

TE Verg Bescheid 2009/9/15 N/0083-BVA/12/2009-32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.09.2009

Norm

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §254

BVergG 2006 §263 Abs3

BVergG 2006 §263 Abs4

BVergG 2006 §267 Abs2

BVergG 2006 §269 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 254 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 263 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 263 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrike Ledòchowski als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Lichtzeichenanlagen EK km 4,962 und 5,102" des Auftraggebers Graz-Köflacher Bahn- und Busbetrieb GmbH, Köflacher Gasse 35-41, 8020 Graz, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 10. August 2009, verbessert eingebracht am 12. August 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 3. August 2009, den Zuschlag an die B*** zu erteilen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 187 Abs 1, 254, 263 Abs 3 und 4, 267 Abs 2, 269 Abs 2, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1, 321 und 325 Abs 1 BVergG 2006 Begründung
Rechtsgrundlage: Paragraphen 187, Absatz eins, 254, 263, Absatz 3 und 4, 267 Absatz 2, 269, Absatz 2, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, 321 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 Begründung

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 10. August 2009, verbessert eingebracht am 12. August 2009, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers zu Gunsten der B*** in Verbindung mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Das Vergabeverfahren sei als Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich ausgeschrieben worden. Das endverhandelte Angebot der Antragstellerin sei günstiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Im Gegensatz zur Feststellung der Ausschreibungsunterlagen, wonach der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei, würden die Zuschlagskriterien ausschließlich kommerzielle Themen berücksichtigen. Eine Beurteilung der sogenannten Life-Cycle-Costs sei basierend auf dem Ersatzteilpreis nicht möglich, da keine definierten Tauschfristen bekannt seien und eine Hochrechnung der heutigen Ersatzteilpreise auf Tauschzeitpunkte nicht möglich sei. Dementsprechend könne dies auch nicht als Bestbieterkriterium herangezogen werden.

Der Auftraggeber führte in einer Stellungnahme vom 11. August 2009 einleitend aus, dass das von der Antragstellerin abgegebene Letztangebot aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien nicht als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot iSd § 271 Abs 1 Z 1 BVergG hervorgegangen sei und diesem folglich der Zuschlag nicht erteilt werden könne. Aufgrund der Erreichung der höheren Punktzahl sei das Angebot der B*** im Hinblick auf die vom Auftraggeber gewählte Beurteilungsmethode als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot iSd § 271 Abs 1 Z 1 BVergG bewertet worden. In der Stellungnahme vom 18. August 2009 verwies der Auftraggeber auf die Ausschreibungsunterlagen, wonach das gegenständliche Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollte. Die in Pkt. 2.3, Teil A der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen festgelegten Zuschlagskriterien sowie deren Beschreibung seien zu keinem Zeitpunkt von der Antragstellerin hinterfragt oder bestritten worden. Der Auftraggeber führte in einer Stellungnahme vom 11. August 2009 einleitend aus, dass das von der Antragstellerin abgegebene Letztangebot aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien nicht als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot iSd Paragraph 271, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG hervorgegangen sei und diesem folglich der Zuschlag nicht erteilt werden könne. Aufgrund der

Erreichung der höheren Punkteanzahl sei das Angebot der B*** im Hinblick auf die vom Auftraggeber gewählte Beurteilungsmethode als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot iSd Paragraph 271, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG bewertet worden. In der Stellungnahme vom 18. August 2009 verwies der Auftraggeber auf die Ausschreibungsunterlagen, wonach das gegenständliche Vergabeverfahren nach dem Bestbieterprinzip erfolgen sollte. Die in Pkt. 2.3, Teil A der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen festgelegten Zuschlagskriterien sowie deren Beschreibung seien zu keinem Zeitpunkt von der Antragstellerin hinterfragt oder bestritten worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wies in der Stellungnahme vom 21. August 2009 ebenfalls auf die Ausschreibungsbestimmungen hin und führte aus, dass für die Erteilung des Zuschlages nicht bloß die Höhe des Kaufpreises entscheidungswesentlich sei. Unrichtig seien auch die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Beurteilung der sogenannten life-cycle-cost basierend auf dem Ersatzteilpreis nicht möglich wäre.

