

TE Verg Bescheid 2013/5/7 N/0026-BVA/13/2013-15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.05.2013

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Michael Fruhmann als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, vertreten durch X***, aufgrund der Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 29. März 2013 wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung" wird gem § 325 BVergG 2006 stattgegeben. Die Ausschreibung wird für nichtig erklärt. Dem Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung" wird gem Paragraph 325, BVergG 2006 stattgegeben. Die Ausschreibung wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag "auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gem § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 750,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu bezahlen. Dem Antrag "auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gem Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Auftraggeberin ist verpflichtet, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von € 750,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu bezahlen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 29. März 2013, beim BVA eingelangt am 2. April 2013, begehrte die Antragstellerin die Nichtigserklärung der Ausschreibung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass die ausschreibungsgegenständlichen Stoßwellentherapiegeräte bereits im Juli 2012 von der Auftraggeberin ausschreibungsfrei an die B*** vergeben worden seien. Das BVA habe den damaligen Auftrag allerdings mit Bescheid vom 18.10.2012, F/0007-BVA/11/2012-25, für nichtig erklärt. Hintergrund des damaligen ersten Vergabekontrollverfahrens sei der Wunsch der Auftraggeberin gewesen, Stoßwellentherapiegeräte eines bestimmten

Herstellers, nämlich der Firma C***, zu beschaffen, wobei die B*** als angeblich exklusiver Vertriebspartner des Hersteller C*** beauftragt worden sei. Die Auftraggeberin habe dazu im Vorfeld keinerlei Anforderungen an die zu beschaffenden Geräte definiert. Vielmehr habe sich die Auftraggeberin

ausschließlich auf Grund eines Gutachtens des von ihr beigezogenen D*** unmittelbar auf die Geräte des Herstellers C*** festgelegt. Der beigezogene D*** sei allerdings nicht nur Mitarbeiter der Auftraggeberin, sondern zugleich auch mittelbar Teilhaber der Herstellerfirma C***. Die Auftraggeberin habe diesen Interessenkonflikt dennoch in Kauf genommen und sich auf die Meinung von D*** gestützt. Im damaligen ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 habe die Auftraggeberin dann nachträglich und sukzessive weiterhin unter Berufung auf D*** bestimmte Merkmale der von ihr präferierten C***-Geräte ins Treffen geführt, um die ausschreibungsfreie Beschaffung dieser Geräte zu

rechtfertigen. Beispielsweise sei von der Auftraggeberin dargelegt worden, dass die zu beschaffenden Geräte elektrohydraulisch sein müssten und elektrohydraulische Geräte nur von C*** hergestellt werden würden. Nachdem das BVA im Rahmen amtswegiger Ermittlungen in Erfahrung gebracht habe, dass die Anforderung eines elektrohydraulischen Gerätes auch von anderen Herstellern erfüllt würden, habe die damit offenbar in Argumentationsnot geratene Auftraggeberin weitere Merkmale der Geräte des Herstellers C*** gesucht und nachträglich zu Gunsten einer Entscheidung für diese Geräte ins Treffen geführt, wie etwa einen beweglichen Therapiekopf. Auf Grund der vom BVA verfüigten Nichtigserklärung des Auftrags über die Lieferung der C***-Geräte habe die Auftraggeberin zunächst mit Bekanntmachung vom 29.11.2012 (Supplement zum ABl 2012/S 230-378820) ein offenes Verfahren zur Vergabe von 7 Stück Stoßwellentherapiegeräten eingeleitet. Diese Ausschreibung sei mit dem zur GZ N/0005-BVA/07/2013 protokollierten Nachprüfungsantrag bekämpft worden (zweites Vergabekontrollverfahren). Hintergrund dieser Anfechtung sei vor allem gewesen, dass die Auftraggeberin die bereits im ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 erfolglos verteidigte Entscheidung zu Gunsten der Geräte des Herstellers C*** im Ergebnis weiterhin durchzusetzen versucht habe, indem die Ausschreibungsanforderungen an die zu liefernden Geräte nun auf die Geräte des Hersteller C*** zugeschnitten gewesen wären. Die Auftraggeberin habe das Ergebnis dieses zweiten Vergabekontrollverfahrens gar nicht erst abgewartet, sondern das am 29.11.2012 eingeleitete offene Verfahren mit Bekanntmachung vom 21.2.2013 widerrufen (Supplement zum Amtsblatt 2013/S 037-057722).rechtfertigen. Beispielsweise sei von der Auftraggeberin dargelegt worden, dass die zu beschaffenden Geräte elektrohydraulisch sein müssten und elektrohydraulische Geräte nur von C*** hergestellt werden würden. Nachdem das BVA im Rahmen amtswegiger Ermittlungen in Erfahrung gebracht habe, dass die Anforderung eines elektrohydraulischen Gerätes auch von anderen Herstellern erfüllt würden, habe die damit offenbar in Argumentationsnot geratene Auftraggeberin weitere Merkmale der Geräte des Herstellers C*** gesucht und nachträglich zu Gunsten einer Entscheidung für diese Geräte ins Treffen geführt, wie etwa einen beweglichen Therapiekopf. Auf Grund der vom BVA verfüigten Nichtigserklärung des Auftrags über die Lieferung der C***-Geräte habe die Auftraggeberin zunächst mit Bekanntmachung vom 29.11.2012 (Supplement zum Amtsblatt 2012/S 230-378820) ein offenes Verfahren zur Vergabe von 7 Stück Stoßwellentherapiegeräten eingeleitet. Diese Ausschreibung sei mit dem zur GZ N/0005-BVA/07/2013 protokollierten Nachprüfungsantrag bekämpft worden (zweites Vergabekontrollverfahren). Hintergrund dieser Anfechtung sei vor allem gewesen, dass die Auftraggeberin die bereits im ersten Vergabekontrollverfahren F/0007-BVA/11/2012 erfolglos verteidigte Entscheidung zu Gunsten der Geräte des Herstellers C*** im Ergebnis weiterhin durchzusetzen versucht habe, indem die Ausschreibungsanforderungen an die zu liefernden Geräte nun auf die Geräte des Hersteller C*** zugeschnitten gewesen wären. Die Auftraggeberin habe

das Ergebnis dieses zweiten Vergabekontrollverfahrens gar nicht erst abgewartet, sondern das am 29.11.2012 eingeleitete offene Verfahren mit Bekanntmachung vom 21.2.2013 widerrufen (Supplement zum Amtsblatt 2013/S 037-057722).

