

TE Verg Bescheid 2008/12/19 N/0148-BVA/12/2008-20

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.12.2008

Norm

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §254 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

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 § 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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 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 § 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. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "AP-041 City Lights" des Auftraggebers Flughafen Wien AG,

Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch X***, eingeleitet über Antrag vom 17. November 2008 A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, "auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes der Auftraggeberin (Schreiben vom 3.11.2008)", wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 3. November 2008, die Antragstellerin neuerlich zur Abgabe einer "Last Offers" aufzufordern, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 187 Abs 1, 254 Abs 3, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 187, Absatz eins, 254, Absatz 3, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, "die Auftraggeberin schuldig zu erklären, die Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von € 5.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von € 2.500,-- insgesamt € 7.500,-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Handen der rechtsfreundlichen Vertretung zu bezahlen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, der A***, zu Handen der rechtsfreundlichen Vertretung Y***, die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt EUR 7.500,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 17. November 2008 das im Spruch ersichtlichen Begehren und führte begründend aus, dass der Auftraggeber den gegenständlichen Bauauftrag als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben habe. Mit Schreiben vom 17. Juli 2008 habe die vergebende Stelle der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie ihr "Last Offer" bis 24. Juli 2008 zu übermitteln habe. Die Antragstellerin habe daraufhin fristgerecht ein ausschreibungskonformes "Last Offer" übermittelt. Mit Schreiben vom 3. November 2008 sei die Antragstellerin ersucht worden, erneut ein "Last Offer" bis 19. November 2008 zu übermitteln. Diese Frist sei – auf Ersuchen der Antragstellerin – vom Auftraggeber auf den 26. November 2008 verlängert worden. Zu einem Widerruf der gegenständlich bekämpften Festlegung bzw. Entscheidung sei es jedoch nicht gekommen. Der Auftraggeber habe diese Entscheidung damit begründet, dass die ursprünglich gelegten "Last Offer" der Bieter nicht vergleichbar gewesen seien. Dies, weil die "Beschreibung der Ausschreibung offensichtlich unterschiedlich interpretiert" worden sei. Es sei darauf hinzuweisen, dass nach Aufruf eines Letztangebotes bzw. eines "Last Offers" kein weiteres Angebot vom Auftraggeber gefordert werden könne. Für die Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar und ersichtlich, inwiefern Beschreibungen und Informationen in der Ausschreibung Raum für unterschiedliche Interpretationen bieten würden. Dies insbesondere bei Berücksichtigung der Tatsache, dass die Punkte der Ausschreibung in der Verhandlungsrunde erörtert worden seien. Offenbar diene die neuerliche Aufforderung zur Legung eines zweiten "Last Offers" lediglich dazu, wettbewerbsverzerrend zu agieren.

Der Auftraggeber erstattete am 28. November 2008 eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag. Bei der Prüfung der eingereichten Letztangebote ("Last Offer") Ende Juli 2008 habe der Auftraggeber feststellen müssen, dass keine vergleichbaren Angebote vorgelegen seien, da die Leistungsbeschreibung der Ausschreibung in einigen wesentlichen Punkten – bei den Rollplakatanlagen, bei der Beleuchtung und der Verkabelung – von den Bietern offensichtlich unterschiedlich interpretiert werden hätte können und auch unterschiedlich interpretiert worden sei. Dass ein derartiger, für die Kalkulation relevanter Spielraum in der Leistungsbeschreibung vorgelegen sei, habe sich für den Auftraggeber tatsächlich erstmalig aus den erst mit dem Letztangebot vorzulegenden K7-Blättern, welche massive Preisunterschiede in relevanten Positionen enthüllt hätten, ergeben. Konkret habe die Antragstellerin für Rollplakate und die dazu gehörige Beleuchtung jeweils nur EUR 50,-- angesetzt. Sie sei damit offenbar von weitaus geringwertigeren Produkten als jenen ausgegangen, welche seitens des Auftraggebers benötigt würden. Vergleichsweise würden herkömmliche Hersteller Rollplakatanlagen zu einem Stückpreis von einigen Tausend Euro herstellen, was in etwa auch dem Positionspreis des insofern nächstgereihten Bieters im vorliegenden Verfahren

