

TE Verg Bescheid 2008/11/26 N/0130-BVA/11/2008-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.11.2008

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §101 Abs4

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBL. Nr. 69/1916
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 101 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof sowie Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß 312 Abs.2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See - Bleistätter Moor - Modul 3 Teil II Saugbaggerungen" der Auftraggeberin Wasserverband Ossiacher See, 9560 Feldkirchen in Kärnten, Rabensdorf 45, vergebende Stelle B***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof sowie Dr. Helga Luczensky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß 312 Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Ossiacher See - Bleistätter Moor - Modul 3 Teil römisch zwei Saugbaggerungen" der Auftraggeberin Wasserverband Ossiacher See, 9560 Feldkirchen in Kärnten, Rabensdorf 45, vergebende Stelle B***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1. Ziffer eins
Dem Antrag, "die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären", wird stattgegeben. Die zu Gunsten der C*** getroffene Zuschlagsentscheidung vom 10.10.2008 wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag der Auftraggeberin den Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung aufzuerlegen, wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet der A***, zu Händen ihres rechtsfreundlichen Vertreters, X***, die für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren im Betrag von insgesamt Euro 3.750.- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich aus. Den Zuschlag soll das billigste Anbot erhalten. Die Antragstellerin legte ein Anbot mit einem Gesamtpreis von Euro 917.877,60 inkl. USt. Die C*** (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) erstellte ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 754.636,04 exkl. USt.

In Teil D "Besondere Bestimmungen" Seite 12 der Ausschreibung ist unter Punkt D 1.2 "Auslegungskriterien für die Saugbaggerung" durch die Auftraggeberin festgelegt:

"... In der nachfolgenden Aufstellung sind alle Daten zusammengefasst, die für die Baggereinheit samt Pumpen erforderlich sind:

"...

Förder- bzw. Saugleistung: 450 bis 600 m³/h"

Im Leistungsverzeichnis ist unter Positionsnummer 03.0340A Z "Saugbaggerung Ossiacher See" festgelegt:

"Ablagerungsmaterial im Ossiacher See (Sedimente, Schlamm) nach Plänen (Lagepläne und Sedimentbeschreibungen) und Angabe des Baggerniveaus ausbaggern, fördern des Wasser- Sand- Kies-Schluff- Schlick- Schlammgemisches mit einer Druckleitung mit Mindestdurchmesser 250mm und eventuell erforderlicher(n) zwischen Pumpstation(en) in die beiden vorgegebenen Absetzbecken (Sedimentationsbecken Ost und Sedimentationsbecken Rauchenwald - beides hier beiliegende Lagepläne) einbringen. Max. Abweichung vom Sollprofil + 0,00 cm/-25cm. Abtragshöhe bis max. 2,5m; zu bearbeitende Wassertiefen - vor dem Abtrag bezogen auf den See-Mittelwasserspiegel - zwischen 1,5 bis 7m, Länge des Förderweges bis max. 5.000m und Förderleistung zwischen 450 und 600 m³/h."

Am Ende der Positionsnummer 03.0340A Z ist Folgendes festgelegt:

" Beschreibung des zum Einsatz gelangenden Gerätes:

Saugbagger.....Baujahr.....

....

Type

Förderleistung.....m³/h

bei.....Förderhöhe"

Unter Punkt B 6 der Ausschreibung ist ausdrücklich festgelegt, dass Alternativangebote nicht zugelassen sind.