Mit der nunmehr antragsgegenständlichen Ausschreibung seien erneut 7 Stück Stoßwellentherapiegeräte ausgeschrieben worden. Die nunmehr zum antragsgegenständlichen Vergabeverfahren vorliegenden Ausschreibungsunterlagen samt Bekanntmachung seien erneut in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig: Auch die nunmehr vorliegende antragsgegenständliche Ausschreibung ziele nicht darauf ab, einen echten Wettbewerb herzustellen. Vielmehr versuche die Auftraggeberin weiterhin, ihre Präferenz für die Geräte des Herstellers C*** durchzusetzen, indem die im Leistungsverzeichnis (Seite 16ff der Ausschreibungsunterlagen) enthaltenen Anforderungen auf die Geräte des Herstellers C*** zugeschnitten seien.

Dieses Bild einer diskriminierend auf die Geräte eines Herstellers abgestimmten Ausschreibung werde dadurch bestätigt, dass in der antragsgegenständlichen Ausschreibung weiterhin insbesondere folgende "Auffälligkeiten" enthalten seien, die die wahre Intention der Auftraggeberin offenbaren würden:

Nach wie vor würden sich in der Ausschreibung unter anderem gerade jene im Feststellungsverfahren F/0007-BVA/11/2012 von der Auftraggeberin als vermeintliche Alleinstellungsmerkmale der C***-Geräte genannten Anforderungen wiederfinden, nämlich insbesondere die Anforderung "elektrohydraulischer" Geräte und "beweglicher Therapiekopf". Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass die Auftraggeberin diese Anforderungen keineswegs im Vorfeld etwa durch Konsultation der verschiedenen Nutzer der Geräte festgelegt habe, sondern diese erst nachträglich im Vergabekontrollverfahren unter Berufung auf D*** zur Rechtfertigung der ausschreibungsfreien Vergabe ge- oder erfunden worden seien. Die Einschränkung auf elektrohydraulische Geräte sei nicht nur - gemessen am Bedarf der Auftraggeberin - unüblich sondern auch unsachlich, weil diese Einschränkung einerseits den Wettbewerb grundlos beschränke und andererseits nicht auf den Bedarf der Nutzer zurückgehe, sondern auf den Rat eines rechtswidrig konsultierten Arztes, dem letztlich sogar das BVA mit ungewöhnlich deutlichen Worten die Glaubwürdigkeit

abgesprochen habe.

In der Ausschreibung seien Anforderungen teilweise nicht als "Muss- Anforderungen" sondern als "Leistungsmerkmale" festgelegt, die "im Rahmen der Zuschlagskriterien" bewertet würden. Diese Leistungsmerkmale seien teilweise durch bestimmte zahlenmäßige Werte (zB 150cm) beschrieben und mit einer bestimmten Punktezahl verknüpft:

für das Los 1 ("Stoßwellentherapiegerät klein"):

"Die Elektroden (Therapieköpfe geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist" (4 Punkte).

"Die Verbindung zwischen Gerät und Therapiekopf ist mindestens 150 cm lang" (3 Punkte).

für das Los 2 ("Stoßwellentherapiegerät groß"):

"Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000

Impulse" (4 Punkte).

Ein derartiges Bewertungssystem sei zunächst ganz allgemein unsachlich, weil einerseits marginale Unterschiede der zur Bewertung gelangenden Eigenschaften zu exorbitant hohen Bewertungssprüngen führen würden (zB 0 statt 4 Punkten bei 90.000 statt 90.001 Impulsen) und andererseits exorbitant große Unterschiede bei denselben Eigenschaften völlig gleich bewertet werden könnten (zB 4 Punkte bei 90.001 und 1.000.000 Impulsen).

Darüber hinaus würden damit jene Geräte bevorzugt, die die in den Leistungsmerkmalen vorgegebenen Eigenschaften gerade erreichen oder nur in geringem Ausmaß überschreiten; diese Geräte würden die volle Punktezahl erhalten. Andere Geräte, würden demgegenüber bei geringfügiger Unterschreitung einen unverhältnismäßig hohen Punkteabschlag erhalten oder würden trotz hoher Überschreitung nicht besser bewertet. Dem Vernehmen nach würden gerade die Geräte des Herstellers C*** die Leistungsmerkmale gerade erfüllen oder nur in überschaubarem Ausmaß überschreiten, sodass diese Geräte gegenüber anderen Geräten bevorzugt würden.

Im nunmehrigen Leistungsverzeichnis seien zwar keine Größenvorgaben mehr enthalten - diese Auffälligkeit habe die Auftraggeberin beseitigt. Weiterhin seien aber hinsichtlich der Position 1 ("Stoßwellentherapiegerät klein") gefordert, dass dieses Stoßwellentherapiegerät unter 20kg schwer sein dürfe. Wenig überraschend wiege das Gerät "E***" von

C*** laut einem im Internet verfügbaren Datenblatt 16,5kg. Aufgerundet auf ganze 10kg ergebe sich exakt die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtsgrenze (20kg).

Zur Klarstellung sei festzuhalten, dass die einzelnen Anforderungen des Leistungsverzeichnisses ("Muss-Anforderungen" und "Leistungsmerkmale") isoliert betrachtet natürlich von mehreren Geräten auch anderer Hersteller erfüllt würden. Anzubieten seien aber Geräte, die alle Muss-Anforderungen erfüllen bzw hinsichtlich der "Leistungsmerkmale" möglichst exakt erfüllen, sodass letztlich nur die von der Auftraggeberin bereits ursprünglich bevorzugten Geräte des Herstellers C*** übrig blieben oder zumindest von vornherein eine optimale Bewertung im Rahmen der Zuschlagskriterien zu erwarten hätten.

Die Ausschreibung verstoße damit insbesondere gegen § 96 Abs 1 BVergG (Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung) und § 96 Abs 3 BVergG, wonach die Leistung nicht so umschrieben werden dürfe, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Darüber hinaus widerspreche die Ausschreibung insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" auch allgemein den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen § 2 Z 20 aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürfen. Die Ausschreibung verstoße damit insbesondere gegen Paragraph 96, Absatz eins, BVergG (Gebot zur neutralen Leistungsbeschreibung) und Paragraph 96, Absatz 3, BVergG, wonach die Leistung nicht so umschrieben werden dürfe, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen. Darüber hinaus widerspreche die Ausschreibung insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" auch allgemein den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen Paragraph 2, Ziffer 20, aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürfen.

