

TE Verg Bescheid 2013/8/14 N/0075-BVA/08/2013-29

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.08.2013

Norm

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch den stellvertretenden Vorsitzenden des Senates 8, MR Dr. Michael Sachs sowie Dr. Sabine Weniger als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn, Lärmschutz Feldkirchen - Pirka - Unterpremstätten, Bauleistung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, eingeleitet über erfolgte Nachprüfungsanträge der A***, vertreten durch X***, vom 8. Juli 2013 wie folgt entschieden:

Spruch

Die Nachprüfungsanträge werden abgewiesen.

Der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 129, 319, 320ff BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 129, 319, 320 f, f, BVergG 2006

Begründung

Am 8. Juli 2013 langte im Bundesvergabeamt (BVA) der Schriftsatz der rechtsfreundlich vertretenen A*** ein. In diesem Schriftsatz wurden - neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - die Anträge auf Nachprüfung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung durch die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs

Aktiengesellschaft (ASFINAG) betreffend die Bauleistung auf der A2, Südautobahn, Lärmschutz Feldkirchen - Pirka - Unterpremstätten, gestellt.

Die Antragstellerin begründete ihr Vorbringen im Wesentlichen damit, dass die Auftraggeberin einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich betreffend die Lärmschutzwand entlang der A2 Südautobahn für den Abschnitt Feldkirchen - Pirka - Unterpremstätten ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe ein Angebot fristgerecht abgegeben. Dieses Angebot sei von der Auftraggeberin rechtswidrig ausgeschieden worden und kurz darauf eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teerag Asdag getroffen worden.

Wie dem Angebot der Antragstellerin entnommen werden könne habe sie ein günstigeres Angebot als die präsumtive Zuschlagsempfängerin gelegt. Sie habe sowohl ein ökonomisches sowie rechtliches Interesse, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten.

Im Zuge des Ausschreibungsverfahrens habe die Antragstellerin über Aufforderung der Auftraggeberin hinsichtlich der Positionen "Lärmschutz-Wände Holz" vier Lieferanten, darunter die Fa. B*** (in weiterer Folge "B***"), genannt. Nunmehr sei jedoch ihr Angebot ausgeschieden worden, weil die Auftraggeberin vermeine, dass bei Nennung mehrerer Lieferanten und Produkte "jedes der genannten Produkte bzw der genannten Lieferanten der Ausschreibung entsprechen [müsse] bzw. [wäre] dies auch entsprechend nachzuweisen". In Bezug auf die Fa. B*** sei nach Angaben der Auftraggeberin der Ausscheidenstatbestand erfüllt, weil die Antragstellerin nicht die geforderten Nachweise vorlegen könne. In Bezug auf die HVH sei das Ausscheiden damit begründet worden, dass dem in Deutschland ansässigen Unternehmen das in der Ausschreibung geforderte "österreichische Gütezeichen für kesselimprägniertes Holz" fehle und ein nachträglicher Austausch des Produktes jedenfalls unzulässig sei.

Diese Ausscheidenentscheidung sei jedoch verfehlt, weil in Teil B4 (allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen), Punkt 6.2.8.10.8. festgelegt wurde:

"Der AN ist verpflichtet, auf Verlangen des AG vor der Verwendung des Materials dessen Erzeugungsstelle, Gewinnungsort, Bezugsquelle udgl anzugeben. Die Bauaufsicht kann den Einsatz von Material, das nicht den anerkannten Regeln der Technik, den Materialproben und -prüfungen sowie den zugesagten Bedingungen entspricht, untersagen (...)".

Im Teil B3 (technische Vertragsbestimmungen) sei hingegen folgender Punkt

3.1.1.1. Abs 2 zu finden: 3.1.1.1. Absatz 2, zu finden:

"Für die zur Verwendung gelangenden Materialien sind auf Verlangen zeitgerecht vor Beginn der jeweiligen Leistung Prüfzeugnisse über die vertraglich vorgeschriebenen Materialeigenschaften vorzulegen oder auf Kosten des AN entsprechende Eignungsprüfung von einer akkreditierten Prüfstelle durchzuführen."