entspreche. Die qualitativen Vorstellungen des Auftraggebers seien in den relevanten LV-Positionen offenbar nicht hinreichend beschrieben worden. Weiters hätten sich zwischenzeitig auch einige sonstige Änderungen aus Projektfortschreibungen und geänderten technischen Anforderungen ergeben, welche für den Auftraggeber nicht vorhersehbar gewesen seien. Auch diese geänderten Erfordernisse seien nun bei der Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses berücksichtigt worden. Der "Kern der Ausschreibung" sei dadurch freilich nicht geändert worden.

Zur Zulässigkeit der nochmaligen Angebotseinholung führte der Auftraggeber aus, dass es herrschende Ansicht sei, dass der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren auch nach Einholung eines Letztangebotes weiterverhandeln könne, wenn berücksichtigungswürdige Gründe vorlägen. Dies beschränke sich nicht auf den von der Antragstellerin angeführten Fall von ex aequo-Angeboten, sondern gelte auch dann, wenn es die Bietergleichbehandlung erfordere oder unabsehbare Änderungen auf Auftraggeberseite vorlägen. Beide Gründe würden im vorliegenden Falle vorliegen.

Im eventu brachte der Auftraggeber fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin für den Fall vor, dass das BVA – entgegen dem Standpunkt des Auftraggebers – zu dem Schluss käme, dass die Ausschreibung hinreichend deutlich gewesen sei. Die Antragstellerin habe die insgesamt 75 Stück Plakatwechsleranlagen samt Beleuchtung um jeweils EUR 50,-- angeboten, während herkömmliche Produzenten hierfür ein Vielfaches verlangen würden. Die Antragstellerin habe damit jedenfalls eine erheblich geringwertigere Leistung als vom Auftraggeber gewünscht angeboten. Eine vertiefende Prüfung sei deshalb unterblieben, weil der Auftraggeber ohnehin die Auffassung vertritt, dass eine Präzisierung der Vorgaben zwingend erforderlich gewesen sei, um eine Bewertung und einen Vergleich der Angebote durchführen zu können. Lediglich hilfsweise werde auch die Antragslegitimation der Antragstellerin bestritten, weil ihr Angebot unter der hypothetischen Annahme, dass die Leistungsbeschreibung eindeutig und vollständig war, auszuschneiden wäre und ihr daher aus einer allfälligen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung kein Schaden entstehen könnte.

