

TE Verg Bescheid 2009/6/19 N/0048-BVA/08/2009-52

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.06.2009

Norm

BVergG 2006 §269 Abs1 Z5

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" der (Sektoren-) Auftraggeberin Flughafen Wien Aktiengesellschaft und der im bezeichneten Vergabeverfahren am 30.4.2009 versandten Ausscheidensentscheidung und der am 11.5.2009 mitgeteilten Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" der (Sektoren-) Auftraggeberin Flughafen Wien Aktiengesellschaft und der im bezeichneten Vergabeverfahren am 30.4.2009 versandten Ausscheidensentscheidung und der am 11.5.2009 mitgeteilten

Zuschlagsentscheidung über die von der Antragstellerin A*** diesbezüglich

gestellten und am 14.5.2009 beim Bundesvergabeamt protokollierten Anträge auf Nichtigerklärung und auf Pauschalgebührenersatz wie folgt entschieden:

Spruch

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 30.4.2009 betreffend das Angebot der Antragstellerin im Rahmen des Verhandlungsverfahrens "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr", wird abgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin vom 30.4.2009 betreffend das Angebot der Antragstellerin im Rahmen des Verhandlungsverfahrens "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 325, Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

II. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der im Rahmen des Verhandlungsverfahrens "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" getroffenen Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin an die "Fa.Initial", der Antragstellerin mitgeteilt am 11.5.2009, wird zurückgewiesen. römisch zwei. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der im Rahmen des Verhandlungsverfahrens "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" getroffenen Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin an die "Fa.Initial", der Antragstellerin mitgeteilt am 11.5.2009, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 320 Abs 1 und 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 320, Absatz eins und 322 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

III. Die Pauschalgebührenersatzbegehren der Antragstellerin betreffend den Ersatz der für die gestellten Nichtigkeitserklärungsanträge und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin werden insgesamt abgewiesen. römisch drei. Die Pauschalgebührenersatzbegehren der Antragstellerin betreffend den Ersatz der für die gestellten Nichtigkeitserklärungsanträge und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin werden insgesamt abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

1.1. Die Auftraggeberin führt seit August 2008 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb betreffend einen Lieferauftrag nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts durch. Beschafft werden sollen dabei Hygieneverbrauchsmaterial wie zB Papierhandtücher, Toilettenpapier, Flüssigseife; und dazugehörige Spender.

In diesem Vergabeverfahren versandte die Auftraggeberin am 30.4.2009 eine Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin und eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B***; wobei die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 30.4.2009 nicht übermittelt erhielt. Die Antragstellerin erfuhr jedoch jedenfalls am 11.5.2009 von der - nunmehr

ihrerseits gleichfalls angefochtenen - Zuschlagsentscheidung.

Die Antragstellerin focht mit einem am 13.5.2009 nach Amtsstundenende eingebrachten und damit am 14.5.2009 gemäß § 13 Abs 5 AVG idF BGBl I 2008/5 protokollierten Schriftsatz die Ausscheidensentscheidung und auch Zuschlagsentscheidung an und begehrte zur Absicherung ihrer Rechtsgestaltungsbegehren eine einstweilige Verfügung (= eV). Die begehrte eV wurde erlassen. Die Antragstellerin focht mit einem am 13.5.2009 nach Amtsstundenende eingebrachten und damit am 14.5.2009 gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 protokollierten Schriftsatz die Ausscheidensentscheidung und auch Zuschlagsentscheidung an und begehrte zur Absicherung ihrer Rechtsgestaltungsbegehren eine einstweilige Verfügung (= eV). Die begehrte eV wurde erlassen.

Das Vergabeverfahren ist weder widerrufen worden noch ist der Zuschlag bislang erteilt worden.