Mit Schriftsatz vom 31. August 2009 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass im Rahmen der am 22. Juli 2009 durchgeführten Verhandlungen der Antragstellerin eine vom Auftraggeber vorbereitete Reservematerialliste überreicht worden sei, die genau in diesem Umfang dem überarbeiteten Umfang beigefügt werden sollte. Diese - im Protokoll zur Verhandlung vom 22. Juli 2009 nicht angeführte Ersatzteilliste - sei der Antragstellerin verbindlich vorgegeben worden. Der Auftraggeber habe mit dieser ausgehändigten Wunschliste die gemäß Pkt. 1.9 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen beschriebenen Anforderungen präzisiert bzw. verändert und den Leistungsumfang in Bezug auf das Reservematerial ausgeweitet. Die Antragstellerin bestritt, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenfalls eine detaillierte Liste zum Ersatzteilepaket überreicht worden sei.

Der Auftraggeber verwies in der Stellungnahme vom 4. September 2009 auf Pkt. 1.9 der Ausschreibungsgrundlagen, wonach eine Ersatzteilliste uneingeschränkt dem Angebot zugrunde zu legen sei. Der Auftraggeber sei davon ausgegangen, dass es einem fachkundigen Bieter aufgrund dieser Bestimmung klar erkennbar sei, welche Ersatzteile für einen ordnungsgemäßen Betrieb anzubieten seien. Dies sei der Antragstellerin offensichtlich nicht bekannt gewesen, da sie lediglich ein einziges Ersatzteil angeführt habe. Folglich habe die Antragstellerin zur Ergänzung aufgefordert werden müssen. Zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine Ersatzteilliste in der Verhandlung vom 22. Juli 2009 vorgelegt worden. Es sei allerdings zu erwähnen, dass die Lichtzeichenanlagen beider Bieter technisch völlig unterschiedlicher Natur seien und folgedessen die Aushändigung einer gleichen Ersatzteilliste nicht möglich gewesen sei. Eine Gegenüberstellung beider Letztangebote habe aber gezeigt, dass eine Vergleichbarkeit der beiden Ersatzteillisten gegeben sei, da zwischen den Angebotssummen lediglich eine Differenz in der Höhe von ca. € 123,- bestehe. In der Folge habe aber die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Nachlass von ca. 40% auf das Ersatzteilepaket gewährt, sodass diese das günstigere Ersatzteilepaket angeboten habe und ihr demnach die volle Punkteanzahl zugesprochen werden hätte müssen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wies in der Stellungnahme vom 7. September 2009 darauf hin, dass - entgegen der Behauptung der Antragstellerin - auch mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die "Reservematerialliste" erst im Zuge der Verhandlung am 22. Juli 2009 besprochen worden sei. Diesbezüglich werde auf die beigeschlossene Liste der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 17. Juli 2009 verwiesen, wobei aus dieser Aufstellung ersichtlich sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorerst Ersatzmaterial für den ordnungsgemäßen Betrieb für zwei Jahre ab Inbetriebnahme in einem ursprünglichen Umfang angeboten habe. Diese Aufstellung sei in der Folge mit B*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) seitens des Auftraggebers anlässlich der Verhandlung vom 22. Juli 2009 erörtert und Wünsche für eine Ausweitung der Ersatzteile an die präsumtive Zuschlagsempfängerin herangetragen worden. Die handschriftlichen Aufzeichnungen des B*** auf der beigeschlossenen Beilage würden den Umfang jener Ersatzteile zeigen, welche vom Auftraggeber in der Folge angesprochen bzw. nachgefragt worden seien. Aufgrund der exponierten Lage der Signalanlagen sowie der zu erwartenden und ursprünglich für die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht klar ersichtlichen Einwirkungen insbesondere durch Blitzschlag sowie indirekten Blitzschlag, habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Folge entschlossen, die benötigten Ersatzteile entsprechend zu rabattieren. Dies gehe letztlich im Ergebnis auch aus dem Verhandlungsprotokoll vom 29. Juli 2009 hervor. Klargestellt sei damit, dass auch gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Umfang des geforderten Ersatzteilkpaketes im Zuge der Verhandlungen präzisiert bzw. ausgeweitet worden sei.