Mit Stellungnahme vom 10. Dezember 2008 führte die Antragstellerin aus, dass entgegen den Ausführungen des Auftraggebers, die Angebote der Bieter vergleichbar gewesen seien. Die konstruktive Leistungsbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen sei vergaberechtskonform gewesen. Darauf hinzuweisen sei, dass eine Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist als nicht mehr zulässig zu betrachten sei. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit gehabt, allfällige Unklarheiten im Rahmen der vorangehenden Verhandlungen anzusprechen; dies sei auch geschehen. Auch darin sei ein wesentlicher Grund zu erkennen, warum die Erstellung vergleichbarer Angebote letztendlich erfolgen hätte können. Hinsichtlich der Schilderungen des Auftraggebers im dritten Absatz auf Seite 7 seiner Stellungnahme, sei ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Rahmen dieser Verhandlungsrunde klar und deutlich der anzubietende Leistungsumfang festgelegt worden sei. Hinsichtlich der in den K7-Blättern ausgewiesenen Positionen Rollplakate und Beleuchtung sei festzuhalten, dass es sich bei dem Wert EUR 50,-- um keine Fehlinterpretation der Leistungsbeschreibung durch die Antragstellerin handle. Dieser Wert beruhe auf einer betriebswirtschaftlich und kostenrechnerisch einwandfreien Kalkulation der Antragstellerin. Die verfahrensgegenständlichen Ergänzungen und Änderungen des Leistungsverzeichnisses würden zu einer Abänderung der Ausschreibungsunterlagen dahingehend führen, als dass nunmehr ein qualitativ höherwertiges Produkt anzubieten wäre. Eine derartige Abänderung ist nach Abgabe des Angebotes nicht mehr möglich. Schon begrifflich müsse der Aufruf zu einem zweiten "Last Offer" ein strikter Ausnahmefall bleiben. Gerade beim Verhandlungsverfahren werde zum "Last and best Offer" aufgerufen, wenn ganz offensichtlich sämtliche Unklarheiten beseitigt wurden. Würde sich die nochmalige Aufforderung zur Abgabe eines zweiten "Last Offers" nicht auf besondere Ausnahmefälle beschränken, läge rasch die Gefahr vor, dass so oft ein "Last and best Offer" gefordert werde, bis der Auftraggeber zum Zuschlag an den von ihm gewünschten Bieter käme. Zur Antragslegitimation sei festzuhalten, dass der Auftraggeber eine Prüfung der Angemessenheit der Preise durchführen hätte müssen, hätte er an der Angemessenheit und Richtigkeit der Preise im Angebot der Antragstellerin gezweifelt.

Am 16. Dezember 2008 fand vor dem Bundesvergabeamt eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Der Auftraggeber bestritt die Stellungnahme der Antragstellerin vom 10. Dezember 2008 und verwies auf seine eigenen Ausführungen. Von der Antragstellerin wurde bestätigt, dass es sich bei den nach dem Aufruf zum "Last Offer" vorgenommen Änderungen um keine wesentlichen handle; ein neuer Bieterkreis sei nicht zu erwarten. Der

Auftraggeber brachte ergänzend vor, dass – entgegen den Ausführungen der Antragstellerin – keine vergleichbaren Angebote vorgelegen seien, insbesondere sei das "Last Offer" nicht einmal im "Wesentlichen" vergleichbar gewesen. Eine Abänderung in Richtung eines höherwertigen Produktes habe nicht stattgefunden.

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen (siehe insbesondere Vergabeakt des Auftraggebers), Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungsüblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen als Bauauftrag im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG ausgeschrieben. Die Vergabe erfolgt entsprechend den bekannt gegebenen Bestimmungen nach dem Billigstbieterprinzip gemäß § 237 Abs 3 BVergG. Das Ende der Angebotsfrist war mit 24. Juni 2008, 14.00 Uhr, festgesetzt. Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen als Bauauftrag im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG ausgeschrieben. Die Vergabe erfolgt entsprechend den bekannt gegebenen Bestimmungen nach dem Billigstbieterprinzip gemäß Paragraph 237, Absatz 3, BVergG. Das Ende der Angebotsfrist war mit 24. Juni 2008, 14.00 Uhr, festgesetzt.

Die Bewerbungsunterlagen regeln unter Punkt 5 das Zuschlagsverfahren. Darin lautet es auszugsweise:

In der Stufe 2 werden nach Angebotslegung die Angebote geprüft und mindestens die Bieter der sieben bestgereihten Angebote zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen.

Nach Abschluss der Verhandlungen werden allen im Verfahren verbliebenen Bietern sämtliche aus den Verhandlungen hervorgegangene Veränderungen bzw. Klarstellungen einheitlich mitgeteilt. Darüber hinaus wird der AG sich für eine der ausgeschriebenen Varianten entscheiden. Auf Basis dieser Unterlagen haben die Bieter die Möglichkeit in einem sog. "last offer", welches in einem geschlossenen Kuvert zu einem einheitlichen Zeitpunkt beim Notar abzugeben ist, ihr Angebot entsprechend anzupassen.

