

TE Verg Bescheid 2009/4/2 VKS-2353/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.04.2009

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z3 und 16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §108 Abs2

BVergG 2006 §118

BVergG 2006 §126

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 5 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 *** GmbH, ***, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten, Ausschreibungsnummer „AKH/TDR/TMT/O/4/2008 Lieferauftrag Narkosegeräte“, durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vergebende Stelle Allgemeines Krankenhaus der Stadt Wien – Universitätskliniken, Währinger Gürtel 18-20, 1090 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 4.3.2009 wird stattgegeben; die Ausscheidungsentscheidung vom 4.3.2009 wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 17.3.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 2.400,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 26 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 3 und 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 5, 108 Abs. 2, 118, 126 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 26, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 3 und 16 Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 108, Absatz 2, 118, 126, BVergG 2006.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund vertreten durch die vergebende Stelle Allgemeines Krankenhaus – Universitätskliniken (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 18.11.2008, 2008/2-224-298211, als auch im Amtsblatt der Stadt Wien sowie auf der Webseite der Antragsgegnerin ordnungsgemäß erfolgt. Teilnahmeanträge waren bis 28.11.2008, 11.00 Uhr abzugeben. Neben anderen Bietern hat auch die Antragstellerin einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde in der Folge von der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe bis längstens 12.1.2009, 12.00 Uhr aufgefordert. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 40 % und die Qualität mit 60 % gewichtet sind.

Insgesamt haben drei Bieter ihre Angebote rechtzeitig, darunter auch die Antragstellerin, abgegeben. Die Angebotseröffnung fand anschließend an das Angebotsende statt.

Mit Schreiben vom 4.3.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, deren Angebot auszuschneiden. Zusammengefasst wurde von der Antragsgegnerin als Begründung dieser Entscheidung ausgeführt, die Antragstellerin hätte weder ein ausschreibungskonformes Angebot noch ein Angebot mit einem plausibel zusammengesetzten Angebotspreis gelegt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 11.3.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007) eingelangte

Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, im Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen werde im Zusammenhang mit dem vom Bieter anzugebenden Preis festgelegt: „Der Pauschalpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten gemäß Anhang 1 Obergruppe 1 dieser Ausschreibungsunterlage bestehend aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einer) Lade, 1 (einem) Arm für Schlauchset und 1 (einer) Narkosegasabsaugvorrichtung beträgt: ...". Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 11.3.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, im Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen werde im Zusammenhang mit dem vom Bieter anzugebenden Preis festgelegt: „Der Pauschalpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten gemäß Anhang 1 Obergruppe 1 dieser Ausschreibungsunterlage bestehend aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einer) Lade, 1 (einem) Arm für Schlauchset und 1 (einer) Narkosegasabsaugvorrichtung beträgt: ..."

Die Antragstellerin habe Punkt 6 der Ausschreibungsunterlage im Hinblick auf die ausdrückliche Bezugnahme auf die einzelnen Leistungen und Bestandteile bzw. das Zubehör der Narkosegeräte dahingehend verstanden, dass in die vorgesehene Bieterlücke lediglich der Pauschalpreis für ein Gerät und dessen Zubehör einzutragen wäre und dieser angebotene Preis für ein Gerät samt Zubehör von der Auftraggeberin mit 18 (18 Stück Geräte samt Zubehör) multipliziert würde. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin in ihrem Angebot lediglich den Einzelpauschalpreis für ein Narkosegerät samt Zubehör bekannt gegeben. Ein Vertreter der Antragstellerin habe an der Angebotseröffnung am 12.1.2009 teilgenommen. Das Angebot der Antragstellerin sei als erstes verlesen worden. Nach Verlesung des zweiten Angebotes habe der Vertreter der Antragstellerin „das von der Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen veranlasste Missverständnis" erkannt und habe „sofort mündlich dieses Missverständnis" berichtigt. Der Vertreter der Antragstellerin habe der Öffnungskommission bekannt gegeben, dass der verlesene Preis der Antragstellerin der Pauschalpreis für eines der 18 Stück anzubietenden Narkosegeräte samt Zubehör wäre und demnach mit der von der Auftraggeberin angegebenen Stückzahl noch multipliziert werden müsste. Dies habe die Angebotsöffnungskommission in Anwesenheit aller sonstiger Bieter zur Kenntnis genommen und diese ausdrücklich gefragt, ob irgendwelche Einwände hiezu bestünden. Seitens der anderen Bieter seien keine Einwände geltend gemacht worden, der berichtigte Angebotspreis der Antragstellerin sei zu Protokoll genommen worden.

Das Angebot der Antragstellerin habe den zweitniedrigsten Preis aufgewiesen. Über Aufforderung der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 26.1.2009 ihren Standpunkt wiederholt und ausdrücklich festgehalten, dass der Pauschalpreis (netto) für 18 Stück Narkosegeräte Euro *** ohne USt, betrage. Dennoch habe die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung den Standpunkt vertreten, dass der Antragstellerin ein unbehebbarer Mangel unterlaufen wäre, weshalb das Angebot ausgeschieden werden müsste.

