

TE Uvs Bescheid 2009/4/29 314-006/09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.04.2009

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

Vergabenachprüfungsgesetz VlbG §4 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch seine Kammer 3 mit den Mitgliedern Dr Röser, Dr Böhler und Dr Herzog über den Antrag der K & H GmbH & Co KG, B, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Vorarlberger K betreffend das Vergabeverfahren "L F, Neubau K und V, K" zu Recht erkannt: Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg hat durch seine Kammer 3 mit den Mitgliedern Dr Röser, Dr Böhler und Dr Herzog über den Antrag der K & H GmbH & Co KG, B, auf Nichtigerklärung einer Vergabeentscheidung der Vorarlberger K betreffend das Vergabeverfahren "L F, Neubau K und römisch fünf, K" zu Recht erkannt:

Gemäß den §§ 4 Abs 2 und 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und wird die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Gemäß den Paragraphen 4, Absatz 2 und 13 Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und wird die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

Gemäß § 19 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat die Vorarlberger K der Firma K & H GmbH & Co KG sowohl die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch die Hälfte der Gebühr für den Nachprüfungsantrag im Gesamtausmaß von 1.391,25 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat die Vorarlberger K der Firma K & H GmbH & Co KG sowohl die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch die Hälfte der Gebühr für den Nachprüfungsantrag im Gesamtausmaß von 1.391,25 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Text

1.1. In einem am 23.3.2009 beim Unabhängigen Verwaltungssenat eingelangten Schriftsatz stellte der Antragsteller den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte er im Wesentlichen vor, er habe ein Hauptangebot und ein Alternativangebot abgegeben, wobei sowohl das Haupt- als auch das Alternativangebot vollständig auf den Vordrucken des Ausschreibers erstellt worden sei. Zusätzlich habe er die in der Ausschreibung für Alternativangebote geforderte tabellarische Auflistung vorgenommen, aus welcher sich ergebe, dass die maximalen elektrischen Betriebs-Leistungen und Verbrauchswerte der Verdichter, sonstigen kältetechnischen Komponenten und Apparate nachweislich unter denen der Ausschreibung liegen würden. Auch habe er die Jahresenergieeinsparung verbindlich angegeben. Er habe mit seinem Alternativangebot eine technische Lösung aufgezeigt, die gegenüber der Ausschreibung so erhebliche Vorteile habe, vor allem hinsichtlich der Energieeinsparung, dass der Auftraggeber die Ausschreibung jedenfalls widerrufen werde, zumal eine Vergabe des ausgeschriebenen Projekts völlig unwirtschaftlich wäre. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, Firma A, habe ein Hauptangebot auf den Vordrucken des Ausschreibers vorgelegt, sowie zwei Alternativangebote, die den Ausschreibungserfordernissen nicht entsprochen hätten. Die Alternativangebote seien nur jeweils auf zwei A4-Blätter vorgelegt worden, somit nicht in der geforderten gleichen Art und Weise wie das Hauptangebot. Insbesondere habe die Firma A keine vergleichende tabellarische Auflistung der Betriebs-Leistungen und Verbrauchswerte der angebotenen Geräte beigelegt und auch keine Jahresenergieeinsparung verbindlich angenommen. Die von der Firma A vorgelegten Alternativofferte hätten somit nicht einfach und klar einer technischen und wirtschaftlichen Prüfung unterzogen werden können, wie es in der Ausschreibung gefordert gewesen sei. Dadurch, dass die Alternativangebote der Firma A, insbesondere das Alternativangebot 2 nicht ausgeschieden worden seien, sei der Antragsteller beschwert. Der Auftraggeber habe die Ansicht vertreten, dass eine ausreichende technische Beschreibung der Anlage vorgelegen sei und bezüglich des Aufbaues des Alternativangebotes ein verbesserbarer Mangel vorgelegen sei, da der Bieter seine Wettbewerbsposition dadurch nicht verbessern habe können. Diese Beurteilung sei unrichtig. Da die Firma A zumindest zunächst kein Alternativangebot vorgelegt habe, das in gleicher Art und Weise aufgebaut, beschrieben und gelistet gewesen sei wie das Hauptangebot und auch keine vergleichende tabellarische Auflistung über die Betriebs-Leistungen und Verbrauchswerte der Geräte vorgelegt habe, habe sich die Firma A gegenüber den Mitbieter einen Wettbewerbsvorteil geschaffen, da sie durch nachträgliche Erstellung dieser Unterlagen mehr Zeit für die Ausarbeitung des Angebotes zur Verfügung gehabt habe. Da der Auftraggeber eine Nachfrist für die Beibringung der bereits in der Ausschreibung geforderten Unterlagen gewährt habe, habe der Auftraggeber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Mit Ausscheidung der Alternativangebote der Firma A und Widerruf der Ausschreibung habe der Antragsteller die Möglichkeit, im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens den Auftrag für das gegenständliche Projekt zu erhalten. Der Antragsteller habe ein Interesse daran, den Auftrag hinsichtlich des Ausschreibungsgegenstandes zu erhalten, zumal er bei Erhalt des Auftrages seine qualifizierten Mitarbeiter beschäftigen und einen entsprechenden Deckungsbeitrag sowie Gewinn erwirtschaften könne. Bei Zuschlagserteilung an die Firma A drohe dem Antragsteller ein Schaden, der darin bestehe, dass er keine Möglichkeit mehr habe, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten und entsprechende Deckungsbeiträge und Gewinne zu erwirtschaften.