Teil B (Besondere Vergabebestimmungen für den Einzelfall) bestimmt auszugsweise nachfolgendes:

2.9 Berichtigung der Ausschreibung

Die ausschreibende Stelle behält sich vor, Berichtigungen und Ergänzungen zu den Ausschreibungsunterlagen vor Ablauf der Angebotsfrist vorzunehmen. Derartige Angaben werden allen Bietern, an die im Formblatt 02 der Bewerbungsunterlagen bekanntgegebene bevollmächtigte Vertretung übermittelt. Die Bieter sind verpflichtet, diese Benachrichtigungen und Ergänzungen in ihren Angeboten zu berücksichtigen.

4.1. Ablauf des Zuschlagsverfahrens

Es werden mit mindestens den sieben bestgereihten Bietern – sofern so viele Angebote abgegeben wurden und nach der Prüfung auf Vollständigkeit und auf sonstige Ausscheidungsgründe im Vergabeverfahren verbleiben – Verhandlungen geführt.

Nach Abschluss der Verhandlungen werden allen im Verfahren verbliebenen Bietern sämtliche aus den Verhandlungen hervorgegangenen Veränderungen bzw. Klarstellungen einheitlich mitgeteilt. Auf Basis dieser Unterlagen haben die Bieter die Möglichkeit, im Rahmen eines sog. "Last Offer", welches in einem geschlossenen Kuvert zu einem einheitlichen Zeitpunkt beim Notar abzugeben ist, ihr Angebot entsprechend anzupassen.

Sollte ein Ergebnis vorliegen, dass zwei Angebote exakt gleich liegen, entscheidet unter notarieller Aufsicht das Los.

Am 17. Juli 2008 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin zur Abgabe des "Last Offers" bis 24. Juli 2008, 14.00 Uhr, auf. Mit Schreiben vom 23. Juli 2008 übermittelte die Antragstellerin ihr "Last Offer".

Am 3. November 2008 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin unter dem Betreff "Nachsendung für ein neues Last Offer" insbesondere nachfolgendes mit:

Im Rahmen der vertieften Prüfung sämtlicher Last Offer Angebote vom 21.07.2008 musste leider festgestellt werden, dass keine vergleichbaren Angebote vorliegen, da die Beschreibung der Ausschreibung offensichtlich unterschiedlich interpretiert wurde.

Wir haben daher einerseits die Ausschreibung in einigen Positionen präzisiert und andererseits weitere zwischenzeitlich bekanntgewordene Änderungen (Massen) in den nunmehrigen Letztstand eingearbeitet.

Weiters wurde das einzukalkulierende Fußdetail der City Light (CL) in den Bereichen mit Gebäudeinneren geändert und eine weitere Position mit einem Prospekthalter für die CL Leitsystem geschaffen.

Abschließend ersuchte der Auftraggeber die Antragstellerin um Abgabe des "Last Offers" bis 19. November 2008, 14.00 Uhr (nachträglich erstreckt bis 26.11.2008).