1.2. In einem ersten Verhandlungstermin am 4.6.2009 wurden die die Ausscheidensentscheidung versendende Angestellte der Auftraggeberin, Frau K***; der externe Berater der Auftraggeberin, Herr G***; und der für das Vergabeverfahren bei der Antragstellerin zuständige Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr D***, als Zeugen einvernommen und war die Verhandlung auf 18.6.2009 zu erstrecken, da einerseits Frau K*** am 4.6.2009 unter Wahrheitspflicht Aussagen machte, die einige auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens amtswegig untersuchte

Ausscheidensgründe nicht mehr eindeutig als an Hand dieser Aktenlage verifizierbar erscheinen ließen, und damit andererseits der maßgebliche Einkaufsleiter der Auftraggeberin und Vorgesetzte von Frau K***, Herr W*** nach dem 4.6.2009 weiterhin als potentiell entscheidungsrelevantes Beweismittel erschien und dieser Zeuge am 4.6.2009 verhindert gewesen war, zumal die Antragstellerin ausdrücklich auf dessen Einvernahme beharrte.

Am 18.6.2009 wurden Herr W***, Herr D*** und Frau K*** kontradiktorisch und teilweise gegenüberstellend zur Frage des Vorliegens von Ausscheidensgründen beim Angebot der Antragstellerin, zur Frage des Verzichts auf Ausscheidensgründe bzw zur Frage sonstiger Festlegungen während der Angebotsfrist bzw während der Verhandlungsphase mit Relevanz für den von der Auftraggeberin in der angefochtenen Ausscheidensentscheidung rudimentär herangezogenen Ausscheidensgrund einvernommen.

1.3. Das Ermittlungsverfahren hat folgenden Sachverhalt ergeben:

1.3.1. In Punkt 10. der von der Auftraggeberin im Verhandlungsverfahren versandten Angebotsunterlagen "Ausschreibung" ist das Leistungsverzeichnis enthalten.

Nach allgemeinen Ausführungen im Punkt 10.1. lautet Punkt 10.2. dieser für die Angebotserstellung zu verwendenden Unterlagen, der mit "Artikelbeschreibungen" überschrieben ist, in den hier interessierenden Teilen im Wesentlichen wie folgt:

10.2 Artikelbeschreibungen

10.2.1 Toilettenpapier

2-lagig, Recycling, geprägt,

mindestens 400 Blatt pro Rolle

Blattformat 98 x 124 mm

endverleimt

Farbe: naturweiß oder weiß

Es muss gewährleistet werden, dass das Papier in vorhandene VIE Behältnisse (Außenmaße: H: 57 Cm, B: 14,3 Cm, T: 16 cm) paßt.

10.1.2 Rollenhandtücher

2-lagig, Recycling.

Abrissgröße 21 cm breit, 26 cm lang

mindestens 600 Abrisse pro Rolle

Abrissperforierung

Farbe: weiß, grün, blau

Im Einheitspreis ist einzurechnen:

Eine Ausstattung mit Rollenhandtuchspendern im angegebenen Umfang Punkt 15, inkl. Montagekosten.

Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern innerhalb von 24 Stunden nach Aufforderung.

Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit Montagearbeiten für notwendiges Begleitpersonal im Sicherheitsbereich entstehen und sämtliche Kosten für Ausweise und Sicherheitsschulungen.

10.1.2 Falthandtücher

2-lagig, Recycling,

Blattgröße: 22,5 cm x 24,5 cm

Zick-Zack-Faltung

Paketinhalt mindestens 200 Tücher

Farbe: weiß, grün, blau

10.1.3 Putzpapierrollen

2-lagig , Recycling,

Großrolle

Mindestabrisssgröße: 38 cm lang

Abrissperforierung

mindestens 1.500 Abrisse pro Rolle

Farbe: weiß, grün, blau

10.1.1 Zellstofftücher

einlagig, ungeprägt

Allzwecktuch aus Vliesstoff ,

Z-Falzung

Einzeltuch

Mindesttuchgröße: 29 cm x 38 cm

Paket: Mindestinhalt 500 Tücher

10.2.6 Handseife

Flüssigseife, dermatologisch getestet

Inhalt: mindestens 1 Ltr.

Im Einheitspreis ist einzurechnen:

Eine Ausstattung mit Seifenspendern im angegebenen Umfang (Punkt 15), inkl. Montagekosten.

Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern innerhalb von 24 Stunden nach Aufforderung.

Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit Montagearbeiten für notwendiges Begleitpersonal im Sicherheitsbereich entstehen und sämtliche Kosten für Ausweise und Sicherheitsschulungen.