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, der Unabhängige Verwaltungssenat möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

2. Mit Bescheid vom 27.3.2009, UVS-314a-004/K3-2009, hat der Unabhängige Verwaltungssenat dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den ebenfalls eingebrachten Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung den Zuschlag zu erteilen.

3.1. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

3.2. Der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger (mitbeteiligte Partei Firma A GmbH) hat mit Schriftsatz vom 03.04.2009 begründete Einwendungen erhoben.

4. Der Unabhängige Verwaltungssenat hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Der Auftraggeber hat die Lieferung und Montage von Kühlräumen sowie der dazu notwendigen Kältetechnik für den Neubau K und V beim LKH F ausgeschrieben. In dem den Ausschreibungsunterlagen zugrunde liegenden Angebotsschreiben ist unter Punkt 16. festgehalten, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werde; weiters ist in diesem Punkt ausgeführt, dass nachstehende (angekreuzte) Zuschlagskriterien gelten würden: Der Auftraggeber hat die Lieferung und Montage von Kühlräumen sowie der dazu notwendigen Kältetechnik für den Neubau K und römisch fünf beim LKH F ausgeschrieben. In dem den Ausschreibungsunterlagen zugrunde liegenden Angebotsschreiben ist unter Punkt 16. festgehalten, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werde; weiters ist in diesem Punkt ausgeführt, dass nachstehende (angekreuzte) Zuschlagskriterien gelten würden:

Pkt.

Gewichtung

1

Xrömisch zehn

Gesamtpreis

Anmerkung: Der Billigstbieter erhält 85 Punkte.

Die Bewertung des Gesamtpreises erfolgt mittels nachstehender Formel:

Gewichtete Punkteermittlung = (Gesamtpreis des nicht ausgeschiedenen Billigstbieters) : (Gesamtpreis des jeweiligen Bieters) x (Gewichtung)

85 %

2

Xrömisch zehn

Angebotene Gewährleistungsfrist(en)

Anmerkung: Die Bewertung der angebotenen Gewährleistungsfrist(en) erfolgt folgendermaßen:

Mindestgewährleistungsfrist: 0 Punkte

Pro angebotenem zusätzlichen Gewährleistungsjahr:

+ 2 Punkte (maximal + 4 Punkte)

4 %

3

Xrömisch zehn

Bewertung der Umweltgerechtigkeit / Zertifizierung des Bieters:

Wenn eine bestehende Zertifizierung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1836 des Rates vom 29/06/93 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmer an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ISO 14001, „Ökoprotit Vorarlberg“ oder eine sonstige Zertifizierung gleichwertiger Art nachgewiesen wird, erhält der Bieter für dieses Kriterium vorgesehene maximale Punkteanzahl, ansonsten werden dem Bieter 0 (null) Punkte zugeordnet.