Mündliche Verhandlung vor dem BVA am 9. September 2009

Der Auftraggeber bestätigte zunächst, dass alle Vergabeunterlagen vorgelegt worden seien. Zum im

Verhandlungsprotokoll angeführten Nachtragsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 27. Juli 2009 verwies die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf die in Kopie übermittelte Liste vom 7. September 2009 (OZ 26). Der Auftraggeber bestätigte, dass beide Reservemateriallisten in den Verhandlungen am 22. Juli 2009 ausgestellt worden seien. Die der Antragstellerin übermittelte Liste sei nur deshalb entstanden, weil der Auftraggeber diesbezüglich auf Erfahrungen bei einer bereits bestehenden Anlage ("Schwanberg") zurückgreifen konnte. Mit Ausnahme einer Position (Wert € 1074,-), seien alle daraus ersichtlichen Positionen seitens des Auftraggebers vorgegeben worden. Die Preise seien aus einem bereits bestehenden Ersatzteilangebot (von einem anderen Projekt) übernommen worden. Der Auftraggeber führte diesbezüglich aus, dass es der Antragstellerin offen gestanden wäre, andere Preise anzubieten und weitere Positionen hinzuzufügen. Die Antragstellerin verwies diesbezüglich auf Pkt. 1.9 der Ausschreibungsgrundlagen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin gab an, dass ihr die Liste "Reservematerial" am 22. Juli 2009 vom Auftraggeber, ohne handschriftliche Aufzeichnungen, übergeben worden sei. Zwischen der ersten und zweiten Verhandlung seien die fehlenden Preise und technischen Dokumente von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgereicht worden. In der zweiten Verhandlung am 29. Juli 2009 sei die Reservematerialliste noch präzisiert worden. Verwiesen wurde auf Top 2 des Verhandlungsprotokolls vom 29. Juli 2009. Zum angeführten Preisnachlass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verwies der Auftraggeber auf das Verhandlungsprotokoll vom 29. Juli 2009, Top 3. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestätigte, dass ein Nachlass gewährt worden sei. Eine explizite Prozentangabe sei jedoch nicht genannt worden.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber schrieb die gegenständlichen Leistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb aus. Als Zuschlagssystem wurde gemäß § 217 Abs 1 Z 1 BVergG das Bestbieterprinzip festgelegt. Der Auftraggeber schrieb die gegenständlichen Leistungen im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb aus. Als Zuschlagssystem wurde gemäß Paragraph 217, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG das Bestbieterprinzip festgelegt.

Teil A der Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen sah gemäß Pkt. 2.3 als Zuschlagskriterien (mit Gewichtung) vor:

Angebotspreis (70 Punkte)

Ersatzteilepaket (20 Punkte)

Energieverbrauch der Anlagen in 24 Stunden (10 Punkte)

Das Zuschlagskriterium "Ersatzteilepaket" war wie folgt beschrieben: Der Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis für das Ersatzteilepaket gem. Pkt. 1.9 erhält die volle Punktzahl. Die anderen Bieter erhalten prozentuelle Abschläge im Ausmaß ihrer Abweichung.

Pkt. 1.9 ("Optionen") der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen enthielt insbesondere nachfolgenden Wortlaut: Ersatzmaterial, das für einen ordnungsgemäßen Betrieb für mindestens 2 Jahre ab Inbetriebnahme benötigt wird, damit ein die Anlagenfunktion beeinträchtigender Fehler/eine die Anlagenfunktion beeinträchtigende Störung sofort vor Ort behoben werden kann. Für Baugruppen, die anlagenspezifisch redundant vorhanden sind, ist eine Ersatzlieferung am nächsten Werktag zu garantieren.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Auftragsvergaben der GKB i.d.g.F. (2006) bildeten einen integrierten Vertragsbestandteil (vgl. Pkt. 3.1 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Auftragsvergaben der GKB i.d.g.F. (2006) bildeten einen integrierten Vertragsbestandteil vergleiche Pkt. 3.1 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen).

Pkt. 1.1.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Auftragsvergaben der GKB (2006) sieht nachfolgendes vor:

Die Ausschreibungsunterlagen einschließlich des Leistungsverzeichnisses dürfen weder geändert noch ergänzt werden.