Rechtswidrig seien auch einige weitere Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, wie etwa

- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 8. der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), wonach für die Erstellung des Angebotes "gleichgültig, welche Vorarbeiten hiezu erforderlich waren - keine Vergütung geleistet" werde (insbesondere Verstoß gegen § 111 Abs 3 BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei), die Regelung unter Punkt 8. der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), wonach für die Erstellung des Angebotes "gleichgültig, welche Vorarbeiten hiezu erforderlich waren - keine Vergütung geleistet" werde (insbesondere Verstoß gegen Paragraph 111, Absatz 3, BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei),
- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 10 a) (7) der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), worin ausschließlich Referenzen für die Lieferung von elektrohydraulischen Geräten zugelassen würden, weil die Einschränkung auf "elektrohydraulische" Geräte unsachlich sei, keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Bieters zulasse und überdies offenbar ebenfalls darauf abziele, den Hersteller C*** bzw dessen Vertriebspartner zu bevorzugen (Verstoß unter anderem gegen § 70 Abs 1 BVergG, wonach geforderte Nachweise durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt sein müssten) die Regelung unter Punkt 10 a) (7) der Allgemeinen Bedingungen (Seite 4), worin ausschließlich Referenzen für die Lieferung von elektrohydraulischen Geräten zugelassen würden, weil die Einschränkung auf "elektrohydraulische" Geräte unsachlich sei, keine Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Bieters zulasse und überdies offenbar ebenfalls darauf abziele, den Hersteller C*** bzw dessen Vertriebspartner zu bevorzugen (Verstoß unter anderem gegen Paragraph 70, Absatz eins, BVergG, wonach geforderte Nachweise durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt sein müssten)
- -Strichaufzählung
die Regelung unter Punkt 16 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach die Auftraggeberin bei nicht geringfügigen Mängeln nach eigener Wahl und somit ohne vorherige Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit Wandlung verlangen könne oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen könne (Verstoß gegen § 78 Abs 3 BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei ganz einfach zu behebbenden Mängeln, den Vertrag zur Gänze aufzulösen oder zu völlig unbestimmten Mehrkosten eine Ersatzvornahme durchzuführen, ohne dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu geben, den Mangel selbst zu

beheben), die Regelung unter Punkt 16 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach die Auftraggeberin bei nicht geringfügigen Mängeln nach eigener Wahl und somit ohne vorherige Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit Wandlung verlangen könne oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen könne (Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei ganz einfach zu behebenden Mängeln, den Vertrag zur Gänze aufzulösen oder zu völlig unbestimmten Mehrkosten eine Ersatzvornahme durchzuführen, ohne dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu geben, den Mangel selbst zu beheben),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 20 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach ein primär als Bareinbehalt vorgesehener Haftrücklass durch einen näheren Modalitäten unterliegenden "Garantiebrief" ersetzt werden könne (Verstoß gegen § 85 Abs 2 BVergG, wonach als Sicherstellungsmittel eine Bankgarantie festzulegen sei), die Regelung unter Punkt 20 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 6), wonach ein primär als Bareinbehalt vorgesehener Haftrücklass durch einen näheren Modalitäten unterliegenden "Garantiebrief" ersetzt werden könne (Verstoß gegen Paragraph 85, Absatz 2, BVergG, wonach als Sicherstellungsmittel eine Bankgarantie festzulegen sei),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 25 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 8), wonach die Auftraggeberin bei Verzug eine Pönale von bis zu 20% des Auftragswertes fordern und/oder ohne Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne (Verstoß gegen § 78 Abs 3 BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei geringfügiger Überschreitung der Lieferfrist vom Vertrag zurückzutreten und zugleich eine Vertragsstrafen von 20% zu fordern, was für den Bieter zu nicht kalkulierbaren Risiken führe, zumal die Regelung unabhängig vom Vorliegen eines Schadens gelte). Hinzu komme, dass die Regelung widersprüchlich und daher umso mehr in ihren Auswirkungen für den Bieter nicht abschätzbar sei: die Regelung unter Punkt 25 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 8), wonach die Auftraggeberin bei Verzug eine Pönale von bis zu 20% des Auftragswertes fordern und/oder ohne Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten könne (Verstoß gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG, wonach den Bietern keine unkalkulierbaren Risiken überbunden werden dürften; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei geringfügiger Überschreitung der Lieferfrist vom Vertrag zurückzutreten und zugleich eine Vertragsstrafen von 20% zu fordern, was für den Bieter zu nicht kalkulierbaren Risiken führe, zumal die Regelung unabhängig vom Vorliegen eines Schadens gelte). Hinzu komme, dass die Regelung widersprüchlich und daher umso mehr in ihren Auswirkungen für den Bieter nicht abschätzbar sei:

Einerseits sei nämlich festgelegt, dass es auf ein Verschulden des Auftragnehmers nicht ankomme. Zugleich werde - damit im Widerspruch stehend - ausgeführt, dass die Regelung dann nicht gelte, wenn der Auftragnehmer nachweise, dass ihn kein Verschulden treffe.

- -Strichaufzählung

die Regelung in Punkt 33 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 9), wonach "Interventionsversuche" bei Entscheidungsträgern durch den Bieter, mit dem Ziel den Ausgang des Vergabeverfahrens zu beeinflussen, zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden (Verstoß gegen die abschließend in § 68 BVergG aufgezählten Ausschlussgründe; die gegenständliche Regelung würde es der Auftraggeberin erlauben, einen Bieter selbst dann auszuschließen, wenn dieser die Auftraggeberin auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Vergabefehler allenfalls auch im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens hinweise, um so die tatsächlich oder zumindest mutmaßlich gebotene Korrektur einer Vergabeentscheidung zu erwirken), die Regelung in Punkt 33 der Allgemeinen Bedingungen (Seite 9), wonach "Interventionsversuche" bei Entscheidungsträgern durch den Bieter, mit dem Ziel den Ausgang des Vergabeverfahrens zu beeinflussen, zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden (Verstoß gegen die abschließend in Paragraph 68, BVergG aufgezählten Ausschlussgründe; die gegenständliche Regelung würde es der Auftraggeberin erlauben, einen Bieter selbst dann auszuschließen, wenn dieser die Auftraggeberin auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Vergabefehler allenfalls auch im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens hinweise, um so die tatsächlich oder zumindest mutmaßlich gebotene Korrektur einer Vergabeentscheidung zu erwirken),

- -Strichaufzählung

die Regelung unter Punkt 3 der Besonderen Bedingungen (Seite 10), wonach das angebotene Stoßwellentherapiegeräte 14 Tage probeweise auf Kosten und Gefahr des Bieters bereitzustellen sei (insbesondere Verstoß gegen § 111 Abs 3 BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei).die Regelung unter Punkt 3 der Besonderen Bedingungen (Seite 10), wonach das angebotene Stoßwellentherapiegeräte 14 Tage probeweise auf Kosten und Gefahr des Bieters bereitzustellen sei (insbesondere Verstoß gegen Paragraph 111, Absatz 3, BVergG, wonach für besondere Ausarbeitungen eine angemessene Vergütung vorzusehen sei).