3 %

4

Xrömisch zehn

Verfügbarkeit – Service

Anmerkung: Grundlage für die Bewertung bildet der nachfolgende Zeitplan. Der Bieter bestätigt, dass bei auftretenden Störungen im laufenden Betrieb des jeweiligen Landeskrankenhauses zu jeder Tages- und / oder Nachtzeit nach telefonischer Aufforderung binnen der angeführten Zeit ein geeigneter Servicetechniker vor Ort ist.

Zeitzone 0 = telefonisch verfügbar und vor Ort innerhalb 0 – 0,99 Stunden;

Zeitzone 1 = telefonisch verfügbar und vor Ort innerhalb 1,00 – 1,99 Stunden;

Zeitzone 2 = telefonisch verfügbar und vor Ort innerhalb 2,00 – 2,99 Stunden;

Zeitzone 3 = telefonisch verfügbar und vor Ort innerhalb ab 3,00 Stunden;

Bewertungserklärung:

Die Bieter in Zeitzone 0 (null) erhalten die maximale Punktezahl. Die maximale Punktezahl wird durch 3 (drei) dividiert, dieses Ergebnis wird bei Bieter in der Zeitzone 1 (eins) einmal, bei Bieter in der Zeitzone 2 (zwei) zweimal von der maximalen Punktezahl in Abzug gebracht. Die Bieter in Zeitzone 3 (drei) erhalten 0 (null) Punkte. 8 %

Bieterangaben zu den Zuschlagskriterien:

Umweltgerechtigkeit – Zertifizierung:

Folgende Zertifikate liegen bei bzw können vorgelegt werden (bitte ankreuzen):

EMAS

ISO 14 000 ff

Ökoprot Vorarlberg

Sonstige (Beschreibung):

Verfügbarkeit – Service:

Geeigneter Servicetechniker telefonisch verfügbar und vor Ort (LKH F) – in Stunden

Die Positions Nr 01.01.01.120 Z des Leistungsverzeichnisses lautet wie folgt:

„ALTERNATIVANGEBOTE

werden mit folgenden Kriterien zugelassen:

- -Strichaufzählung
Die technische und qualitative Ausführung muss zumindest gleichwertig sein, die max elektrischen Betriebs-Leistungen und Verbrauchswerte der Verdichter, sonstigen kältetechnischen Komponenten und Apparate müssen nachweislich unter denen der Ausschreibung liegen (vergleichende tabellarische Auflistung erforderlich), eine allfällige Jahresenergieeinsparung ist verbindlich anzugeben.
- -Strichaufzählung
Das Alternativoffert muss in einer separaten Beilage, jedoch in gleicher Art und Weise aufgebaut, beschrieben und gelistet, wie das Hauptoffert erstellt werden, sodass eine einfache und klare technische und wirtschaftliche Prüfung des freien Alternativoffertes möglich ist.
- -Strichaufzählung
Der bzw die Rückkühler müssen entsprechend der vorliegenden behördlichen Genehmigung zwingend auf dem Flachdach des Bettenturm West aufgestellt werden (- Entfernung ca 150 m, Höhe über angrenzendem Gelände rund 15 m, Höhe über dem Aufstellort der Verbundsätze ca 20 m).“

Bis zum Ende der Angebotsfrist sind beim Auftraggeber sieben Angebote eingelangt. Der Antragsteller stellte ein Haupt- sowie ein Alternativangebot. Die mitbeteiligte Partei reichte ein Haupt- und zwei Alternativangebote ein, wobei die zwei Alternativangebote jeweils auf einer A4-Seite kurz beschrieben wurden; den Alternativangeboten der mitbeteiligten Partei war ua die in der Ausschreibung genannte „vergleichende tabellarische Auflistung“ jeweils nicht beigegeben.

