

TE Verg Bescheid 2008/12/10 N/0138-BVA/08/2008-57

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.2008

Norm

BVergG 2006 §325

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 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs; Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Grader, Einsatzgewicht ca 14,5 t, BMLV-GZ E90034/6/00-00-RD-ARWT/KA/2007" des durch den Bundesminister für Landesverteidigung und letztlich durch die Finanzprokuratur vertretenen (öffentlichen) Auftraggebers Bund (= Republik Österreich) über die von der Antragstellerin A*** GmbH diesbezüglich am 29.10.2008 gestellten Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 16.10.2008 und auf Pauschalgebührenersatz wie folgt entschieden:

Spruch

Die Zuschlagsentscheidung vom 16.10.2008, mit welcher die B*** BAUMASCHINEN ÖSTERREICH GMBH für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde, wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 320ff BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 320 f, f, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung, ist schuldig, der Antragstellerin A*** GmbH zu Handen des Rechtsvertreters dieser Antragstellerin, RA X****, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 2.080,00 Euro an Pauschalgebührenersatz zu bezahlen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 Abs 1 und 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, Absatz eins und 319 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

Der Auftraggeber führt seit Herbst 2007 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Grader, Einsatzgewicht ca 14,5 t, BMLV-GZ E90034/6/00-00-RD-ARWT/KA/2007" als offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend einen Lieferauftrag durch. Diesbezüglich versandte der Auftraggeber am 17.7.2008 eine erste Zuschlagsentscheidung.

Diese wurde nach Anfechtung durch die auch nunmehrige Antragstellerin im Verfahren N/0111-BVA/08/2008 schließlich zurückgenommen.

Der Auftraggeber verfasste nunmehr am 16.10.2008 einer neuerliche Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der (Mitbeteiligten) B***

BAUMASCHINEN ÖSTERREICH GMBH.

Die Antragstellerin focht diese neue Zuschlagsentscheidung am 29.10.2008 an und begehrte zur Absicherung ihres Nichtigerklärungsbegehrens eine einstweilige Verfügung (= eV) inklusive eines absoluten Endtermins, um damit die Zuschlagserteilung vorläufig bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag zu verhindern.

Die Antragstellerin bezahlte für den zu N/0138-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag hinsichtlich des ausgeschriebenen Lieferauftrags korrekt - § 318 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 eine reduzierte Pauschalgebühr von 1.280,00 Euro an das Bundesvergabeamt; für den neuerlichen eV-Antrag eine solche von 800,00 Euro. Die Antragstellerin bezahlte für den zu N/0138-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag hinsichtlich des ausgeschriebenen Lieferauftrags korrekt - Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 eine reduzierte Pauschalgebühr von 1.280,00 Euro an das Bundesvergabeamt; für den neuerlichen eV-Antrag eine solche von 800,00 Euro.

Dem Auftraggeber wurde mit eV - Bescheid vom 30.10.2008, N/0138- BVA/08/2008-EV14 die Zuschlagserteilung längstens bis zum Ablauf des 10.12.2008 untersagt.

Am 20.11.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt.

Auf Basis dieser Verhandlung und der Vergabeunterlagen ist es vorerst unstrittig, dass der Auftraggeber bei der Mitbeteiligten bereits vor dem streitgegenständlichen Nachprüfungsverfahren um eine Verlängerung Angebotsbindung bei der Mitbeteiligten bemüht hat.

Bei der Antragstellerin wurde nicht um eine derartige Verlängerung der Angebotsbindung über die Zuschlagsfrist laut Ausschreibung hinaus angefragt.

Die Antragstellerin wurde bislang auch nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden und hat der Zeuge ADir Major Ing D*** W*** in der Verhandlung am 20.11.2008 vor dem Bundesvergabeamt unwidersprochen ausgeführt, dass nach der beim Auftraggeber vertretenen Auffassung bei den Anboten der Antragstellerin und der Mitbeteiligten jene Voraussetzungen vorgelegen sind, die zur Vermeidung eines Ausscheidens erforderlich waren - Seite 12 der Niederschrift lfd Nr 39.

Innerhalb der Ausschreibung sind in der Technischen Leistungsbeschreibung (=TB) nachstehend interessierende Punkte enthalten:

1.1.1 Kurzcharakteristik

Der Grader ist als geländegängige Arbeitsmaschine zur Durchführung von Aufreiß-, Abtrag- und Schürfarbeiten im erd- und Straßenbau, zum Verteilen und Einebnen von Schüttungen, sowie für Katastropheneinsätze vorgesehen.