Der Bieter hat das Angebot vollständig und schlüssig, frei von Zahlen und Rechenfehlern abzugeben. Das Angebot ist mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen (z.B. Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen. Schriftliche Angebote sind so auszufertigen, dass Veränderungen (wie ein Verwischen oder ein Entfernen der Schrift

oder des Druckes) bemerkbar oder nachweisbar sind. Korrekturen des Bieters im Angebot können nur vor der Angebotsabgabe erfolgen. Sie müssen eindeutig und klar erkennbar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststeht und nachvollziehbar ist, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist. Sie müssen vom Bieter unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden.

Pkt. 1.2 ("Inhalt der Angebote") der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet:

Für die Mindestanforderungen des Angebots gelten die Bestimmungen der §§ 257 (Oberschwellenbereich) sowie 263 (Unterschwellenbereich) BVergG 2006. Für die Mindestanforderungen des Angebots gelten die Bestimmungen der Paragraphen 257, (Oberschwellenbereich) sowie 263 (Unterschwellenbereich) BVergG 2006.

Pkt. 1.24.3 ("Ausscheidung von Angeboten") der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sieht nachfolgendes vor:

Angebote von Bietern werden ausgeschieden, wenn die in § 269 BVergG 2006 festgelegten Ausscheidungsgründe zutreffen. Angebote von Bietern werden ausgeschieden, wenn die in Paragraph 269, BVergG 2006 festgelegten Ausscheidungsgründe zutreffen.

Der Auftraggeber kann bei Bedarf von sich aus Auskünfte über den Bieter einholen.

Das Ende der Angebotsfrist war mit 15. Juni 2009, 12.00 Uhr, festgelegt. Binnen offener Frist langten zwei Angebote ein:

A*** (= Antragstellerin)

B*** (= präsumtive Zuschlagsempfängerin)

Der angebotene Wert beim "Ersatzteilepaket" belief sich bei der Antragstellerin auf € 1.074,00, jener bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf € 8.756,00.

Am 22. Juli 2009 fanden Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern statt.

Laut Verhandlungsprotokoll vom 22. Juli 2009 wurde bei der Antragstellerin als Verhandlungsergebnis (unter der Überschrift "Besprechung Mängelliste") zur Option Reservematerial wie folgt festgehalten:

1. 1. Ziffer eins

Option Reservematerial fehlt fast vollständig! Das Reservematerial von Schwanberg ist nicht für diese beiden EKSA vorgesehen. Ersatzteilliste wird nachgereicht.

Die von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (in Kopie) übermittelte Ersatzteilliste (vgl. OZ 21) lag dem Verhandlungsprotokoll nicht bei. Laut Verhandlungsprotokoll vom 22. Juli 2009 wurde bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Verhandlungsergebnis (unter der Überschrift "Besprechung Mängelliste") insbesondere festgehalten: Die von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (in Kopie) übermittelte Ersatzteilliste vergleiche OZ 21) lag dem Verhandlungsprotokoll nicht bei. Laut Verhandlungsprotokoll vom 22. Juli 2009 wurde bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Verhandlungsergebnis (unter der Überschrift "Besprechung Mängelliste") insbesondere festgehalten:

1. 5. Ziffer 5

Reservematerial ist nicht vollständig vorhanden. Ersatzangebot wird nachgebessert.

Am 22. Juli 2009 übermittelte die Antragstellerin (mitsamt Begleitschreiben vom 23. Juli 2009) ihr Letztangebot, inklusive der "Option Reservematerial" mit einem Wert von € 14.317,00. Diese Liste ist hinsichtlich Positionen und Werte identisch mit jener Liste, welche der Auftraggeber der Antragstellerin am 22. Juli 2009 (erstellt am 17. Juli 2009, vgl. Vermerk "C***") übergeben hat. Am 22. Juli 2009 übermittelte die Antragstellerin (mitsamt Begleitschreiben vom 23. Juli 2009) ihr Letztangebot, inklusive der "Option Reservematerial" mit einem Wert von € 14.317,00. Diese Liste ist hinsichtlich Positionen und Werte identisch mit jener Liste, welche der Auftraggeber der Antragstellerin am 22. Juli 2009 (erstellt am 17. Juli 2009, vergleiche Vermerk "C***") übergeben hat.