10.2.7 Duftpatronen

Mindestens pro Patrone 2.800 Raumparfümierungen

Im Einheitspreis ist einzurechnen:

Eine Ausstattung mit Duftspendern im angegebenen Umfang (Punkt 15), inkl. Montagekosten, Batterien und monatliche Wartung.

Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern innerhalb von 24 Stunden nach Aufforderung.

Sämtliche Kosten die im Zusammenhang mit Montagearbeiten für notwendiges Begleitpersonal im Sicherheitsbereich entstehen und sämtliche Kosten für Ausweise und Sicherheitsschulungen.

10.2.8 Hygienebehälter

verschlossenes System, max. Größe: H: 64,5 cm, B: 31.0 cm, T: 20,0 cm desinfizierende oder geruchsbindende Zersetzungsmittel, freistehend.

10.2.8.1 Bürogebäude: Wechsel im 4-Wochen-Rhythmus

10.2.8.2 Passagierbereich: Wechsel nach Frequenz

Frequenz 2007: 7.500 Wechsel bei ca. 270 Behälter

Der Wechsel wird immer am selben Ort vollzogen. Es gibt von VIE dafür ein

vorgesehenes Lager.

Das Entsorgungsgut geht nach erfolgter Abholung in das Eigentum des Auftragnehmers über und wird von diesem schadlos und umweltfreundlich entsorgt. Für den Fall der Nichteinhaltung des gesetzmäßig vorgeschriebenen Entsorgungsablaufes durch den Auftragnehmer übernimmt die Flughafen Wien AG keine Haftung. Im Einheitspreis ist einzurechnen:

Eine Ausstattung mit Hygienebehältern im angegebenen Umfang (Punkt 15), i inkl. Montagekosten.

Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern innerhalb von 24 Stunden nach Aufforderung.

Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit Montagearbeiten für notwendiges Begleitpersonal im Sicherheitsbereich entstehen und sämtliche Kosten für Ausweise und Sicherheitsschulungen.

Danach lautet Punkt 10.3 der Leistungsbeschreibung in den hier interessierenden Teilen im Wesentlichen wie folgt:

10.3. Spendersysteme

10.3.1 Rollenhandtuchspender

Höchstmaße: H:37,0 cm, B:32,0 cm, T:20,5 cm

versperrbar,

Material: Kunststoff, mit Sichtfenster

Farbe: weiß

Diese Spender müssen in bestimmten Bereichen für den Einbau in dafür vorgesehene Schränke (Punkt 10.5) adaptiert werden.

Diese Schränke beinhalten den Rollenhandtuchspender und einen Papierkorb.

10.3.2 Seifenspender

Höchstmaße: H:30 cm, B:16 cm, T:9 cm

versperrbar,

Material: Kunststoff, mit Sichtfenster

Farbe: weiß

bevorzugt mit Drucksystem und Reservebehälter

10.3.3 Duftspender

Höchstmaße: H:22,5 cm, B:15,7 cm, T: 10,5 cm

batteriebetrieben mit Zeit- und Intervalleinstellung

Material: Kunststoff

Farbe: weiß

Zusammenfassend ist daher in Punkt 10.2. der Leistungsbeschreibung ersichtlich, welche Anforderungen insbesondere an das zu liefernde Verbrauchsmaterial (Toilettapapier, Flüssigseife etc) gestellt werden, wobei allein der Punkt 10.2. die Überschrift "Artikelbeschreibungen" trägt, während in Punkt 10.3 der Leistungsbeschreibung die Anforderungen an die diversen Spender zu ersehen sind.

1.3.2. Die Antragstellerin verfasste am 21.10.2008 lt Blg ./2 zum Nachprüfungsantrag ua folgende Anfrage an die Auftraggeberin:

"9.) Sind die in den Artikelbeschreibungen angegebenen Abmessungen (z.T. im mm-Bereich), so wie bei der letzten gegenständlichen Ausschreibung, als cirka-Werte zu verstehen?"