.....

.....

1.5 Musterfahrzeug, Bemusterung

Mit der Angabe des Angebotes verpflichtet sich der Bieter, auf Anfrage binnen 8 Tagen den angebotenen Grader bis zu 5 Tage lang im Großraum WIEN (WIEN + 100 Straßen - km) vorzuführen und einen Probetrieb zu ermöglichen, um eine Bewertung der wesentlichen Leistungsdaten überprüfen zu können (siehe Pkt 2.1.1.3).

.....

.....

2.1.1.3 Bemusterung

Gemäß Pkt 1.5 hat der Bieter den angebotenen Grader vorzuführen und einen Probetrieb zu ermöglichen.

Das Musterfahrzeug muss in allen wesentlichen Konstruktionsmerkmalen dem angebotenen Grader entsprechen. Abweichungen in der Ausstattung zwischen Angebot und Muster sind detailliert aufzulisten und spätestens bei der Vorführung schriftlich bekanntzugeben.

.....

.....

2.1.3 Statische Merkmale

Einsatzgewicht ...

Gesamtbreite in Straßenmarschstellung max 2.650 mm

Der Grader muss in der Transportstellung auf die Tiefladesysteme des ÖBH passen. Die Gesamtlänge ohne Frontschild und ohne Heckaufreißer darf daher 8.800 mm (Erläuterung: Ladelänge 25t-System minus 100mm wegen diverser Abschrägungen) nicht übersteigen.

.....

.....

In einer Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2008 ist insbesondere

die folgende Passage enthalten:

Anfrage:

....

2.1.3 Statische Merkmale

Der Grader muss in der Transportstellung auf die Tiefladesysteme des ÖBH passen. Die Gesamtlänge ohne Frontschild und ohne Heckaufreißer darf daher 8.800 mm (Erläuterung: Ladelänge 25t-System minus 100mm wegen diverser Abschrägungen) nicht übersteigen.

.....

Änderung:

Die in Pkt. 2.1.3 der TB 3805/44-3 geforderten Transportmaße des Graders leiten sich vom für den Gradertransport geeigneten Tiefladesystem des ÖBH ab.

Ein geringfügiges Übertreten der Vorderkante des Tiefladeanhängers ist im Ausmaß der in der Beilage dargestellten gelb markierten Fläche möglich und damit zulässig. Sollte zur Einhaltung dieser Umrisslinie das Verladen des Graders gegen die Fahrtrichtung erforderlich sein, ist dies grundsätzlich zulässig. Dabei müssen aber folgende Grenzwerte ...

In den Vergabeunterlagen ist bei der Ausschreibungsberichtigung eine Skizze enthalten, die veranschaulicht, dass der angebotene Grader bis zur Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2008 nicht über einen bestimmten Bereich hinausragen durfte, wobei dieser Bereich nach der Berichtigung vom 6.12.2008 erweitert wurde und an Hand einer strichliert gezeichnete Linie samt einer gelb markierten Fläche konkretisiert ist.

Diese Skizze wird nachstehend zur Veranschaulichung insbesondere hinsichtlich der strichlierten Umrisslinie schwarz - weiß - grau samt handschriftlichen Anmerkungen wieder gegeben:

Skizze - hier aus technischen Gründen nicht ersichtlich

Zurückkehrend zum Vergabeverfahren war in den dem Bundesvergabeamt zu Verfahrensbeginn vorgelegten Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Abweichungsliste im Sinne des gerade zitierten Punktes 2.1.1.3 der Technischen Leistungsbeschreibung der Mitbeteiligten enthalten, obwohl die Mitbeteiligte am 21.3.2008 ein diesbezügliches e-mail an den Auftraggeber versandt hatte. Die Mitbeteiligte legte eine Abschrift des mails in der Verhandlung zur Anfertigung einer Kopie durch das Bundesvergabeamt vor. Die Abweichungsliste der Antragstellerin befindet sich gleichfalls nicht in den vorgelegten Vergabeunterlagen.

Namens des Auftraggebers wurden bei der jeweiligen Bemusterung eigene Abweichungslisten unter Einbeziehung der Bieterrepräsentanten angefertigt.