Es sei somit, so die Antragstellerin, vorgesehen, dass entsprechend den Ausschreibungsbedingungen erst nach der Auftragserteilung die Auftraggeberin das Recht zukomme, Materialien zu untersagen, die nicht den zugesagten Bedingungen entsprächen. Es liege somit nicht in der Hand des Auftragnehmers bei Bekanntgabe mehrerer Fabrikate zu entscheiden, welches der Fabrikate zur Anwendung gelange. Vielmehr träfe der Auftraggeber diese Entscheidung. Die Antragstellerin habe ein Angebot gelegt, in dem zwei der genannten vier Lieferanten jedenfalls diese Ausschreibungsbedingungen vollinhaltlich erfüllen. Es sei jedoch der Antragstellerin nicht möglich gewesen, von der Fa. B*** entsprechende Nachweise zu erhalten; dies sei insofern vergaberechtlich bedenklich, weil es nicht in der Dispositionsfähigkeit der Fa. B*** liegen könne, welchem Bieter sie die entsprechenden Nachweise zukommen lasse und welchem Bieter sie diese Nachweise vorenthalte. Die Auftraggeberin habe deshalb alle Angebote, die von der Fa. B*** mangels Nachweises nicht vergaberechtlich konform abgegeben wurden, auszuschneiden.

Auch das geforderte Austria Gütezeichen sei für ein nichtösterreichisches Unternehmen nur dann erhältlich, wenn zumindest 50% heimischer Wertanteil vorläge; dies sei für ein deutsches Unternehmen de facto nicht zu erbringen. Darüber hinaus sei ihr Angebot ausgeschieden worden, weil die Plausibilität von Einheitspreisen angeblich mangelhaft sei. Bei den Einheitspreisen "Baustofflieferungen" und "Fremdleistungen" sei das Angebot der Antragstellerin "wegen einer nicht nachvollziehbaren Begründung" ausgeschieden worden. Diese Begründung der Auftraggeberin sei unvollständig und eben - allerdings für die Antragstellerin - nicht nachvollziehbar, weil sie insbesondere die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die die Bieterin bei der Erbringung der Leistung verfüge, unberücksichtigt lasse.

Es werde deshalb der der Antrag gestellt, sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung des Auftraggeberin aufzuheben.

Gegen diesen Antrag wendet sich die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme und führt im Wesentlichen dazu aus:

Die Antragstellerin habe nach den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen jedenfalls sämtliche Material- und Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse vorzulegen gehabt. Diese Bedingung habe sie trotz mehrmaliger Aufforderung und Nachforderungen nicht im geforderten Ausmaß erfüllt. Entsprechend den Ausschreibungsbedingungen müssen alle angebotenen Fabrikate ausschreibungskonform sein und es wäre nicht Aufgabe der Auftraggeberin einzelne Teile in den jeweiligen Angeboten auszusuchen, die ausschreibungskonform seien, und alle anderen Teile unbeachtlich bleiben zu lassen. Die geforderten Nachweise seien hinsichtlich der Fa. B*** nicht erbracht worden und sei dieses Unternehmen als eine Bezugsquelle für Lärmschutzelemente ausgewiesen. Darüber hinaus sei es nicht Aufgabe der Auftraggeberin sich um die Nachweise hinsichtlich einzelner Bauteile zu kümmern, selbst wenn vergleichbare Nachweise der Auftraggeberin im Zusammenhang mit anderen Aufträgen bekannt seien. Dies würde nämlich dazu führen, dass Bieter und Bewerber beliebige Angebote zusammenstellen und die Auftraggeberin sodann ein ihr genehmes Angebot nachträglich zusammenstellen könne.