Frau K*** beantwortete diese Anfrage namens der Auftraggeberin am 23.10.2009 lt Blg ./3 zum Nachprüfungsantrag wie folgt:

"Zu Punkt 9.)

Ja, als ca.-Werte

1.3.3. Wiederholend waren für die Seifenspender in Punkt 10.3.2 der Leistungsbeschreibung folgende (Höchst-) Ausmaße verlangt:

Höchstmaße: H:30 cm, B:16 cm, T:9 cm

1.3.4. Die Antragstellerin bot in ihrem im Oktober 2008 verfassten (ersten)

Hauptangebot dieses Verhandlungsverfahrens Spender mit folgenden Ausmaßen an:

Seifenspender Art.Nr 106SPS763Seifenspender "Art".Nr 106SPS763

...

(HxBxT): 330 x 197 x 122 mm

...

Der Seifenspender des Hauptangebots überragt die Höchstausmaße der Leistungsbeschreibung laut dem Hauptangebot beigeschlossener Produktbeschreibung der Antragstellerin in der Höhe also um 30 mm, in der Breite um 37 mm und in der Tiefe um 32 mm.

Die Antragstellerin bot in einem im Oktober 2008 verfassten (ersten) Alternativangebot betreffend Spender in diesem Verhandlungsverfahren einen alternativen Seifenspender mit folgenden Ausmaßen an:

Seifenspender Art.Nr 106SPS002Seifenspender "Art".Nr 106SPS002

...

Dimension (HxBxT): 320 x 110 x 105 mm

...

Der Seifenspender des fraglichen Alternativangebots überragt die Höchstausmaße der Leistungsbeschreibung laut dem Alternativangebot beigelegter Produktbeschreibung der Antragstellerin also in der Höhe also um 20 mm und in der Tiefe um 15 mm.

Die Antragstellerin hat also zusammenfassend bis zum Ablauf der Erstangebotsfrist rechtsverbindlich keine Spender angeboten, die der Leistungsbeschreibung der Auftraggeberin entsprochen hätten.

Ausweislich des Akteninhalts und der Aussagen der vernommenen Zeugen D***, K*** und W*** hat die Antragstellerin bis zum Ende des Vergabeverfahrens und insbesondere auch nicht nach einer zweiten Verhandlungsrunde am 16.2.2009 andere als die gerade beschriebenen Seifenspender angeboten.

1.3.5. Die Auftraggeberin verlangte in der zweiten Verhandlungsrunde am 16.2.2009 kleinere Seifenspender im Vergleich zu den damals angebotenen. Bei dieser zweiten Verhandlungsrunde waren insbesondere die Zeugen K*** und W*** anwesend.

Nach dieser zweiten Verhandlungsrunde wurde der Zeuge W*** in Urlaubsabwesenheit von Herrn D*** vom Vater dieses Geschäftsführers der Antragstellerin angerufen. Herr D-senior*** hatte dabei die Frage, ob bei nicht rechtzeitiger Beibringung des vom Flughafen geforderten kleineren Seifenspenders die Fa D*** ausgeschieden würde.

Der Zeuge W*** hat zu dieser Rückfrage die telefonische Auskunft an Herrn Dsenior*** gegeben, dass er warten werde, bis Herr D*** aus dem Urlaub zurück ist, bis dahin würde das Angebot mit den großen Seifenspendern gelten. Nach dem Versenden der Ausscheidensentscheidung hat Herr W*** gegenüber Herrn D*** angegeben, dass er nicht ausgeschieden hätte, wobei in der Verhandlung am 18.6.2009 diesbezüglich seitens des Zeugen W*** weiters angegeben wurde, dass die Ausscheidensentscheidung auf Basis der Meinung der Rechtsabteilung der Auftraggeberin getroffen wurde.

1.3.6. Es sind keine Tatsachen feststellbar gewesen, die das Tatsachensubstrat dafür liefern würden, dass seitens der Auftraggeberin - ohne vernünftigen Grund, daran zu zweifeln - gegenüber der Antragstellerin rechtsverbindlich darauf verzichtet worden wäre, dass die Seifenspender laut Punkt 10.3.2. der Leistungsbeschreibung die in diesem Ausschreibungspunkt geforderten Höchstausmaße nicht überschreiten dürften.