Bis zum 6.12.2007 durfte der in Fahrtrichtung verladene und letztlich anzubietende bzw im Auftragsfall zu liefernde Grader an keiner Stelle ein fiktives Rechteck über dem Tiefladesystem des Auftraggebers mit eine Länge von 8800 mm und einer Breite von 2650 mm überragen, wie dies in der oben dargestellten Skizze ersichtlich ist.

Nach der Ausschreibungsberichtigung hatte der jeweils angebotene Grader in der strichliert dargestellten Umrisslinie über dem Tiefladesystem zu bleiben.

Der Auftraggeber legte mit Eingabe vom 17.11.2008, also nach Vorlage der Vergabeunterlagen, einen weiteren "Akt" vor und bemerkte dabei, dass nicht nachvollzogen werden könne, ob dieser Akt bereits vorgelegt worden wäre. Dieser weitere Akt wäre von der Akteneinsicht auszunehmen.

Der Rechtsvertreter der Mitbeteiligten sprach sich am 20.11.2008 zu Verhandlungsbeginn dagegen aus, dass die Antragstellerin bei der Erörterung des Anbots der Mitbeteiligten anwesend wäre - Seite 6 der lfd Nr 39.

In der Verhandlung am 20.11.2008 wurde ua erörtert, dass der von der Antragstellerin und auch der Mitbeteiligten anzubietende Frontschild eine bestimmte Breite haben müsse, wobei sogar die Reifenwölbung determinierend für die Frontschildbreite wäre - Seiten 12 bis 14 der Niederschrift, lfd Nr 39.

Für den Senat ist es dabei gleichfalls notorisch, dass bei einem auf Reifen stehenden Fahrzeug durch das Fahrzeuggewicht die Reifen im Bereich der jeweiligen Bodenberührungspunkte Ausbuchtungen insbesondere in der Breite haben, die die äußersten Punkte eines bestimmten Fahrzeugs darstellen können. Dies jedenfalls bei den hier strittigen Gradern mit einem Gewicht um die 15 Tonnen. Der Zeuge ADir Major Ing D*** W*** ga am 20.11.2008 in der Verhandlung an, dass die im Frühjahr 2008 vorgenommenen Bemusterung - samt unterlassener Vermessung des Bemusterungsgeräts der Mitbeteiligten in Allenstein und lediglich optischer Prüfung des Bemusterungsgeräts - ein Grund für die Zurücknahme der zu N/0111-BVA/08/2008 angefochtenen Zuschlagsentscheidung gewesen wäre - Seiten 7 und 8 der Niederschrift, lfd Nr 39.

In dem mit der lfd Nr 34 vorgelegten Akt des Auftraggebers ist nunmehr ein "Besprechungsprotokoll" enthalten.

Damit wird ein Aufklärungsgespräch gemäß § 127 BVergG 2006 mit der Mitbeteiligten vom 2.9.2008 dokumentiert. Damit wird ein Aufklärungsgespräch gemäß Paragraph 127, BVergG 2006 mit der Mitbeteiligten vom 2.9.2008 dokumentiert.

Der bei diesem Gespräch anwesende Repräsentant der Mitbeteiligten gab dabei ausweislich des Punkts 3 dieses Protokolls an, dass die maximale Umrisslinie bei dem von der Mitbeteiligten angebotenen Grader nicht überschritten würde, womit eindeutig die oben dargestellte strichlierte Linie gemeint ist.

Herr H*** sicherte am 2.9.2008 die Vorlage einer entsprechenden Skizze bis 5.9.2008 zu, die dem gerade genannten Protokoll als Beilage beizulegen wäre.

Unbeschadet der Hintergründe für die proprietäre Seitennummerierung (- einmal offenbar 28 und dann wiederum 33 Gesamtseiten -) in dem mit der Eingabe, lfd Nr 34, vorgelegten Akt ist nach dem gerade genannten Besprechungsprotokoll vorerst eine Teilnehmerliste, die offenbar mit 22/28 bzw - überschrieben - mit einer nicht mehr exakt ersichtlichen zusätzlichen Zahlenkombination nummeriert, und danach ein mit 28/28 nummeriertes Blatt enthalten, auf dem vorerst - klein - ein Grader aus der Vogelperspektive dargestellt ist, bei dem die vordersten Punkte der Vorderreifen über den mittleren vordersten Punkt des Graderkörpers hinausragen.