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 5. April 2013 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin des Vergabeverfahrens "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von € 670.000,00 exklusive USt der in einem offenen Verfahren vergeben werden solle. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt.

Mit Bescheid des BVA vom 9. April 2013, N/0026-BVA/13/2013- EV6, wurde der Auftraggeberin die Angebotsöffnung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 9. April 2013 hat diese zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vorgebracht, dass die Lebensdauer der Elektroden (Großgeräte: mindestens 6000 Impulse, Kleingeräte: mehr als 90.000 Impulse) als Zuschlagskriterium berücksichtigt worden sei um sicherzustellen, dass sich der geringere Wartungsaufwand und das seltenere Erfordernis, das Gerät zum Wechseln der Elektroden außer Betrieb zu nehmen, in der Bewertung auswirke. Zu Punkt 16. der Ausschreibungsunterlagen hat sie vorgebracht, dass aus der Regelung keineswegs hervorgehe, dass die Antragsgegnerin ein Wahlrecht ohne vorheriger Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit des Auftragnehmers innehätte; auch dass eine allfällige Ersatzvornahme "zu völlig unbestimmten Mehrkosten" durchgeführt werden könne, sei dieser Regelung nicht zu entnehmen. Vielmehr unterliege diese Regelung dem allgemeinem Zivilrecht. Danach seien im Rahmen einer Ersatzvornahme nur jene Kosten ersatzfähig, die für die Herstellung eines vertragskonformen Zustandes nötig seien (Deckungsbetrag: Dittrich/Tades, ABGB, § 932 E 88a-f; Wiener in StraubeMicher, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, 5.2.3.2); daher könne von "völlig unbestimmten Mehrkosten" keine Rede sein. Im Übrigen sei es weltfremd, zu unterstellen, dass die Antragsgegnerin schon bei "ganz einfach zu behebenden Mängeln" den Vertrag zur Gänze auflösen wolle: Würden nämlich einfach zu behebbende Mängel vorliegen, so werde es stets im Interesse der Antragsgegnerin sein, diese auch vom Auftragnehmer beheben zu lassen; würden jedoch gravierende Mängel vorliegen, so werde die Antragsgegnerin im Rahmen der Gewährleistung solche gravierende Mängel auch geltend machen können. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 9. April 2013 hat diese zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vorgebracht, dass die Lebensdauer der Elektroden (Großgeräte: mindestens 6000 Impulse, Kleingeräte: mehr als 90.000 Impulse) als Zuschlagskriterium berücksichtigt worden sei um sicherzustellen, dass sich der geringere Wartungsaufwand und das seltenere Erfordernis, das Gerät zum Wechseln der Elektroden außer Betrieb zu nehmen, in der Bewertung auswirke. Zu Punkt 16. der Ausschreibungsunterlagen hat sie vorgebracht, dass aus der Regelung keineswegs hervorgehe, dass die Antragsgegnerin ein Wahlrecht ohne vorheriger Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit des Auftragnehmers innehätte; auch dass eine allfällige Ersatzvornahme "zu völlig unbestimmten Mehrkosten" durchgeführt werden könne, sei dieser Regelung nicht zu entnehmen. Vielmehr unterliege diese Regelung dem allgemeinem Zivilrecht. Danach seien im Rahmen einer Ersatzvornahme nur jene Kosten ersatzfähig, die für die Herstellung eines vertragskonformen Zustandes nötig seien (Deckungsbetrag: Dittrich/Tades, ABGB, Paragraph 932, E 88a-f; Wiener in StraubeMicher, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht römisch zwei, 5.2.3.2); daher könne von "völlig unbestimmten Mehrkosten" keine Rede sein. Im Übrigen sei es weltfremd, zu unterstellen, dass die Antragsgegnerin schon bei "ganz einfach zu behebenden Mängeln" den Vertrag zur Gänze auflösen wolle: Würden nämlich einfach zu behebbende Mängel vorliegen, so werde es stets im Interesse der Antragsgegnerin sein, diese auch vom Auftragnehmer beheben zu lassen; würden jedoch gravierende Mängel vorliegen, so werde die Antragsgegnerin im Rahmen der Gewährleistung solche gravierende Mängel auch geltend machen können.

Die Antragstellerin hat ein Schreiben vom 26. April 2013 übermittelt.

Am 29. April 2013 hat im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurde unter anderem folgendes protokolliert:

"Y*** gibt an, dass laut Ausschreibung, Seite 16, für ein Gerät mit einer Lebensdauer von 90.001 Impulsen 4 Punkte vergeben werden. Grundsätzlich stellt die Lebensdauer der Geräte sicherlich einen Mehrwert dar. Die konkrete Festlegung und Ausgestaltung dieses Zuschlagskriteriums ist aber deshalb unsachlich und diskriminierend, weil bei einer marginalen Unterschreitung der vorgegebenen Impulsanzahl gar keine Punkte vergeben werden bzw. bei einer erheblichen Überschreitung der Impulsanzahl keine zusätzlichen Punkte vergeben werden. Bei einem Gerät mit theoretisch 0 Impulsen Lebensdauer würden ebenfalls 0 Punkte vergeben werden, obwohl ein solches Gerät in Wahrheit unbrauchbar wäre und gar nicht berücksichtigt werden dürfte. Durch die konkrete Ausgestaltung dieses Zuschlagskriteriums werden jene Bieter bevorzugt, deren Geräte die vorgegebene Impulsanzahl von 90.000 möglichst knapp überschreiten. Der Mehrwert eines Gerätes eines Bieters der diese Impulsanzahl erheblich überschreitet bliebe unberücksichtigt. Das gleiche gilt sinngemäß hinsichtlich der in Los 2 vorgegebenen Impulsanzahl von 6.000 (Seite 18 Ausschreibungsunterlagen). Auch hinsichtlich der Verbindung zwischen Gerät und Therapiekopf (Seite 17 Ausschreibungsunterlagen) hat der Auftraggeber für die Länge des Verbindungskabels einen gleichartigen Bewertungsmodus festgelegt. Konkret werden für eine Verbindungslänge von mindestens 150 cm 3 Punkte vergeben, bei einer marginalen Unterschreitung erhält der Bieter keine Punkte. Bei einer wesentlichen Überschreitung werden ebenfalls keine

zusätzlichen Punkte vergeben. Unsachlich ist dabei vor allem, dass zwischen der Mindestlänge von 100cm bis 149cm gar keine Punkte vergeben werden, bei 150cm sprunghaft plötzlich die volle Punkteanzahl vergeben wird und dann für weitere Zusatzlängen keine Punkte mehr verteilt werden. Dadurch werden abgesehen von der unsachlichen Festlegung wiederum solche Bieter bevorzugt, die die Mindestlänge von 150cm möglichst exakt erreichen.