Am 29. Juli 2009 fand eine weitere Verhandlungsrunde zwischen dem Auftraggeber und den Bietern statt. Den Vergabeunterlagen kann nicht entnommen werden, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin ebenfalls ein Letztangebot abgegeben hat.

Laut Verhandlungsprotokoll vom 29. Juli 2009 wurde bei der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin als Verhandlungsergebnis insbesondere festgehalten:

Top 2 Reservematerial:

Unter Berücksichtigung des ursprünglichen Angebotes sowie des Nachtragsangebotes vom 27.07.09 und zuzüglich der o.a. Änderungen ergibt sich eine neue Gesamtsumme hin. Reservematerial von € 14.440,-.

Top 3:

2 % Nachlass im Falle des Zuschlages wird seitens die B*** von der Gesamtsumme gewährt und hin. Reservematerial wird der Gesamtpreis vom ursprünglichen Angebot iHv € 8.756,- vereinbart.

Gemäß Verhandlungsprotokoll vom 29. Juli 2009 wurde bei der Antragstellerin als

Verhandlungsergebnis insbesondere festgehalten:

Top 2:

5 % Nachlass wird von der Gesamtsumme (€ 167.043,- lt. Nachtragsangebot v. 23.7.09) sowie 5 % Nachlass auf die Gesamtsumme Reservematerial (€ 14.317,- lt. Nachtragsangebot v. 23.07.09) im Auftragsfall seitens der A*** gewährt.

Entsprechend der Bestbieterermittlung vom 30. Juli 2009 war schließlich der niedrigere Wert beim Zuschlagskriterium "Ersatzteilepaket" ausschlaggebend dafür, dass die B*** die höhere Gesamtpunkteanzahl (präsumtive Zuschlagsempfängerin: 93,06, Antragstellerin: 88,93) erhielt.

Die Bestbieterermittlung erschöpft sich ausschließlich in der punktemäßigen Vergabe gemäß Pkt. 2.3.2 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen. Eine verbale Beurteilung, insbesondere hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Ersatzteilepaket", liegt dem Vergabeakt nicht bei.

Mit Telefax vom 3. August 2009 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B*** zu erteilen. Begründend wurde ausgeführt, dass gemäß Pkt. 2.3.1 Teil A der Ausschreibungsunterlagen die Gesamtpunkteanzahl des Bestbieters 93,06 betrage. Die Vergabesumme samt Ersatzteilepaket betrage € 177.494,36,- (exkl. Ust.). Dieses Angebot sei im Hinblick auf die vom Auftraggeber gewählte Beurteilungsmethode als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot zu bewerten.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Graz-Köflacher Bahn und Busbetrieb GmbH (GKB). Die GKB ist Sektorenauftraggeber iSd §§ 164 iVm 169 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd §§ 4 iVm 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt ca. € 180.000,-, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß § 180 Abs 3 BVergG vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Graz-Köflacher Bahn und Busbetrieb GmbH (GKB). Die GKB ist Sektorenauftraggeber iSd Paragraphen 164, in Verbindung mit 169 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraphen 4, in Verbindung mit 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt ca. € 180.000,-, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 180, Absatz 3, BVergG vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich für Sektorenauftraggeber. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich für Sektorenauftraggeber. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den

formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Vorab ist festzuhalten, dass die in Pkt. 2.3 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen (Teil A) festgelegten Zuschlagskriterien samt deren Gewichtung - mangels Anfechtung der Ausschreibung binnen offener Frist gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG - Bestandskraft erlangt haben (vgl. dazu den Hinweis in RV 1171 BlgNR 22. GP 138). Vorab ist festzuhalten, dass die in Pkt. 2.3 der Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen (Teil A) festgelegten Zuschlagskriterien samt deren Gewichtung - mangels Anfechtung der Ausschreibung binnen offener Frist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG - Bestandskraft erlangt haben vergleiche dazu den Hinweis in Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138).