Zugleich ist auf diesem Blatt eine Skizze mit teilweisen Maßangaben - etwas größer gezeichnet - enthalten, bei welcher offenbar der mittlere vorderste Punkt des Graders in Längsrichtung über die vordersten Punkte der Vorderreifen hinausgeht. Bei dieser größeren Skizze sind zudem keine eingezeichneten Reifenwölbungen ersichtlich.

Ob und inwieweit die skizzierten Reifen des seitens der Mitbeteiligten angebotenen Graders unter Berücksichtigung der Reifenwölbung die strichlierte Maximalumrisslinie laut Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2008 überschreiten würden, ist weder an Hand dieser beiden Skizzen noch sonst im Vergabeakt schlüssig nachvollziehbar verbal dargestellt, zumal eben in den beiden Graderskizzen des gerade beschriebenen Blatts "28/28" zwei unterschiedliche Graderkonstruktionen dargestellt werden, nämlich wiederholend

einerseits ein Grader, bei dem die vordersten Ausdehnungen der Vorderreifen die vordersten Punkte sind;

und andererseits ein Grader, bei dem die mittlere Frontpartie den vordersten Punkt darstellt.

Bei der (größeren) Skizze (mit teilweisen Maßangaben und der mittleren Frontpartie des Graders als vorderstem Punkt) sind dann die Reifenumrisslinien linear - und damit ohne notorisch auftretende Wölbungen - dargestellt; und fehlen zudem auch Maßangaben oder sonstige schlüssige nachprüfbare Herleitungen, inwieweit der Grader mit den linearen Reifenumrisslinien samt den in natura eben auftretenden Wölbungen - gerade noch in die strichlierte Maximalumrisslinie gemäß Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2007 passt, also insbesondere mit einer Maximalbreite von 2650 mm.

Eine verbale Bestimmung, welche der beiden auf dem Blatt 28/28 ersichtlichen Grader - Skizzen letztlich der Angebotsgrader der Mitbeteiligten sein soll, fehlt im Besprechungsprotokoll vom 2.9.2008 und auch auf der gerade beschriebenen Skizze.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw aus - bezeichneten - notorischen Tatsachen. Und zusätzlich aus dem Inhalt des Vorakts N/0111-BVA/08/2008.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 und wird im rechtsgeschäftlichen Verkehr häufig auch als "Republik Österreich" bezeichnet - § 13 AVG. Die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 ist sohin gegeben. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 und wird im rechtsgeschäftlichen Verkehr häufig auch als "Republik Österreich" bezeichnet - Paragraph 13, AVG. Die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 ist sohin gegeben.

Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß § 318 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 nach den bislang unbestritten gebliebenen Behauptungen gemäß § 905 Abs 2 ABGB durch Banküberweisung bezahlt und mit der Zuschlagsentscheidung vom 16.10.2008 eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 nach den bislang unbestritten gebliebenen Behauptungen gemäß Paragraph 905, Absatz 2, ABGB durch Banküberweisung bezahlt und mit der Zuschlagsentscheidung vom 16.10.2008 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet. 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 gegenständlich auf das 2007 eingeleitete Vergabeverfahren die Stammfassung des BVergG 2006 gemäß BGBl I 2006/17 Anwendung, während das Nachprüfungs-, Pauschalgebührenersatz-, und eV - Verfahren nach dem BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu führen ist. Gesetzeszitate des BVergG 2006 sind daher jeweils insoweit zu verstehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2007/86 findet gegenständlich auf das 2007 eingeleitete Vergabeverfahren die Stammfassung des BVergG 2006 gemäß BGBl römisch eins 2006/17 Anwendung, während das Nachprüfungs-, Pauschalgebührenersatz-, und eV - Verfahren nach dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu führen ist. Gesetzeszitate des BVergG 2006 sind daher jeweils insoweit zu verstehen.

Das aktuelle Interesse am Vertragsabschluss der Antragstellerin kann derzeit nicht verneint werden, da die auch aktuell noch einen Nachprüfungsantrag stellende Antragstellerin über die Zuschlagsfrist hinaus ausweislich des § 133 BVergG 2006 für den Zuschlags ausgewählt werden kann, zumal die Antragstellerin seitens des Auftraggebers nicht einmal gefragt wurde, ob sie ihre Angebotsbindung verlängern würde. Eine Ablehnung der verlängerten Angebotsbindung bzw der allfälligen nachmaligen Vertragsannahme ist damit gerade nicht aktenkundig und wurde

