01	09	1001C	Absperrschrankeneinheit Einfahrt
01	09	1002A	Ticketnehmer
01	09	1002C	Absperrschrankeneinheit Ausfahrt
01	09	1003A	Kassenautomat Grundausstattung
01	09	1004A	Registrierkasse Standart
01	09	1007A	Sprechanlagen- Systemzentrale 19 Zoll
01	10	1020A	Unterkonstruktion samt 3 Lichtschranken
01	11	1002A	IR-Kamera mit LED-IR-Strahler
01	12	1001A	VLSA 1-begriffig
01	12	1002A	Transparent FREI/BESETZT
01	12	1003A	Transparent FREI STELLPLÄTZE
01	13	0305E	Switch 16xKupfer, 10xLWL
01	13	0401A	Grundgerät/Prozessor
01	13	05010	Videoauswerterechner HW
01	13	1002A	Leitrechner
01	13	1002B	Datenbankserver
01	13	11010	Bedienrechner HW"

Bei sämtlichen als wesentlich bezeichneten Positionen handelt es sich also um die Lieferung von Hardware.

Vergleicht man in den beiden Angeboten die angeführten wesentlichen Positionen, die ausschließlich die Lieferung von Hardware betreffen, unter Hinzurechnung der Leistungsgruppe 19 (Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten) mit der jeweiligen Nettoangebotssumme, ergibt sich bei der Antragstellerin ein Wert von rund 75 % und bei der Mitbeteiligten ein Wert von rund 63 %. Diese Werte ergeben sich also ungeachtet der Tatsache, dass im Leistungsverzeichnis noch eine Reihe weiterer Hardwarekomponenten enthalten sind.

Der Gesamtpreis in der Leistungsgruppe 15, die das Herstellen von Löchern und Schlitzzen betrifft, beträgt dem gegenüber bei der Antragstellerin netto € 633,45 und bei der Mitbeteiligten € 2.598,50.

Innerhalb der Angebotsfrist langten zwei Angebote ein. In die Liste der abgegebenen Angebote wurde als erster eingetragen "K [REDACTED] GmbH". Der Eingang des Angebotes erfolgte am 18.5.2009 um 08:30 Uhr. Als zweiter Anbieter scheint die "S [REDACTED]" in der Liste der abgegebenen Angebote auf. Eingangsdatum ist der 18.5.2009 um 09:15 Uhr.

Die Liste über die Teilnehmer an der Angebotseröffnung zeigt folgendes Bild:

Name	Firma	Unterschrift
[REDACTED]	[REDACTED]	[Signature]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Die Angebotseröffnungsprotokolle für die beiden Bieter zeigen folgendes [REDACTED]

ANGEBOTSERÖFFNUNGSPROTOKOLL Bieter 1

Bauvorhaben:		PARKABFERTIGUNGSANLAGE – SALZBURGER ALTSTADTGARAGEN A + B										
Name und Geschäftssitz des Bieters:		[REDACTED]										
Lfd. Nr.	eingelangt am:	18.05.09 08:30	um:	08:30	Uhr	Anbotstelle:	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					
					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:		[REDACTED]										
Lfd. Nr.	eingelangt am:	18.05.09	um:	08:15	Uhr	Anbotstelle:	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					
					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:									

Die Mitbeteiligte legte mit ihrem Angebot ein Begleitschreiben datiert mit 15.5.2009 vor. Dieses Schreiben enthält unter "Folgende Anmerkungen zum Leistungsverzeichnis:" den folgenden Absatz:

"Zu OG: 01/LG: 19/

*In den jährlichen Pauschalen von Wartung und Inspektion **W+I** ist zusätzlich ein Softwarewartungsvertrag für die Softwareprodukte von S [REDACTED] inkludiert. Der Auftraggeber hat somit Anspruch auf die Installation der neuesten S [REDACTED] Software Version. Nicht im S [REDACTED] Software Wartungsvertrag inkludiert sind neue Versionen des Microsoft Betriebssystems oder der Austausch von Computern."*

Von der Mitbeteiligten wurde im Angebot in Abschnitt 7 der Ausschreibung "Erklärung des Bieters" als Subunternehmer die "Firma C [REDACTED] GmbH" für die Leistungsgruppen 02 - 08, 14, 15, 16 und 17 genannt. Der prozentuelle Anteil der Subunternehmerleistungen wurde mit 15,5 % angegeben.