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Flughafen Wien AG. Die Flughafen Wien AG ist Sektorenauftraggeber iSd §§ 164 iVm 172. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd §§ 4 iVm 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt EUR 1.600.000,-- (ohne USt) und stellt einen Teil des Gesamtvorhabens "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" mit einem Investitionsvolumen von mehreren hundert Millionen Euro da. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG vor. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Flughafen Wien AG. Die Flughafen Wien AG ist Sektorenauftraggeber iSd Paragraphen 164, in Verbindung mit 172. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraphen 4, in Verbindung mit 174 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beträgt EUR 1.600.000,-- (ohne USt) und stellt einen Teil des Gesamtvorhabens "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" mit einem Investitionsvolumen von mehreren hundert Millionen Euro da. Es liegt daher insgesamt ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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. 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. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes 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 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. Zum Eventualvorbringen des Auftraggebers genügt der Hinweis, dass eine abschließende Beurteilung über die vorfragenweise Annahme eines Ausscheidenstatbestandes schon deshalb dahinstehen kann, da der Auftraggeber bei begründeten Zweifeln über die Angemessenheit von Preisen Aufklärung über die Positionen des Angebotes der Antragstellerin verlangen und vertieft prüfen hätte müssen (vgl. § 268 Abs 2 BVergG), was gegenständlich – schon nach den eigenen Ausführungen des Auftraggebers – unterblieben ist. Das Bundesvergabeamt hat aber im Rahmen der Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 Z 2 BVergG nur evidente Ausscheidensgründe zu Lasten von Antragstellern aufzugreifen, jedoch keinesfalls eine sachverständige Preisprüfung des Angebotes der Antragstellerin an Stelle des Auftraggebers vorzunehmen (BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81, RPA 2008, 160 [Etlinger]). 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. Zum Eventualvorbringen des Auftraggebers genügt der Hinweis, dass eine abschließende Beurteilung über die vorfragenweise Annahme eines Ausscheidenstatbestandes schon deshalb dahinstehen kann, da der Auftraggeber bei begründeten Zweifeln über die Angemessenheit von Preisen Aufklärung über die Positionen des Angebotes der Antragstellerin verlangen und vertieft prüfen hätte müssen (vergleiche Paragraph 268, Absatz 2, BVergG), was gegenständlich – schon nach den eigenen Ausführungen des Auftraggebers – unterblieben ist. Das Bundesvergabeamt hat aber im Rahmen der Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nur evidente

Ausscheidensgründe zu Lasten von Antragstellern aufzugreifen, jedoch keinesfalls eine sachverständige Preisprüfung des Angebotes der Antragstellerin an Stelle des Auftraggebers vorzunehmen (BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81, RPA 2008, 160 [Etlinger]).

Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt 1:

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 unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. 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 unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

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 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.

Der Auftraggeber hat im gegenständlichen Vergabeverfahren zwar nicht im Vorfeld bekannt gegeben, wie viele Verhandlungen er mit den Bietern durchzuführen beabsichtigt. Festgelegt hat er sich jedoch entsprechend der Punkte 5, Bewerbungsunterlagen, bzw. 4.1, Teil B, dahingehend, dass "sämtliche aus den Verhandlungen hervorgegangenen Veränderungen bzw. Klarstellungen" bereits in das sog. "Last Offer" eingearbeitet werden können. Der Aufruf zu dem sich auf die Punkte 5 bzw. 4.1 beziehenden "Last Offer" erfolgte jedoch bereits am 17. Juli 2008 (mit Abgabetermin 24. Juli 2008). Nach der Aufforderung des Auftraggebers vom 17. Juli 2008 verging eine Zeitspanne von fast 4 Monaten. Am 3. November 2008 erfolgte schließlich der Aufruf zur Legung eines (zweiten) "Last Offers" (ursprünglicher Abgabetermin 19. November 2008, erstreckt auf 26. November 2008). Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass keine vergleichbaren Angebote vorlägen, da die Beschreibung der Ausschreibung "offensichtlich" unterschiedlich interpretiert worden sei. Demzufolge habe der Auftraggeber die Ausschreibung in einigen Positionen präzisiert und Änderungen (vor allem in den Massen) vorgenommen. Nach seinen eigenen (bestandskräftigen) Festlegungen hätte der Auftraggeber aber diese Punkte (zeitlich jedenfalls vor dem Aufruf zum "Last Offer") in den Verhandlungen mit den Bietern klären müssen.