Mit Schreiben der B*** vom 07.10.2008 wurde der Antragstellerin der Name der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mitgeteilt. Am 10.10.2008 teilte die B*** der Antragstellerin in einem weiteren Schreiben die Zuschlagsentscheidung mit, wobei in diesem Schreiben Berichtigungen und Ergänzungen der Mitteilung vom 07.10.2008 vorgenommen wurden.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 10.10.2008 und führt dazu begründend aus, sie fühle sich in ihrem Recht auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf ordnungsgemäße Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter (insbesondere unter Wahrung der Transparenz) und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf gesetzeskonforme Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie letztlich auf eine Zuschlagsentscheidung und - erteilung zu ihren

Gunsten verletzt. Die Auftraggeberin habe ihre Zuschlagsentscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet und darüber hinaus Verfahrensvorschriften verletzt. Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit führt die Antragstellerin aus, auf Seite 12 der Ausschreibung werde für die Baggereinheit samt Pumpen eine Förder- bzw. Saugleistung von 450 - 600 m³/h gefordert. Die Antragstellerin habe ihr Angebot mit der Maßgabe erstellt, dass eine Baggereinheit mit der geforderten Förderleistung zum Einsatz kommen solle. Die von der Antragstellerin gebotene Baggereinheit erziele eine maximale Förderleistung von 750 m³/h, lasse sich aber - wie auch im Aufklärungsgespräch dargelegt - auf die höchstzulässigen 600 m³/h drosseln. Das Angebot der Antragstellerin sei mit einer ausschreibungskonformen Baggereinheit kalkuliert worden. Nach dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin solle die Baggereinheit "Thomas" zum Einsatz kommen, welche die nach den Ausschreibungsbestimmungen geforderte Förder- bzw. Saugleistung von 450 - 600 m³/h um ein Vielfaches überschreite, da sie nämlich eine Förder- bzw. Saugleistung von 3000 - 5000 m³/h erziele. Bei dieser Baggereinheit sei auch nicht die Möglichkeit gegeben, die Förderleistung dergestalt zu drosseln, dass der in der Ausschreibung vorgegebene höchstzulässige Wert erreicht werde. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen und wäre gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Nach dem Wissensstand der Antragstellerin sei im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und D*** von der B*** geklärt worden, dass die zum Einsatz gelangende Baggereinheit "Thomas" nicht ausschreibungskonform sei, worauf die präsumtive Zuschlagsempfängerin angekündigt habe, eine andere als die in ihrem ursprünglichen Angebot genannte Baggereinheit zum Einsatz bringen zu wollen. Diese nachträgliche Erklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei eine unzulässige Angebotsänderung. Die Saugbaggerarbeiten könnten insgesamt umso kostengünstiger durchgeführt werden, je leistungsfähiger die zum Einsatz gelangende Baggereinheit sei. Dadurch sei es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelungen, das vermeintlich kostengünstigste Angebot zu legen. Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 10.10.2008 und führt dazu begründend aus, sie fühle sich in ihrem Recht auf Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote, auf ordnungsgemäße Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter (insbesondere unter Wahrung der Transparenz) und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf gesetzeskonformer Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sowie letztlich auf einer Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu ihren Gunsten verletzt. Die Auftraggeberin habe ihre Zuschlagsentscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet und darüber hinaus Verfahrensvorschriften verletzt. Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit führt die Antragstellerin aus, auf Seite 12 der Ausschreibung werde für die Baggereinheit samt Pumpen eine Förder- bzw. Saugleistung von 450 - 600 m³/h gefordert. Die Antragstellerin habe ihr Angebot mit der Maßgabe erstellt, dass eine Baggereinheit mit der geforderten Förderleistung zum Einsatz kommen solle. Die von der Antragstellerin gebotene Baggereinheit erziele eine maximale Förderleistung von 750 m³/h, lasse sich aber - wie auch im Aufklärungsgespräch dargelegt - auf die höchstzulässigen 600 m³/h drosseln. Das Angebot der Antragstellerin sei mit einer ausschreibungskonformen Baggereinheit kalkuliert worden. Nach dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin solle die Baggereinheit "Thomas" zum Einsatz kommen, welche die nach den Ausschreibungsbestimmungen geforderte Förder- bzw. Saugleistung von 450 - 600 m³/h um ein Vielfaches überschreite, da sie nämlich eine Förder- bzw. Saugleistung von 3000 - 5000 m³/h erziele. Bei dieser Baggereinheit sei auch nicht die Möglichkeit gegeben, die Förderleistung dergestalt zu drosseln, dass der in der Ausschreibung vorgegebene höchstzulässige Wert erreicht werde. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen und wäre gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen. Nach dem Wissensstand der Antragstellerin sei im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und D*** von der B*** geklärt worden, dass die zum Einsatz gelangende Baggereinheit "Thomas" nicht ausschreibungskonform sei, worauf die präsumtive Zuschlagsempfängerin angekündigt habe, eine andere als die in ihrem ursprünglichen Angebot genannte Baggereinheit zum Einsatz bringen zu wollen. Diese nachträgliche Erklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei eine unzulässige Angebotsänderung. Die Saugbaggerarbeiten könnten insgesamt umso kostengünstiger durchgeführt werden, je leistungsfähiger die zum Einsatz gelangende Baggereinheit sei. Dadurch sei es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelungen, das vermeintlich kostengünstigste Angebot zu legen.