Dieser Standpunkt der Antragsgegnerin sei unrichtig, weil ein behebbarer Mangel vorliege, zumal die Antragstellerin sofort bei Erkennen ihres Irrtums noch im Zuge der Angebotseröffnung eine Berichtigung ihres Angebotes vorgenommen habe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Punkt 6 undeutlich formuliert seien und durch die Behebung des Mangels es zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin komme. Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei die Antragstellerin daher in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt worden.

Sollte ihrem Antrag nicht stattgegeben werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden an Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren, an entgangenem Gewinn in branchenüblicher Höhe sowie des mit der Rechtsverfolgung verbundenen Aufwandes. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 17.3.2009 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugeworbenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit ihren Schriftsätzen vom 16.3.2009 und 18.3.2009 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, dass im Zuge der bieteröffentlichen Angebotsöffnung am 12.1.2009 die Angebote

in der Reihenfolge ihres Einlangens verlesen wurden. Der Preis beim Angebot der Antragstellerin wurde gemäß den Angaben im Angebot mit Euro *** (netto) zuzüglich 20 % USt. (***) insgesamt somit mit Euro *** (brutto) verlesen. Trotz ausdrücklicher Frage, ob es Anmerkungen von Seiten der Anwesenden, darunter auch ein Vertreter der Antragstellerin, gibt oder ob nach Ansicht der Bietervertreter Verlesungsfehler passiert seien, sei keinerlei Anmerkung von Seiten der Bietervertreter erfolgt. Erst nach Verlesung des zweiten Angebotes mit einem Angebotspreis von Euro *** (netto) zuzüglich USt. habe der Vertreter der Antragstellerin angemerkt, dass es sich beim verlesenen Angebotspreis der Antragstellerin bei dem Preis von Euro *** (netto) um lediglich 1 (ein) Stück Narkosegerät handelt. Mit E-Mail vom 16.1.2009 (richtig: 26.1.2009) sei die Antragstellerin schließlich zur Klarstellung des Angebotspreises aufgefordert worden. Dieser Forderung sei die Antragstellerin mit Schreiben vom 26.1.2009 nachgekommen, indem sie ausführte, dass sie „der Meinung (war), der Auftraggeber hätte den Nettostückpreis gefordert und würde die entsprechende Multiplikation auf 18 Stück Narkosegeräte selbständig durchführen“. Deshalb sei die „unmittelbare Aussage des Bietervertreters“ der Antragstellerin im Rahmen der Angebotseröffnung vollinhaltlich richtig.

Unter Hinweis auf Pkt. 4.18 „Preis“ und Pkt. 5.4.2 „Preis“ der Ausschreibungsunterlagen vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass keine Rede davon sein könne, dass sie die Bieter im Unklaren darüber gelassen hätte, dass der Preis für 18 Stück Narkosegeräte angeboten werden muss; an keiner Stelle der Ausschreibungsunterlagen fände sich eine Formulierung, aus der sich anderes entnehmen ließe. Eine unklare Ausschreibungsbestimmung liege damit nicht vor, jedem Bieter hätte klar sein müssen, dass der im Pkt. 6 anzubietende Preis alle 18 Narkosegeräte zu umfassen habe. Bei dem Fehler, der der Antragstellerin unterlaufen wäre, handle es sich um einen nicht verbesserungsfähigen Mangel. Insbesondere sei keine Möglichkeit gegeben, eine Mängelbehebung während der Angebotsverlesung vorzunehmen. Es könne auch nicht darauf ankommen, „wann ein Bieter während der Angebotsöffnung richtigstellt“. Ein solches Abstellen auf das zeitliche Zuvorkommen sei willkürlich und würde jenem Bieter, dessen Angebot als erstes verlesen wird, als einzigem eine Verbesserung ermöglichen. Bei allen anderen Bietern müsste ja – denkt man das Vorbringen der Antragstellerin konsequent zu Ende – unterstellt werden, dass mit der „Richtigstellung“ bereits auf die bisherigen Verlesungsergebnisse „reagiert“ wird. Letztlich habe die Antragstellerin den Angebotspreis auch nicht „rechtzeitig – also bei der ersten Gelegenheit – richtiggestellt“. Trotz ausdrücklicher Frage durch die Kommission habe der die Antragstellerin vertretende Mitarbeiter zunächst keinerlei Anmerkungen zum Angebot gemacht bzw. eine Richtigstellung vorgenommen. Dies sei erst nach Verlesung des zweiten Angebotes, und damit nach Bekanntwerden des Angebotspreises eines Konkurrenten, erfolgt. Sofern die Antragstellerin behaupte, dass es sich bei dem gegenständlichen ihr unterlaufenen Fehler um einen bloßen „Rechenfehler handle“, den die Antragsgegnerin gemäß Pkt. 4.19 ihrer Ausschreibungsunterlagen zu berichtigen hätte, liege ein derartiger verbesserungsfähiger Rechenfehler nicht vor.

Abschließend verweist die Antragsgegnerin auf Pkt. 4.18 der Ausschreibungsunterlagen, der ein ausdrückliches „Konzentrationsgebot“ enthalte. Aus all diesen Gründen sei es der Antragsgegnerin untersagt, die Erklärungen der Antragstellerin während der Angebotsöffnung zu berücksichtigen. Sie sei daher genötigt, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der aufgrund des übereinstimmenden Vorbringens der Parteien als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Gegenäußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 2.4.2009 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 Stück Narkosegeräten. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung des Verfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Nachdem aufgrund ihres Teilnahmeantrages die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen war, hat sie in der Folge neben zwei weiteren Bietern ein Angebot abgegeben. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.1.2009, 12.00 Uhr, die Angebotseröffnung fand anschließend statt.