Die Angebotsöffnung fand am 20.1.2009 statt. In der Niederschrift zur Angebotsöffnung ist ua ausgeführt, dass der Antragsteller ein Angebot in der Höhe von 596.786 Euro (ohne MwSt) gelegt hat; zu diesem Angebot sind folgende Bemerkungen festgehalten: „Verlängerung Gewährleistung: 0 Jahre, Beilagen: 3 Referenzprojekte, 1 Alternativangebot mit Gesamtpreis netto € 518.630,000 - Verlängerung Gewährleistung: 0 Jahre, Beilagen: 3 Referenzprojekte, 1 Zusammenfassung Energievergleich“.

Weiters wird in der Niederschrift zur Angebotsöffnung ua ausgeführt, dass von der mitbeteiligten Partei ein Angebot in der Höhe von 503.099 Euro (ohne MwSt) eingelangt sei; die Bemerkungen zu diesem Angebot lauten folgendermaßen: „Verlängerung Gewährleistung: 2 Jahre, Beilagen: Alternativangebot 1: 521.999,00, Alternativangebot 2: 479.707,00, 3 Referenzprojekte, 2 Anträge auf Subunternehmen“.

Der Auftraggeber führte in der Folge eine Angebotsprüfung durch, wobei er ua von der mitbeteiligten Partei fehlende Unterlagen nachforderte.

Der Angebotsprüfbericht vom 2.3.2009 kam unter den Punkten 2. (Angebotsvergleich) und 6. (Vergabevorschlag) ua zu folgendem Ergebnis:

Bieterfirma

Angebotssumme

netto, geprüft

Preis

Gewährl.

Umwelt

Service

Bestbieter

mP, AL2

490.177,00

85

4

0

8

97

mP

513.569,00

81,13

4

0

8

93,13

mP, AL1

532.469,00

78,25

4

0

8

90,25

Antragsteller, AL

529.960,87

78,62

0

3

8

89,62

Antragsteller

608.115,00

68,52

0

3

8

79,52

Die weiteren zwei Bieter lagen punktemäßig unter den angeführten Angeboten.

Mit Schreiben vom 11.3.2009 an den Antragsteller gab der Auftraggeber bekannt, es sei beabsichtigt, den Zuschlag an das Alternativangebot 2 der mitbeteiligten Partei zu erteilen. Dieses Angebot habe eine Punkteanzahl von 97 erreicht und sei mit einem Angebotspreis von 588.212,40 Euro (inkl Mwst) und einer um zwei Jahre verlängerten Gewährleistungsfrist als bestes Angebot zu werten gewesen. Die Angebote des Antragstellers über 635.935,04 (Alternativangebot) bzw über 729.738,00 (Hauptangebot), jeweils inkl MwSt, hätten lediglich eine Punkteanzahl von 89,62 bzw 79,52 erreicht.

Über Ersuchen des Antragstellers gab der Auftraggeber dem Antragsteller mit E-Mail vom 16.3.2009 ua den oberwähnten im Angebotsprüfbericht enthaltenen Angebotsvergleich und den Vergabevorschlag bekannt.

5. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrundeliegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.5. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrundeliegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen solchen im Oberschwellenbereich. Bei dem Auftraggeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG). Der gegenständliche Auftrag stellt einen Bauauftrag im offenen Verfahren dar. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen solchen im Oberschwellenbereich.

Der Unabhängige Verwaltungssenat ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

6.1. Gemäß § 4 Abs 2 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.6.1. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

6.2. Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages hat und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht. Der vorliegende Nachprüfungsantrag ist daher von vornherein zulässig.

6.3. Der Auftraggeber und die mitbeteiligte Partei haben die Auffassung vertreten, dass dem Antragsteller die Antragslegitimation fehle, da das Angebot des Antragstellers an vierter Stelle gereiht sei und somit selbst bei Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für die Erteilung des Zuschlags nicht in Betracht käme.

Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates hat im gegenständlichen Fall die Reihung der Angebote durch den Auftraggeber keine Bedeutung für die Antragslegitimation des Antragstellers. Die Prüfung und Bewertung der Angebote ist Aufgabe des Auftraggebers, nicht der Vergabekontrollbehörde; Letztere hat lediglich im Nachhinein zu überprüfen, ob die vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtmäßig ist, nicht aber eine hypothetische Reihung der Angebote vorzunehmen (vgl Thienel in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rzn 64 bis 67 zu § 320). Insbesondere hat der Unabhängige Verwaltungssenat nicht zu prüfen, ob die weiteren, an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote der mitbeteiligten Partei den Anforderungen des Bundesvergabegesetzes 2006 entsprechen. Im gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren geht es nur um die Prüfung der Frage, ob die angefochtene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 steht oder nicht. Wenn der Auftraggeber im fortzusetzenden Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung dahingehend trafe, dass der Zuschlag dem an zweiter Stelle liegenden Angebot der mitbeteiligten Partei zu erteilen wäre, so hätte der Antragsteller wiederum die Möglichkeit, einen Nachprüfungsantrag betreffend diese neue Zuschlagsentscheidung zu stellen. Nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates hat im gegenständlichen Fall die Reihung der Angebote durch den Auftraggeber keine Bedeutung für die Antragslegitimation des Antragstellers. Die Prüfung und Bewertung der Angebote ist Aufgabe des Auftraggebers, nicht der Vergabekontrollbehörde; Letztere hat lediglich im Nachhinein zu überprüfen, ob die vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtmäßig ist, nicht aber eine hypothetische Reihung der Angebote vorzunehmen vergleiche Thienel in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rzn 64 bis 67 zu Paragraph 320,). Insbesondere hat der Unabhängige Verwaltungssenat nicht zu prüfen, ob die weiteren, an zweiter und dritter Stelle gereihten Angebote der mitbeteiligten Partei den Anforderungen des Bundesvergabegesetzes 2006 entsprechen. Im gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren geht es nur um die Prüfung der Frage, ob die angefochtene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 steht oder nicht. Wenn der Auftraggeber im fortzusetzenden Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung dahingehend trafe, dass der Zuschlag dem an zweiter Stelle liegenden Angebot der mitbeteiligten Partei zu erteilen wäre, so hätte der Antragsteller wiederum die Möglichkeit, einen Nachprüfungsantrag betreffend diese neue Zuschlagsentscheidung zu stellen.

Soweit die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang auf das Erk des VwGH vom 1.10.2008, 2005/04/0233, hinweist, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich dieses VwGH-Erkenntnis sachverhältnismäßig vom gegenständlichen Fall insofern wesentlich unterscheidet, als es in jenem Fall um die Antragslegitimation eines Bieters gegangen ist, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, tatsächlich aber vom Auftraggeber nicht ausgeschieden wurde; in der gegenständlichen Rechtssache geht es hingegen um die Antragslegitimation eines - nicht auszuschneidenden - Bieters, dessen Angebot nicht an zweiter Stelle, sondern weiter hinten gereiht ist.

7. § 126 Abs 1 bis 3 BVergG 2006 lautet wie folgt: 7. Paragraph 126, Absatz eins bis 3 BVergG 2006 lautet wie folgt:

„(1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilte Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs.1, 101 Abs.4, 104 Abs.2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilte Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

(3) Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es auszuschneiden.“

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung

auf Grund des Ergebnisses der Prüfung ua folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsgebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung ua folgende Angebote auszuschneiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsgebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.

Im vorliegenden Fall bestand das für den Zuschlag vorgesehene Alternativangebot 2 der mitbeteiligten Partei vor dem Verbesserungsauftrag des Auftraggebers aus einer DIN A4-Seite, in welcher die Variante kurz beschrieben wird; weiters wird in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass der Energieverbrauch im Vergleich zur ausgeschriebenen Anlage um einen näher bezeichneten Prozentsatz günstiger sei und die Alternative von der Gesamtsumme laut Leistungsverzeichnis einen Minderpreis von 23.392,00 Euro bedinge.