Es war trotz insbesondere auch schriftlicher Erörterung mit den Parteien gleichfalls nicht erweislich, dass die Antragstellerin auf Basis historischer Geschäftskontakte mit der Auftraggeberin in Vergabeverfahren einbezogen war,

in denen für Spender von Verbrauchsmaterial und insbesondere für Seifenspender Circa - Werte in einer Vergabeunterlage festgelegt gewesen wären; erweislich waren insoweit nur historische Vergabegeschehen mit Maßangaben für Verbrauchsmaterial, wie gegenständlich mitunter in Punkt 10.2. der hier relevanten Leistungsbeschreibung ersichtlich. MaW war nicht erweislich, dass zwischen den Streitteilen ein verfestigtes, objektiv redliches Begriffsverständnis existieren würde, dass in einer Ausschreibung für Seifenspender angegebene Höchstausmaße nur als Circa - Werte zu verstehen sein könnten.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und den Vergabeunterlagen der Auftraggeberin; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw aus notorischen Tatsachen. Zu den Aussagen der vernommenen Zeugen wird insbesondere auf die Verhandlungsniederschriften, lfd Nr 36 und 49 verwiesen.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Die Flughafen Wien Aktiengesellschaft ist unstrittig eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterliegende Sektorenauftraggeberin - §§ 291 Abs 2 iVm 313 BVergG 2006. Die Flughafen Wien Aktiengesellschaft ist unstrittig eine der Vergabekontrolle des Bundesvergabeamts unterliegende Sektorenauftraggeberin - Paragraphen 291, Absatz 2, in Verbindung mit 313 BVergG 2006.

Die Verfahrensparteien wurden nachweislich gemäß § 313 BVergG 2006 über die insoweit bestehenden Mitwirkungspflichten und die diesbezügliche Säumnisentscheidungsbefugnis belehrt. Die Verfahrensparteien wurden nachweislich gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 über die insoweit bestehenden Mitwirkungspflichten und die diesbezügliche Säumnisentscheidungsbefugnis belehrt.

Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidens- und auch Zuschlagsentscheidung gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die Pauschalgebühren gemäß § 318 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 iVm den Sätzen der Verordnung BGBl II 2007/366 nach den bislang unbestritten gebliebenen Behauptungen bezahlt und mit der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung jeweils eine gesondert anfechtbare Entscheidung als angefochten bezeichnet. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidens- und auch Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit den Sätzen der Verordnung BGBl römisch zwei 2007/366 nach den bislang unbestritten gebliebenen Behauptungen bezahlt und mit der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung jeweils eine gesondert anfechtbare Entscheidung als angefochten bezeichnet.

Der Nachprüfungsantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch § 322 Abs 1 BVergG 2006 verlangt werden. Der Nachprüfungsantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 verlangt werden.

Gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, BGBl I 2007/86 findet - im Gefolge der Vergabeverfahrenseinleitung im Sommer 2008 - das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 zur Gänze Anwendung. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2007/86 findet - im Gefolge der Vergabeverfahrenseinleitung im Sommer 2008 - das BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zur Gänze Anwendung.

Bislang wurden weder eine Zuschlagserteilung noch ein Widerruf behauptet und sind auch sonst derartige Tatsachen nicht bekannt, so dass Nachprüfungsentscheidungen gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zulässig erscheinen. Bislang wurden weder eine Zuschlagserteilung noch ein Widerruf behauptet und sind auch sonst derartige Tatsachen nicht bekannt, so dass Nachprüfungsentscheidungen gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zulässig erscheinen.

3.2. Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung

3.2.1. Die Antragstellerin hat bei der gegenständlichen Vergabe nicht jene Seifenspender angeboten, die insgesamt für ein ausschreibungskonformes Angebot erforderlich gewesen wären. Die angebotenen Seifenspender überragen die - von der Antragstellerin innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 unangefochten gelassenen - Höchstausmaße der streitgegenständlichen Leistungsbeschreibung.

Das Ausscheiden erfolgte gemäß § 269 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 daher rechtmäßig. Das Ausscheiden erfolgte gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 daher rechtmäßig.

