

TE Verg Bescheid 2011/6/16 VKS-4822/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.06.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa und Z32 litd

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §85

BVergG 2006 §108

BVergG 2006 §118 Abs6

BVergG 2006 §126 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 85 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H, ***, vertreten durch Stock Rafaseder Gruszkiewicz Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur "Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade in der SWR", KAV-SWR-01/11, durch die Stadt Wien - Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Serviceeinheit Wäsche und Reinigung Facility Group, Steinbruchstraße 35, 1140 Wien, wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 21.4.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 4.5.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.aa und Z 32 lit.d, 4, 12 Abs. 3, 79 Abs. 3, 85, 108, 118 Abs. 6, 126 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a und Ziffer 32, Litera d,, 4, 12 Absatz 3, 79, Absatz 3, 85, 108, 118, Absatz 6, 126, Absatz eins, BVergG 2006

Begründung:

Die Stadt Wien - Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade in der SWR (Serviceeinheit Wäsche und Reinigung) in Wien 14. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin beteiligt und nach Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig ein Angebot gelegt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen.

Im Schreiben vom 21.4.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Danach soll der Zuschlag dem nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Unternehmen aufgrund des "Bestbieterprinzips" erteilt werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.4.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006

auszuscheiden gewesen wäre. Dazu führt sie aus, sie sei bei der Angebotseröffnung nicht anwesend gewesen. Aufgrund ihrer telefonischen Anfrage habe ihr die Antragstellerin am 18.4.2011 in einem E-Mail die Angebotsergebnisse mitgeteilt. Dabei sei bei dem Unternehmen *** GmbH neben der Angebotssumme vermerkt gewesen "Begleitschreiben (Terminprobleme), vorz. Ausz. HRL". Aus der E-Mail sei hervorgegangen, dass das an zweiter Stelle gereichte Angebot der Antragstellerin alle Anforderungen erfüllt habe. Am 21.4.2011 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom gleichen Tage zugegangen, in der angeführt worden sei, dass das Unternehmen *** nach dem "Bestbieterprinzip" den Zuschlag erhalten solle. Daraufhin habe der Projektleiter der Antragstellerin den Vertreter der Antragsgegnerin telefonisch kontaktiert und darauf hingewiesen, dass in der E-Mail vom 18.4.2011 bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Mängel angeführt seien. Eine Übermittlung des Angebotseröffnungsprotokolls ist nicht erfolgt. Daraufhin sei ihm mitgeteilt worden, dass die Antragsgegnerin nicht beabsichtige die Zuschlagsentscheidung zurück zu ziehen. Es liege im gegenständlichen Fall ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, da die präsuntive Zuschlagsempfängerin erklärt habe, den Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung abschließen zu wollen, dies vor allem in der Hinsicht, dass der Auftrag nicht zu den in der Ausschreibung genannten Terminen erfüllt werden könne und eine vorzeitige Auszahlung des Hafrücklasses begehrt werde. Derartige Angebote seien einer Verbesserung nicht zugänglich sondern auszuscheiden. Nach Ausscheiden des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als Zweitgereichte den Zuschlag erhalten. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 28.4.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen wäre. Dazu führt sie aus, sie sei bei der Angebotseröffnung nicht anwesend gewesen. Aufgrund ihrer telefonischen Anfrage habe ihr die Antragstellerin am 18.4.2011 in einem E-Mail die Angebotsergebnisse mitgeteilt. Dabei sei bei dem Unternehmen *** GmbH neben der Angebotssumme vermerkt gewesen "Begleitschreiben (Terminprobleme), vorz. Ausz. HRL". Aus der E-Mail sei hervorgegangen, dass das an zweiter Stelle gereichte Angebot der Antragstellerin alle Anforderungen erfüllt habe. Am 21.4.2011 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom gleichen Tage zugegangen, in der angeführt worden sei, dass das Unternehmen *** nach dem "Bestbieterprinzip" den Zuschlag erhalten solle. Daraufhin habe der Projektleiter der Antragstellerin den Vertreter der Antragsgegnerin telefonisch kontaktiert und darauf hingewiesen, dass in der E-Mail vom 18.4.2011 bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin Mängel angeführt seien. Eine Übermittlung des Angebotseröffnungsprotokolls ist nicht erfolgt. Daraufhin sei ihm mitgeteilt worden, dass die Antragsgegnerin nicht beabsichtige die Zuschlagsentscheidung zurück zu ziehen. Es liege im gegenständlichen Fall ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vor, da die präsuntive Zuschlagsempfängerin erklärt habe, den Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung abschließen zu wollen, dies vor allem in der Hinsicht, dass der Auftrag nicht zu den in der Ausschreibung genannten Terminen erfüllt werden könne und eine vorzeitige Auszahlung des Hafrücklasses begehrt werde. Derartige Angebote seien einer Verbesserung nicht zugänglich sondern auszuscheiden. Nach Ausscheiden des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin müsste die Antragstellerin als Zweitgereichte den Zuschlag erhalten.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, Berücksichtigung ihres Angebotes für die Zuschlagsentscheidung sowie letztlich im Recht auf Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten verletzt. Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein erheblicher, nicht wieder gut zu machender Schaden durch Entgang eines im Antrag näher bezifferten Gewinns, Verlust der Kosten der Angebotslegung sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Die Antragstellerin würde überdies einen für sie bedeutsamen Referenzauftrag verlieren.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 4.5.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 6.5.2011 ist die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie habe ein vollständiges, fehlerloses und widerspruchsfreies Angebot abgegeben. Insbesondere habe sie keine Ausschreibungsbedingungen verändert oder gestrichen. Der Inhalt des Begleitschreibens sei nicht als Vertragsbedingung bezeichnet worden, ihm sei auch nicht zu