Am 22.5.2009 richtete die T [REDACTED] GmbH an die Mitbeteiligte ein Schreiben, in dem sie die Aufklärung zu verschiedenen Punkten forderte. Dort heißt es ua:

" ...

- *Gemäß Punkt 7.5.4 sind für sonstige Leistungen (d.h. < 2 % der Angebotssumme), die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich sind, entsprechenden Subunternehmer anzugeben. Aus den zum Angebot beigelegten Gewerbescheinen der Fa. S [REDACTED] AG und der Fa. C [REDACTED] GmbH ist eine Eignung für Bauarbeiten, bzw für Schlosserarbeiten, die laut Ausschreibung LG 07 und LG 15 erforderlich sind, nicht ersichtlich. Aus diesem Grunde sind die ergänzenden Gewerbescheine vorzulegen, aus denen die Eignung hervorgeht.*
- *Es ist eine Erklärung vorzulegen, weshalb für Materiallieferungen gemäß Pos. 01.17.02010, 01.18.01090 und 01.19.81040 unterschiedliche Materialaufschläge verlangt werden."*

Im Angebot der Mitbeteiligten ist in OG 01 in der LG 17 die Position 02010 wie folgt ausgepreist:

Lo	1,0
<u>So</u>	<u>0,12</u>
EH	1,12;

in der LG 18 die Position 01090 mit:

Lo	0,00
So	<u>1,33</u>
EH	1,33;

und in der der LG 19 die Position 81040 mit

Lo	0,00
So	<u>1,20</u>
EH	1,20.

Zu diesem Vorhalt antwortete die Mitbeteiligte in ihrem Schreiben vom 28.5.2009:

"4. Unterschiedliche Materialaufschläge

*Sehr geehrte Damen und Herren,
bedingt durch einen redaktionellen Fehler stellen wir bezüglich der Positionen 01.17.02010,
01.18.01090 und 0.1.19.81040 folgendes richtig:*

Position 02010

	Lo	0,12	
	So	1,0	
1.000,00 VE	EH	1,12	€ 1.120,00

Position 01090

	Lo	0,12	
	So	1,21	
2.000,00 VE	EH	1,33	€ 2.660,00

Position 81040

	Lo	0,12	
	So	1,08	
1.000,00 VE	EH	1,20	€ 1.200,00."

Einheitspreis, Positionspreis und Gesamtpreis des Angebotes blieben durch diese Korrektur unverändert.

Zu den abgeforderten Befugnisnachweisen antwortete die Mitbeteiligte zusammengefasst, dass sie selbst die Befugnisse zur Ausführung der angebotenen Leistungen habe. Im Umfang, in dem diese Befugnisse allenfalls nicht vorhanden seien, würden sie von der Subunternehmerin G [REDACTED] GmbH abgedeckt.

Die im Aufklärungsschreiben der von der Auftraggeberin beauftragten T [REDACTED] [REDACTED] vom 22.5.2009 angeführten Leistungsgruppen LG 07 und 15 zeigen folgende Angebotspreise:

LG 07:	Antragstellerin € 250,00	Mitbeteiligte € 2.909,--
LG 15:	Antragstellerin € 633,45	Mitbeteiligte € 2.598,50.

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

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 [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] Wien".

Am 5.6.2009, also einen Tag nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, beantwortete Dipl. Ing. H [REDACTED] eine E-Mail von A [REDACTED] (Vertreter der Mitbeteiligten) 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."

Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg vom 30.6.2009 wurde die Zuschlagsentscheidung vom 4.6.2009, auf Grund derer der "K [REDACTED] GesmbH [REDACTED] [REDACTED] Unternehmen, [REDACTED] [REDACTED] Wien", der Zuschlag erteilt werden sollte, für nichtig erklärt. Begründet wurde dieser Bescheid zusammengefasst damit, dass die Antragsgegnerin Salzburger Parkgaragen GmbH bei der Angebotsöffnung, die nicht wiederholbar ist, einen nicht sanierbaren Fehler begangen habe, so dass das Angebot der K [REDACTED] GesmbH für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Frage komme.

In diesem Bescheid wurde **weder** festgestellt, dass das Angebot der K [REDACTED] GesmbH mangelhaft sei, **noch** dass es auszuschneiden sei.

Auf Grund der Tatsache, dass das Angebot der K [REDACTED] GesmbH nach den Verfahrensergebnissen für die Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht kam, kam es zu keiner inhaltlichen Prüfung der von der Antragsgegnerin dort geltend gemachten Ausscheidungsgründe, die sich mit jenen decken, die nunmehr die Antragstellerin in diesem Verfahren gegen die Mitbeteiligte geltend macht.