3.2.2. Da keine Erklärungen feststellbar waren, die als bestandskräftige Festlegung während der Angebotsfrist bzw während der Verhandlungsphase gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 der Auftraggeberin gewertet werden könnten, dass die Höchstausmaße der Seifenspender laut Leistungsbeschreibung nur Circa - Werte wären, konnte das Angebot der Antragstellerin auch mit diesem Argumentarium nicht als ausschreibungskonform erkannt werden; es existieren maW keine Tatsachen, die einen rechtsbeständigen Verzicht auf die Einhaltung einzelner Ausschreibungspunkte begründen könnten - siehe vergleichbar zB VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233. 3.2.2. Da keine Erklärungen feststellbar waren, die als bestandskräftige Festlegung während der Angebotsfrist bzw während der Verhandlungsphase gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 der Auftraggeberin gewertet werden könnten, dass die Höchstausmaße der Seifenspender laut Leistungsbeschreibung nur Circa - Werte wären, konnte das Angebot der Antragstellerin auch mit diesem Argumentarium nicht als ausschreibungskonform erkannt werden; es existieren maW keine Tatsachen, die einen rechtsbeständigen Verzicht auf die Einhaltung einzelner Ausschreibungspunkte begründen könnten - siehe vergleichbar zB VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232 und 0233.

Denn nach der maßgeblichen Vertrauens Theorie gemäß den §§ 863, 914 und 915 ABGB konnte auch aus der Auskunft der Zeugin K*** lt Blg ./3 zum Nachprüfungsantrag, die sich eindeutig auf Artikelbeschreibungen gemäß der Anfrage der Antragstellerin, Blg ./2 zum Nachprüfungsantrag bezog, nicht ohne vernünftigen Restzweifel darauf geschlossen werden, dass die Auftraggeberin eine derartige Auskunft über die unter der Rubrik "Artikelbeschreibungen" in Punkt 10.2. der Leistungsbeschreibungen aufgelisteten Verbrauchsmaterialien hinaus auch auf Spender gemäß Punkt 10.3. der Leistungsbeschreibung beziehen wollte. Dass bei der Antragstellerin Restzweifel über die Ausschreibungskonformität ihres Anbots im Punkte der Seifenspender bestanden, ist dabei insbesondere durch den Kontakt zwischen Herrn D-senior*** und dem Zeugen W*** nach dem 16.2.2009 ersichtlich, in dem aus der Sphäre der Antragstellerin ein Ausscheiden wegen der Seifenspenderausmaße befürchtet wurde. Denn nach der maßgeblichen Vertrauens Theorie gemäß den Paragraphen 863, 914 und 915 ABGB konnte auch aus der Auskunft der Zeugin K*** lt Blg ./3 zum Nachprüfungsantrag, die sich eindeutig auf Artikelbeschreibungen gemäß der Anfrage der Antragstellerin, Blg ./2 zum Nachprüfungsantrag bezog, nicht ohne vernünftigen Restzweifel darauf geschlossen werden, dass die Auftraggeberin eine derartige Auskunft über die unter der Rubrik "Artikelbeschreibungen" in Punkt 10.2. der Leistungsbeschreibungen aufgelisteten Verbrauchsmaterialien hinaus auch auf Spender gemäß Punkt 10.3. der Leistungsbeschreibung beziehen wollte. Dass bei der Antragstellerin Restzweifel über die Ausschreibungskonformität ihres Anbots im Punkte der Seifenspender bestanden, ist dabei insbesondere durch den Kontakt zwischen Herrn D-senior*** und dem Zeugen W*** nach dem 16.2.2009 ersichtlich, in dem aus der Sphäre der Antragstellerin ein Ausscheiden wegen der Seifenspenderausmaße befürchtet wurde.

Auch diese Aussagen des Zeugen W*** konnten gegenständlich nicht als Verzicht der Auftraggeberin auf die Höchstmaße für Seifenspender laut Leistungsbeschreibung gewertet werden.