Da die Antragstellerin auch andere Unternehmen als Bezugsquelle in ihrem Angebot anführe sei es unverständlich, weshalb sie sich auf die Fa. B***, von der sie nicht die geforderten Unterlagen vorlegen könne, in ihrem Angebot beziehe. Der Nachweis eines bestimmten Austria Gütezeichens sei aus Gründen der Qualitätssicherung erforderlich und würden selbstverständlich auch ausländische Unternehmen die Möglichkeit besitzen, ein derartiges Gütezeichen vorlegen zu können. Tatsächlich würden diese Gütezeichen auch von anderen Unternehmen vorgelegt werden können.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin ein Angebot gelegt, welches hinsichtlich bestimmter Einheitspreise, nämlich für Baustofflieferungen und Fremdleistungen, nur eine mangelhafte Plausibilität besitze und daher auszuschneiden sei. Die Argumentation, dass die Antragstellerin die angebotenen Preise mit "holdinginternen Möglichkeiten" und "holdinginternen Rückvergütungen" begründe, sei nicht ausreichend nachvollziehbar. Dies sei der Antragstellerin auch detailliert bekannt gegeben worden, eine zusätzliche Begründung deshalb auch nicht erforderlich.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin unterstrich in ihrer Stellungnahme die Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin und bestätigt, dass sie sehr wohl alle geforderten Unterlagen in ihrem Angebot zur Verfügung stellen konnte. Darüber hinaus erschiene ihr die Kalkulation des Konkurrenzangebotes, soweit diese für sie überhaupt nachvollziehbar seien, spekulativ zu sein und wäre auch aus diesen Gründen das Angebot jedenfalls auszuschneiden.

Das Bundesvergabeamt hat festgestellt:

Unstrittig ist, dass das BVA als vergabespezifische Rechtsschutzbehörde im gegenständlichen untergeschwelligen Auftragsverfahren Nachprüfungsbehörde ist. Das Vergabeverfahren der Auftraggeberin betrifft eine Bauleistung "Lärmschutz" an der A 2 Südautobahn im Abschnitt Feldkirchen - Pirka - Unterpremstätten. In den Ausschreibungsunterlagen ist u.a. in Teil B4 (allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen), Punkt 6.2.8.10.8. festgelegt:

"Der AN ist verpflichtet, auf Verlangen des AG vor der Verwendung des Materials dessen Erzeugungsstelle, Gewinnungsort, Bezugsquelle udgl anzugeben. Die Bauaufsicht kann den Einsatz von Material, das nicht den anerkannten Regeln der Technik, den Materialproben und -prüfungen sowie den zugesagten Bedingungen entspricht, untersagen (...)".

Im Teil B3 (technische Vertragsbestimmungen) ist Punkt 3.1.1.1. Abs 2 enthaltenIm Teil B3 (technische Vertragsbestimmungen) ist Punkt 3.1.1.1. Absatz 2, enthalten:

"Für die zur Verwendung gelangenden Materialien sind auf Verlangen zeitgerecht vor Beginn der jeweiligen Leistung Prüfzeugnisse über die vertraglich vorgeschriebenen Materialeigenschaften vorzulegen oder auf Kosten des AN entsprechende Eignungsprüfung von einer akkreditierten Prüfstelle durchzuführen."

Im Teil B6 der Ausschreibungsunterlagen ist unter Pkt 6.3.15 und 6.3.16 wird hinsichtlich der nachzureichenden Unterlagen formuliert:

"6.3.15 Auslistung der angebotenen Materialien mit Angaben des Fabrikates und Type und Produktionsdeklarationslisten

6.3.16 Sämtliche Material- und Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse"

Die Auftraggeberin hat im gegenständlichen Auftragsverfahren unter anderem auch Angebote der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten. Das Angebot der Antragstellerin wurde nach eingehender Prüfung von der Auftraggeberin ausgeschieden. In der Begründung der Ausscheidensentscheidung wird festgehalten, dass die Antragstellerin nicht alle geforderten Nachweise, insbesondere hinsichtlich der Fabrikate der Fa. B***, vorgelegt habe. Darüber hinaus seien Kalkulationen zu bestimmten Einheitspreisen nicht nachvollziehbar. Nachdem die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung erhalten hatte, wurde wenige Tage später die nunmehr präsumtive Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin als Bestbieterin bestimmt.