Von den für das Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sind hervorzuheben:

4.18. Preis

Die unter Pkt 6 dieser Ausschreibungsunterlage angebotenen Preise gelten als Pauschalfestpreise und umfassen den definitiven Leistungsgegenstand, also die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten, bestehend aus je aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einem) Arm für Schlauchsets und 1 (einer) Narkoseabsaugvorrichtung.

Gefordert ist ein Preis in Euro inklusive aller Gebühren und Abgabe. Die gesetzliche Umsatzsteuer ist an der dafür vorgesehenen Stelle getrennt auszuweisen.

Nachlässe oder Preisminderungen sind in die Preise zu inkludieren. Weiters sind sämtliche anfallenden Nebenkosten einzupreisen. Erklärungen an anderer Stelle, die Auswirkungen auf den Preis haben, werden bei der Bewertung des Angebots nicht berücksichtigt.

4.19. Rechenfehlerregelung

Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden richtig gestellt; sollte die Berichtigung eines Rechenfehlers zu einer Vorreihung führen, so wird diese vorgenommen werden (vgl § 80 Abs 6 Bverg 2006). Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden richtig gestellt; sollte die Berichtigung eines Rechenfehlers zu einer Vorreihung führen, so wird diese vorgenommen werden vergleiche Paragraph 80, Absatz 6, Bverg 2006).

4.20. Angebotsöffnung

Die Angebotseröffnung findet unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist durch eine vom Auftraggeber gebildete Kommission statt. Die Bieter sind zur Teilnahme berechtigt (§118 Abs 1 BVerG 2006). Jeder Bieter ist verpflichtet, ihm erkennbare Verlesungsmängel unverzüglich zu rügen. Erkennbare, aber nicht gerügte Verlesungsmängel sind saniert. Die Angebotseröffnung findet unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist durch eine vom Auftraggeber gebildete Kommission statt. Die Bieter sind zur Teilnahme berechtigt (§118 Absatz eins, BVerG 2006). Jeder Bieter ist verpflichtet, ihm erkennbare Verlesungsmängel unverzüglich zu rügen. Erkennbare, aber nicht gerügte Verlesungsmängel sind saniert.

5.4.2. Preis

Bewertet wird der unter Pkt 6. dieser Ausschreibungsunterlage angebotene Pauschalfestpreis (netto) für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme der in Anhang 1 OG 1 dieser Ausschreibungsunterlage näher beschriebenen 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräte, bestehend aus je aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einem) Arm für Schlauchset und 1 (einer) Narkosegasabsaugvorrichtung. Das demnach billigste Angebot erhält 40 (vierzig) Punkte. Die nachfolgenden Angebote erhalten in eben jenem Ausmaß weniger Punkte, als sie teurer als das billigste Angebot beim definitiven Leistungsgegenstand sind. Eine Vergabe von Minuspunkten ist ausgeschlossen. Die Bepunktung erfolgt demnach beim definitiven Leistungsgegenstand (Anhang 1, OG 1 dieser Ausschreibungsunterlage) anhand der Formel:

6. PREIS

Der Pauschalfestpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten gemäß Anhang 1 Obergruppe 1 dieser Ausschreibungsunterlage bestehend aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einer) Lade, 1 (einem) Arm für Schlauchset und 1 (einer) Narkosegasabsaugvorrichtung beträgt:

EUR _____

zuzügl EUR - _____ (_____ % USt)

Gesamt EUR _____

Nur im Pkt. 6 der Ausschreibungsunterlagen hatten die Bieter einen Preis, und hier den Gesamtangebotspreis, anzugeben, Preisangaben an anderen Stellen der Angebotsunterlagen sind nicht vorgesehen.

Im Zuge der Angebotseröffnung am 12.1.2009 wurden die drei abgegebenen Angebote in der Reihenfolge ihres zeitlichen Einlangens geöffnet und verlesen. Bei der Angebotseröffnung waren Vertreter aller drei Bieter anwesend. Das Angebot der Antragstellerin wurde als erstes verlesen und auf Seite 4 der Niederschrift auf dem Blatt „verlesener Preis gemäß Pkt. 6 der Ausschreibungsunterlage“, der Beträge von Euro *** zuzüglich Euro *** (20 % USt), gesamt Euro *** festgehalten. Anmerkungen zu diesem Angebot, bzw. Erklärungen die im Anschluss an die Verlesung von einem der anwesenden Bietervertreter, insbesondere vom Vertreter der Antragstellerin abgegeben worden wären, sind auf den das Angebot der Antragstellerin betreffenden Seiten der Niederschrift nicht enthalten.