Des Weiteren brachte die Antragstellerin vor, dass die ihr zugestellten Zuschlagsentscheidungen vom 07.10.2008 sowie vom 10.10.2008 zahlreiche Mängel aufwiesen und nicht den Anforderungen des § 131 BVergG entsprächen. Des Weiteren brachte die Antragstellerin vor, dass die ihr zugestellten Zuschlagsentscheidungen vom 07.10.2008 sowie vom 10.10.2008 zahlreiche Mängel aufwiesen und nicht den Anforderungen des Paragraph 131, BVergG entsprächen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Erhalt des Zuschlages. Durch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens drohe der Antragstellerin ein Schaden aus frustrierten Aufwendungen für die Erstellung des Angebotes sowie ein Verdienstentgang bei Nichtauslastung ihrer Kapazitäten.

Die Auftraggeberin führte in ihrem Schreiben vom 16.10.2008 aus, das verstärkte Auftreiben von Bodenalgen in den Sommermonaten habe zur Entwicklung eines Sanierungskonzeptes für den Ossiacher See geführt. Eine der im Rahmen dieses Sanierungskonzeptes umzusetzenden Maßnahmen sei das Absaugen von Bodenschlamm.

In den Angebotsunterlagen sei eine Arbeitsdauer von 140 Kalendertagen für die Baggerung von 100.000 m³ (in situ gemessen) mit einer Förderung von 450 m³/h bis 600 m³/h vorgegeben. Die C*** sei nach rechnerischer Angebotsprüfung Billigstbieter gewesen. Das von diesem Unternehmen gebotene Gerät weise jedoch eine Förderkapazität von 4000 m³/h auf und sei daher vom Angebotsprüfer als zu leistungsstark bemängelt worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe erklärt, die ausgeschriebenen Leistungen mit einem kleineren Gerät zu den angebotenen Einheitspreisen durchführen zu wollen. Die Antragstellerin habe ein Gerät mit einer Kapazität von 750 m³/h geboten und im Begleitschreiben angeführt, dass versucht werde, die ausgeschriebenen Leistungen noch im Jahr 2008 fertig zu stellen. In einem Aufklärungsgespräch sei zugesichert worden, die Leistungen in Abhängigkeit von der Kapazität des Spülfeldes auf 450 m³/h bis 600 m³/h bei gleich bleibenden Einheitspreisen zu drosseln.