Der zeitgerecht eingebrachte sowie das rechtliche und ökonomische Interesse der Antragstellerin am gegenständlichen Auftrag im ausreichenden Ausmaß darstellende Nachprüfungsantrag führt jedoch nicht zum Erfolg. Auf Grund der umfassend vorgelegten Akten des Vergabeverfahrens, des Antrages und der Stellungnahmen und nach Durchführung einer Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 14.8.2013 hat der erkennende Senat (unter dem Vorsitz des ersten Vertreters des plötzlich und längerdauernd erkrankten Senatsvorsitzenden des Senates 8) erwogen:

Die wesentlichen Normen für die gegenständliche Entscheidung sind:

§ 129 (1) BVergG 2006: Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) BVergG 2006: Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins

Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

4. 4.Ziffer 4

Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;

5. 5.Ziffer 5

Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;

6. 6.Ziffer 6

verspätet eingelangte Angebote;

7. 7.Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-,

Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbare sind;

1. 8.Ziffer 8

Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben;

2. 9.Ziffer 9

rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

3. 10.Ziffer 10

Angebote von nicht aufgeforderten Bietern;

4. 11.Ziffer 11

Angebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten NachfristAngebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß Paragraph 112, Absatz 3, gesetzten Nachfrist

1. a)Litera a

keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,

2. b)Litera b

kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach Litera a, fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,

3. c)Litera c

kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oderkein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach Litera a, gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder

4. d)Litera d

eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt,

vorliegt.

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

§ 319 (1) BVergG 2006: Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.Paragraph 319, (1) BVergG 2006: Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag

auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

§ 320 (1) BVergG 2006: Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofernParagraph 320, (1) BVergG 2006: Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 321 vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten. (2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in Paragraph 321, vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten.

(3) Dem Antrag auf Nachprüfung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu.

(4) Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesvergabeamt die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Eine getrennte Verfahrensführung ist zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.

Tatsächlich ist in den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen die Vorlage sämtlicher Material- und Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse gefordert. Diese Nachweise betreffen - zur Qualitätssicherung - Zertifikate mit dem "Austria Gütezeichen" für Teile, die zur Realisierung des Auftrages erforderlich sind. Diese Nachweise konnten von der Antragstellerin für zumindest eine der Bezugsquellen ihres Angebotes, nämlich hinsichtlich der Fa. B***, nicht im geforderten Umfang vorgelegt werden.

Es liegt in der Dispositionsfreiheit eines Bieters bzw. Bewerbers, aus welchen Bezugsquellen er sein Angebot zusammenstellt. Es ist jedoch nicht Aufgabe eines Auftraggebers sich aus einem Angebot diejenigen Bezugsquellen herauszusuchen, die möglicherweise alle den Ausschreibungsbedingungen geforderten Nachweise erfüllen - vielmehr ist es Aufgabe des Bieters, nur diejenigen Bezugsquellen anzubieten und damit auch nur diejenigen Teile anzugeben, die die Ausschreibungsbedingungen erfüllen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Auftraggeber möglicherweise auf Grund eines anderen Vergabeverfahrens (teilweise) Nachweise hinsichtlich der Qualität bestimmter Bezugsquellen oder Bauteile erlangt hat. Das BVA sieht auch keine Veranlassung von seiner Spruchpraxis (vgl. BVA 15.2.2010, N/01210-BVA/05/2009) abzugehen, dass alle angebotenen Fabrikate, die ein Bieter angibt, die erforderlichen Qualitätsstandards erfüllen müssen. Das Argument, dass die Auftraggeberin im Zuge der Bauaufsicht die Verwendung bestimmter Teile untersagen kann, ist nicht geeignet, diese Ansicht zu erschüttern, handelt es sich bei dieser Ausschreibungsbestimmung um die Realisierung des vergebenen Auftrages und die - erforderliche - Notwendigkeit der tatsächlichen Qualitätssicherung vor Ort. Vielmehr steht es dem Bieter/Bewerber frei, nur diejenigen Fabrikate anzubieten, für die er tatsächlich alle erforderlichen Nachweise erbringen kann. Dass die Antragstellerin tatsächlich auch - aber nicht ausschließlich - derartige Fabrikate angeboten hat, mag glaubhaft dargestellt sein, ist jedoch für die Erstellung eines gültigen Angebotes nicht ausreichend. Es wäre somit der Bieterin/Bewerberin wahrscheinlich möglich gewesen diesbezüglich ein gültiges Angebot zu legen bzw. hätte sie, so ferne sie die geforderten Nachweise als unsachlich betrachten würde, diese im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Ausschreibungsbedingungen einer Überprüfung zuführen können. Da die Antragstellerin schon diesbezüglich ein Angebot gelegt hat, das den Ausschreibungsbedingungen nicht vollinhaltlich entsprach, ist das Angebot zu recht ausgeschieden worden. Es liegt in der Dispositionsfreiheit eines Bieters bzw. Bewerbers, aus welchen Bezugsquellen er sein Angebot zusammenstellt. Es ist jedoch nicht Aufgabe eines Auftraggebers sich aus einem Angebot diejenigen Bezugsquellen herauszusuchen, die möglicherweise alle den Ausschreibungsbedingungen geforderten Nachweise erfüllen - vielmehr ist es Aufgabe des Bieters, nur diejenigen Bezugsquellen anzubieten und damit auch nur diejenigen Teile anzugeben, die die Ausschreibungsbedingungen erfüllen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Auftraggeber möglicherweise auf Grund eines anderen Vergabeverfahrens (teilweise) Nachweise hinsichtlich der Qualität bestimmter Bezugsquellen oder Bauteile erlangt hat. Das BVA sieht auch keine Veranlassung von seiner Spruchpraxis vergleiche BVA 15.2.2010, N/01210-BVA/05/2009) abzugehen, dass alle angebotenen Fabrikate, die ein Bieter angibt, die erforderlichen Qualitätsstandards erfüllen müssen. Das Argument, dass die Auftraggeberin im Zuge der Bauaufsicht die Verwendung bestimmter Teile untersagen kann, ist nicht geeignet, diese Ansicht zu erschüttern, handelt es sich bei dieser Ausschreibungsbestimmung um die Realisierung des