Anschließend wurde das zweite Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro *** (brutto) verlesen. Auf Blatt 7 der Niederschrift, die das zweite Angebot betrifft, findet sich unter der Spalte „Sonstiges“ handschriftlich eingetragen folgender Vermerk:

„Anmerkung von Hrn. *** (***) beim verlesenen Angebotspreis der Firma *** handelt es sich um den Preis für 1 (ein) Stück Narkosegerät (netto Euro ***).“ Sonstige Erklärungen sind zum Angebot 2 in der Niederschrift nicht festgehalten. Abschließend wurde das Angebot 3 mit einem Gesamtpreis von Euro *** (brutto) verlesen; auch hier finden sich keine weiteren Bemerkungen. Die Niederschrift über die Angebotsöffnung ist von den drei Mitgliedern der Kommission gefertigt.

Es findet sich sodann in den Vergabeakten ein Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom 16.1.2009, die bestimmte Festlegungen im Leistungsverzeichnis bzw. im Angebot der Antragstellerin betreffen. Die Antragstellerin hat diese Aufklärungen fristgerecht und offenbar für die Antragsgegnerin zufriedenstellend gegeben.

Schließlich hat die Antragsgegnerin am 26.1.2009 folgendes E-Mail an die Antragstellerin gerichtet:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Firma *** GmbH hat im „Vergabeverfahren Lieferauftrag Narkosegeräte AKH/TDR/TMT/O/4/2008“ ein Angebot gelegt. Bei der Angebotsöffnung am 12.01.2009, 12:00 Uhr wurden die Preise verlesen.

Ihr angebotener Pauschalpreis (netto) für 18 Stück Narkosegeräte wurde mit *** verlesen. Nach Verlesung des Angebotspreises des zweiten Angebots hat der Bietervertreter der Fa. ***, Hr. ***, angegeben, dass es sich bei dem Angebotspreis der Fa. *** GmbH lediglich um den Stückpreis handle.

Wir ersuchen Sie um Stellungnahme und Klarstellung zur oben angeführten Thematik.“

Dieses Schreiben hat die Antragstellerin noch am gleichen Tage wie folgt beantwortet:

„Wir waren der Meinung, der Auftraggeber hätte den Netto Stückpreis gefordert und würde die entsprechenden Multiplikation auf 18 Stück Narkosegeräte selbständig durchführen. Daher ist die unmittelbare Aussage unseres Bietervertreters bei der Angebotseröffnung, Hr. ***, vollinhaltlich richtig. Der von uns angegebene Nettopreis entspricht den Kosten für ein Narkosegerät, ***, mit der Ausstattung wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert.

Der Pauschalpreis (netto) für 18 Stk. Narkosegeräte beträgt daher € *** exkl. USt.

Wir hoffen, dass diese Klarstellung Ihre Anfrage ausreichend beantwortet.“

Ohne dass ein weiterer Bewertungsvorgang des Angebotes der Antragstellerin aus den Vergabeakten ersichtlich wäre, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 4.3.2009 gegenüber der Antragstellerin ihre Ausscheidungsentscheidung bekannt gegeben. Die Begründung dieser Entscheidung lautet wie folgt:

„Wir bedauern, Ihnen im Vergabeverfahren „AKH/TDR/TMT/O/4/2008 – Lieferauftrag Narkosegeräte“ mitteilen zu müssen, dass das Angebot der *** GmbH vom 12.01.2009 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises und wegen unzulässiger Abweichung von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ausgeschieden werden muss.

Begründung:

Gemäß Pkt. 6 der Ausschreibungsunterlage mussten die Bieter den „Pauschalpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten gemäß Anhang 1 Obergruppe 1

der Ausschreibungsunterlage bestehend aus je 1 (einem) Narkosegerät, 1 (einer) Flaschenhalterung für 2 (zwei) Flaschen, 1 (einer) Lade, 1 (einem) Arm für Schlauchset und 1 (einer) Narkosegasabsaugvorrichtung" anbieten.

Die *** GmbH hat in Ihrem Angebot vom 12.01.2009 den solcherart geforderten Pauschalpreis mit EUR *** (netto) zzgl 20 % USt, sohin gesamt EUR *** (brutto), angegeben. Dieser Preis wurde im Rahmen der Angebotseröffnung vom 12.01.2009 verlesen, wobei der Bietervertreter der *** GmbH unmittelbar nach der Verlesung des Preises keinerlei Anmerkungen zum Angebotspreis gemacht hat. Erst nach Verlesung des zweiten Angebotes hat der Bietervertreter der *** GmbH angemerkt, dass es sich beim verlesenen Angebotspreis der *** GmbH in der Höhe von EUR *** (netto) um den Preis für 1 (ein) Stück – und nicht wie gefordert von 18 (achtzehn) Stück – Narkosegerät(e) handelt. Außerdem hat die *** GmbH mit Schreiben vom 26.01.2009 angegeben, sie sei der Meinung gewesen, der Auftraggeber hätte den Netto Stückpreis gefordert und würde die entsprechende Multiplikation auf 18 Stück Narkosegeräte selbständig durchführen; der Pauschalfestpreis für 18 Stück Narkosegeräte betrage EUR *** (netto).

Sowohl in Pkt 6. der Ausschreibungsunterlage – dort sogar im Fettdruck – als auch in Pkt 4.18. bzw. Pkt 5.4.2. der Ausschreibungsunterlage war unmissverständlich gefordert, dass die Bieter ausschließlich einen Pauschalfestpreis für die zeitgerechte Lieferung, Montage, Einschulung und Inbetriebnahme von 18 (achtzehn) Stück näher beschriebener Narkosegeräte anzubieten hatten. Schon aus diesem Grund widerspricht die Angabe des Stückpreises für ein Narkosegerät den Ausschreibungsvorgaben. Dieser Mangel ist unbehebbar.