entnehmen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wollte. Es sei im Begleitschreiben lediglich die Lieferung der Lamellen für den Fall, dass Sonderprofile erforderlich würden, als "terminlich problematisch" bezeichnet worden. Daraus habe sich für die Antragsgegnerin eine Unklarheit ergeben, weshalb die Teilnehmerechte um Aufklärung ersucht worden sei. Mit Schreiben vom 21.4.2011 habe die Teilnehmerechte klargestellt, dass der Terminplan eingehalten werde. Hinsichtlich des Haftrücklasses habe die Teilnehmerechte nicht den Ausschreibungsbedingungen widersprochen, insbesondere niemals die Einbehaltung eines Haftrücklasses in Abrede gestellt. Sie habe lediglich ersucht - unverbindlich - ob der Haftrücklass im Zuge der Schlussrechnung durch eine Bankgarantie ersetzt werden könnte. Eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen könne darin nicht erblickt werden.

Mit Schreiben vom 9.5.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge beantragt und ausgeführt, ein Grund, das Angebot der Teilnehmerechten auszuschneiden, läge nicht vor. Das Angebot habe weder den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen noch sei in irgendeiner Form ein Teil-, Alternativ- oder Abänderungsangebot vorgelegen. Im Begleitschreiben zum Angebot habe die Teilnehmerechte zwei Themen behandelt, nämlich den Haftungsrücklass und den in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Terminplan. Es sei objektiv erkennbar gewesen, dass die Teilnehmerechte damit nicht von den Ausschreibungsunterlagen abweichen wollte. Zum Haftungsrücklass habe es sich um die Frage gehandelt, in welcher Form dieser zu erlegen sei, weil dazu in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung getroffen worden ist. Die Sicherstellung eines Haftungsrücklasses durch eine Bankgarantie sei zulässig. Die Ausführungen zum Bauzeitplan im Begleitschreiben seien für die Antragsgegnerin wegen ihrer "eigenwilligen Syntax und Verworrenheit des ersten Satzes" nicht verständlich gewesen. Sie habe deshalb die Teilnehmerechte zur Aufklärung aufgefordert. Diese sei am 21.4.2011 erfolgt, worin die Teilnehmerechte klargestellt habe, dass sie den vorgegebenen Terminplan einhalten werde. Damit sei ein Grund, der eine Ausscheidung des Angebotes der Teilnehmerechten rechtfertigen würde, nicht gegeben.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16.6.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellung:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade ihrer Serviceeinheit Wäsche und Reinigung in Wien 14. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 15.4.2011, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Der Auftrag soll - ohne dass dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt worden wäre - nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Insgesamt haben sich vier Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Die Antragstellerin war bei der Angebotseröffnung nicht anwesend. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als billigstes verlesen. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006) ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade ihrer Serviceeinheit Wäsche und Reinigung in Wien 14. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 15.4.2011, 10 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Der Auftrag soll - ohne dass dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt worden wäre - nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Insgesamt haben sich vier Bieter am Verfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Die Antragstellerin war bei der Angebotseröffnung nicht anwesend. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot als preislich an zweiter Stelle liegend, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als billigstes verlesen.