Gemäß § 187 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Nach der Rechtsprechung des BVA kommt bei der Ausübung einer Sektorentätigkeit den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens im Verhandlungsverfahren eine besondere Bedeutung zu. Dabei ist unter anderem dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber Berücksichtigung zu schenken (BVA 4.3.2004, 16N-84-14). Dieser setzt nach der Rechtsprechung des EuGH, der wiederum zur Sicherstellung eines einheitlichen Vergaberechts auch im Unterschwellenbereich Bedeutung beizumessen ist, insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz voraus (EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, SIAC Construction Rn 41).

Gemäß § 254 Abs 2 BVergG kann ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Gemäß vierter Satz leg cit ist die vom Sektorenauftraggeber gewählte Vorgangsweise in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Gemäß § 254 Abs 3 BVergG hat der Sektorenauftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden. Gemäß Paragraph 254, Absatz 2, BVergG kann ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Gemäß vierter Satz leg cit ist die vom Sektorenauftraggeber gewählte Vorgangsweise in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Gemäß Paragraph 254, Absatz 3, BVergG hat der Sektorenauftraggeber, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

Entgegen § 254 Abs 2 vierter Satz Satz BVergG ist aus den Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen nicht erkennbar, welche Vorgangsweise der Auftraggeber für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens tatsächlich gewählt hat. Pkt. 2.2 bestimmt lediglich, dass "die Verhandlungen gemäß § 254 Abs 2 BVergG in mehreren Phasen durchgeführt werden können", wobei die erste Verhandlungsrunde am 20.07.2009 stattfinden sollte. Weitere Festlegungen wurden nicht getroffen. Auch hat der Auftraggeber - entgegen § 254 Abs 3 erster Satz BVergG - weder die (schließlich am 29.07.2009 durchgeführte) Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben, noch die beiden Bieter zur letztmaligen Abgabe eines Angebotes ("last and final offer") aufgefordert. Da die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden, müssen sie gemäß § 254 Abs 3 im Sinne der

Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (RV 1171 BlgNR 22. GP 123); schon insoweit hat der Auftraggeber gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen. Entgegen Paragraph 254, Absatz 2, vierter Satz Satz BVergG ist aus den Allgemeinen Ausschreibungsgrundlagen nicht erkennbar, welche Vorgangsweise der Auftraggeber für die Durchführung des Verhandlungsverfahrens tatsächlich gewählt hat. Pkt. 2.2 bestimmt lediglich, dass "die Verhandlungen gemäß Paragraph 254, Absatz 2, BVergG in mehreren Phasen durchgeführt werden können", wobei die erste Verhandlungsrunde am 20.07.2009 stattfinden sollte. Weitere Festlegungen wurden nicht getroffen. Auch hat der Auftraggeber - entgegen Paragraph 254, Absatz 3, erster Satz BVergG - weder die (schließlich am 29.07.2009 durchgeführte) Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben, noch die beiden Bieter zur letztmaligen Abgabe eines Angebotes ("last and final offer") aufgefordert. Da die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden, müssen sie gemäß Paragraph 254, Absatz 3, im Sinne der Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 123); schon insoweit hat der Auftraggeber gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen.

Aus dem Protokoll der Bestbieterermittlung ist ersichtlich, dass die Antragstellerin bei den Zuschlagskriterien "Angebotspreis" sowie "Energieverbrauch der Anlagen in 24 Stunden" jeweils die volle Punktzahl erhalten hat. Ausschlaggebend für die Zuschlagsentscheidung zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war letztlich der angebotene Wert beim Zuschlagskriterium "Ersatzteilepaket". Von insgesamt 100 zu vergebenden Punkten erhielt die Antragstellerin 88,93, die präsumtive Zuschlagsempfängerin 93,06, sodass letztlich ein Punkteabstand von lediglich 4,13 entscheidungsrelevant gewesen ist. Demzufolge war im Nachprüfungsverfahren insbesondere der Umstand zu hinterfragen, warum der seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Erstangebot vom 14. Juli 2009 eingesetzte Wert für das "Ersatzteilepaket" von €

8.756,-- exakt jenem Wert entspricht, der schließlich als Grundlage für die Bestbieterermittlung herangezogen wurde, obwohl die (ergänzend angebotene) neue Gesamtsumme für das Ersatzteilepaket den Betrag von € 14.440,-- ausgewiesen hat (vgl. Verhandlungsergebnis vom 29.7.2009, Top 2). 8.756,-- exakt jenem Wert entspricht, der schließlich als Grundlage für die Bestbieterermittlung herangezogen wurde, obwohl die (ergänzend angebotene) neue Gesamtsumme für das Ersatzteilepaket den Betrag von € 14.440,-- ausgewiesen hat (vergleiche Verhandlungsergebnis vom 29.7.2009, Top 2).