Im Rahmen der Angebotsbewertung war mithin beim Angebot der *** GmbH von einem bewertungsrelevanten Pauschalfestpreis von EUR *** (netto) auszugehen. Ein derartiger niedriger Gesamtpreis ist jedoch – wie sich nicht zuletzt auch aus dem Schreiben der *** GmbH vom 26.01.2009 ergibt, wonach dieser Preis lediglich dem Stückpreis entspricht – nicht plausibel zusammengesetzt.

Die *** GmbH hat demnach weder ein ausschreibungskonformes Angebot noch ein Angebot mit einem plausibel zusammengesetzten Angebotspreis gelegt. Schon aus diesem Grund muss das Angebot der *** GmbH gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahrenen ausgeschieden werden."Die *** GmbH hat demnach weder ein ausschreibungskonformes Angebot noch ein Angebot mit einem plausibel zusammengesetzten Angebotspreis gelegt. Schon aus diesem Grund muss das Angebot der *** GmbH gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahrenen ausgeschieden werden."

Die Ausscheidungsentscheidung vom 4.3.2009 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung derselben ist am 11.3.2009 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten sowie auf das – bis auf die rechtliche Würdigung – nahezu gleichlautende Vorbringen der Parteien.

Ein ergänzendes Vorbringen zu den Vorfällen im Zuge der Angebotseröffnung, insbesondere bezüglich der Erklärungen des Vertreters der Antragstellerin, haben die Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht gegeben. Aus der Niederschrift ergibt sich nicht, dass der Vertreter der Antragstellerin bereits im Zuge der Angebotseröffnung den im Aufklärungsschreiben vom 26.1.2009 angeführten „Pauschalfestpreis (netto) für 18 Stück Narkosegeräte" mit Euro *** ohne USt angegeben hätte, sondern nur, dass es sich bei dem verlesenen Angebotspreis von Euro *** netto „um den Preis für 1 Stück Narkosegerät" handelt.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (40 %) und Qualität (60 %) erteilt werden. 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein wegen Dringlichkeit beschleunigtes, nicht offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Kriterien Preis (40 %) und Qualität (60 %) erteilt werden. 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 BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als 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 der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVerG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung als 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 der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie dies bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 4.3.2009 zugekommen. Ihr am 11.3.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß § 24 Abs. 1 Z 1 WVRG 2007 rechtzeitig. Die Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 4.3.2009 zugekommen. Ihr am 11.3.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer eins, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Nachprüfungsantrag ist im Ergebnis auch berechtigt.

Gemäß § 108 Abs. 2 BVerG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt (diesbezüglich ist auch auf Punkt 7 lit. h „Bietererklärung“ der Ausschreibungsunterlagen zu verweisen), dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hiebei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder Bieter (u.a.) die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Nach dieser Fiktion hat die Antragstellerin durch Unterfertigung an der dafür vorgesehenen Stelle der Ausschreibungsunterlage (Seite 30/57) verbindlich erklärt, die angebotene Leistung zu den Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit liegt grundsätzlich ein verbindliches Angebot gemäß der Definition des § 2 Z 3 BVerG 2006 vor. Gemäß Paragraph 108, Absatz 2, BVerG 2006 erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt (diesbezüglich ist auch auf Punkt 7 Litera h, „Bietererklärung“ der Ausschreibungsunterlagen zu verweisen), dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Hiebei handelt es sich um eine Fiktion des Gesetzes, dass jeder Bieter (u.a.) die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die angebotene Leistung zu diesen Bestimmungen erbringt. Nach dieser Fiktion hat die Antragstellerin durch Unterfertigung an der dafür vorgesehenen Stelle der Ausschreibungsunterlage (Seite 30/57) verbindlich erklärt, die angebotene Leistung zu den Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Damit liegt grundsätzlich ein verbindliches Angebot gemäß der Definition des Paragraph 2, Ziffer 3, BVerG 2006 vor.

Nun hat die Antragstellerin an der einzigen Stelle der Angebotsunterlagen, nämlich Punkt 6 „Preis“ als Pauschal festpreis einen Betrag von Euro *** (inklusive USt.) eingesetzt, der, wie das Verfahren eindeutig ergeben hat,

einem Narkosegerät samt den in der Ausschreibung verlangten Zusatzausstattungen entspricht. Dabei ist der Antragstellerin, wie gleichfalls das Verfahren ergeben hat, insoweit ein Irrtum unterlaufen, als sie für die ausgeschriebene Lieferung von 18 Geräten samt Zusatzausstattung einen Gesamtpreis anbieten wollte, jedoch irrtümlich an Stelle des 18fachen Preises eines Gerätes samt Zusatzausstattung nur den Betrag für ein Einzelgerät samt Zusatzausstattung eingesetzt hat. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin ausführt, das ihr unterlaufene „Missverständnis“ sei durch die Formulierung der Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeberin „veranlasst“ worden, steht diesen Ausführungen der eindeutige Text der Ausschreibungsunterlagen gegenüber. Nicht nur in Punkt 6 sondern auch unter den Punkten 3.2., 4.18, 5.4.2 und im Anhang 1 „Obergruppe 01“ ist stets nur von 18 (achtzehn) Stück Narkosegeräten die Rede. Insofern ist in den Ausschreibungsunterlagen der Leistungsumfang eindeutig und unmissverständlich festgelegt.