Die Grundsätze des § 19 Bundesvergabegesetz seien eingehalten worden, da mit beiden Bietern Aufklärungsgespräche geführt worden seien, beide Bieter gegenüber der Ausschreibung "Überkapazitäten" angeboten hätten, die gebotenen Preise im Verlauf der Angebotsprüfung auch bei Zurücknahme der Förderkapazitäten durch die Bieter nicht geändert worden seien, der nach rechnerischer Prüfung Drittgereihte ein der Ausschreibung entsprechendes Gerät angeboten habe und in beiden Fällen der Mangel eines zu großen Gerätes als behebbarer Mangel behandelt worden sei. Die Grundsätze des Paragraph 19, Bundesvergabegesetz seien eingehalten worden, da mit beiden Bietern Aufklärungsgespräche geführt worden seien, beide Bieter gegenüber der Ausschreibung "Überkapazitäten" angeboten hätten, die gebotenen Preise im Verlauf der Angebotsprüfung auch bei Zurücknahme der Förderkapazitäten durch die Bieter nicht geändert worden seien, der nach rechnerischer Prüfung Drittgereihte ein der Ausschreibung entsprechendes Gerät angeboten habe und in beiden Fällen der Mangel eines zu großen Gerätes als behebbarer Mangel behandelt worden sei.

In einer weiteren Stellungnahme vom 22.10.2008 brachte die Auftraggeberseite ergänzend vor, die Saugbaggerungen aus der Ostbucht des Ossiacher Sees seien im Zuge von Bund und Land finanzierten Sanierungsmaßnahmen am Ossiacher See ausgeschrieben worden. Die Ausschreibung basiere auf den erforderlichen wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Bewilligungen, die den Zeitraum für die Baggerarbeiten einschränkten. Weiters seien die aus zwei vorangegangenen Baggerabschnitten erhaltenen Erfahrungen in die Ausschreibung eingeflossen. Auf Grund dieser Erfahrungen sei eine Begrenzung der Kapazität mit 450 m³/h bis 600 m³/h vorgenommen worden. Da nur wenige Firmen über ein entsprechendes Gerät verfügten, seien auch nur drei Angebote eingelangt. Im Zuge der Angebotsprüfung sei festgestellt worden, dass die Kapazitäten der Geräte von Erst- und Zweitbieter über den geforderten Kapazitäten gelegen seien. In den Vergabegesprächen mit beiden Bietern sei dieser Umstand als behebbarer Mangel erachtet worden und dieser Mangel von beiden Bietern in unterschiedlicher Weise behoben worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe erklärt für die Ausführung der Arbeiten ein kleineres Gerät als das angebotene einsetzen zu wollen. Dieses kleinere Gerät würde im Bereich der geforderten 450 m³/h bis 600 m³/h arbeiten. Die Antragstellerin erklärte die Leistung des angebotenen Gerätes drosseln zu wollen, sodass die Fördermenge im ausgeschriebenen Bereich liegen würde. Von beiden Bietern lägen entsprechende schriftliche Erklärungen vor. Unter Berücksichtigung der geänderten Leistungsfähigkeit hätten somit beide Angebote den Anforderungen der Ausschreibung entsprochen und es habe keinen Grund gegeben, eines der Angebote nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. In einer weiteren Stellungnahme vom 22.10.2008 brachte die Auftraggeberseite ergänzend vor, die Saugbaggerungen aus der Ostbucht des Ossiacher Sees seien im Zuge von Bund und Land finanzierten Sanierungsmaßnahmen am Ossiacher See ausgeschrieben worden. Die Ausschreibung basiere auf den erforderlichen wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Bewilligungen, die den Zeitraum für die Baggerarbeiten einschränkten. Weiters seien die aus zwei vorangegangenen Baggerabschnitten erhaltenen Erfahrungen in die Ausschreibung eingeflossen. Auf Grund dieser Erfahrungen sei eine Begrenzung der Kapazität mit 450 m³/h bis 600 m³/h vorgenommen worden. Da nur wenige Firmen über ein entsprechendes Gerät verfügten, seien auch nur drei Angebote eingelangt. Im Zuge der Angebotsprüfung sei festgestellt worden, dass die Kapazitäten der Geräte von Erst-