Der Niederschrift des Verhandlungsprotokolls vom 29. Juli 2009 kann zunächst nicht schlüssig entnommen werden, wie es "unter Berücksichtigung des ursprünglichen Angebotes sowie des Nachtragsangebotes vom 27.07.2009" überhaupt zur Gesamtsumme hinsichtlich Reservematerial von € 14.440,-- gekommen ist. Das im Verhandlungsgespräch ausdrücklich angeführte "Nachtragsangebot vom 27.07.2009" liegt - im Gegensatz zum (offenkundigen) Letztangebot der Antragstellerin vom 22.7.2009 - dem Vergabeakt nicht bei. Nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erschöpft sich das sog. "Nachtragsangebot" im Wesentlichen auf eine (dem BVA am 7. September 2009 in Kopie übermittelte) Liste mit der Überschrift "B*** - Reservematerial BUES 2000", aus der Positionen mitsamt (ergänzenden) handschriftlichen Aufzeichnungen entnommen werden können. Abgesehen von dem (seitens des Auftraggebers vorab gedruckten) Hinweis "Erstellt: C*** 17.07.2009" findet sich weder Datum noch Fertigung seitens der Bieterin, womit aber die präsumtive Zuschlagsempfängerin schon gegen die Formerfordernisse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, (vgl. insbesondere Punkt 1.1.2 sowie 1.2 iVm § 263 BVergG) verstoßen hat. Schon um den Anschein einer (den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs widersprechenden) nachträglichen Manipulationsmöglichkeit (von vornherein) auszuschließen, hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr "Nachtragsangebot" jedenfalls mit Datum und rechtsgültiger Unterfertigung versehen müssen; auch insoweit wurden seitens des Auftraggebers die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung iSd § 187 Abs 1 BVergG nicht eingehalten. Der Niederschrift des Verhandlungsprotokolls vom 29. Juli 2009 kann zunächst nicht schlüssig entnommen werden, wie es "unter Berücksichtigung des ursprünglichen Angebotes sowie des Nachtragsangebotes vom 27.07.2009" überhaupt zur Gesamtsumme hinsichtlich Reservematerial von € 14.440,-- gekommen ist. Das im Verhandlungsgespräch ausdrücklich angeführte "Nachtragsangebot vom 27.07.2009" liegt - im Gegensatz zum (offenkundigen) Letztangebot der Antragstellerin vom 22.7.2009 - dem Vergabeakt nicht bei. Nach den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erschöpft sich das sog. "Nachtragsangebot" im Wesentlichen auf eine (dem BVA am 7. September 2009 in Kopie übermittelte) Liste mit der Überschrift "B*** - Reservematerial BUES

2000", aus der Positionen mitsamt (ergänzenden) handschriftlichen Aufzeichnungen entnommen werden können. Abgesehen von dem (seitens des Auftraggebers vorab gedruckten) Hinweis "Erstellt: C*** 17.07.2009" findet sich weder Datum noch Fertigung seitens der Bieterin, womit aber die präsumtive Zuschlagsempfängerin schon gegen die Formerfordernisse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vergleiche insbesondere Punkt 1.1.2 sowie 1.2 in Verbindung mit Paragraph 263, BVergG) verstoßen hat. Schon um den Anschein einer (den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs widersprechenden) nachträglichen Manipulationsmöglichkeit (von vornherein) auszuschließen, hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr "Nachtragsangebot" jedenfalls mit Datum und rechtsgültiger Unterfertigung versehen müssen; auch insoweit wurden seitens des Auftraggebers die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVergG nicht eingehalten.