auch nicht behauptet. Da die Antragstellerin bislang nicht ausgeschieden wurde und der Zeuge ADir Major Ing W*** in der Verhandlung am 20.11.2008 die Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin letztlich verneint hat, sind damit keine Ausscheidensgründe beim Angebot der Antragstellerin offenkundig geworden, zumal dies nicht einmal dieser mit der Angebotsprüfung maßgeblich befasste Zeuge behauptete. Da der Schaden gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 im Verlust der Möglichkeit der Vergabeverfahrensbeteiligung inklusive Verlusts der Möglichkeit des Zuschlagserhalts besteht, und diese Möglichkeit bislang gerade nicht durch evidente, dh insbesondere aus den Vergabeunterlagen ohne Sachverständigenbeiziehung ersichtliche Ausscheidensgründe als nicht vorliegend behauptet oder aber sonst offenkundig geworden ist, kann der Schaden der Antragstellerin gleichfalls nicht verneint werden. Das aktuelle Interesse am Vertragsabschluss der Antragstellerin kann derzeit nicht verneint werden, da die auch aktuell noch einen Nachprüfungsantrag stellende Antragstellerin über die Zuschlagsfrist hinaus ausweislich des Paragraph 133, BVergG 2006 für den Zuschlags ausgewählt werden kann, zumal die Antragstellerin seitens des Auftraggebers nicht einmal gefragt wurde, ob sie ihre Angebotsbindung verlängern würde. Eine Ablehnung der verlängerten Angebotsbindung bzw der allfälligen nachmaligen Vertragsannahme ist damit gerade nicht aktenkundig und wurde auch nicht behauptet. Da die Antragstellerin bislang nicht ausgeschieden wurde und der Zeuge ADir Major Ing W*** in der Verhandlung am 20.11.2008 die Ausscheidensnotwendigkeit der Antragstellerin letztlich verneint hat, sind damit keine Ausscheidensgründe beim Angebot der Antragstellerin offenkundig geworden, zumal dies nicht einmal dieser mit der Angebotsprüfung maßgeblich befasste Zeuge behauptete. Da der Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 im Verlust der Möglichkeit der Vergabeverfahrensbeteiligung inklusive Verlusts der Möglichkeit des Zuschlagserhalts besteht, und diese Möglichkeit bislang gerade nicht durch evidente, dh insbesondere aus den Vergabeunterlagen ohne Sachverständigenbeiziehung ersichtliche Ausscheidensgründe als nicht vorliegend behauptet oder aber sonst offenkundig geworden ist, kann der Schaden der Antragstellerin gleichfalls nicht verneint werden.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

Gemäß § 123 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber das Angebot nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu prüfen, wodurch für den Auftraggeber die Tatsachengrundlagen für ein allfälliges Ausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zu schaffen sind. Gemäß Paragraph 123, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber das Angebot nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu prüfen, wodurch für den Auftraggeber die Tatsachengrundlagen für ein allfälliges Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu schaffen sind.

§ 123 Abs 2 BVergG 2006 detailliert diese Prüfungserfordernisse für den Auftraggeber und betont in seiner Z 5 insbesondere nochmals die Prüfung der Ausschreibungskonformität der Angebote. Paragraph 123, Absatz 2, BVergG 2006 detailliert diese Prüfungserfordernisse für den Auftraggeber und betont in seiner Ziffer 5, insbesondere nochmals die Prüfung der Ausschreibungskonformität der Angebote.

§ 128 Abs 1 BVergG 2006 verpflichtet den Auftraggeber, über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Diese Norm dient dabei nach ihrem objektiven Zweck der Gewährleistung der Nachprüfung durch die Vergabekontrollbehörde hinsichtlich all jener Entscheidungen, die auf der Angebotsprüfung des Auftraggebers aufbauen, also insbesondere zur Prüfung von Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufsentscheidungen; derart zB auch Gölles in Schramm et al, Komm zum BVergG 2002, § 95 Rz 1. Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 verpflichtet den Auftraggeber, über die Prüfung der Angebote eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Diese Norm dient dabei nach ihrem objektiven Zweck der Gewährleistung der Nachprüfung durch die Vergabekontrollbehörde hinsichtlich all jener Entscheidungen, die auf der Angebotsprüfung des Auftraggebers aufbauen, also insbesondere zur Prüfung von Ausscheidens-, Zuschlags- und Widerrufsentscheidungen; derart zB auch Gölles in Schramm et al, Komm zum BVergG 2002, Paragraph 95, Rz 1.