Im Zuge der Angebotseröffnung vom 12.1.2009, die von der Antragsgegnerin entsprechend der Bestimmungen des § 118 BVergG 2006 vorgenommen worden ist, wurde vom Angebot der Antragstellerin unter anderem als Gesamtpreis der Betrag von Euro *** (inklusive USt.) verlesen. Die Angebotsöffnung hat nicht nur in Anwesenheit eines Vertreters der Antragstellerin sondern auch von Vertretern der beiden weiteren Mitbewerber stattgefunden. Es trifft zu, dass der Vertreter der Antragstellerin nach Verlesung ihres Angebotes keine Erklärung abgegeben hat. Erst nachdem das Angebot des zweiten Bieters mit einem Gesamtpreis von Euro *** (inklusive USt.) verlesen wurde, hat der Vertreter der Antragstellerin den bei Angebotslegung unterlaufenen Irrtum bemerkt und sofort, jedenfalls noch im Zuge der Angebotseröffnung, die Erklärung abgegeben, dass es sich bei dem im Angebot der Antragstellerin angegebenen Preis um den Preis für ein Stück Narkosegerät (netto Euro ***) handelt. Wenn auch diesbezüglich in der Bestimmung des § 118 BVergG 2006 eine eindeutige Regelung fehlt, welche zusätzlichen Erklärungen bzw. Aufklärungen der Bieter im Zuge der Angebotseröffnung abgeben kann, insbesondere ob die Angebotseröffnung ihm noch die Möglichkeit einräumt Richtigstellungen seines Angebotes vorzunehmen, ergibt sich immerhin aus § 118 Abs. 5 Z 3 leg. cit., dass „wesentliche Erklärungen der Bieter“ vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind. Ob es sich bei diesem „wesentlichen Erklärungen der Bieter“ nur um solche handelt, die bereits im Angebot O enthalten oder mit dem Angebot abgegeben wurden, ist dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen. Jedenfalls ergibt sich aus der Niederschrift zur Angebotseröffnung, dass die anwesenden Bietervertreter „ausdrücklich hingewiesen“ wurden, „dass allfällige Mängel bei der Verlesung sofort gerügt werden müssen“. In diesem Sinn hat der Vertreter der Antragstellerin den erkannten Fehler geltend gemacht und klar gestellt, dass der verlesene Preis den Preis für ein Gerät darstellt. Im Zuge der Angebotseröffnung vom 12.1.2009, die von der Antragsgegnerin entsprechend der Bestimmungen des Paragraph 118, BVergG 2006 vorgenommen worden ist, wurde vom Angebot der Antragstellerin unter anderem als Gesamtpreis der Betrag von Euro *** (inklusive USt.) verlesen. Die Angebotsöffnung hat nicht nur in Anwesenheit eines Vertreters der Antragstellerin sondern auch von Vertretern der beiden weiteren Mitbewerber stattgefunden. Es trifft zu, dass der Vertreter der Antragstellerin nach Verlesung ihres Angebotes keine Erklärung abgegeben hat. Erst nachdem das Angebot des zweiten Bieters mit einem Gesamtpreis von Euro *** (inklusive USt.) verlesen wurde, hat der Vertreter der Antragstellerin den bei Angebotslegung unterlaufenen Irrtum bemerkt und sofort, jedenfalls noch im Zuge der Angebotseröffnung, die Erklärung abgegeben, dass es sich bei dem im Angebot der Antragstellerin angegebenen Preis um den Preis für ein Stück Narkosegerät (netto Euro ***) handelt. Wenn auch diesbezüglich in der Bestimmung des Paragraph 118, BVergG 2006 eine eindeutige Regelung fehlt, welche zusätzlichen Erklärungen bzw. Aufklärungen der Bieter im Zuge der Angebotseröffnung abgeben kann, insbesondere ob die Angebotseröffnung ihm noch die Möglichkeit einräumt Richtigstellungen seines Angebotes vorzunehmen, ergibt sich immerhin aus Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 3, leg. cit., dass „wesentliche Erklärungen der Bieter“ vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten sind. Ob es sich bei diesem „wesentlichen Erklärungen der Bieter“ nur um solche handelt, die bereits im Angebot O enthalten oder mit dem Angebot abgegeben wurden, ist dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen. Jedenfalls ergibt sich aus der Niederschrift zur Angebotseröffnung, dass die anwesenden Bietervertreter „ausdrücklich hingewiesen“ wurden, „dass allfällige Mängel bei der Verlesung sofort gerügt werden müssen“. In diesem Sinn hat der Vertreter der Antragstellerin den erkannten Fehler geltend gemacht und klar gestellt, dass der verlesene Preis den Preis für ein Gerät darstellt.