und Zweitbieter über den geforderten Kapazitäten gelegen seien. In den Vergabegesprächen mit beiden Bietern sei dieser Umstand als behebbarer Mangel erachtet worden und dieser Mangel von beiden Bietern in unterschiedlicher Weise behoben worden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe erklärt für die Ausführung der Arbeiten ein kleineres Gerät als das angebotene einsetzen zu wollen. Dieses kleinere Gerät würde im Bereich der geforderten 450 m³/h bis 600 m³/h arbeiten. Die Antragstellerin erklärte die Leistung des angebotenen Gerätes drosseln zu wollen, sodass die Fördermenge im ausgeschriebenen Bereich liegen würde. Von beiden Bietern lägen entsprechende schriftliche Erklärungen vor. Unter Berücksichtigung der geänderten Leistungsfähigkeit hätten somit beide Angebote den Anforderungen der Ausschreibung entsprochen und es habe keinen Grund gegeben, eines der Angebote nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Mit Schreiben vom 27.10.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 28.10.2008) erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag und führte begründend sinngemäß aus, auf Grund der Ausschreibung (Abschnitt D "Besondere Bestimmungen") sei für die Bieter zu erschließen, dass der Auftraggeber keinen Saugbagger wolle, der mit Rohrleistungsdurchmessern von weniger als 250mm arbeite und dass für maximal 117 Tage an 7 Tagen pro Woche, 24 Stunden pro Tag gepumpt werden dürfe. Für das Entfernen von Hindernissen über und unter Wasser, Stillstände in Folge Hochwasser sowie Regieleistungen seien insgesamt laut Leistungsverzeichnis rund 30 Tage vorgesehen. Die Bieter müssten daher davon ausgehen, dass unter Umständen nur rund 90 Tage für die Saugbaggerung der vertraglichen Menge von 100.000 m³ zur Verfügung stünden. Weiters führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, wenn der Bieter im Baustellenbetrieb nicht über eine Pumpenleistung verfüge, die deutlich über dem durchschnittlichen Leistungsspektrum von 450 - 600m³-Gemisch/h liegen könne, wäre es nicht möglich, die Gesamtmenge von 100.000 m³ in der vom Auftraggeber vorgesehenen Zeit zu fördern, wenn auch nur das geringste dazwischen komme, da keine Leistungsreserve mehr vorhanden sei. Bei einer Einschränkung der Förderleistung des Bieters auf absolut 450 - 600 m³/h könnte der Bieter unter Umständen die Gesamtleistung nicht innerhalb der Fertigstellungsfrist erbringen, was jedoch wiederum mit einer Pönale belegt wäre. Die Angaben des Auftraggebers in der Ausschreibung seien daher nach Pkt. D1.2 "Auslegungskriterien" zur Förder- und Saugleistung (450 - 600 m³/h) aber keine absoluten Minimal - bzw. Maximalwerte für die Durchflussmenge innerhalb der Zeiteinheit. Es handle sich vielmehr lediglich um Auslegungskriterien, um Daten, die für die Auslegung der Baggereinheit und Pumpen erforderlich seien. Es obliege dem Bieter auf Grundlage dieser Daten das erforderliche Equipment zu dimensionieren, die erforderlichen Einsatz- und Arbeitszeiten zu planen sowie die Kosten für die Leistung zu kalkulieren. Der Auftraggeber verlange im Leistungsverzeichnis unter LV-POS 03.0340A Z "Saugbaggerung Ossiacher See" (Seite 9) von den Bietern entsprechende Angaben über verschiedene technische Daten des vorgesehenen Equipments. Unter anderem eine Angabe zur Förderleistung des Saugbaggers in Abhängigkeit von einer beliebigen Förderhöhe. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehene Pumpe habe gemäß Datenblatt des Herstellers nach der Pumpenkennlinie eine maximale theoretische Leistung von ca. 4.000 m³ Wasser/h. In Abhängigkeit von den variablen Faktoren Leitungsdurchmesser, Leitungslänge, Material der Leitung, Förderhöhe, Fördertiefe, Feststoffanteil im Gemisch sowie Energie bzw. Treibstoffaufwand ergäbe sich für die Kalkulation und Ausführung aus der Leistung nach Pumpenkennlinie die effektive Saugbaggerleistung unter den jeweiligen Baustellenbedingungen. Die effektive Förderleistung liege in der Regel weit unter der theoretischen Leistung nach der Pumpenkennlinie. Die effektive Saugbaggerleistung bei der Ausführung müsse Leistungsreserven enthalten, die jeder Bieter selbst festlegen könne und müsse, da er auch das Leistungsrisiko trage. Ob der Bieter seine Leistung mit einem großen Gerät oder mit einem kleineren, ob im Einschichtbetrieb oder im 2- bis 3- Schichtbetrieb, ob an 5 oder an 7 Wochentagen, ob mit Vollgas oder mit Halbgas, ob mit höchster oder mit gedrosselter Drehzahl erbringe, sei allein vom Bieter zu entscheiden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe angegeben, außer über den Saugbagger "THOMAS" auch über ein kleineres Equipment mit kleinerem Saugbagger, kleinerer Zwischenpumpe und kleinerem Rohrleitungsdurchmesser zu verfügen, mit welchem sie ebenfalls die Vertragsleistung unter Einhaltung aller Vorgaben in der Ausschreibung erbringen könne. Bei der Beschreibung des zum Einsatz gelangenden Gerätes in Leistungsverzeichnis Position 03.0340A Z auf Seite 9 habe nur eines der beiden Equipments angegeben werden können. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich für das große Equipment mit dem Saugbagger "THOMAS" entschieden. Beim Bietergespräch habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Auftraggeber angeboten, bei unveränderten Angebotspreisen zwischen den beiden Möglichkeiten zu wählen. Zur Frage, dass die Baggereinheit "THOMAS" nicht die Möglichkeit biete, die Förderleistung auf die in der Ausschreibung geforderten höchstzulässigen Werte zu drosseln führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, einen höchstzulässigen Absolutwert für die