[...]

X*** gibt an, dass die kleinen Geräte an unterschiedlichen Örtlichkeiten und in unterschiedlichen räumlichen Situationen (Ambulanzbereich, Krankenzimmer, Rehabilitationsbereiche) eingesetzt werden sollen. [...] Zu den Zuschlagskriterien "Anzahl der Impulse" ist auszuführen, dass es der Erfahrung der AUVA mit Geräten unterschiedlicher Hersteller entspricht, dass die Lebensdauer der Elektroden mit dieser Anzahl (90.000 bzw. 6.000) anzusetzen ist. Mit diesem Zuschlagskriterium soll das Überschreiten entsprechend positiv bewertet werden, wobei es der AUVA in erster Linie darauf ankommt, dass der genannte Wert überschritten wird. Eine höhere Bewertung aufgrund einer höheren Anzahl der Impulse unter gleichzeitiger geringer Bewertung anderer Zuschlagskriterien entspricht nicht den Zielvorstellungen der AUVA. Es gibt keine vergaberechtliche Pflicht, ein differenziertes Zuschlagsschema hierfür vorzusehen; insbesondere stellt sich das Problem hier als mathematisches Scheinproblem dar: Würde die AUVA nicht 100 Maximalpunkte, sondern lediglich 25 Maximalpunkte vergeben, würde für diese Überschreitung der Impulsanzahl eben auch nur ein Punkt zugeteilt werden. Das Beispiel der Antragstellerin betreffend 0 Impulse ist falsch. Die Ausschreibungsunterlagen sehen kein Musskriterium für eine Mindestanzahl der Impulse vor (wie das in der widerrufenen Ausschreibung der Fall war). Schon aus dem ABGB ergibt sich, dass nicht nur die

ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften Vertragsinhalt werden, sondern auch die üblicherweise vorausgesetzten Eigenschaften. Daher wäre ein Gerät mit 0 Impulsen als nicht ausschreibungs- bzw. vertragskonform zurückzuweisen.

[...] Y*** gibt an, dass die Punkte für die Impulse einen wesentlichen Teil, nämlich 8,75% (Los 1) bzw. 20% (Los 2) der pro Los erreichbaren Punkte ausmachen.

X*** gibt dazu an, dass dies richtig berechnet ist.

[...]

Der Senatsvorsitzende weist die Auftraggeberin darauf hin, dass entsprechend Punkt 16 der Ausschreibungsunterlage bei einem nicht geringfügigen Mangel die Auftraggeberin möglicherweise unter anderem das Recht hätte, nach ihrer Wahl Wandlung zu verlangen und dies möglicherweise bedeuten könnte, dass bei einem nicht geringfügigen Mangel bei einem der 7 Geräte bereits ein Recht zur Wandlung bezüglich des gesamten Vertrages, also aller 7 Geräte bestehen könnte.

X*** verweist auf den Schriftsatz vom 9.4.2013, Punkt 5.3. und wiederholt, dass dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu entnehmen ist, dass der Auftragnehmer bei nicht geringfügigen Mängeln keine Verbesserungsmöglichkeit hätte. Es gilt insofern das Allgemeine Gewährleistungsrecht. Auch ist dem Wortlaut der Bestimmung keinesfalls zu entnehmen,

dass bei einem nicht geringfügigen Mangel an einem Gerät ein Wandlungsrecht (oder sonst ein Recht z.B. auf Preisnachlass) in Hinblick auf alle 7 Geräte zustünde. Vielmehr stünde dem Auftraggeber ein (Teil-) Wandlungsrecht nur im Hinblick auf das mangelhafte Gerät zu. Jede andere Interpretation wäre sittenwidrig bzw. würde dem Gebot der Kalkulierbarkeit der Ausschreibung widersprechen. X*** verweist auf das Gebot der vergaberechtskonformen Interpretation."

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, hat zur Beschaffung "Frei-Haus-Lieferung, betriebsfertige Aufstellung und Inbetriebnahme von Stoßwellentherapiegeräten sowie Einschulung des Bedienpersonals" einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 670.000,00,-- exklusive USt ausgeschrieben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 4. April 2013)

Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 8. April 2013, 11:00 Uhr, festgelegt. (Schreiben der Antragstellerin vom 29. März 2013)

Die Ausschreibungsunterlage, Seite 5, lautet auszugsweise:

1. "16.Ziffer 16

Der Auftragnehmer garantiert Mangelfreiheit für zwei Jahre ab dem Tag der vorbehaltlosen Übernahme. Er haftet in gleicher Weise für die von ihm gelieferten, von ihm aber nicht selbst erzeugten Sachen.

Der Auftraggeber hat unbeschadet seiner sonstigen gesetzlichen Möglichkeiten, wenn der Mangel nicht geringfügig ist, das Recht, nach seiner Wahl kostenlose Ersatzlieferung (Austausch), Wandlung, kostenlose Beseitigung des Mangels oder einen angemessenen Preisnachlass zu verlangen oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beheben oder durch einen Dritten beheben zu lassen."

Die Ausschreibungsunterlage, Seite 16 ff, lautet auszugsweise:

"LEISTUNGSVERZEICHNIS

LOS 1: Stoßwellentherapiegerät klein

[...]

Vom Bieter auszufüllen:

Die mit "M" gekennzeichneten Anforderungen (Muss-Anforderungen) sind jedenfalls zu erfüllen; jede

Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes. Leistungsmerkmale (mit "L" gekennzeichnet) werden im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet. Die neben dem jeweiligen Leistungsmerkmal angeführte Zahl stellt die Punkteanzahl dar, die bei vollständiger Erfüllung (oder Übererfüllung) dieses Leistungsmerkmals vergeben wird. Ist das Leistungsmerkmal nicht oder nur teilweise erfüllt, werden null Punkte vergeben.

Fabrikat:

Modell:

Gerät zugelassen in/seit:

Mussanfor- zu erreichende wird vom
derung "M", Punkteanzahl der angebotenen
Leistungs- Leistungsmerk- Gerät erfüllt
merkmal "L" male "L"

[...]