Ausgehend von der Überlegung, dass die Angebotsöffnung beim offenen und beim nicht offenen Verfahren der einzige Moment ist, in welchem für die Bieter vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Transparenz besteht und sie erfahren, wie viele Konkurrenten teilgenommen haben, welche Angebote ihre Konkurrenten eingereicht haben und wie ihr eigenes Angebot bezüglich des Gesamtpreises oder allfälliger Teilgesamtpreise im Vergleich liegt, ist zu prüfen,

ob bei einer Richtigstellung des Angebotspreises im Zuge der Angebotseröffnung diesem Erfordernis nach Transparenz entsprochen wird. Die Bieter sollen daher dem Ergebnis der Angebotsöffnung, jedenfalls mit geringen Veränderungen, vertrauen können (Schramm/Aicher ua BVergG2 Rz 6 zu §118). Aus dem Recht der Bieter an der Angebotsöffnung teilzunehmen leitet im Übrigen die Judikatur (vgl. BVA 18.6.1998 N-15/98-20 ua) die Pflicht der anwesenden Vertreter der Bieter zur Mitwirkung, etwa „durch den Hinweis, dass Angaben, die zu verlesen sind, nicht oder fehlerhaft verlesen wurden“, ab. Die Bieter, die bei der Angebotsöffnung anwesend sind, müssen daher auf die Richtigkeit der verlesenen Angebotssummen vertrauen können, nachträgliche Richtigstellungen sind dann unzulässig, es sei denn, dass das Vorreihungsverbot in Folge der Berichtigung von Rechenfehlern in der Ausschreibung ausgeschlossen wurde (§ 80 Abs. 6 BVergG 2006). Gegenständlich ist davon auszugehen, dass nach den Ausschreibungsunterlagen nur ein Gesamtpreis für 18 (achtzehn) Narkosegeräte samt Zubehör anzubieten war, ohne dass der Bildung des Gesamtpreises irgendwelche Rechenvorgänge zugrunde lagen. Die Bestimmungen über die Berichtigung von Rechenfehlern können daher gegenständlich nicht herangezogen werden. Ausgehend von der Überlegung, dass die Angebotsöffnung beim offenen und beim nicht offenen Verfahren der einzige Moment ist, in welchem für die Bieter vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Transparenz besteht und sie erfahren, wie viele Konkurrenten teilgenommen haben, welche Angebote ihre Konkurrenten eingereicht haben und wie ihr eigenes Angebot bezüglich des Gesamtpreises oder allfälliger Teilgesamtpreise im Vergleich liegt, ist zu prüfen, ob bei einer Richtigstellung des Angebotspreises im Zuge der Angebotseröffnung diesem Erfordernis nach Transparenz entsprochen wird. Die Bieter sollen daher dem Ergebnis der Angebotsöffnung, jedenfalls mit geringen Veränderungen, vertrauen können (Schramm/Aicher ua BVergG2 Rz 6 zu §118). Aus dem Recht der Bieter an der Angebotsöffnung teilzunehmen leitet im Übrigen die Judikatur vergleiche BVA 18.6.1998 N-15/98-20 ua) die Pflicht der anwesenden Vertreter der Bieter zur Mitwirkung, etwa „durch den Hinweis, dass Angaben, die zu verlesen sind, nicht oder fehlerhaft verlesen wurden“, ab. Die Bieter, die bei der Angebotsöffnung anwesend sind, müssen daher auf die Richtigkeit der verlesenen Angebotssummen vertrauen können, nachträgliche Richtigstellungen sind dann unzulässig, es sei denn, dass das Vorreihungsverbot in Folge der Berichtigung von Rechenfehlern in der Ausschreibung ausgeschlossen wurde (Paragraph 80, Absatz 6, BVergG 2006). Gegenständlich ist davon auszugehen, dass nach den Ausschreibungsunterlagen nur ein Gesamtpreis für 18 (achtzehn) Narkosegeräte samt Zubehör anzubieten war, ohne dass der Bildung des Gesamtpreises irgendwelche Rechenvorgänge zugrunde lagen. Die Bestimmungen über die Berichtigung von Rechenfehlern können daher gegenständlich nicht herangezogen werden.

Wie von der Antragstellerin angegeben, hat sie irrtümlich als Gesamtpreis in Punkt 6 der Ausschreibungsunterlagen den Preis für Einzelgerät samt Zusatzausstattung und nicht für 18 Geräte angeboten. Dieser offenkundige Irrtum wurde nach Verlesung des zweiten Angebotes vom Vertreter der Antragstellerin erkannt, worauf er erklärte, dass der Preis von Euro *** lediglich den Nettopreis für ein Narkosegerät samt Zubehör darstellt. Dies wurde von der Angebotseröffnungskommission offenbar ohne Einspruch der anwesenden Vertreter der Mitbewerber protokolliert, eine gegenteilige Erklärung ist aus dem Angebotseröffnungsprotokoll jedenfalls nicht ersichtlich. Wenn auch der Vertreter der Antragstellerin es unterlassen hat, den Gesamtpreis für 18 Geräte durch Multiplikation noch im Zuge der Angebotseröffnung mitzuteilen, musste den anwesenden Bietervertretern aber auch der Angebotseröffnungskommission klar sein, dass der von der Antragstellerin angebotene Stückpreis mit 18 zu multiplizieren ist und damit ein Gesamtpreis durch Ausführung einer einfachen Rechenoperation feststellbar ist. In diesem Sinne vertritt daher der Senat den Standpunkt, dass die Antragstellerin einen offenkundigen, auch der Antragsgegnerin erkennbaren Irrtum rechtzeitig klargestellt hat. In diesem Sinne hat etwa das BVA den Standpunkt vertreten, dass ein Bieter, der sich einer missverständlichen Ausdrucksweise bedient, die Möglichkeit hat, diesen Umstand noch während der Angebotseröffnung zu berichtigen, andernfalls er sich seine verlesene Erklärung zurechnen lassen muss (BVA 23.11.1998, F-23/97-13; 25.7.2000, F-8/99-25 ua). Durch die vom Vertreter der Antragstellerin im Zuge der Angebotseröffnung vorgenommene Berichtigung des der Antragstellerin unterlaufene Irrtums im Zuge der Angebotslegung ist auch dem Grundsatz der Transparenz ausreichend Rechnung getragen worden, da sowohl der Angebotseröffnungskommission als auch allen anderen Bietern klar sein musste, dass die Antragstellerin ein Angebot nicht über einen Gesamtpreis von Euro ***(inkl. USt.) für 18 Stück Narkosegeräte samt Zubehör legen wollte, sondern vielmehr über einen 18fach erhöhten Gesamtpreis.