Am 13.8.2009 schrieb die T [REDACTED] an die Antragstellerin auszugsweise: "Gemäß Bescheid vom 30.6.2009 des unabhängigen Vergabekontrollsenates ist ihr Angebot zum oben genannten Vergabeverfahren mit einem unbehebaren Mangel behaftet. Ihr Angebot wird daher nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 ausgeschieden. Aus diesem Grunde wurde der Bieter S [REDACTED] AG, [REDACTED] mit dem Auftraggeberentwurf als Bestbieter ermittelt. Die Salzburger Parkgaragen GmbH beabsichtigt daher, diesem Bieter den Zuschlag zu erteilen."

Ebenfalls mit Schreiben vom 13.8.2009 wurde der Mitbeteiligten bekanntgegeben, dass beabsichtigt sei, ihr den Zuschlag zu erteilen.

Beweiswürdigung:

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

Aus den Vernehmungen des Geschäftsführers der Antragsgegnerin, Hofrat Dipl. Ing. A. [REDACTED] sowie des Zeugen Dipl. Ing. H. [REDACTED] ließ sich für die Feststellung des Sachverhaltes nichts gewinnen. Ihre Bemühungen, den Auftrag als Bauleistung darzustellen, sind durch die in den Feststellungen enthaltenen Zahlen in einer Art und Weise widerlegt, dass sich weitere Ausführungen erübrigen.

Rechtlich ist auszuführen:

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

Gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit aa) BVergG 2006 sind im offenen Verfahren das Ausscheiden eines Angebotes und 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 Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Die zu erbringende Leistung wurde als Bauauftrag im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Dazu wurde bereits im Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg vom 30.6.2009, Zahl 20001-SVKS/67/21-2009, festgestellt, dass diese Einordnung unzutreffend ist und es sich um einen Liefer-/ Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Nach den Abgrenzungsregelungen des § 9 BVergG 2006 handelt es sich im vorliegenden Fall überwiegend um einen Lieferauftrag mit Elementen von Dienstleistungen im Sinne des § 6 BVergG 2006, der Bauleistungen im Sinne des Anhanges I als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfasst.

Bohrungen, Verkabelungen und das Herstellen von Schlitzfenstern fallen zwar grundsätzlich in den Anhang I des BVergG 2006 (BGBl II Nr 326/2008), sie sind aber im vorliegenden Fall, wie oben angeführt, nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand.

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Es wird auf die Ausführungen des Vergabekontrollsenates im Bescheid vom 30.6.2009 verwiesen. Die in diesem Bescheid enthaltene rechtliche Beurteilung wird aufrecht erhalten. Es wurde festgehalten, dass ein Antragsteller, obwohl er auszuschneiden ist, in besonders gelagerten Fällen dennoch einen Schaden erleiden kann. Dies sei dann gegeben, wenn kein Bieter für die Erteilung des Zuschlages in Frage komme und die Ausschreibung daher gemäß § 139 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 zu widerrufen sei. Der für die Antragslegitimation geforderte "drohende Schaden" liege im Entfall der Möglichkeit des Erhaltes des Zuschlages. Es sei nämlich zu erwarten, dass die im konkreten Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen nach einem Widerruf neuerlich ausgeschrieben würden, da Vergabeverfahren nur dann durchzuführen seien, wenn die Absicht bestehe, die Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen (§ 19 Abs 4 BVergG 2006).

Würde man in diesem Falle der Antragstellerin, die von der Antragsgegnerin zunächst als Bestbieterin ermittelt wurde, deren Angebot aber der Zuschlag deshalb nicht erteilt werden konnte, weil die Antragsgegnerin bei der Angebotseröffnung ein gravierender Fehler unterlaufen ist, die Antragslegitimation absprechen, würde dies dazu führen, dass dem Angebot der Mitbeteiligten ohne nähere Prüfung der auch von der Antragsgegnerin im ersten Vergabenachprüfungsverfahren behaupteten Ausscheidungsgründe der Zuschlag erteilt würde. Im Ergebnis bedeutet dies, dass ein rechtswidriges Nichtausscheiden des Angebotes und in weiterer Folge das Unterlassen des zwingenden Widerrufs zur Zuschlagsentscheidung an einen auszuschneidenden Bieter führen würde.

In Summe würde dies einen eklatanten Verstoß gegen den Grundsatz zur Verpflichtung der Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren bedeuten.