Aber selbst wenn man - mit den Ergebnissen des Verhandlungsprotokolls vom 29.7.2009 (vgl. Top 2) - davon ausginge, dass die neu vereinbarte Gesamtsumme hinsichtlich Reservematerial beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von € 14.440,- nachvollziehbar und gemäß den Formerfordernissen angeboten worden ist, verbleibt immer noch die Frage nach dem Zustandekommen des (für die Zuschlagsentscheidung letztlich ausschlaggebenden) endgültig vereinbarten neuen Gesamtpreises von € 8.756,-. Dass ein (wie nunmehr vom Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren behaupteter) Preisnachlass in der Höhe von "ca. 40%" seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten worden ist, lässt sich dem Verhandlungsergebnis jedenfalls nicht entnehmen. Aber auch aus der nachträglich angebotenen Ersatzteilliste kann nicht erblickt werden, ob (bzw. in welcher Höhe) die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Preisnachlass gewährt hat. Somit wurde aber auch bei der sog. Vereinbarung des (letztlich zuschlagsentscheidenden) Ersatzteilkontraktes der Grundsatz der Transparenz iSd § 187 Abs 1 BVergG verletzt. Aber selbst wenn man - mit den Ergebnissen des Verhandlungsprotokolls vom 29.7.2009 (vergleiche Top 2) - davon ausginge, dass die neu vereinbarte Gesamtsumme hinsichtlich Reservematerial beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von € 14.440,- nachvollziehbar und gemäß den Formerfordernissen angeboten worden ist, verbleibt immer noch die Frage nach dem Zustandekommen des (für die Zuschlagsentscheidung letztlich ausschlaggebenden) endgültig vereinbarten neuen Gesamtpreises von € 8.756,-. Dass ein (wie nunmehr vom Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren behaupteter) Preisnachlass in der Höhe von "ca. 40%" seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeboten worden ist, lässt sich dem Verhandlungsergebnis jedenfalls nicht entnehmen. Aber auch aus der nachträglich angebotenen Ersatzteilliste kann nicht erblickt werden, ob (bzw. in welcher Höhe) die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Preisnachlass gewährt hat. Somit wurde aber auch bei der sog. Vereinbarung des (letztlich zuschlagsentscheidenden) Ersatzteilkontraktes der Grundsatz der Transparenz iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVergG verletzt.

Gerade unter Berücksichtigung des Vorbringens des Auftraggebers vom 4. September 2009, wonach eine Gegenüberstellung beider Letztangebote gezeigt habe, dass eine Vergleichbarkeit der beiden Ersatzteillisten gegeben sei, da zwischen den Angebotssummen lediglich eine Differenz in der Höhe von ca. € 123,- bestehe, erscheint ein (auffallend hoch gewährter) Preisnachlass von ca. 40% jedenfalls als aufklärungswürdiger Umstand iSv §§ 267 Abs 2 Z 4 iVm 268 Abs 1 und 2 BVergG, der den Auftraggeber zu weiteren (gerichtlich nachvollziehbaren) Prüfungsschritten veranlassen hätte müssen. Gerade unter Berücksichtigung des Vorbringens des Auftraggebers vom 4. September 2009, wonach eine Gegenüberstellung beider Letztangebote gezeigt habe, dass eine Vergleichbarkeit der beiden Ersatzteillisten gegeben sei, da zwischen den Angebotssummen lediglich eine Differenz in der Höhe von ca. € 123,- bestehe, erscheint ein (auffallend hoch gewährter) Preisnachlass von ca. 40% jedenfalls als aufklärungswürdiger Umstand iSv Paragraphen 267, Absatz 2, Ziffer 4, in Verbindung mit 268 Absatz eins und 2 BVergG, der den Auftraggeber zu weiteren (gerichtlich nachvollziehbaren) Prüfungsschritten veranlassen hätte müssen.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei rechtskonformer Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis der Zuschlagsentscheidung gelangt wäre, war die angefochtene Entscheidung gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei rechtskonformer Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis der Zuschlagsentscheidung gelangt wäre, war die angefochtene Entscheidung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

Schlagworte

Ausschreibung, Sektorenbereich, Präklusion, Verhandlungsverfahren, AGB, Grundsatz der Gleichbehandlung und Transparenz, Zuschlagskriterien, Nachtragsangebot, Preisnachlass, vertiefte Angebotsprüfung, Nachvollziehbarkeit der Bestbieterermittlung;

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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