Nach der Rechtsprechung des BVA kann der Auftraggeber von den Festlegungen über den Verfahrensablauf (in concreto: neuerliche Durchführung einer letzten Kuvertunde) nur dann abweichen, wenn er sich dieses Recht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen ausbedungen hat (BVA 26.1.2007, N/0105-BVA/07/2006-42). Nach dem VKS Wien ist die Durchführung weiterer Angebotsrunden dann nicht mehr zulässig, wenn an die Bieter die Aufforderung zu einem "last and best offer" erfolgt ist (VKS Wien 9.7.2004, VKS- 4351/04). Die in den Entscheidungen wiedergegebene Sichtweise beruht auf dem Grundgedanken, dass die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden. Daher müssen sie gemäß § 254 Abs 3 im Sinne der Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP 123). Auch nach Fink/Heid muss der Auftraggeber den vorgesehenen Verfahrensablauf im Vorhinein mitteilen und darf von seinen Vorgaben nicht willkürlich oder überraschend abweichen (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 206). Nach der Rechtsprechung des VwGH sowie des EuG räumt das Verhandlungsverfahren dem Auftraggeber zwar einen Spielraum für Verhandlungen ein, der Auftraggeber hat jedoch gleichzeitig dafür Sorge zu tragen, dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen eingehalten werden (VwGH 30.6.2004, 2000/04/0046; EuG 28.11.2002 Rs T-40/01, Scan Office Design, abgedruckt in

Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht [2005] 436). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes müssen überdies alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält, andernfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung iSd § 187 Abs 1 BVergG vorliegt (siehe dazu jüngst BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Nach der Rechtsprechung des BVA kann der Auftraggeber von den Festlegungen über den Verfahrensablauf (in concreto: neuerliche Durchführung einer letzten Kuvertunde) nur dann abweichen, wenn er sich dieses Recht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen ausbedungen hat (BVA 26.1.2007, N/0105-BVA/07/2006-42). Nach dem VKS Wien ist die Durchführung weiterer Angebotsrunden dann nicht mehr zulässig, wenn an die Bieter die Aufforderung zu einem "last and best offer" erfolgt ist (VKS Wien 9.7.2004, VKS- 4351/04). Die in den Entscheidungen wiedergegebene Sichtweise beruht auf dem Grundgedanken, dass die Bieter ein Interesse daran haben, zu erfahren, wie lange die Verhandlungen noch andauern werden. Daher müssen sie gemäß Paragraph 254, Absatz 3, im Sinne der Transparenz vom Schluss der Verhandlungen (Bekanntgabe der letzten Verhandlungsrunde) jedenfalls vorab informiert werden (siehe Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 123). Auch nach Fink/Heid muss der Auftraggeber den vorgesehenen Verfahrensablauf im Vorhinein mitteilen und darf von seinen Vorgaben nicht willkürlich oder überraschend abweichen (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 206). Nach der Rechtsprechung des VwGH sowie des EuG räumt das Verhandlungsverfahren dem Auftraggeber zwar einen Spielraum für Verhandlungen ein, der Auftraggeber hat jedoch gleichzeitig dafür Sorge zu tragen, dass die Bedingungen der Verdingungsunterlagen eingehalten werden (VwGH 30.6.2004, 2000/04/0046; EuG 28.11.2002 Rs T-40/01, Scan Office Design, abgedruckt in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht [2005] 436). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes müssen überdies alle Bieter darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält, andernfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung iSd Paragraph 187, Absatz eins, BVergG vorliegt (siehe dazu jüngst BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Da bereits auf Grund der eigenen Festlegungen des Auftraggebers die Möglichkeit eines (zweiten) "Last Offer" ausdrücklich nicht vorgesehen war, musste die (zwischen den Parteien strittige) Sachfrage, ob gegenständlich überhaupt "berücksichtigungswürdige Gründe" vorliegen würden, die eine Wiederaufnahme von Verhandlungen erforderlich gemacht hätten, nicht abschließend beantwortet werden. Selbst wenn man jedoch mit dem Auftraggeber davon ausginge, dass solche "berücksichtigungswürdigen Gründe" vorgelegen seien, hätte der Auftraggeber keinesfalls "einseitig" von den ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen abweichen dürfen (siehe dazu auch Pkt. 2.9 des Teil B, wonach Berichtigungen und Ergänzungen jedenfalls vor Ablauf der Angebotsfrist – in concreto: 24. Juni 2008 – vorzunehmen gewesen wären), sondern vielmehr mit den Bietern (vor Aufruf eines etwaigen neuerlichen "Last Offers") über diese Umstände ein Einvernehmen herzustellen versuchen müssen (siehe zu dieser Problematik grundlegend Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6).