Unterlässt der Auftraggeber die gemäß § 123 BVergG 2006 gebotene Angebotsprüfung bzw unterlässt er die Verfassung der gemäß § 128 Abs 1 BVergG 2006 gebotenen Niederschrift, verstößt der Auftraggeber gegen das BVergG 2006 und verletzt die Antragstellerin in dem von dieser bezeichneten subjektiven Recht auf eine nachprüfbare Bewertung der Angebote, zumal die Angebotsbewertung als Angebotsbeurteilung insbesondere erstens Prüfung der Ausschreibungskonformität und zweitens die Bestbieterermittlung umfasst. Unterlässt der Auftraggeber die gemäß Paragraph 123, BVergG 2006 gebotene Angebotsprüfung bzw unterlässt er die Verfassung der gemäß Paragraph 128, Absatz eins, BVergG 2006 gebotenen Niederschrift, verstößt der Auftraggeber gegen das BVergG 2006 und verletzt die

Antragstellerin in dem von dieser bezeichneten subjektiven Recht auf eine nachprüfbare Bewertung der Angebote, zumal die Angebotsbewertung als Angebotsbeurteilung insbesondere erstens Prüfung der Ausschreibungskonformität und zweitens die Bestbieterermittlung umfasst.

Die Voraussetzung des § 325 Abs 1 Z 1 BVerG 2006 liegt dann mangels Einhaltung der §§ 123 und 128 Abs 1 BVerG 2006 vor. Eine derartige Vergaberechtswidrigkeit ist auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei gehöriger Prüfung inklusive gehöriger Dokumentation dieser Prüfung ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens denkbar wäre - VwGH 2004/04/0100 bzw zB BVA 28.11.2008, N/131-BVA/12/2008-29. Die Voraussetzung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVerG 2006 liegt dann mangels Einhaltung der Paragraphen 123 und 128 Absatz eins, BVerG 2006 vor. Eine derartige Vergaberechtswidrigkeit ist auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei gehöriger Prüfung inklusive gehöriger Dokumentation dieser Prüfung ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens denkbar wäre - VwGH 2004/04/0100 bzw zB BVA 28.11.2008, N/131-BVA/12/2008-29.

Der Auftraggeber hat gegenständlich den angebotenen Grader der Mitbeteiligten nicht bemustert, sondern lediglich einen anderen Grader, wie von der Mitbeteiligten offenbar hergestellt. Der Auftraggeber hat den zur Bemusterung in Allensteig vorgeführten Grader der Mitbeteiligten nicht vermessen, sondern lediglich optisch geprüft, ob der zur Bemusterung vorgeführte Grader in die imaginären Umrisslinien der Skizze laut Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2007 passt und danach auch den angebotenen Grader als in diese strichlierte Umrisslinie passend beurteilt. Dass dabei auch in der mündlichen Verhandlung am 20.11.2008 vor dem Bundesvergabeamt nicht geklärt werden konnte, ob wegen der Entfernung zwischen Wien und Allensteig bislang überhaupt eine ausschreibungskonforme Bemusterung stattgefunden hat, kann dahinstehen, da auch die Bemusterung in Allensteig bislang zu keiner Niederschrift über die Angebotsprüfung entsprechend den Erfordernissen des § 128 Abs 1 BVerG 2006 geführt hat. Der Auftraggeber hat gegenständlich den angebotenen Grader der Mitbeteiligten nicht bemustert, sondern lediglich einen anderen Grader, wie von der Mitbeteiligten offenbar hergestellt. Der Auftraggeber hat den zur Bemusterung in Allensteig vorgeführten Grader der Mitbeteiligten nicht vermessen, sondern lediglich optisch geprüft, ob der zur Bemusterung vorgeführte Grader in die imaginären Umrisslinien der Skizze laut Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2007 passt und danach auch den angebotenen Grader als in diese strichlierte Umrisslinie passend beurteilt. Dass dabei auch in der mündlichen Verhandlung am 20.11.2008 vor dem Bundesvergabeamt nicht geklärt werden konnte, ob wegen der Entfernung zwischen Wien und Allensteig bislang überhaupt eine ausschreibungskonforme Bemusterung stattgefunden hat, kann dahinstehen, da auch die Bemusterung in Allensteig bislang zu keiner Niederschrift über die Angebotsprüfung entsprechend den Erfordernissen des Paragraph 128, Absatz eins, BVerG 2006 geführt hat.