Das Absprechen der Antragslegitimation würde in diesen Fällen bedeuten, dass es dem Auftraggeber offen stünde, einen der Bieter nach Gutdünken auszuwählen und ihm in rechtswidriger Weise den Zuschlag zu erteilen.

Es ist daher im nächsten Schritt zu prüfen, ob die angezogenen Ausscheidungsgründe tatsächlich vorliegen.

Zu diesen im Einzelnen:

Zur Behauptung, die Mitbeteiligte sei auszuscheiden, weil im Angebotseröffnungsprotokoll lediglich "S [REDACTED]" angeführt sei:

Dieser Fall ist mit jenem, der Gegenstand des ersten Verfahrens, Zahl 20001-SVKS/67/21-2009, war, nicht vergleichbar. Dort wurde in das Angebotseröffnungsprotokoll der Name einer anderen juristischen Person aufgenommen, die tatsächlich existiert. Ein weiteres Unternehmen mit der Bezeichnung "S [REDACTED]" existiert nicht. Aus diesem Grund scheidet Manipulationsmöglichkeiten welcher Art immer aus. Die Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter wurden gewahrt.

Zu den bemängelten Korrekturen bei den Materialpositionen:

Bereits den Feststellungen ist zu entnehmen, dass sich durch die vorgenommenen Korrekturen keinerlei Veränderungen bei Einheitspreis, Positionspreis und Gesamtpreis ergeben haben. Das Angebot der Mitbeteiligten war mit einer Unklarheit behaftet, die durch ihr Aufklärungsschreiben behoben wurde. Auf Grund der gleich bleibenden Preise kam es zu keiner inhaltlichen Abänderung des ursprünglichen Angebotes. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter wurde gewahrt. Es lag ein behebbarer Mangel vor.

Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt. Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und Transparenzgrundsatz verletzen (VwGH 2003/04/0186 und EuGH Rs C-87/94, RZ 56).

Zum Begleitschreiben vom 15.5.2009 hinsichtlich OG 01/ LG 19:

Auch diesbezüglich liegt kein Ausscheidungsgrund vor. In diesem Schreiben erklärte die Mitbeteiligte lediglich, dass sie über die ausgeschriebenen Leistungen hinaus eine Leistung erbringen wird, nämlich eine zusätzliche Softwarewartung, die in der Ausschreibung nicht gefordert ist. Der Satz "*nicht im S [REDACTED] Software Wartungsvertrag inkludiert sind neue Versionen des Microsoft Betriebssystems oder der Austausch von Computern*" bedeutet lediglich, dass dann, wenn die als "Zugabe" gelieferte Software mit der eingesetzten Hardware nicht mehr betrieben werden kann, kein Austausch der Computer erfolgt. Dies ungeachtet dessen, dass alle in der Ausschreibung und im Angebot enthaltenen Leistungen erbracht werden.

Ein Ausscheidungsgrund wäre etwa dann gegeben, wenn diese Zugabe in der Angebotsbewertung eingeflossen und es dadurch zu einer Besserstellung der Mitbeteiligten gekommen wäre. Dies wurde aber nicht einmal behauptet.

Zur behaupteten mangelnden Befugnis:

Die österreichische Gewerbeordnung 1994 (GewO - BGBl Nr. 194/1994 idF BGBl I Nr 131/2004) gesteht in § 32 Abs1 den Gewerbetreibenden auch folgende Rechte zu (auszugsweise): "...

1. alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen sinnvoll ergänzen;

...

11. einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;

...".

Die Rechte der Gewerbetreibenden werden durch diese Nebenrechte nach § 32 GewO erweitert. Die Nebenrechte müssen nur so ausgeübt werden, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Der Gewerbetreibende muss dafür also keinen Subunternehmer beauftragen.

Vor- und Vollendungsarbeiten sind vom Umfang her beschränkt. In der Literatur wird ein Ausmaß von "3 bis 10 %" genannt. Keine Einschränkungen bestehen hingegen für den Schwierigkeitsgrad der Leistung, denn § 32 Abs 1 Z 11 GewO enthält ein weiteres Nebenrecht. Demnach dürfen Gewerbetreibende auch einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben erbringen, wobei diese einfachen Tätigkeiten so wie als Hauptleistung erbracht werden dürfen. Als Umkehrschluss ist daraus zu folgern, dass die Vor- und Vollendungsarbeiten hinsichtlich der Einfachheit nicht beschränkt sind (vgl. Wiesinger, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht, ZVB 2008/11, 302 f).