Denn in diesem Gespräch mit Herrn D-senior*** nach dem 16.2.2009 wurde seitens W*** lediglich ein Zuwarten mit der Ausscheidensbeurteilung zugesagt; und die weitere Aussage nach dem Versenden der Ausscheidensentscheidung seitens W***, dass er nicht ausgeschieden hätte, ist bereits auf Basis ihrer Formulierung im Konjunktiv vor dem Hintergrund des vorangehenden Geschehens und der Ausscheidensentscheidung vom 30.4.2009 objektiv redlich nur dahin zu verstehen, dass dieser Zeuge die getroffene und existente Ausscheidensentscheidung nicht goutieren dürfte.

3.3. Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrags wider die Zuschlagsentscheidung

Da das Angebot der Antragstellerin - wie gerade aufgezeigt - im Ergebnis gerechtfertigt ausgeschieden wurde, droht der Antragstellerin durch die zu Gunsten der Konkurrentin ergangene Zuschlagsentscheidung kein Schaden gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Das diesbezügliche Nichtigkeitsbegehren war daher zurückzuweisen - VwGH

18.3.2009, 2007/04/0095. Da das Angebot der Antragstellerin - wie gerade aufgezeigt - im Ergebnis gerechtfertigt ausgeschieden wurde, droht der Antragstellerin durch die zu Gunsten der Konkurrentin ergangene Zuschlagsentscheidung kein Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das diesbezügliche Nichtigerklärungsbegehren war daher zurückzuweisen - VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095.

3.4. Zum Verfahrensgang

Nach der Verhandlung am 18.6.2009 waren gemäß § 39 Abs 3 AVG keine weiteren Beweisaufnahmen mehr notwendig, zumal die Antragstellerin in Kenntnis der gegenständlich spruchtragenden Tatsachen ist und trotz Aufforderung gemäß § 313 BVergG 2006 keine weiteren Beweisaufnahmen mehr begehrte, die das aufgezeigte Bescheidergebnis abstrakt zu ändern geeignet gewesen wären. Aus selbigem Grund war auch eine weitergehende Akteneinsicht der Antragstellerin nicht mehr erforderlich. Nach der Verhandlung am 18.6.2009 waren gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG keine weiteren Beweisaufnahmen mehr notwendig, zumal die Antragstellerin in Kenntnis der gegenständlich spruchtragenden Tatsachen ist und trotz Aufforderung gemäß Paragraph 313, BVergG 2006 keine weiteren Beweisaufnahmen mehr begehrte, die das aufgezeigte Bescheidergebnis abstrakt zu ändern geeignet gewesen wären. Aus selbigem Grund war auch eine weitergehende Akteneinsicht der Antragstellerin nicht mehr erforderlich.

Insoweit konnte auch die Frage der Erweislichkeit weiterer Ausscheidensgründe auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens iSv VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095 dahingestellt bleiben und musste insbesondere dem seitens der Auftraggeberin in der Verhandlung am 18.6.2009 substantiierten Ausscheidensgrund wegen angeblich mangelhafter Referenzen der Antragstellerin nicht mehr nachgegangen werden.

3.5. Beurteilung der Pauschalgebührenersatzbegehren § 319 Abs 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006 setzen für die Auferlegung von Pauschalgebührenersatz durch die Auftraggeberin hinsichtlich der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin für die ihrerseits gestellten Nichtigerklärungsanträge und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet hat, grundlegend voraus, dass die Antragstellerin mit ihrem jeweilig gestellten Nichtigerklärungsbegehren (zur Gänze bzw zumindest teilweise) obsiegt. 3. 5 . Beurteilung der Pauschalgebührenersatzbegehren Paragraph 319, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 setzen für die Auferlegung von Pauschalgebührenersatz durch die Auftraggeberin hinsichtlich der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin für die ihrerseits gestellten Nichtigerklärungsanträge und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet hat, grundlegend voraus, dass die Antragstellerin mit ihrem jeweilig gestellten Nichtigerklärungsbegehren (zur Gänze bzw zumindest teilweise) obsiegt.

Da die Antragstellerin mit ihren beiden Nichtigerklärungsbegehren weder zur Gänze noch teilweise obsiegt hat, waren die Pauschalgebührenersatzbegehren bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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