Diesbezüglich ist nämlich festzuhalten, dass § 123 Abs 1 BVerG 2006 im vorliegenden Fall verlangt hätte, dass der Auftraggeber nicht nur durch Beschauen eines Bemusterungsgeräts der Mitbeteiligten auf eine Ausschreibungskonformität des davon verschiedenen Angebotsgeräts schließt. Diesbezüglich ist nämlich festzuhalten, dass Paragraph 123, Absatz eins, BVerG 2006 im vorliegenden Fall verlangt hätte, dass der Auftraggeber nicht nur durch Beschauen eines Bemusterungsgeräts der Mitbeteiligten auf eine Ausschreibungskonformität des davon verschiedenen Angebotsgeräts schließt.

Der Auftraggeber hätte hier vielmehr das Bemusterungsgerät entsprechend vermessen müssen und danach gemäß §§ 123 und 128 Abs 1 BVerG 2006 schlüssig und verbal nachvollziehbar darlegen müssen, warum das Angebotsgerät der Antragstellerin, das ja aus einer Serienproduktion iS des Punkts 2.1.1.1 der Technischen Leistungsbeschreibung der Ausschreibung stammen muss, dann in die strichlierte Maximalumrisslinie laut Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2007 passt. Der Auftraggeber hätte hier vielmehr das Bemusterungsgerät entsprechend vermessen müssen und danach gemäß Paragraphen 123 und 128 Absatz eins, BVerG 2006 schlüssig und verbal nachvollziehbar darlegen müssen, warum das Angebotsgerät der Antragstellerin, das ja aus einer Serienproduktion iS des Punkts 2.1.1.1 der Technischen Leistungsbeschreibung der Ausschreibung stammen muss, dann in die strichlierte Maximalumrisslinie laut Ausschreibungsberichtigung vom 6.12.2007 passt.

Diesbezüglich ist insbesondere auch zur nach Auftraggeberauffassung im Punkte des damit vorgelegten Aktenmaterials geheimhaltungsbedürftigen Eingabe des Auftraggebers, lfd Nr 34, unter Berücksichtigung des Standpunkts der Mitbeteiligten, ihr Angebot dürfe nicht in der mündlichen Verhandlung im Beisein der Antragstellerin erörtert werden, wie folgt festzuhalten:

Abgesehen davon, dass das beim Bundesvergabeamt zur Anwendung kommende Verfahrensrecht keinen Ausschluss einer Partei von der Verhandlung aus Geheimhaltungsgründen kennt, enthält der mit der lfd Nr 34 des Verwaltungsakts vorgelegte Aktenmaterial des Auftraggebers eine Skizze, die vorerst eine Graderskizze aus der Vogelperspektive in Kleindarstellung enthält.