Förderleistung im Baustellenbetrieb gäbe es nicht. Es sei auch unmöglich, eine Saugbaggerpumpe im Baustellenbetrieb so zu steuern, dass die Durchflussleistung zu keinem Zeitpunkt 450 m³/h unterschritten bzw. 600 m³/h überschritten werde. Weiters vertritt die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Ansicht, dass die Auswahl, welches Equipment für die Leistungserbringung verwendet werde, grundsätzlich dem überlassen bleiben solle, der auch das unternehmerische Risiko für die Ausführung trage. Damit Risiken und Chancen eines Unternehmers auch ausgewogen seien, sollte es ihm auch frei gestellt sein, die zum Zeitpunkt der Ausführung für das Unternehmen wirtschaftlichste Variante zu wählen, solange die Vorgaben und Rahmenbedingungen der Ausschreibung eingehalten würden. Der ausführende Unternehmer solle in der Auswahl seiner Betriebsmittel frei bleiben, ebenso wie in der Entscheidung, ob er einen kleinen Bagger mit Vollgas betreibe oder einen großen Bagger gedrosselt mit Halbgas, wie die Antragstellerin dies vor habe. Zur Aussage der Antragstellerin, dass Saugbaggerarbeiten insgesamt umso kostengünstiger durchgeführt werden könnten, desto leistungsfähiger die zum Einsatz gelangende Baggereinheit sei, führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass diese Aussage falsch sei. Vielmehr seien bei größerem Gerät die spezifischen Kosten für das Fördern in der Regel geringer als bei kleinerem Gerät, da bei leistungsstärkerem Equipment das Verhältnis zwischen Aufwand und Leistung günstiger sei. Dafür seien bei schwererem Equipment Aufwand und Kosten für das Installieren, Aufbauen, Liefern und Verlegen der zugehörigen Förderleitung sowie für den Rückbau des gesamten Equipments wiederum wesentlich höher. Schon der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Saugbagger "THOMAS" und das gesamte dazugehörige Equipment nur rund 10 km vom Ossiacher See entfernt liegen habe, sei ein schwer zu kompensierender Standortvorteil. Abschließend beantragte die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Anträge der Antragstellerin abzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung am 25.11.2008 führte der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin E*** aus, dass es sich bei der Förderleistung von 4000 m³/h um eine Herstellerangabe handle, welche ein relativer Begriff sei. Dieser Begriff richte sich nach der sogenannten Pumpenkennlinie, welche darüber Aufschluss gäbe, welche theoretische Leistung mit einem Gerät grundsätzlich möglich sei. Im Rahmen des Aufklärungsgespräches mit der vergebenden Stelle habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin darauf hingewiesen, dass es sich bei der gebotenen Förderleistung um jene nach der Pumpenkennlinie handle. Weiters sei darauf hingewiesen worden, dass die Leistung mit einem alternativen, kleineren Equipment zu denselben kalkulatorischen Bedingungen erfolgen könne. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge selbst über einen kleineren Saugbagger, dieser müsste allerdings zerlegt und extra an den Ort der Leistungserbringung verbracht werden. Die F*** verfüge vor Ort über ein kleineres Equipment, es sei daher für die präsumtive Zuschlagsempfängerin wirtschaftlich sinnvoller dieses Equipment anzumieten, als das eigene gesondert anzutransportieren.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Beim Wasserverband Ossiachersee handelt sich gemäß der Satzung vom 15.1.1991 um einen Wasserverband nach dem Wasserrechtsgesetz und demnach um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes.