Die Elektroden

(Therapieköpfe)

geben mehr als

90.000 Impulse

ab, ohne dass

ein Tausch er-

forderlich ist. L 4 ja O nein O

.... Impulse

[...]

[...]

LOS 2: Stoßwellentherapiegerät groß

[...]

Vom Bieter auszufüllen:

Die mit "M" gekennzeichneten Anforderungen (Muss-Anforderungen) sind jedenfalls zu erfüllen; jede

Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes. Leistungsmerkmale (mit "L" gekennzeichnet) werden im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet. Die neben dem jeweiligen Leistungsmerkmal angeführte Zahl stellt die Punkteanzahl dar, die bei vollständiger Erfüllung (oder Übererfüllung) dieses Leistungsmerkmals vergeben wird. Ist das Leistungsmerkmal nicht oder nur teilweise erfüllt, werden null Punkte vergeben.

Fabrikat:

Modell:

Gerät zugelassen in/seit:

Mussanfor- zu erreichende wird vom
derung "M", Punkteanzahl der angebotenen
Leistungs- Gerät erfüllt
merkmal "L"

[...]

Die Lebensdauer

der Elektroden

beträgt

mindestens

6.000 Impulse. L 4 ja O nein O

[...]

"

1. 3.Ziffer 3

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung

Die Antragstellerin hat zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vorgebracht, dass in der Ausschreibung Anforderungen teilweise nicht als "Muss- Anforderungen" sondern als "Leistungsmerkmale" festgelegt seien, die "im Rahmen der Zuschlagskriterien" bewertet würden. Diese Leistungsmerkmale seien teilweise durch bestimmte zahlenmäßige Werte beschrieben und mit einer bestimmten Punktezahl verknüpft:

für das Los 1 ("Stoßwellentherapiegerät klein"):

"Die Elektroden (Therapieköpfe geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist" (4 Punkte).
für das Los 2 ("Stoßwellentherapiegerät groß"):

"Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000 Impulse" (4 Punkte).

Ein derartiges Bewertungssystem sei zunächst ganz allgemein unsachlich, weil einerseits marginale Unterschiede der zur Bewertung gelangenden Eigenschaften zu exorbitant hohen Bewertungssprüngen führen würden (zB 0 statt 4 Punkten bei 90.000 statt 90.001 Impulsen) und andererseits exorbitant große Unterschiede bei denselben Eigenschaften völlig gleich bewertet werden könnten (zB 4 Punkte bei 90.001 und 1.000.000 Impulsen). Darüber hinaus würden damit jene Geräte bevorzugt, die die in den Leistungsmerkmalen vorgegebenen Eigenschaften gerade erreichen oder nur in geringem Ausmaß überschreiten; diese Geräte würden die volle Punktezahl erhalten. Andere Geräte würden demgegenüber bei geringfügiger Unterschreitung einen unverhältnismäßig hohen Punkteabschlag erhalten oder würden trotz hoher Überschreitung nicht besser bewertet. Die Ausschreibung widerspreche insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen § 2 Z 20 aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürften. Ein derartiges Bewertungssystem sei zunächst ganz allgemein unsachlich, weil einerseits marginale Unterschiede der zur Bewertung gelangenden Eigenschaften zu exorbitant hohen Bewertungssprüngen führen würden (zB 0 statt 4 Punkten bei 90.000 statt 90.001 Impulsen) und andererseits exorbitant große Unterschiede bei denselben Eigenschaften völlig gleich bewertet werden könnten (zB 4 Punkte bei 90.001 und 1.000.000 Impulsen). Darüber hinaus würden damit jene Geräte bevorzugt, die die in den Leistungsmerkmalen vorgegebenen Eigenschaften gerade erreichen oder nur in geringem Ausmaß überschreiten; diese Geräte würden die volle Punktezahl erhalten. Andere Geräte würden demgegenüber bei geringfügiger Unterschreitung einen unverhältnismäßig hohen Punkteabschlag erhalten oder würden trotz hoher Überschreitung nicht besser bewertet. Die Ausschreibung widerspreche insbesondere im Hinblick auf die dargelegte Bewertung der "Leistungsmerkmale" den Grundsätzen der Sachlichkeit und Gleichbehandlung und im Speziellen gegen Paragraph 2, Ziffer 20, aa) BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlichen günstigsten Angebotes zu dienen hätten und nicht diskriminierend sein dürften.

Die Auftraggeberin hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass die Lebensdauer der Elektroden (Großgeräte: mindestens 6000 Impulse, Kleingeräte: mehr als 90.000 Impulse) als Zuschlagskriterium berücksichtigt worden sei um sicherzustellen, dass sich der geringere Wartungsaufwand und das seltenere Erfordernis, das Gerät zum Wechseln der Elektroden außer Betrieb zu nehmen, in der Bewertung auswirke. Es gebe keine vergaberechtliche Pflicht, ein differenziertes Zuschlagsschema hierfür vorzusehen.

§ 2 Z 20 lit d) BVergG 2006 lautet:

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende

Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. 20. Ziffer 20

Kriterien:

1. d) Litera d

Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

1. aa) Sub-Litera, a, a

sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität,

Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, oder

1. bb) Sub-Litera, b, b

ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

Der Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG lautet auszugsweise:

"Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen."

Das Urteil des EuGH vom 28.3.1985, Rs 274/83, Kommission/Italien, Rz 25 lautet:

"Das Vorbringen der italienischen Regierung, das Kriterium des Zuschlags auf "das Angebot, das dem Durchschnitt entspricht oder ihm am nächsten kommt", ermögliche es, das

"wirtschaftlich günstigste" Angebot im Sinne von Artikel 29 der Richtlinie zu ermitteln, ist unrichtig. Um das günstigste Angebot herauszufinden, muß der öffentliche Auftraggeber nämlich aufgrund qualitativer und quantitativer Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, eine Ermessensentscheidung treffen und kann sich folglich nicht allein auf das quantitative Kriterium des Durchschnittspreises stützen."

Das Urteil des EuGH vom 7.10.2004, Rs C-247/02, Sintesi, Rz 37 lautet:

"Damit das Ziel der Entstehung eines echten Wettbewerbs erreicht wird, sucht die Richtlinie die Vergabe der Aufträge so auszugestalten, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen (vgl. Urteil Fracasso und Leitschutz, Randnr. 31).""Damit das Ziel der Entstehung eines echten Wettbewerbs erreicht wird, sucht die Richtlinie die Vergabe der Aufträge so auszugestalten, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen vergleiche Urteil Fracasso und Leitschutz, Randnr. 31)."

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen Punkt 11.

Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber das beste Angebot durch einen Vergleich der Angebote nach einem vorgegebenen Zuschlagsschema zu ermitteln. Danach sind bei dem Zuschlagskriterium Qualität "Punkte für das Vorhandensein von Leistungsmerkmalen (im Leistungsverzeichnis mit "L" gekennzeichnet)" zu vergeben.

Ein Leistungsmerkmal lautet: "Die Elektroden (Therapieköpfe) geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist." Die zu erreichende Punkteanzahl dieses Leistungsmerkmals ist 4 Punkte. Vom Bieter ist im Leistungsverzeichnis auszufüllen, ob dieses Leistungsmerkmal vom angebotenen Gerät erfüllt wird. Die neben dem jeweiligen Leistungsmerkmal angeführte Zahl (hier 4) stellt die Punkteanzahl dar, die bei vollständiger Erfüllung (oder Übererfüllung) dieses Leistungsmerkmals vergeben wird. Ist das Leistungsmerkmal nicht oder nur teilweise erfüllt, werden null Punkte vergeben. Dieses Zuschlagskriterium ist zwar ein mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängendes Kriterium. Es ist jedoch kein Zuschlagskriterium iSd § 2 Z 20 lit d) sublit aa) BVergG, weil es einen Vergleich der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht ermöglicht (vgl dazu auch Urteil des EuGH vom 28.3.1985, Rs 274/83, Kommission/Italien, Rz 25). Dieses Zuschlagskriterium trifft nämlich nur eine Aussage darüber, ob das Kriterium erfüllt ist oder nicht (vgl. dazu auch die Darstellung im Leistungsverzeichnis " ja O" " nein O"), lässt jedoch keinen weiteren Vergleich der Angebote zueinander zu (vgl dazu auch das Urteil des EuGH vom 7.10.2004, Rs C-247/02, Sintesi, Rz 37 sowie den Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG; vgl. auch Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003), A § 25 Rz 54 sowie Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 274/275). Das Gleiche gilt für das Leistungsmerkmal "Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000 Impulse." Ein Leistungsmerkmal lautet: "Die Elektroden (Therapieköpfe) geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist." Die zu erreichende Punkteanzahl dieses Leistungsmerkmals ist 4 Punkte. Vom Bieter ist im Leistungsverzeichnis auszufüllen, ob dieses Leistungsmerkmal vom angebotenen Gerät erfüllt wird. Die neben dem jeweiligen Leistungsmerkmal angeführte Zahl (hier 4) stellt die Punkteanzahl dar, die bei vollständiger Erfüllung (oder Übererfüllung) dieses Leistungsmerkmals vergeben wird. Ist das Leistungsmerkmal nicht oder nur teilweise erfüllt, werden null Punkte vergeben. Dieses Zuschlagskriterium ist zwar ein mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängendes Kriterium. Es ist jedoch kein Zuschlagskriterium iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d,) Sub-Litera, a, a,) BVergG, weil es einen Vergleich der Angebote zueinander in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht ermöglicht vergleiche dazu auch Urteil des EuGH vom 28.3.1985, Rs 274/83, Kommission/Italien, Rz 25). Dieses Zuschlagskriterium trifft nämlich nur eine Aussage darüber, ob das Kriterium erfüllt ist oder nicht vergleiche dazu auch die Darstellung im Leistungsverzeichnis " ja O" " nein O"), lässt jedoch keinen weiteren Vergleich der Angebote zueinander zu vergleiche dazu auch das Urteil des EuGH vom 7.10.2004, Rs C-247/02, Sintesi, Rz 37 sowie den Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG; vergleiche auch Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB10 (2003), A Paragraph 25, Rz 54 sowie Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005), 274/275). Das Gleiche gilt für das Leistungsmerkmal "Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000 Impulse."

Die Kriterien "Die Elektroden (Therapieköpfe) geben mehr als 90.000 Impulse ab, ohne dass ein Tausch erforderlich ist."

sowie "Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000 Impulse." widersprechen daher § 2 Z 20 lit d) sublit aa) BVergG 2006. sowie "Die Lebensdauer der Elektroden beträgt mindestens 6.000 Impulse." widersprechen daher Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d,) Sub-Litera, a, a,) BVergG 2006.

Wenn die Auftraggeberin dazu angibt, dass die die Impulse betreffenden Zuschlagskriterien berücksichtigt worden seien um sicherzustellen, dass sich der geringere Wartungsaufwand und das seltenere Erfordernis, das Gerät zum Wechseln der Elektroden außer Betrieb zu nehmen, in der Bewertung auswirke, so ist ihr entgegenzuhalten, dass diese Zuschlagskriterien eben gerade das nicht in ausreichendem Ausmaß ermöglichen. So führt eine (vielleicht sogar wesentlich) über das in den Zuschlagskriterien angegebene Mindestmaß (90.000 bzw 6.000 Impulse) hinausgehende längere Lebensdauer der Elektroden letztlich zur keiner besseren Bewertung des betreffenden Angebotes.

Die Antragstellerin hat weiters zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vorgebracht, rechtswidrig sei auch die Regelung unter Punkt 16. der Allgemeinen Bedingungen (Seite 5), wonach die Auftraggeberin bei nicht geringfügigen Mängeln nach eigener Wahl und somit ohne vorherige Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit Wandlung verlangen könne oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers beheben lassen könne; die gegenständliche Regelung erlaube es der Auftraggeberin selbst bei ganz einfach zu behebenden Mängeln, den Vertrag zur Gänze aufzulösen oder zu völlig unbestimmten Mehrkosten eine Ersatzvornahme durchzuführen, ohne dem Auftragnehmer die Möglichkeit zu geben, den Mangel selbst zu beheben. Die Auftraggeberin hat dem widersprochen.