vergebenen Auftrages und die - erforderliche - Notwendigkeit der tatsächlichen Qualitätssicherung vor Ort. Vielmehr steht es dem Bieter/Bewerber frei, nur diejenigen Fabrikate anzubieten, für die er tatsächlich alle erforderlichen Nachweise erbringen kann. Dass die Antragstellerin tatsächlich auch - aber nicht ausschließlich - derartige Fabrikate angeboten hat, mag glaubhaft dargestellt sein, ist jedoch für die Erstellung eines gültigen Angebotes nicht ausreichend. Es wäre somit der Bieterin/Bewerberin wahrscheinlich möglich gewesen diesbezüglich ein gültiges Angebot zu legen bzw. hätte sie, so ferne sie die geforderten Nachweise als unsachlich betrachten würde, diese im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Ausschreibungsbedingungen einer Überprüfung zuführen können. Da die Antragstellerin schon diesbezüglich ein Angebot gelegt hat, das den Ausschreibungsbedingungen nicht vollinhaltlich entsprach, ist das Angebot zu recht ausgeschieden worden.

Aber auch die Positionen der Einheitspreise "Baustofflieferungen" bzw. "Fremdleistungen" können der nachprüfenden Kontrolle nicht standhalten bzw. ist der Auftraggeberin zuzustimmen, dass die Begründung einer "Holding-internen Möglichkeit" bzw. einer "holdinginternen Rückverrechnung" für die Plausibilität einer fast auf die Hälfte reduzierten Kalkulation in diesen Positionen zu wenig konkret und damit weder nachvollziehbar oder wirtschaftlich begründbar ist. Das Angebot wurde auch aus diesem Grunde rechtens ausgeschieden.