Soweit der Auftraggeber zur grundsätzlichen Zulässigkeit nochmaliger Angebotseinholung auf die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 2. Jänner 2007, N/0093-BVA/05/2006-57, verweist, verkennt er, dass dieser Entscheidung ein gänzlich anders gelagerter Sachverhalt zugrunde gelegen ist. Die Einladung zur Legung des "last and final offers" im vom Senat 5 zu beurteilenden Sachverhalt hat nämlich bereits den – für die Bieter erkennbaren – Vorbehalt in sich getragen, "bei Bedarf" allenfalls weitere Verhandlungen zu führen (vgl. die Formulierung: "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungen gesehen."). Eines solchen Vorbehaltes (bzw. einer ähnlichen Formulierung) hat sich der Auftraggeber im vorliegenden Fall jedoch weder in den Punkten 5, Bewerbungsunterlagen bzw. 4.1, Teil B, noch in der Aufforderung zur Abgabe des "Last Offer" vom 17. Juli 2008 bedient. Soweit der Auftraggeber zur grundsätzlichen Zulässigkeit nochmaliger Angebotseinholung auf die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 2. Jänner 2007, N/0093-BVA/05/2006-57, verweist, verkennt er, dass dieser Entscheidung ein gänzlich anders gelagerter Sachverhalt zugrunde gelegen ist. Die Einladung zur Legung des "last and final offers" im vom Senat 5 zu beurteilenden Sachverhalt hat nämlich bereits den – für die Bieter erkennbaren – Vorbehalt in sich getragen, "bei Bedarf" allenfalls weitere Verhandlungen zu führen vergleiche die Formulierung: "Zurzeit wird kein Bedarf zur Durchführung weiterer Verhandlungen gesehen."). Eines solchen Vorbehaltes (bzw. einer ähnlichen Formulierung) hat sich der Auftraggeber im vorliegenden Fall jedoch weder in den Punkten 5, Bewerbungsunterlagen bzw. 4.1, Teil B, noch in der Aufforderung zur Abgabe des "Last Offer" vom 17. Juli 2008 bedient.

Die am 3. November 2008 ergangene Aufforderung, zur Abgabe eines neuerlichen "Last Offers" ist daher im konkreten

Fall rechtswidrig und gemäß § 325 Abs 2 Z 2 BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei Abgabe eines zweiten "Last Offers" die Preise der Bieter verändern könnten (siehe dazu schon BVA 26.01.2007 N/0105-BVA/07/2006-42). Die am 3. November 2008 ergangene Aufforderung, zur Abgabe eines neuerlichen "Last Offers" ist daher im konkreten Fall rechtswidrig und gemäß Paragraph 325, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich bei Abgabe eines zweiten "Last Offers" die Preise der Bieter verändern könnten (siehe dazu schon BVA 26.01.2007 N/0105-BVA/07/2006-42).

Zu Spruch Punkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Aufforderung der Angebotsabgabe gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21. November 2008, N/0148-BVA/12/2008-EV6, stattgegeben wurde, war auch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben. Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Aufforderung der Angebotsabgabe gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21. November 2008, N/0148-BVA/12/2008-EV6, stattgegeben wurde, war auch gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben.

Schlagworte

Verhandlungsverfahren, last and final offer, Transparenzgrundsatz, Ausschreibung, Sektorenbereich, Grundsatz der Gleichbehandlung;

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