Bei diesem Grader in Kleindarstellung aus der Vogelperspektive überragen die Vorderreifen die mittlere Frontpartie des Graders. Wenn dann in einer weiteren, größeren Skizze auf der gleichen Seite 28/28 ein Grader rudimentär dargestellt wird, bei dem die mittlere Frontpartie über die vordersten Punkte der Vorderreifen hinausragt; und zudem keine Niederschrift über die Angebotsprüfung vorhanden ist, in der verbal schlüssig und nachprüfbar die Ausschreibungskonformität des letztlich angebotenen Graders dargetan wird, hat der Auftraggeber seine Angebotsprüfung, zu der eben auch die Anfertigung einer entsprechenden Niederschrift gehört, noch nicht entsprechend abgeschlossen - §§ 123 und 128 Abs 1 BVergG 2006. Diese unterlassenen Prüf- und Dokumentationsschritte sind von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei gehöriger Prüfung und Dokumentation ein anderer Vergabeverfahrensausgang möglich wäre. Die Mangelhaftigkeit der Angebotsprüfung wird insbesondere auch dadurch unterstrichen, dass keine Niederschrift über die Angebotsprüfung existiert, in der der angebotene Grader der Mitbeteiligten hinsichtlich der Reifenwölbung des Graders der Mitbeteiligten - nachprüfbar - als in die Umrisslinien der strichlierten Linie laut Ausschreibungsberichtigung passend dargestellt wird, zumal in der Verhandlung sogar bei der Antragstellerin die Reifenwölbung als relevant für die laut Ausschreibung in bestimmter Weise geforderte Frontschildbreite beurteilt wurde; und notorisch sich wölbende Reifen relevant für die fragliche Umrisslinie sein können. Bei diesem Grader in Kleindarstellung aus der Vogelperspektive überragen die Vorderreifen die mittlere Frontpartie des Graders. Wenn dann in einer weiteren, größeren Skizze auf der gleichen Seite 28/28 ein Grader rudimentär dargestellt wird, bei dem die mittlere Frontpartie über die vordersten Punkte der Vorderreifen hinausragt; und zudem keine Niederschrift über die Angebotsprüfung vorhanden ist, in der verbal schlüssig und nachprüfbar die Ausschreibungskonformität des letztlich angebotenen Graders dargetan wird, hat der Auftraggeber seine Angebotsprüfung, zu der eben auch die Anfertigung einer entsprechenden Niederschrift gehört, noch nicht entsprechend abgeschlossen - Paragraphen 123 und 128 Absatz eins, BVergG 2006. Diese unterlassenen Prüf- und Dokumentationsschritte sind von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, da bei gehöriger Prüfung und Dokumentation ein anderer Vergabeverfahrensausgang möglich wäre. Die Mangelhaftigkeit der Angebotsprüfung wird insbesondere auch dadurch unterstrichen, dass keine Niederschrift über die Angebotsprüfung existiert, in der der angebotene Grader der Mitbeteiligten hinsichtlich der Reifenwölbung des Graders der Mitbeteiligten - nachprüfbar - als in die Umrisslinien der strichlierten Linie laut Ausschreibungsberichtigung passend dargestellt wird, zumal in der Verhandlung sogar bei der Antragstellerin die Reifenwölbung als relevant für die laut Ausschreibung in bestimmter Weise geforderte Frontschildbreite beurteilt wurde; und notorisch sich wölbende Reifen relevant für die fragliche Umrisslinie sein können.

Diese Skizze (-n) laut Seite 28/28 war (-en) mit dem Auftraggeber und der Mitbeteiligten aber auch nicht zu erörtern, da diese beiden Genannten im Verfahren dagegen auftraten, dass Details der Angebotsprüfung der Mitbeteiligten gegenüber der Antragstellerin offen gelegt würden.

Das BVA verwertet daher diese Unterlagen gemäß EuGH C-450/06 "Varec" hiermit pflichtgemäß ohne vorangehende Erörterung in der mündlichen Verhandlung, zumal die Skizze laut Seite 28/28 des mit der Eingabe, lfd Nr 34, vorgelegten Aktenmaterials des Auftraggebers und der Mitbeteiligten ohnehin bekannt sind, da insoweit auch keine Indizien vorliegen, dass die Skizzen laut Seite 28/28 gerade nicht die am 2.9.2008 von der Mitbeteiligten verlangte (-n) Skizze(-n) sind.

Ob die mangelnde Regelung der Reifenwölbung im Konnex zur Frontschildbreite gegenständlich überhaupt jemals eine korrekte Prüfung ermöglicht, ob die jeweils angebotenen Grader ausschreibungskonform sind oder nicht, kann bei diesem Verfahrensstand vorläufig genauso dahinstehen wie andere Fragen iZm einer die jeweiligen Erfordernisse jeweils hinreichend genau definierenden Ausschreibung und insbesondere der Frage, ob der Angebotsgrader der Mitbeteiligten tatsächlich aus einer Serienproduktion iS des Punkts 2.1.1.1 der Ausschreibung kommt.

Der Zuspruch der Pauschalgebühren gründet sich auf § 319 BVergG 2006, da die Antragstellerin die zugesprochenen Pauschalgebühren zuvor an das Bundesvergabeamt entrichtet hat, in der verfahrenseinleitenden Eingabe jeweils den Zuspruch der Pauschalgebühren für diese Anträge begehrt hat und danach sowohl mit dem Nachprüfungsantrag als auch mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung obsiegt hat. Der Zuspruch der Pauschalgebühren

gründet sich auf Paragraph 319, BVergG 2006, da die Antragstellerin die zugesprochenen Pauschalgebühren zuvor an das Bundesvergabeamt entrichtet hat, in der verfahrenseinleitenden Eingabe jeweils den Zuspruch der Pauschalgebühren für diese Anträge begehrt hat und danach sowohl mit dem Nachprüfungsantrag als auch mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung obsiegt hat.

Schlagworte

Zuschlagsentscheidung, Angebotsprüfung, Aufhebung;

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2009

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