Wie sich aus den Vergabeakten ergibt, hat die Antragsgegnerin offenbar das Problem der Berichtigung des Angebotspreises zunächst nicht verfolgt, sondern erst mit E-Mail vom 26.1.2009, die Antragstellerin bezüglich des von ihr angebotenen Gesamtpreises „um Stellungnahme und Klarstellung“ ersucht. Damit ist sie zutreffend nach § 126 Abs

.1 BVergG 2006 vorgegangen und hat diesbezüglich die Antragstellerin zu einer schriftlichen Stellungnahme über den angebotenen Gesamtpreis aufgefordert. Dazu war die Antragsgegnerin nicht nur aufgrund des Umstandes verpflichtet, dass sie, vor allem im Vergleich zu den beiden übrigen abgegebenen Angeboten und ihrer zweifellos gegebenen Marktkennntnis nicht davon ausgehen konnte, dass die Antragstellerin 18 Geräte tatsächlich um den Preis eines Einzelgerätes anbieten wollte. Dazu kommt, dass der Vertreter der Antragstellerin unverzüglich nach Erkennen des unterlaufenen Irrtums von sich aus auf diesen Umstand hingewiesen und ausgeführt hat, tatsächlich einen Pauschalpreis in Höhe des 18fachen Preises eines Einzelgerätes anzubieten. Dies hat die Antragstellerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens mit Schreiben vom 26.1.2009 bestätigt und darin den Pauschalpreis für 18 Stück Narkosegeräte mit Euro *** (ohne USt.) angegeben. Damit hat die Antragstellerin den offenkundigen Mangel ihres Angebotes im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens behoben, wobei durch die Behebung dieses Mangels nach Ansicht des Senates es nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gekommen ist (vgl. VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8). Wie sich aus den Vergabeakten ergibt, hat die Antragsgegnerin offenbar das Problem der Berichtigung des Angebotspreises zunächst nicht verfolgt, sondern erst mit E-Mail vom 26.1.2009, die Antragstellerin bezüglich des von ihr angebotenen Gesamtpreises „um Stellungnahme und Klarstellung“ ersucht. Damit ist sie zutreffend nach Paragraph 126, Absatz Punkt eins, BVergG 2006 vorgegangen und hat diesbezüglich die Antragstellerin zu einer schriftlichen Stellungnahme über den angebotenen Gesamtpreis aufgefordert. Dazu war die Antragsgegnerin nicht nur aufgrund des Umstandes verpflichtet, dass sie, vor allem im Vergleich zu den beiden übrigen abgegebenen Angeboten und ihrer zweifellos gegebenen Marktkennntnis nicht davon ausgehen konnte, dass die Antragstellerin 18 Geräte tatsächlich um den Preis eines Einzelgerätes anbieten wollte. Dazu kommt, dass der Vertreter der Antragstellerin unverzüglich nach Erkennen des unterlaufenen Irrtums von sich aus auf diesen Umstand hingewiesen und ausgeführt hat, tatsächlich einen Pauschalpreis in Höhe des 18fachen Preises eines Einzelgerätes anzubieten. Dies hat die Antragstellerin im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens mit Schreiben vom 26.1.2009 bestätigt und darin den Pauschalpreis für 18 Stück Narkosegeräte mit Euro *** (ohne USt.) angegeben. Damit hat die Antragstellerin den offenkundigen Mangel ihres Angebotes im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens behoben, wobei durch die Behebung dieses Mangels nach Ansicht des Senates es nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin gekommen ist vergleiche VwGH vom 29.6.2005, Zl. 2005/04/0024-8).

Zusammenfassend ist sohin davon auszugehen, dass die Antragstellerin den ihrem Angebot anhaftenden Mangel im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens in zulässiger Weise behoben hat, weshalb ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung stattzugeben war.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 17.3.2009 gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 17.3.2009 gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

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

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

Schlagworte

Berichtigung der Angebotspreise im Zuge der Angebotsöffnung; Offenkundiger Irrtum; Berichtigung zulässig; Behebbarer Mangel.

Zuletzt aktualisiert am

15.01.2010

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