In Punkt 16. der Ausschreibungsunterlage garantiert der Auftragnehmer Mangelfreiheit für zwei Jahre ab dem Tag der vorbehaltlosen Übernahme. Insoweit werden die gesetzlichen Gewährleistungsregeln der §§ 922 ff ABGB verschärft, da mit dieser Garantie auch für Mängel die bei der Übergabe noch nicht vorhanden waren (vgl § 924 ABGB) gehaftet werden soll. Die Auftraggeberin hat weiters, wenn der Mangel nicht geringfügig ist das Recht, nach ihrer Wahl kostenlose Ersatzlieferung (Austausch), Wandlung, kostenlose Beseitigung des Mangels oder einen angemessenen Preisnachlass zu verlangen oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beheben oder durch einen Dritten beheben zu lassen. Dies bedeutet, dass bei einem innerhalb von 2 Jahren auftretenden nicht geringfügigen Mangel (unabhängig davon ob dieser bei der Übergabe vorhanden war oder nicht) bei einem der 7 Geräte bereits ein Recht der Auftraggeberin zum Beispiel zur Wandlung bezüglich des gesamten Vertrages, also aller 7 Geräte bestünde, ohne dass der Bieter vorher die Möglichkeit zur Verbesserung oder Austausch (vgl. § 932 ABGB) bekommen hätte (bei einer losweisen Vergabe gilt entsprechendes). Eine Aufhebung des gesamten Vertrages (Loses), die schuldrechtlich ex tunc wirken würde (Ofner in Schwimann, ABGB³ IV, § 932 Rz 70), wäre dann somit nach Gutdünken der Auftraggeberin möglich. Durch dieses erhebliche, einseitige und unsachliche Abgehen von den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen des ABGB, für das kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich ist, werden mit Punkt 16. der Ausschreibungsunterlage iSd § 879 Abs 3 ABGB die Bieter gröblich benachteiligt. Dies widerspricht auch den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs gemäß § 19 BVergG. In Punkt 16. der Ausschreibungsunterlage garantiert der Auftragnehmer Mangelfreiheit für zwei Jahre ab dem Tag der vorbehaltlosen Übernahme. Insoweit werden die gesetzlichen Gewährleistungsregeln der Paragraphen 922, ff ABGB verschärft, da mit dieser Garantie auch für Mängel die bei der Übergabe noch nicht vorhanden waren vergleiche Paragraph 924, ABGB) gehaftet werden soll. Die Auftraggeberin hat weiters, wenn der Mangel nicht geringfügig ist das Recht, nach ihrer Wahl kostenlose Ersatzlieferung (Austausch), Wandlung, kostenlose Beseitigung des Mangels oder einen angemessenen Preisnachlass zu verlangen oder den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers selbst zu beheben oder durch einen Dritten beheben zu lassen. Dies bedeutet, dass bei einem innerhalb von 2 Jahren auftretenden nicht geringfügigen Mangel (unabhängig davon ob dieser bei der Übergabe vorhanden war oder nicht) bei einem der 7 Geräte bereits ein Recht der Auftraggeberin zum Beispiel zur Wandlung bezüglich des gesamten Vertrages, also aller 7 Geräte bestünde, ohne dass der Bieter vorher die Möglichkeit zur Verbesserung oder Austausch vergleiche Paragraph 932, ABGB) bekommen hätte (bei einer losweisen Vergabe gilt entsprechendes). Eine Aufhebung des gesamten Vertrages (Loses), die schuldrechtlich ex tunc wirken würde (Ofner in Schwimann, ABGB³ römisch vier, Paragraph 932, Rz 70), wäre dann somit nach Gutdünken der Auftraggeberin möglich. Durch dieses erhebliche, einseitige und unsachliche Abgehen von den gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen des ABGB, für das kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich ist, werden mit Punkt 16. der Ausschreibungsunterlage iSd Paragraph 879, Absatz 3, ABGB die Bieter gröblich benachteiligt. Dies widerspricht auch den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs gemäß Paragraph 19, BVergG.

Dem Einwand der Auftraggeberin, dass ja das allgemeine Gewährleistungsrecht gelten würde ist entgegenzuhalten, dass mit der genannten Bestimmung in Punkt 16. das allgemeine Gewährleistungsrecht geändert wird und daher

insofern gerade nicht gelten soll. Der Einwand der Auftraggeberin, dass in so einem Fall nur ein Teilwandlungsrecht bestünde kann dem Wortlaut des Punktes 16. nicht entnommen werden. Eine Interpretation dieser Ausschreibungsbestimmung in die Richtung eines bloßen Teilwandlungsrechts ist zwar unter Anwendung der §§ 914 ff ABGB denkbar, jedoch im Streitfall für den Bieter riskant. Das Risiko, dass diese Ausschreibungsbestimmung (im Streitfall von den ordentlichen Gerichten) zugunsten des Bieters interpretiert wird, soll aber nicht vom Bieter getragen werden müssen. Dem Einwand der Auftraggeberin, dass ja das allgemeine Gewährleistungsrecht gelten würde ist entgegenzuhalten, dass mit der genannten Bestimmung in Punkt 16. das allgemeine Gewährleistungsrecht geändert wird und daher insofern gerade nicht gelten soll. Der Einwand der Auftraggeberin, dass in so einem Fall nur ein Teilwandlungsrecht bestünde kann dem Wortlaut des Punktes 16. nicht entnommen werden. Eine Interpretation dieser Ausschreibungsbestimmung in die Richtung eines bloßen Teilwandlungsrechts ist zwar unter Anwendung der Paragraphen 914, ff ABGB denkbar, jedoch im Streitfall für den Bieter riskant. Das Risiko, dass diese Ausschreibungsbestimmung (im Streitfall von den ordentlichen Gerichten) zugunsten des Bieters interpretiert wird, soll aber nicht vom Bieter getragen werden müssen.

Aufgrund der Rechtswidrigkeit eines Teiles der Zuschlagskriterien war die gesamte Ausschreibung gemäß § 325 BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Ausschreibungen sind nämlich dann zur Gänze für nichtig zu erklären, wenn wesentliche Teile derselben als rechtswidrig zu qualifizieren sind (im Zusammenhang mit Zuschlagskriterien siehe EuGH 4.12.2003, C-448/01, EVN und Wienstrom, Rz 94 f). Aufgrund der Rechtswidrigkeit eines Teiles der Zuschlagskriterien war die gesamte Ausschreibung gemäß Paragraph 325, BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Ausschreibungen sind nämlich dann zur Gänze für nichtig zu erklären, wenn wesentliche Teile derselben als rechtswidrig zu qualifizieren sind (im Zusammenhang mit Zuschlagskriterien siehe EuGH 4.12.2003, C-448/01, EVN und Wienstrom, Rz 94 f).

1. 4.Ziffer 4

Gebührenersatz durch den Auftraggeber

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) 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." § 319. (1) 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

1. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung

stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 750,-- (€ 500,-- für den Nachprüfungsantrag und € 250,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. April 2013, N/0026-BVA/13/2013-EV6 als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß § 319 BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen. Die Antragstellerin hat an Pauschalgebühren € 750,-- (€ 500,-- für den Nachprüfungsantrag und € 250,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) entrichtet. Da sowohl dem Antrag auf einstweilige Verfügung (mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. April 2013, N/0026-BVA/13/2013-EV6 als auch nunmehr dem Hauptantrag stattgegeben wurde, war gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 dem Auftraggeber der Gebührenersatz aufzuerlegen.

Zuletzt aktualisiert am

20.12.2013

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