Das ergänzende Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung und Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung veranlasst das BVA festzuhalten, dass die Vorabentscheidung des EuGH vom 4.7.2013, Rs C- 100/12 "Fastweb", auf einen gänzlich anderen Sachverhalt beruht, insbesondere nämlich in der Beurteilung von lediglich zwei bestehenden Angeboten und der Widerklage eines Bieters; diesbezüglich setzt der EuGH selbst eine Unterscheidung zur Vorabentscheidung "Hackermüller". Bei der EuGH-Vorabentscheidung "Fastweb" würden das Angebot der Antragstellerin als auch das Angebot des mit Widerklage entgeg tretenden Unternehmens "nicht alle dort festgelegten technischen Anforderungen erfüllen". Hingegen liegen im vorliegenden Fall mehrere, bisher nicht ausgeschiedene Angebote vor. Der von der Antragstellerin gezogene Schluss, dass sie - selbst dann, wenn sie ein nicht ausschreibungskonformes Angebot - gelegt hat, das Recht besitzen würde, de facto alle Angebote einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung durch eine Rechtsschutzbehörde zuzuführen, ist verfehlt. Im Ergebnis würde diese Ansicht nämlich dazu führen, dass eine Rechtsschutzbehörde nicht nur die Aufgabe des Auftraggebers zur Prüfung aller Angebote übernehmen müsste, sondern jeder Bieter/Bewerber, der rechtens ausgeschieden wurde, trotzdem alle Zuschlagsentscheidungen - im Falle mehrerer Angebote allenfalls wiederholt - bis zur Zuschlagserteilung anfechten könnte. Diesen Gedanken fortgesetzt ergäbe sich, dass ein Bieter/Bewerber, der im Vergabeverfahren keine Chance mehr auf Erhalt des Zuschlages hätte, trotzdem Nachprüfungsverfahren initiieren könnte - dies wäre die generelle Einführung des subjektiven Rechtes auf Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch jeden Unternehmer, letztlich durch jede Person, die behauptet, Bieter/Bewerber in einem Vergabeverfahren sein zu können. Dies entspricht schlicht und einfach nicht den EG-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe und ist auch durch die zitierte Vorabentscheidung des EuGH in keinsten Weise, nicht einmal im Ansatz, gedeckt.

Bei einem derart weitem Verständnis eines subjektiven Rechtes eines chancenlosen Bieters auf Grund von unsubstanziertem Vorbringen hinsichtlich des Angebotes der präsumptiven Zuschlagsempfängerin bzw. des rechtsrichtigen Handelns der öffentlichen Auftraggeberin führt dies letztlich zu unvorhersehbaren Verzögerungen und rechtstaatlich nicht gesetzeskonformen Transaktionskosten. Ein offenkundiger Mangel in dem Angebot der präsumptiven Bestbieterin ist nicht zu Tage gekommen und konnte die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar darlegen, dass das Angebot der präsumptiven Bestbieterin - auch in den von der Antragstellerin in Zweifel gezogenen technischen Ausführungen - ausschreibungskonform sei.

Demgegenüber hat die Antragstellerin selber in ihren Ausführungen und Schriftsätzen dargelegt, dass sie kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, weil sie die von der Fa. B*** übermittelten Zertifikate und technischen Beschreibungen nicht vorlegen konnte.

Auch aus dem von der Antragstellerin zitierten Rundschreiben des BKA betreffend Antragslegitimation lässt sich kein Argument für die Antragstellerin gewinnen, weil sich dieses Rundschreiben auf die grundsätzliche Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens und nicht auf die - inhaltliche - Abweisung desselben bezieht.

Eine weitergehende Prüfung des Vorbringens der Antragstellerin erübrigt sich somit im Hinblick darauf, dass sie selbst keine Chance auf Erlangung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren erlangt hat. Die Anträge der Nachprüfungswerberin waren somit abzuweisen; abzuweisen war mangels Erfolges in der Hauptsache auch der Antrag

auf Ersatz der Kosten im Sinne des § 319 BVergG durch die Auftraggeberin. Eine weitergehende Prüfung des Vorbringens der Antragstellerin erübrigt sich somit im Hinblick darauf, dass sie selbst keine Chance auf Erlangung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren erlangt hat. Die Anträge der Nachprüfungswerberin waren somit abzuweisen; abzuweisen war mangels Erfolges in der Hauptsache auch der Antrag auf Ersatz der Kosten im Sinne des Paragraph 319, BVergG durch die Auftraggeberin.

Bemerkt wird, dass im Zuge des Provisorialverfahrens das BVA mit Bescheid vom 16. 7. 2013, N/0075-BVA/08/2013, der Auftraggeberin untersagt hatte, bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Dieser Bescheid tritt mit der nunmehr vorliegenden Entscheidung außer Kraft.

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at