Im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens sollen Saugbaggerungen im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren vergeben werden. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen.

ad. Spruchpunkt 1.:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin gab in ihrem Anbot bekannt, den Saugbagger "THOMAS" mit einer Förderleistung von 4.000m³/h bei 10m Förderhöhe einsetzen zu wollen.

Aus dem Besprechungsprotokoll vom 09.09.2008 betreffend das Bietergespräch zwischen der vergebenden Stelle und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geht hervor, dass Thema des Gespräches unter anderem auch die wesentliche Abweichung der Fördermenge (4000m³) der durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin angebotenen Einheit "Thomas" von der in der Ausschreibung vorgegebenen Gesamtfördermenge von 450 bis 600 m³/h war. In Reaktion auf dieses Bietergespräch teilte die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 23.09.2008 mit, der Auftraggeberin eine alternative Ausführungsvariante zu unveränderten Bedingungen und Preisen ihres Angebotes vom 29.8.2008 anzubieten. Nach der nunmehr durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin gebotenen alternativen Ausführungsvariante sollte die Ausführung des ausschreibungsgegenständlichen Auftrages statt mit dem ursprünglich gebotenen Saugbagger "THOMAS" nunmehr durch einen anderen, kleineren Saugbagger der F*** zu unveränderten Bedingungen und Preisen ihres Angebotes vom 29.08.2008 erfolgen. Die angebotene Leistung sollte bei der alternativen Ausführungsvariante gemeinsam mit der F*** als Partner mit einer kleineren Saugbaggereinheit dieser

Firma durchgeführt werden. Wie aus den Aussagen von E*** in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt hervorgeht, verfügt die präsumtive Zuschlagsempfängerin zwar selbst auch über ein kleineres Equipment, es sei für sie jedoch wirtschaftlich günstiger, sich des Equipments der F*** zu bedienen, da dieses bereits vor Ort sei und das eigene Gerät erst mit großem Aufwand herangeschafft werden müsste.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u. F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vergleiche VwGH 29.3.2006, ZI 2004/04/0144, 0156, 0157, ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u. F/0004/04/2007-21; 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a.).

Auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u N/0095-BVA/04/2007-18 u.a.] waren die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu interpretieren, dass durch die Auftraggeberin für die Saugbaggerung eine Förderleistung zwischen 450 und 600m³/h vorgegeben wurde. Diese Förderleistung kann jedoch durch das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gerät "THOMAS" nicht eingehalten werden, da dieses, wie aus dem Anbot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hervorgeht und auch durch den Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2008 bestätigt wurde, über eine wesentlich höhere Förderleistung von 4.000m³/h verfügt. Die im Rahmen des Bietergesprächs zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin vom 09.09.2008 getroffene Aufklärung und die daraus resultierende durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 23.09.2008 gebotene Alternative, nämlich die Saugbaggerung mit einem kleineren Equipment der F*** durchführen zu lassen, ist jedoch auf Grund der eindeutigen Regelungen der Ausschreibung, die unter Punkt B 6 auch ausdrücklich festlegt, dass Alternativangebote nicht zugelassen sind, unzulässig.

Es handelt sich im gegenständlichen Fall auch nicht, wie von der Auftraggeberin angenommen, um einen verbesserungsfähigen Mangel, da das mit dem Anbot vom 29.08.2008 gebotene Gerät "THOMAS" durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach erfolgter Angebotsöffnung komplett ausgetauscht werden soll. Eine eventuelle Drosselung der mit dem Anbot vom 29.8.2008 gebotenen Überkapazitäten ist auch entsprechend den Ausführungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Schriftsatz vom 27.10.2008 sowie ihren schlüssigen Ausführungen in ihrem Schreiben an die Auftraggeberin vom 23.9.2008 gar nicht möglich.

Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass eine Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten zu den von der Auftraggeberin vorgegebenen Bedingungen nicht möglich bzw. unwirtschaftlich sei, ist darauf zu verweisen,

dass mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in § 321 BVergG vorgesehenen Frist die Ausschreibung bestandsfest geworden ist. (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; u.a.). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung gebunden. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorbringt, dass eine Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten zu den von der Auftraggeberin vorgegebenen Bedingungen nicht möglich bzw. unwirtschaftlich sei, ist darauf zu verweisen, dass mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in Paragraph 321, BVergG vorgesehenen Frist die Ausschreibung bestandsfest geworden ist. vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 28.3.2007, 2005/04/0200; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007- 20; u.a.). Sowohl die Auftraggeberin als auch die Bieter sind an die eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung gebunden.

Durch den nachträglichen Austausch des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot genannten Equipments änderte diese auf Grund des nach der Angebotsöffnung erfolgten Aufklärungsgespräches ihr Angebot. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß § 101 Abs 4 BVergG nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden. Demnach wäre das Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 leg.cit als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend auszuschneiden gewesen. Durch den nachträglichen Austausch des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot genannten Equipments änderte diese auf Grund des nach der Angebotsöffnung erfolgten Aufklärungsgespräches ihr Angebot. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden. Demnach wäre das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend auszuschneiden gewesen.

Es steht auch nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Es steht auch nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050, ebenso BVA 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22, 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Da die Antragstellerin durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt ist und - wie oben aufgezeigt - durch das Unterlassen des Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet wird, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss ist (vgl dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83; 2.3.2006, 04N-03/06-42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Da die Antragstellerin durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in den von ihr geltend gemachten Rechten verletzt ist und - wie oben aufgezeigt - durch das Unterlassen des Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet wird, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss ist vergleiche dazu VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; 24.2.2006, 2004/04/0127; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83; 2.3.2006, 04N-03/06-42, 4.11.2004, 07N-95/04-19 u.a.), ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Die oben genannten Ausschreibungswidrigkeiten waren auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 25. 11. 2008. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes Stellung zu nehmen.

ad. Spruchpunkt 2.

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

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750,-- tatsächlich entrichtet. Der Antrag auf Ersatz der zu entrichtenden Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt.

Da - wie sich aus Spruchpunkt 1. ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt 1. ergibt - dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wurde und somit ein Obsiegen des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist dem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattzugeben.

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