Der Antragsteller hat vorgebracht, dass dieses Alternativangebot den Ausschreibungsbestimmungen nicht entsprochen habe, da dieses nicht in der geforderten gleichen Art und Weise wie das Hauptangebot aufgebaut gewesen sei, keine vergleichende tabellarische Auflistung über die Leistungs- und Verbrauchswerte enthalten habe und die Jahresenergieeinsparung nicht angegeben gewesen sei. Dadurch habe sich die mitbeteiligte Partei gegenüber den Mitbietern einen Wettbewerbsvorteil geschaffen, da sie durch nachträgliche Erstellung dieser Unterlagen mehr Zeit für die Ausarbeitung des Angebots zur Verfügung gehabt habe.

Die mitbeteiligte Partei hat sich hierzu dahingehend geäußert, dass in der Ausschreibung vom 13.12.2008 das Abgabedatum mit 20.1.2009 definiert gewesen sei. Die technische Abteilung der mitbeteiligten Partei habe vom 20.12.2008 bis 12.1.2009 Betriebsurlaub gehabt, wodurch ein entsprechender Zeitdruck gegeben gewesen sei. Im Übrigen hätten auch ihre Lieferanten in diesem Zeitraum nicht gearbeitet. Die Bearbeitung des Hauptoffertes sei extrem zeitaufwendig gewesen, da die Ausschreibung in mehreren Punkten ungenau gewesen sei. Sie habe das Hauptangebot sehr sorgfältig ausgefüllt. Letztlich sei es so gewesen, dass sie zeitlich ins Gedränge gekommen sei und für die Alternative ein zwar gegenüber dem Hauptoffert verkürztes, aber aus ihrer Sicht für die Entscheidungsfindung ausreichendes Offert abgegeben habe.

Ein Mangel darf nur dann als behebbar angesehen werden, wenn die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter nicht verletzt werden (vgl. Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006², Rz 81 zu § 129; vgl. auch Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, ecolex 1999, S 523 ff). Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten in ständiger Rechtsprechung ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann (VwGH 2005/04/0024). Ein Mangel darf nur dann als behebbar angesehen werden, wenn die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter nicht verletzt werden (vgl. Öhler/Schramm in Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2006², Rz 81 zu Paragraph 129; vgl. auch Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, ecolex 1999, S 523 ff). Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten in ständiger Rechtsprechung ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann (VwGH 2005/04/0024).

Die mitbeteiligte Partei hat in ihrem zuerst vorgelegten Alternativangebot 2 keine einzige der 69 Positionsnummern der Ausschreibung der Höhe nach beziffert bzw. nähere Ausführungen darüber getätigt, welche Fabrikate angeboten werden. Weiters war dem Alternativangebot 2 die geforderte vergleichende tabellarische Auflistung nicht beigegeben bzw. die Jahresenergieeinsparung nicht angegeben. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde von der mitbeteiligten Partei über Aufforderung des Auftraggebers eine Kostengegenüberstellung vorgelegt, aus welcher sich ergibt, dass im Alternativangebot in 27 Ausschreibungspositionen höhere oder niedrigere Preise (als im Hauptangebot) angegeben sind, wobei diese unterschiedlichen Positionspreise insbesondere bei zwei Positionen erheblich abweichen.

Weiters wurden beispielsweise im Angebot die zur Ausführung gelangenden Fabrikate nicht genannt. Die Mängel, die das Alternativangebot von Anfang an aufwies, beruhen nicht auf einem Versehen der mitbeteiligten Partei, sondern hat die mitbeteiligte Partei ihr Alternativangebot deshalb auf diese Art und Weise abgegeben, weil sie - so die mitbeteiligte Partei - „zeitlich ins Gedränge“ gekommen ist.