Im Deckblatt SR 75 zu den Ausschreibungsunterlagen ist im Punkt 8 (Seite 3) festgelegt, dass die Bieter anerkennen, "dass zur Sicherung der mir (uns) obliegenden Gewährleistungsverpflichtungen ein Haftrücklass in der Höhe von 2% der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme (Gesamtpreis zzgl. österreichischer Umsatzsteuer) aufgerundet auf volle Euro 100 auf die Dauer der Gewährleistungsfrist zurückbehalten wird".

Nach der Leistungsbeschreibung ist die Sonnenschutzanlage mit starren, horizontal oder leicht geneigten, korrosionsbeständigen Großlamellen aus stranggepressten Aluminiumprofilen zu errichten. Die Lamellen können

einen ellipsenförmigen oder rechteckigen Querschnitt aufweisen. In Abhängigkeit der gewählten Lamellenquerschnitte ist eine Beschattungsberechnung zu erstellen (Leistungsverzeichnis Seite 7, OG 01.32.13Z).

Mit ihrem Angebot hat die Teilnahmeberechtigte folgendes Schreiben abgegeben:

"Sollte ein Hafrücklass einbehalten werden, ersuchen wir bei Legung der Schlussrechnung inklusive Beibringung der Bankgarantie um vorzeitige Auszahlung des Hafrücklasses.

Zu dem Bauzeitplan halten wir fest, dass für die erste Bauphase nach den Ergebnissen der bauphysikalischen Beschattungsberechnung, eventuell Sonderprofile ergeben und keine Regelquerschnitte betreffen, wird die Lieferung der Lamellen terminlich problematisch. Wir schlagen in dem Fall vor die Unterkonstruktion vorzubereiten und die Lamellen etwaig später zu montieren".

Bei der Angebotseröffnung am 15.4.2011 war die Antragstellerin nicht anwesend. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde beim Angebot der Teilnahmeberechtigten auch das Begleitschreiben verlesen. Dazu hat die Antragsgegnerin in der Niederschrift über die Angebotseröffnung beim Angebot der Teilnahmeberechtigten in der Spalte Anmerkungen festgehalten: "vorz. Ausz., Hafrücklass, Terminproblem, Datenträger fehlt".

Nach Angebotseröffnung hat die Antragstellerin ersucht, ihr die Ergebnisse mitzuteilen. Dies ist mit einer E-Mail der Antragsgegnerin vom 18.4.2011 geschehen, die als Beilage 2 auch dem einleitenden Schriftsatz angeschlossen ist. Danach findet sich bei der Teilnahmeberechtigten neben der Angebotssumme die Anmerkung "Begleitschreiben (Terminprobleme), vorz. Ausz. HRL".

Eine Übermittlung des Angebotseröffnungsprotokolls ist ebenso wenig erfolgt wie eine Abschrift/Kopie des verlesenen Begleitschreibens. Die Angebote sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin wurden rechnerisch überprüft, ebenso hinsichtlich Befugnis, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und in allen Punkten für in Ordnung gefunden. Hinsichtlich des zweiten Absatzes des Begleitschreibens zum Angebot der Teilnahmeberechtigten haben sich für die Antragsgegnerin Zweifel ergeben, wie dieser Absatz zu verstehen sei. Die Teilnahmeberechtigte wurde daher am 20.4.2011 aufgefordert, diesbezüglich eine konkrete Aussage zu treffen. Daraufhin hat die Teilnahmeberechtigte mit Fax vom 21.4.2011 mitgeteilt, "dass der Termin der ersten Bauphase eingehalten werden kann, Voraussetzung ist, dass die Lamelle pulverbeschichtet, wie in der Ausschreibung beschrieben, ausgeführt wird". Im Angebot der Teilnahmeberechtigten werden die Lamellen entsprechend den Festlegungen im Leistungsverzeichnis uneingeschränkt angeboten.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin in der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 21.4.2011 ihre Beurteilung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten ausführlich festgehalten, insbesondere dass von der Teilnahmeberechtigten eine fristgerechte Fertigstellung ausdrücklich zugesagt worden sei.