Der ursprünglich von der Antragsgegnerin und in weiterer Folge von der Antragstellerin übernommene Ausscheidungsgrund betrifft die LG 07 und 15. In der LG 15 findet sich das Herstellen von Schlitzern und Bohrlöchern. Diese Tätigkeiten seien nach Ausführung der Antragstellerin dem Baumeistergewerbe vorbehalten.

Aus den Feststellungen ist ersichtlich, dass diese Tätigkeiten bezogen auf den Angebotspreis bei beiden Bietern unter 1 % liegen (bei der Antragstellerin sogar weit unter 1%, nämlich 0,18 %). Dadurch fallen die angeführten Tätigkeiten fraglos unter die oben näher

erläuterten Nebenrechte. Dies trifft zweifellos auch auf die allenfalls aufzustellenden Montagegerüste zu. Letztlich sind diese Tätigkeiten auch von der Gewerbeberechtigung der Subunternehmerin, die das Handwerk "*Kommunikationselektronik*" und "*Elektrotechnik, eingeschränkt auf die Installationen elektrischer Starkstromanlagen und -einrichtungen ohne Einschränkung hinsichtlich der Leistung oder der Spannung und der Errichtung von Alarmanlagen*", abgedeckt. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass diese Tätigkeiten ohne das Herstellen von Schlitzern und Bohrungen schlichtweg nicht ausgeübt werden können. Zudem ist darauf zu verweisen, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen Kernbohrungen und Schlitzern nur nach gesonderter Angabe des Auftraggebers durchzuführen sind.

Dass mit der "Nebentätigkeit" eine Gefährdung von Leben und Gesundheit von Menschen einhergehen würde, wurde als Behauptung in dem Raum gestellt, ohne dies näher zu begründen. Diese Behauptung ist auch in keiner Weise nachvollziehbar, sodass sie keiner weiteren Erörterung bedurfte.

Die Ausführungen der Antragstellerin in ihrer ergänzenden Stellungnahme zu Punkt 5.6 (Seite 9 der ergänzenden Stellungnahme) sind unzutreffend. Unter Hinweis auf Seite 54 der technischen Vertragsbedingungen behauptet die Antragstellerin, dass die Lieferung und Montage von diversen Blechabdeckungen und Unterkonstruktionen im Leistungsumfang inbegriffen sei und auch die Kassenautomaten mit Blechverkleidungen zu versehen seien, die an den bestehenden baulichen Einrichtungen nahtlos und ohne Fugen eingepasst werden müssten.

Dabei negiert die Antragstellerin vollkommen, dass sich aus dem Text der technischen Vertragsbestimmungen ergibt, dass der Anbieter verpflichtet ist, die Kassenautomaten so zu dimensionieren und anzubieten, dass die Einbringung, Einbau und Aufstellung ohne Abänderung der bestehenden baulichen und anlagentechnischen Gegebenheiten möglich ist. Erst bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben, sind Ergänzungen - wie zusätzliche Verblechungen - vorzunehmen. Das durchgeführte Vergabeverfahren hat keinerlei Anhaltspunkte erbracht, dass dies bei den angebotenen Geräten der Mitbeteiligten notwendig ist. Damit erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf die Ausführungen der Antragstellerin zu diesem Punkt.

Damit steht fest, dass Gründe für die Ausscheidung des Angebotes der Mitbeteiligten nicht vorliegen. Die getroffene Zuschlagsentscheidung ist daher nicht mit Rechtswidrigkeit behaftet. Es liegt auch kein Fall eines zwingenden Widerrufs vor. Der Antragstellerin

kann, da kein Widerruf zu erfolgen hat, kein Schaden entstehen. Es fehlt ihr letztlich tatsächlich an der Antragslegitimation, sodass die Anträge zurückzuweisen waren.

Die gemäß § 19 S.VKG 2007 zu entrichtende Gebühr für Bauaufträge im Unterschwellenbereich beträgt € 2.500,00, die Gebühr für Liefer- und Dienstleistungsaufträge beträgt € 1.600,00. Durch Verbindung des Antrages mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhöhen sich diese

[REDACTED]

[REDACTED]

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist eine weitere Berufung unzulässig (§ 2 Abs 2 S.VKG 2002).

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:

[REDACTED]

2. Antragsgegnerin:

[REDACTED]

3. Mitbeteiligte Partei:

[REDACTED]