Bei den Mängeln, die das Angebot der mitbeteiligten Partei von Anfang an aufwies, kann nicht davon ausgegangen werden, diese wären behebbar gewesen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des § 106 Abs 1 BVergG 2006 hinzuweisen, wonach sich der Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsbestimmungen zu halten hat; weiters muss nach § 108 Abs 1 Z 6 BVergG 2006 jedes Angebot ua die für die Beurteilung des Angebotes geforderten Erläuterungen und Erklärungen enthalten. Wenn man ein derart unvollständiges und mangelhaftes Angebot wie das hier gegenständliche Alternativangebot 2 als verbesserbar ansähe, würde dies eine Benachteiligung jener Bieter darstellen, die sich gleich an die Ausschreibung gehalten und die geforderten Angaben im Angebot getätigt haben. Es würde damit eine Situation herbeigeführt, die ua einer Verlängerung der Angebotsfrist für die mitbeteiligte Partei gegenüber den Mitbieter und damit der Einräumung eines Wettbewerbsvorteils gleichkäme. Dies bedeutet, dass eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter vorläge. Das Angebot der mitbeteiligten Partei hätte daher insgesamt vom Auftraggeber ohne Erteilung eines Mängelbehebungsauftrages ausgeschieden werden müssen (vgl Öhler/Schramm, im Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 20062, Rz 87f zu § 129). Bei den Mängeln, die das Angebot der mitbeteiligten Partei von Anfang an aufwies, kann nicht davon ausgegangen werden, diese wären behebbar gewesen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Bestimmung des Paragraph 106, Absatz eins, BVergG 2006 hinzuweisen, wonach sich der Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsbestimmungen zu halten hat; weiters muss nach Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2006 jedes Angebot ua die für die Beurteilung des Angebotes geforderten Erläuterungen und Erklärungen enthalten. Wenn man ein derart unvollständiges und mangelhaftes Angebot wie das hier gegenständliche Alternativangebot 2 als verbesserbar ansähe, würde dies eine Benachteiligung jener Bieter darstellen, die sich gleich an die Ausschreibung gehalten und die geforderten Angaben im Angebot getätigt haben. Es würde damit eine Situation herbeigeführt, die ua einer Verlängerung der Angebotsfrist für die mitbeteiligte Partei gegenüber den Mitbieter und damit der Einräumung eines Wettbewerbsvorteils gleichkäme. Dies bedeutet, dass eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter vorläge. Das Angebot der mitbeteiligten Partei hätte daher insgesamt vom Auftraggeber ohne Erteilung eines Mängelbehebungsauftrages ausgeschieden werden müssen (vergleiche Öhler/Schramm, im Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 20062, Rz 87f zu Paragraph 129,).

8. Gemäß § 13 Abs 1 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie 8. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers auf Antrag mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. a) Litera a
im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und
2. b) Litera b
für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Entscheidung des Auftraggebers, den gegenständlichen Zuschlag an das Alternativangebot 2 der mitbeteiligten Partei erteilen zu wollen, steht auf Grund der unter obigem Punkt 7. getroffenen Ausführungen im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Weiters ist die Entscheidung des Auftraggebers für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Dem Antrag, die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären, war daher stattzugeben.

9.1. Gemäß § 19 Abs 3 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. 9.1. Gemäß Paragraph 19, Absatz 3,

Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Gemäß § 19 Abs 4 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Gemäß Paragraph 19, Absatz 4, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und der Unabhängige Verwaltungssenat nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

9.2. Im gegenständlichen Fall hat der Antragsteller (mit Einbringung des Nachprüfungsantrages) für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 927,50 Euro sowie für den Nachprüfungsantrag 1.855 Euro, somit insgesamt 2.782,50 Euro an Gebühren entrichtet. Zusage der obzitierten Bestimmungen war daher dem Auftraggeber vorzuschreiben, dass er die Hälfte dieser Gebühren, somit insgesamt 1.391,25 Euro an den Antragsteller zu ersetzen hat.

Schlagworte

Vergabeverfahren, keine hypothetische Reihung Angebote, Alternativangebote, nicht behebbare Mängel

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2018

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at