Daraufhin ist die Zuschlagsentscheidung vom 21.4.2011, die der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen ist, ergangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 28.4.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne der Regelung des § 18 WVRG 2007. Daraufhin ist die Zuschlagsentscheidung vom 21.4.2011, die der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen ist, ergangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 28.4.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren im Sinne der Regelung des Paragraph 18, WVRG 2007.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten sowie die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 16.6.2011. Die Feststellungen zum Ersuchen der Antragstellerin, ihr die Ergebnisse der Angebotseröffnung mitzuteilen, konnten zwar mangels Dokumentation nicht den Vergabeakten entnommen werden; diesbezüglich ist der Senat den unbedenklichen Angaben der Antragstellerin gefolgt, zumal sie auch die E-Mail der Antragsgegnerin vom 18.4.2011 bereits mit ihrem einleitenden Schriftsatz als Beilage 2 vorlegen konnte. Dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten an erster Stelle zu reihen war, wurde von der Antragstellerin nicht bestritten.

Rechtlich hat der Senat diesen Sachverhalt wie folgt beurteilt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade ihrer Serviceeinheit Wäsche und Reinigung in Wien 14. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Angebotsende war der 15.4.2011. Insgesamt haben sich vier Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Angebotslegung am Verfahren beteiligt. Das Angebot der Antragstellerin wurde als preislich an zweiter Stelle, jenes der Teilnehmereberechtigten an erster Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Herstellung, Lieferung und Montage eines Sonnenschutzes an der Ostfassade ihrer Serviceeinheit Wäsche und Reinigung in Wien 14. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Angebotsende war der 15.4.2011. Insgesamt haben sich vier Bieter, darunter die Antragstellerin, durch Angebotslegung am Verfahren beteiligt. Das Angebot der Antragstellerin wurde als preislich an zweiter Stelle, jenes der Teilnehmereberechtigten an erster Stelle liegend verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, soweit ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit.a sublit.aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 21.4.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 28.4.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, soweit ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Ihr Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 21.4.2011 im Faxwege zugekommen ist, ist der am 28.4.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, WVRG 2007. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

Das Begleitschreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat Ausführungen zu dem im SR 75 vorgesehenen Haftrücklass sowie zum Bauzeitplan enthalten.

Nach Punkt 8 des Angebotsdeckblattes SR 75 hatten die Bieter zuzustimmen, dass im Fall der Auftragserteilung zur Sicherstellung der ihnen obliegenden Gewährleistungsverpflichtungen ein Haftrücklass in der Höhe von 2% der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme auf die Dauer der Gewährleistungsfrist zurückbehalten wird. Nach § 2 Z 32 lit.d BVergG 2006 ist der Haftungsrücklass eine Sicherstellung für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm aus der

Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt. Nach § 85 Abs. 1 BVergG 2006 sind Arten der Sicherstellung unter anderem auch der Haftungsrücklass. Dazu bestimmt Abs. 2 leg.cit., dass dann, wenn ein Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber verlangt wird, in den Ausschreibungsunterlagen als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen ist. Diese kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Offenbar ausgehend von dieser Bestimmung hat die Teilnahmeberechtigte im zweiten Absatz ihres Begleitschreibens ersucht, einer vorzeitigen Auszahlung des Haftrücklasses gegen gleichzeitige Beibringung einer Bankgarantie zuzustimmen. Zutreffend verweisen in diesem Zusammenhang die Teilnahmeberechtigte und die Antragsgegnerin darauf, dass mit dieser Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung dahingehend erfolgt ist, in welcher Form der Haftungsrücklass beizubringen ist. Wenn auch die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen als Mittel zur Sicherstellung nicht eine Bankgarantie festgelegt hat, wie dies § 85 Abs. 2 BVergG 2006 entsprochen hätte, schließt die Festlegung in Punkt 1.8 des SR 75 eine Sicherstellung für Gewährleistungsansprüche in Form einer Bankgarantie nicht aus. Durch eine auf die Dauer der Gewährleistung gegebene Bankgarantie sind allfällige Ansprüche aus Gewährleistungen auch nach Legung der Schlussrechnung jedenfalls ausreichend gesichert. Im Ersuchen der Teilnahmeberechtigten um vorzeitige Auszahlung des Haftrücklasses gegen Beibringung einer entsprechenden Bankgarantie ist daher ein Abgehen von den Ausschreibungsbedingungen nicht zu erblicken. Nach Punkt 8 des Angebotsdeckblattes SR 75 hatten die Bieter zuzustimmen, dass im Fall der Auftragserteilung zur Sicherstellung der ihnen obliegenden Gewährleistungsverpflichtungen ein Haftrücklass in der Höhe von 2% der Schluss- bzw. Teilschlussrechnungssumme auf die Dauer der Gewährleistungsfrist zurückbehalten wird. Nach Paragraph 2, Ziffer 32, Litera d, BVergG 2006 ist der Haftungsrücklass eine Sicherstellung für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt. Nach Paragraph 85, Absatz eins, BVergG 2006 sind Arten der Sicherstellung unter anderem auch der Haftungsrücklass. Dazu bestimmt Absatz 2, leg.cit., dass dann, wenn ein Mittel zur Sicherstellung vom Auftraggeber verlangt wird, in den Ausschreibungsunterlagen als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen ist. Diese kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Offenbar ausgehend von dieser Bestimmung hat die Teilnahmeberechtigte im zweiten Absatz ihres Begleitschreibens ersucht, einer vorzeitigen Auszahlung des Haftrücklasses gegen gleichzeitige Beibringung einer Bankgarantie zuzustimmen. Zutreffend verweisen in diesem Zusammenhang die Teilnahmeberechtigte und die Antragsgegnerin darauf, dass mit dieser Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung dahingehend erfolgt ist, in welcher Form der Haftungsrücklass beizubringen ist. Wenn auch die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungsunterlagen als Mittel zur Sicherstellung nicht eine Bankgarantie festgelegt hat, wie dies Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 entsprochen hätte, schließt die Festlegung in Punkt 1.8 des SR 75 eine Sicherstellung für Gewährleistungsansprüche in Form einer Bankgarantie nicht aus. Durch eine auf die Dauer der Gewährleistung gegebene Bankgarantie sind allfällige Ansprüche aus Gewährleistungen auch nach Legung der Schlussrechnung jedenfalls ausreichend gesichert. Im Ersuchen der Teilnahmeberechtigten um vorzeitige Auszahlung des Haftrücklasses gegen Beibringung einer entsprechenden Bankgarantie ist daher ein Abgehen von den Ausschreibungsbedingungen nicht zu erblicken.

Was die Ausführungen im dritten Absatz des Begleitschreibens zum Bauzeitplan anlangt, ist der Antragsgegnerin zuzustimmen, dass der objektive Erklärungswert dieses Absatzes wegen der "eigenwilligen Syntax und Verworrenheit des ersten Satzes" unklar war. Jedenfalls kann daraus eine eindeutige Erklärung dahingehend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage wäre, den Bauzeitplan einzuhalten, nicht abgeleitet werden. Grundsätzlich ist nach § 108 Abs. 2 BVergG 2006 davon auszugehen, dass ein Bieter mit der Abgabe seines Angebotes erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen, über die erforderlichen Befugnisse zur Ausübung des Auftrages zu verfügen und dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt. Damit war die Antragsgegnerin geradezu verpflichtet, Aufklärung hinsichtlich dieser unklaren Ausführungen im Begleitschreiben zu verlangen. Insofern ist von einem behebbaren Mangel im Angebot der Teilnahmeberechtigten auszugehen. Die Antragsgegnerin ist ihrer Verpflichtung nach § 126 Abs. 1 BVergG 2006 nachgekommen und hat die Teilnahmeberechtigte um Aufklärung zu ihren Ausführungen betreffend den Bauzeitplan schriftlich ersucht. Die von der Teilnahmeberechtigten erteilte schriftliche Auskunft hat jedenfalls eine eindeutige Klarstellung ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte den Termin der ersten Bauphase jedenfalls einhalten wird. Diese

Auskunft ist ordnungsgemäß der Niederschrift über die Angebotsprüfung beigelegt. Damit ist klargestellt, dass im Angebot der Teilnehmberechtigten eine Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen nicht vorliegt und damit auch ein Ausscheidungsgrund nicht gegeben ist. Was die Ausführungen im dritten Absatz des Begleitschreibens zum Bauzeitplan anlangt, ist der Antragsgegnerin zuzustimmen, dass der objektive Erklärungswert dieses Absatzes wegen der "eigenwilligen Syntax und Verworrenheit des ersten Satzes" unklar war. Jedenfalls kann daraus eine eindeutige Erklärung dahingehend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage wäre, den Bauzeitplan einzuhalten, nicht abgeleitet werden. Grundsätzlich ist nach Paragraph 108, Absatz 2, BVergG 2006 davon auszugehen, dass ein Bieter mit der Abgabe seines Angebotes erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen zu kennen, über die erforderlichen Befugnisse zur Ausübung des Auftrages zu verfügen und dass er die ausgeschriebenen Leistungen zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt. Damit war die Antragsgegnerin geradezu verpflichtet, Aufklärung hinsichtlich dieser unklaren Ausführungen im Begleitschreiben zu verlangen. Insofern ist von einem behebbaren Mangel im Angebot der Teilnehmberechtigten auszugehen. Die Antragsgegnerin ist ihrer Verpflichtung nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 nachgekommen und hat die Teilnehmberechtigte um Aufklärung zu ihren Ausführungen betreffend den Bauzeitplan schriftlich ersucht. Die von der Teilnehmberechtigten erteilte schriftliche Auskunft hat jedenfalls eine eindeutige Klarstellung ergeben, dass die Teilnehmberechtigte den Termin der ersten Bauphase jedenfalls einhalten wird. Diese Auskunft ist ordnungsgemäß der Niederschrift über die Angebotsprüfung beigelegt. Damit ist klargestellt, dass im Angebot der Teilnehmberechtigten eine Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen nicht vorliegt und damit auch ein Ausscheidungsgrund nicht gegeben ist.

Wenn auch in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt wurde, nach welchen Kriterien der Zuschlag erteilt werden soll, die Antragsgegnerin in ihrer Zuschlagsentscheidung zwar von einer Vergabe "aufgrund des Bestbieterprinzips" spricht, war im Sinne des § 79 Abs. 3 letzter Satz BVergG 2006, davon auszugehen, dass mangels Festlegung des Zuschlagsprinzips der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Zu bemerken ist weiters, dass nach § 118 Abs. 6 BVergG 2006 allen Bietern "so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren" über formlose Aufforderung eine Abschrift der Niederschrift zur Angebotsöffnung auszufolgen ist. Zu den Bietern, die an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren, sind auch jene Bieter zu zählen, die ein Angebot fristgerecht gelegt haben, jedoch an der Angebotseröffnung unmittelbar nicht teilgenommen haben. Es wäre daher vorliegend der Antragstellerin die Abschrift der Niederschrift über die Angebotsöffnung auszufolgen gewesen, wobei zum Inhalt der Niederschrift auch alle Begleitschreiben und Erklärungen, die im Zuge der Angebotseröffnung verlesen wurden, gehören. Wenn auch in den Ausschreibungsunterlagen nicht festgelegt wurde, nach welchen Kriterien der Zuschlag erteilt werden soll, die Antragsgegnerin in ihrer Zuschlagsentscheidung zwar von einer Vergabe "aufgrund des Bestbieterprinzips" spricht, war im Sinne des Paragraph 79, Absatz 3, letzter Satz BVergG 2006, davon auszugehen, dass mangels Festlegung des Zuschlagsprinzips der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Zu bemerken ist weiters, dass nach Paragraph 118, Absatz 6, BVergG 2006 allen Bietern "so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren" über formlose Aufforderung eine Abschrift der Niederschrift zur Angebotsöffnung auszufolgen ist. Zu den Bietern, die an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren, sind auch jene Bieter zu zählen, die ein Angebot fristgerecht gelegt haben, jedoch an der Angebotseröffnung unmittelbar nicht teilgenommen haben. Es wäre daher vorliegend der Antragstellerin die Abschrift der Niederschrift über die Angebotsöffnung auszufolgen gewesen, wobei zum Inhalt der Niederschrift auch alle Begleitschreiben und Erklärungen, die im Zuge der Angebotseröffnung verlesen wurden, gehören.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung erweist sich aus den dargelegten Gründen als im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen stehend und somit vergaberechtskonform. Ein Grund, der zur Ausscheidung des Angebotes der Teilnehmberechtigten führen müsste, liegt nicht vor, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 4.5.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 4.5.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung; Abweisung; Haftungsrücklass; Sicherstellung; Bankgarantie; Aufklärung bei Unklarheiten im Begleitschreiben; Niederschrift über die Angebotseröffnung;

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

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